N°d'ordre NNT : 2017LYSE3029

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
opérée au sein de
L'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale de Droit N° 492

Discipline de doctorat : Droit
Spécialité : Droit International Privé

Soutenue publiquement le 13/06/2017, par :

Dimitri BÉLOT

« LA DURÉE DE PROTECTION EN DROIT D'AUTEUR ET DROITS VOISINS »

Devant le jury composé de :

SIIRIAINEN, Fabrice, Professeur agrégé, Université de Nice-Sophia-Antipolis, Rapporteur
BINCTIN, Nicolas, Professeur agrégé, Université de Poitiers, Rapporteur
KAMINA, Pascal, Professeur agrégé, Université de Franche-Comté, Examinateur
PFISTER, Laurent, Professeur agrégé, Université Panthéon-Assas, Examinateur
TREPPOZ, Edouard, Professeur des universités, Université Jean Moulin Lyon 3, Directeur de thèse

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement Monsieur le Professeur Edouard TREPPOZ pour sa présence tout au long de mon travail, ainsi que pour son soutien indéfectible. Qu'il reçoive l'expression de ma profonde gratitude.

Je ne remercierai jamais assez Madame Régine LACROIX qui au cours de mon contrat chez Natixis Coficiné m'a accordé sa confiance et m'a transmis une grande partie de son savoir. Grâce à son enseignement et ses encouragements, travailler à ses côtés m'a permis de progresser et de grandir à tout niveau.

Je remercie également les membres du jury qui me font l'honneur de participer à l'appréciation de ce travail.

Je remercie bien évidemment mon entourage, famille et amis, pour l'aide qu'ils ont su m'apporter pendant ces années de recherche.

Last but not least... je remercie tout particulièrement :

Mes parents qui m'ont donné les moyens de mon projet et m'ont toujours soutenu dans mes choix.

Constantin et Margaux, pour m'avoir toujours accepté et compris dans les moments difficiles.

Céline, pour avoir pris le temps de me relire régulièrement et m'avoir fait bénéficier de son analyse et de son sens critique.

Enfin Thibaut, pour son soutien sans faille et de tous les instants.

Merci, mon travail n'aurait jamais été le même sans vous tous.

« *Whenever a copyright law is to be made or altered, then the idiots assemble* »

« *Only one thing is impossible for God: to find any sense in any copyright law on the planet* »

Mark Twain, *Notebook*, 1902-1903

Liste des abréviations

ADAGP :	Société des Auteurs dans les Arts graphiques et plastiques
ADPIC : au commerce	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent
aff.:	affaire
AGETAC:	Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce
AJ.:	Actualité Juridique
al.:	alinéa
ALAI :	Association Littéraire et Artistique Internationale
Am. Econ. Rev.:	American Economic Review
Ann. propr. ind.:	Annales de la propriété industrielle
Ann. trib.:	Annales des tribunaux
API:	Annales de la Propriété Industrielle
Ariz. St. L. J.:	Arizona State Law Journal
art.:	article
Ass. Plén.:	Assemblée plénière
Assoc.:	association
B.P.I.:	British Phonographic Industry
B.U. Int'l. L. J.:	Boston University International Law Journal
BCIA:	Berne Convention Implementation Act
Berkeley Tech. L.J.:	Berkeley Technology Law Journal
BNF :	Bibliothèque Nationale de France
Bull. civ:	Bulletin des arrêts de chambres civiles de la Cour de cassation
Bush (Ky.):	Bush, Kentucky
C. civ.:	Code civil
C.E. :	Conseil d'État
c/ :	contre
CA :	Cour d'appel

Calif.:	California
Cardozo Arts & Ent. L. J.:	Cardozo Arts & Entertainment Law Journal
Cass. 1ère Civ.:	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2ème Civ.:	Deuxième chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. ch. mixte :	Cour de cassation chambre mixte
Cass. com.:	Cour de cassation chambre commerciale
CCC :	Revue Contrats Concurrence Consommation
CCE :	Revue Communication Commerce électronique
CD Cal.:	Central District of California
CE :	Communauté européenne
CEE :	Communauté européenne économique
chron.:	chronique
CIPIL:	Centre for Intellectual Property and Information Law
CIPPM:	Centre for Intellectual Property Policy and Management
IViR :	Institute for Information Law (IViR) - University of Amsterdam
MPI-IP:	Max-Planck-Institut for Innovation and Competition
CJCE :	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE :	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNRS :	Centre national de la recherche scientifique
coll.:	collection
Colum. J. L. & Arts :	Columbia Journal of Law & the Arts
Colum. - VLA J. L. & Arts :	Columbia-VLA Journal of Law & the Arts
CDIP :	Comité du développement et de la propriété intellectuelle
Comm. :	Commentaire
Comm. comm. électr:	Communication - Commerce électronique
concl. :	conclusion
Cong. Rec.:	Congress Record
Cong. Sess.:	Congress Session
Contra :	solution contraire

Copyright L. Symp. :	Copyright Law Symposium
Corn. L. Rev.:	Cornell Law Review
Cornell L. Q.:	The Cornell Law Quarterly
Cornell L. Rev.:	Cornell Law Review
CPI :	Code de la propriété intellectuelle
CTEA :	Copyright Term Extension Act
D.:	Recueil Dalloz
D. aff. :	Recueil Dalloz affaires
D. H.:	Recueil Dalloz Hebdomadaire
D.P.:	Recueil Dalloz périodique
DA :	Revue Le droit d'auteur éditée par le Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques
dactyl.:	dactylographié
Dayton L. Rev.:	University of Dayton Law Review
DePaul L. Rev.:	DePaul Law Review
doctr.:	doctrine
Dr. Auteur :	Revue Le droit d'auteur éditée par le Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques
Duke L. J.:	Duke Law Journal
éd.:	édition
EIPR :	European Intellectual Property Review
Emory L.J.:	Emory Law Journal
Fasc.:	fascicule
Fla. St. U. L. Rev.:	Florida State University Law Review
GAJA :	Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
GATT:	General Agreements on Tariff and Trade
Gaz. Pal.:	Gazette du Palais
Harv. J. L. & T.:	Harvard Journal of Law & Technology
Harv. L. R.:	Harvard Law Review

Hastings Comm. & Ent. L. J.: Communications and Entertainment Law Journal - UCHastings

Hous. L. Rev.:	Houston Law Review
I.R. :	Information Rapide
Ibid. :	au même endroit
In :	dans
Inc.:	Incorporation
Ind. L.J.:	Indiana Law Journal
Infra :	voir plus bas
INPI :	Institut National de la Propriété Intellectuelle
J. Copyright Soc'y U.S.A:	Journal of the Copyright Society of the U.S.A.
J. Intell. Prop. L.:	Journal of Intellectual Property Law
J. Legal Stud. :	The Journal of Legal Studies
JCl.:	JurisClasseur
JCl. Civil :	JurisClasseur civil
JCl. PLA :	JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique
JCP:	la semaine juridique
JCP E :	la semaine juridique entreprise et affaires
JCP G :	la semaine juridique générale
JCP N :	la semaine juridique notariale
JO:	Journal Officiel
JORF :	Journal Officiel de la République Française
JOUE :	Journal Officiel de l'Union Européenne
Jur.:	Jurisprudence
Law & Contemp. Probs.:	Duke Law School / Law & Contemporary Problems
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit. :	A l'endroit cité précédemment
Loy. L. A. L. Rev.:	Loyola of Los Angeles Law Review
LPA :	Les petites affiches
Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L.:	Michigan State University-DCL Journal of International Law
Minn. L. Rev.:	Minnesota Law Review

Notre Dame L. Rev. :	Notre Dame Law Review
Obs. :	observations
OMC :	Organisation Mondiale du Commerce
OMPI :	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
Op. cit.:	Opere citato
p.:	page
Pepp. L. Rev. :	Pepperdine Law Review
PIBD :	Propriété industrielle bulletin documentaire
préc.:	précédent
préf.:	préférence
Prop. Ind. :	Propriété industrielle
Propr. Intell :	Propriété intellectuelle
Pub. L. :	Public Law
PUF :	Presse Universitaire Française
RD propr. intell.:	Revue du droit de la propriété intellectuelle
RDC :	Revue de droit des contrats
Rép. Droit Civ.:	Répertoire de droit civil
Req.:	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. crit. législ. et jurispr.:	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. Econ. Res.:	The Review of Economic Studies
Rev. Mar. Un. Eur.:	Revue du marché commun et de l'union européenne
Rev. UER :	Revue de l'Union européenne de radiodiffusion
RID comp.:	Revue internationale de droit comparé
RIDA :	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RIPIA :	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
RJ com.:	Revue de jurisprudence commerciale
RLDI :	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RTD civ.:	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.:	Revue trimestrielle de droit commerciale

RTDeur.:	Revue trimestrielle de droit européen (Dalloz)
S.:	Recueil Sirey
s.:	suivant
S. Rep.:	Senate Report
S.D. Cal.:	South District of California
San Diego L. Rev.:	San Diego Law Review
SMU Sci. & Tech. L. Rev.:	SMU Science and Technology Law Review
Somm.:	Sommaire
spéc.:	spécialement
St. Thomas L. Rev.:	St. Thomas Law Review
Stan. L. Rev.:	Stanford Law Review
supra :	voir ci-dessus
T. :	Tome
T. Civ :	Tribunal civil
T. Com :	Tribunal de commerce
Temp. L. Rev.:	Temple Law Review
Tex. Intel. Prop. L. J.:	Texas Intellectual Property Law Journal
TGI :	Tribunal de grande instance
TI :	Tribunal d'instance
TPP :	Trans-Pacific Partnership Agreement
Trad. :	Traduction
Tul. L. Rev.:	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.:	The University of Chicago Law Review
U. Mem. L. Rev.:	University of Memphis Law Review
U. Miami Ent. & Sports L. Rev.:	University of Miami Entertainment & Sports Law Review
U. Mo. Kan. City L. Rev.:	University of Missouri at Kansas City Law Review
U. Pa. L. Rev.:	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.:	University of Pittsburgh Law Review
U.S. Const.:	United States Constitution

U.S.C.:	United States Code
U.S.P.Q. (BNA) :	United States Patents Quarterly (Bureau of National Affairs)
UCLA L. Rev.:	UCLA Law Review
UE :	Union Européenne
V.:	Voir
Vand. J. Transnat'L L.:	Vanderbilt University Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.:	Vanderbilt Law Review
Vol.:	volume
Wayne L. Rev.:	Wayne Law Review
WTO :	World Trade Organization

Sommaire

Introduction **19**
Première Partie : Construction historique d'un modèle de protection **31**
Titre I. Le modèle français **33**
Chapitre I. La lente émergence du modèle propriétariste 33
Chapitre II. La consécration du modèle français 78
Titre II. Les modèles de copyright **121**
Chapitre I. Le modèle anglais 121
Chapitre II. Le modèle américain 138
Seconde partie : La recherche d'un nouvel équilibre du modèle de protection **199**
Titre I. Les causes du déséquilibre **201**
Chapitre I. L'extension temporelle du modèle de protection 201
Chapitre II. L'extension substantielle du modèle 260
Titre II. La nécéssaire reconstruction du modèle de protection **315**
Chapitre I. Une réforme du modèle de protection actuel fondée sur l'analyse économique 315
Chapitre II. Revalorisation du domaine public par la réforme du modèle de protection actuel 364
Conclusion générale **403**
Bibliographie **409**
Index alphabétique **447**
Table des matières **453**

À Soraya,

Introduction

Modèle de protection. Selon une définition très générale de Pierre-Yves Gautier le droit d'auteur serait *« un droit exclusif sur l'exploitation de leurs activités, avec le corollaire en vertu duquel son exercice doit, pour une pleine efficacité, être renforcé par la collectivité* »[1]. Le droit d'auteur et le copyright ont pour fonction de protéger le travail de l'auteur mais également de garantir la diffusion des œuvres de l'esprit. Ces critères de protection et de diffusion sont considérés comme deux impératifs. Or, « *si modèle [du droit d'auteur et du copyright] il y a, il est proprement juridique* »[2] et si l'on doit considérer le droit d'auteur et le copyright comme des modèles de protection des œuvres de l'esprit, il faut intégrer que ceux-ci reposent sur de « *multiples facettes* »[3] qui ont été modelées au fil de leurs constructions respectives. Le modèle de protection du droit d'auteur et du copyright peut être considéré comme un outil permettant d'assurer un certain équilibre entre l'incitation à innover et la liberté d'usage de l'innovation réalisée. Ainsi, la durée et l'étendue de la protection sont donc à mettre en balance avec l'opportunité d'user de l'œuvre protégée. Selon J-M Bruguière les évolutions actuelles comme notamment l'irruption des nouvelles technologies contribuent à remettre en cause le fragile équilibre entre incitation et usage, ce qui appellerait à de nouvelles formes de régulation[4]. Pourtant ce débat sur le modèle de la protection des œuvres de l'esprit n'est pas nouveau : auparavant centré sur la question de propriété de l'auteur sur son œuvre, l'étude du modèle de protection s'analyse désormais de façon juridico-économique en confrontant l'impact du monopole exclusif d'exploitation (moteur de la création) à l'étendue de la diffusion des œuvres de l'esprit qu'il protège. Le débat actuel sur le modèle de protection est donc le fruit des nombreuses phases d'interrogations ayant émaillé la construction du modèle de protection tel que nous le connaissons aujourd'hui. Car « *[s]i le modèle du droit d'auteur, conçu comme une propriété hétérodoxe, est malmené par Internet, il n'est pas certain que les questions posées soient véritablement nouvelles. Dans une large mesure, Internet n'agit que comme un révélateur de tensions anciennes, inhérentes au droit d'auteur* »[5].

Débat sur la durée de protection. L'un des débats les plus virulents aujourd'hui concernant le modèle de protection des œuvres de l'esprit porte sur la durée de protection de celles-ci. Que ce soit en doctrine ou entre les différents acteurs économiques concernés par ce sujet, les divergences sont multiples et les revendications de plus en plus vindicatives. Si certains souhaitent l'abolition pure et simple du droit d'auteur, d'autres revendiquent un droit naturel qui devrait être perpétuel. Or cette controverse juridique est d'autant plus importante que le modèle de protection, s'il a été créé pour protéger le travail du créateur de l'œuvre, impacte aujourd'hui le tout-un-chacun : les auteurs d'œuvres, les professionnels du secteur culturel (producteurs, éditeurs, distributeurs..) et le public (entendez les consommateurs de ces œuvres). L'ensemble de ces intérêts étant étroitement lié mais néanmoins antagoniste, le débat fait rage quant aux actuelles règles définissant les modèles du droit d'auteur et du copyright. Des interrogations existent également concernant l'avenir que les législateurs souhaiteront

[1] P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Collection droit fondamental, Puf, 2017
[2] M-A. CHARDEAUX, *Le droit d'auteur et Internet: entre rupture et continuité*, Comm. com. élec. N° 5, mai 2011, étude 10, p. 1
[3] *Ibid.*, p. 3
[4] J.-M. BRUGUIERE et M. VIVANT, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 3e édition, 2015
[5] M-A. CHARDEAUX, *Le droit d'auteur et Internet: entre rupture et continuité*, Comm. com. élec. N° 5, mai 2011, étude 10, p. 1

donner à ces systèmes sensibles de protection. Notamment car le triptyque auteur/interprète – producteur/investisseur – diffuseur/distributeur, sur lequel repose le modèle de protection, ne semble plus aujourd'hui d'actualité[6], du fait d'un changement radical de paradigme lié au développement d'internet et la création de formats dématérialisés pour les œuvres de l'esprit.

Un modèle fondé sur une durée *post mortem auctoris*. Aussi fut-il décidé que l'auteur ne pouvait donc pas se voir appliquer une « propriété totale » de ses droits sur ses œuvres, la protection de ces dernières ne pouvant être, pour le besoin de tous, que limitée dans le temps. Les premiers héritiers ne devaient pas être oubliés, c'est pourquoi la protection s'étend durant toute la vie de l'auteur puis pendant un certain nombre d'années suivant sa mort. Toujours est-il que ce nombre d'années suivant la mort de l'auteur fut de nombreuses fois changé, prouvant par-là que le débat n'était pas clos avec la mise en pratique d'une propriété temporaire. Au fil des années, la durée de protection des droits d'auteur a été augmentée régulièrement. On observe en effet une progression et une extension régulières des délais de protection. En France par exemple, on est passé d'une durée de principe de 5 ans post mortem auctoris en 1791/1793 à un terme des délais de computation de soixante-dix ans post mortem auctoris en 1997[7], et ceci, quel que soit le type d'œuvre de l'esprit.

Construction du modèle de protection. C'est ce débat qui a participé à la construction du modèle de protection tel que nous le connaissons aujourd'hui. Il dura plusieurs siècles. Durant cette période, nombreuses furent les interrogations concernant la nature philosophique et juridique de la « *propriété* » littéraire et artistique. De cette nature dépend le choix de la durée de protection consacrée aux œuvres de l'esprit et surtout si la protection des œuvres de l'esprit devait ou non être limitée dans le temps. Bien que la question, longuement débattue, ne fût pas réellement tranchée, la nécessité de trouver un équilibre entre les intérêts des auteurs, des investisseurs et du public poussa le législateur français à consacrer un modèle de protection fondé sur une durée post mortem auctoris limitée dans sa durée. Néanmoins, les modèles de protection anglais et américain, reposant aujourd'hui sur le même système de calcul (durée post mortem auctoris temporaire) n'ont pas été entérinés beaucoup plus rapidement. Motivés par une dimension utilitariste dépourvue de toute considération « romantique » de l'auteur, ces modèles ont longtemps reposés sur l'acte de publication de l'œuvre, considérée comme le centre du droit du copyright. En effet, suite à la création des Etats-Unis d'Amérique et malgré l'influence de la loi anglaise[8] dans le processus de construction législative du copyright américain, les Pères Fondateurs décidèrent de ne pas baser la durée du copyright sur la vie de l'auteur mais plutôt de démarrer le calcul du terme de protection à partir de la première publication de l'œuvre. A la fin du XVIIIème siècle, alors que les Pères Fondateurs

---

[6] P.-J. BENGHOZI et T. PARIS, *Évolutions économiques et nouveaux modèles de protection de la propriété littéraire et artistique*, Réseaux, 1998, volume 16, n°88-89. p. 15: « *l'auteur est de plus en plus souvent collectif et multiple, et de moins en moins identifiable en tant qu'individu titulaire d'un droit spécifique. La distinction entre le créateur d'un côté et le personnel de soutien technique, économique ou artistique de l'autre côté est très délicate à établir en pratique: la création fait intervenir des collaborateurs dont les apports se mélangent indistinctement, et qui relèvent de statuts et de modes de rémunération différents. En élargissant considérablement les catégories potentielles d'ayants droit, les droits voisins n'ont fait, en l'occurrence, que reconnaître une situation décrite depuis longtemps déjà par les sociologues […] : à savoir une frontière imprécise entre les artistes et les collaborateurs de création* »

[7] La loi de 1997, fondée sur un désir européen d'harmoniser la durée de protection à tous les types d'œuvres a posé des problèmes de transition : toutes les œuvres, selon les termes de la directive CE du 29 octobre 1993 possédaient désormais, comme les compositions musicales avec ou sans parole, une durée de protection de 70 ans post mortem auctoris, F. PAULLAUD-DULIAN, *La durée du droit d'auteur*, RIDA 1998, n°176, p. 167; P. KAMINA, *Autorship of films and the Term directive*, 8 EIPR 319, 1994

[8] Il fallut toutefois attendre le Copyright Act de 1911 pour que soit aboli le copyright de droit commun anglais ("*common law copyright*") portant sur les œuvres non publiées. A partir de cette date, la plupart des œuvres littéraires et artistiques furent protégées par un copyright dont le terme était la durée de vie de l'auteur plus cinquante ans. Les formalités obligatoires pour l'obtention de la protection furent également abandonnées à partir de cette date. Voir L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Second Edition, Oxford, p. 31

rédigeaient la Constitution américaine, la question de la création et de la diffusion du savoir se posa. Ce sujet fut considéré comme si important pour le pays qu'une « *copyright clause* » fut insérée dans la Constitution américaine.

Changement technologique. Ces dernières années, la profusion d'évolutions technologiques (internet, le peer-to-peer, les formats MP3, MP4, le streaming…) ont bouleversé les moyens de distribution, et parallèlement de consommation, des œuvres culturelles. Notamment la dématérialisation numérique, qui a permis une multiplication infinie et gratuite des supports des œuvres, a créé une distribution inépuisable et difficilement contrôlable de celles-ci. Malgré les efforts du législateur, qu'il soit national ou international, il est aujourd'hui évident que la construction du modèle de protection est loin d'être finalisée juridiquement. Les évolutions technologiques des deux dernières décennies, en créant de nouveaux espaces et outils de diffusion, d'exploitation des œuvres et par là même de nouveaux enjeux concernant leur protection, imposent donc un débat juridique sur d'éventuelles nouvelles formes de régulation afin de répondre aux conséquences de la diffusion massive d'œuvres. Le rapport consommateur/diffuseur (exploitant) n'a jamais cessé d'évoluer. Or, depuis des années, internet a bousculé les formes de consommation et a permis une diffusion rapide et principalement illicite (non autorisée) des œuvres. Le public, habitué depuis l'essor de ce nouveau moyen de diffusion à une consommation de masse des œuvres culturelles (films, musique, logiciels…) facilitée par cette dématérialisation des supports, peine à accepter que les durées de protection des œuvres des auteurs soient si longues alors que l'accès à ces mêmes œuvres est désormais facile et généralement gratuit pour quiconque possède des connaissances basiques en informatique et une connexion internet. L'accès à la culture est donc aujourd'hui d'une facilité déconcertante et cela a induit une baisse globale et radicale des coûts associés à celui-ci[9] : les œuvres culturelles sont distribuées sous la forme de services et leur consommation dépend de moins en moins de l'acquisition du support physique mais plutôt du paiement d'un droit d'accès (musique en streaming, vidéos à la demande par exemple). En transformant le marché de la culture, « *le numérique conduit aujourd'hui à redéfinir un compromis social instable par nature* »[10].

Avancée technologique et atteinte au marché. Cette situation n'est pas sans rappeler l'époque de l'apparition du magnétoscope et de la VHS. Ces innovations technologiques et techniques avaient effrayé les producteurs d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles qui voyaient dans ce nouvel outil un moyen de contrefaire les œuvres et la fin programmée de leur marché. A propos du magnétoscope (« *video-cassette recorder* » ou « *VCR* »), Valenti, alors Président du MPAA[11], déclarait en 1982 devant le Congrès : « *we cannot live in a marketplace…where there is one unleashed animal [the VCR] in that marketplace, unlicensed. It would no longer be a marketplace; it would be a kind of a jungle, where this one unlicensed instrument is capable of devouring all that people had invested in… We are going to bleed and hemorrhage, unless this Congress at least protects [our industry against VCR]… I say to you that the VCR is to the American film producer and the American public as the Boston strangler is to the woman home alone* »[12]. Pourtant, il ne pouvait pas être plus dans l'erreur et l'exagération ; car, seulement deux ans après la décision de la Cour Suprême

[9] J. RIFKIN, *L'âge de l'accès la nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte/Poche, 2005
[10] F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 3ème édition, p. 112
[11] Motion Pictures Association of America, le syndicat américain des producteurs d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles
[12] *Home Recording of Copyrighted Works: Hearing on H.R. 4783, H.R. 4794, H.R. 4808, H.R. 5250, H.R. 5488, and H.R. 5705 Before the Subcomm. on Courts, Civil Liberties, and the Admin. Of Justice of the Comm. on the Judiciary H.R.*, 97th Cong. 2, 1982, D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, Commonlaw conspectus, vol. 23, 2014, p. 67

(rendue en 1984) de ne pas interdire les magnétoscopes, les revenus liés aux ventes et locations de VHS atteignirent 4,38 milliards de dollars, dépassant les 3,78 milliards de recettes générées par le cinéma la même année, tandis qu'en 2012 le marché des médias exclusivement développés pour une consommation domestique atteignait les 18 milliards de dollars[13]. Les évolutions technologiques des deux dernières décennies ont elles aussi créé de nouveaux outils et espaces de diffusion, d'exploitation des œuvres et ainsi de nouveaux enjeux économiques et juridiques concernant leur protection. Il est donc nécessaire de s'interroger aujourd'hui sur de nouvelles formes de régulation propres au modèle de protection afin de répondre aux conséquences de la diffusion massive et dématérialisée des œuvres de l'esprit.

Changement de paradigme. L'évolution des modes de production, de diffusion et de consommation des œuvres participe depuis un certain temps à la remise en cause des modèles de protection existant[14]. La question des modèles de protection centralise les conséquences liées aux récentes transformations techniques et économiques subies par le secteur de la culture : « *dématérialisation des produits, place grandissante des activités de conception et de mobilisation des savoirs dans les modes de production, rôle de la création dans la stratégie des firmes, évolution des modalités de diffusion et de consommation, rôle croissant des réseaux de l'information et de services* »[15]. Comme l'expliquent Benghozi et Paris, le paradigme de la protection a changé du fait de la récente dématérialisation des œuvres de l'esprit, et des nouveaux modes de diffusion : « *[d]u droit d'auteur pour lequel Beaumarchais s'était battu, on est passé à un droit de représentation, d'exploitation et de diffusion, pour aboutir à un droit de 'mise à disposition' sans matérialisation aucune de la consommation, ni possibilité de contrôle d'accès des consommateurs* »[16]. Ce sont ces changements significatifs qui ont participé à une évolution des théories relatives à la durée de protection : si au XIXème siècle le débat portait sur l'existence de droits naturels liés à l'œuvre et à la reconnaissance d'une durée de protection perpétuelle, ces trente dernières années les analyses juridiques et économiques se sont surtout focalisées sur des conceptions utilitaires (à savoir les incitations à la création et le bien-être social qui découlent de la diffusion des productions culturelles)[17]. C'est d'ailleurs cette dimension utilitariste qui questionne l'intérêt actuel d'une durée si longue de la protection et participe à une remise en cause de celle-ci. Mais si une remise en cause du modèle de protection peut être opérée aujourd'hui, et notamment concernant les délais actuels de computation, la fin imminente de celui-ci paraît exagérée et certainement pas à l'ordre du jour[18].

---

[13] *Ibid.*, p. 70

[14] P.-J. BENGHOZI et T. PARIS, *Évolutions économiques et nouveaux modèles de protection de la propriété littéraire et artistique*, Réseaux, 1998, volume 16, n°88-89, résumé: « *Sous l'effet d'une évolution économique et technique des modes de production et de consommation des œuvres, l'exercice de la propriété littéraire et artistique s'est progressivement écarté des principes de bases sur lesquels elle s'appuyait. Les évolutions actuelles remettent en cause les systèmes de protections existant dans leur essence et structure même, dans leurs modalités opératoires, dans la définition de leurs champs d'application, dans la définition des acteurs économiques* »

[15] *Ibid.*, p. 13

[16] *Ibid.*, p. 19

[17] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, pp. 21-22: « *Plus récemment, les théories relatives aux droits naturels de propriété intellectuelle ont été remplacées par des conceptions utilitaires, qui justifient l'octroi d'un droit de propriété privée par les bienfaits sociaux engendrés au niveau global. Dans ce cadre, la propriété intellectuelle est légitime à condition qu'elle prévoie suffisamment de mesures d'incitation destinées aux créateurs et aux innovateurs, en vue de stimuler la production d'œuvres et d'inventions. Ce raisonnement a nourri l'évolution d'une riche analyse de la propriété intellectuelle sur les plans juridique et économique ces trente dernières années* »

[18] P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La semaine juridique édition générale n°1, 5 janv. 2000, I 194, p. 1

Augmentation de la durée de protection. Il est évident qu'en termes de durée de protection les législateurs ont participé depuis un siècle à l'extension significative des délais de computation. Ces différentes prorogations de la durée du droit d'auteur ne se sont pas seulement limitées à l'Union européenne, le législateur américain ayant également fait le choix de prolonger la durée du copyright afin de se « calquer » sur le modèle européen. L'enjeu de la durée du droit d'auteur et du copyright se situe donc désormais (et ce depuis des dizaines d'années) aussi bien sur le plan économique que sur le plan des principes juridiques. Désormais, culture et capitalisme sont interconnectés[19]. Les évolutions du droit du copyright reposent désormais sur une philosophie d'enjeux économiques dont le but annoncé est l'augmentation de l'intérêt des auteurs pour la création de nouvelles œuvres[20]. Mais toujours est-il que les arguments soutenus par les lobbyistes des industries culturelles ont touché le législateur au vu des dernières prorogations des délais de computation du droit d'auteur et du copyright, participant ainsi à une dénaturation du modèle qui se caractérise par l'application d'une durée de protection trop longue. Au-delà de la conception juridique ou du souci d'équité sociale, voire du désir de rendre hommage à l'activité créatrice, les nouvelles régulations portant sur le droit d'auteur et le copyright semblent être dictées par les principaux acteurs économiques du secteur culturel[21]. Ceci pose certaines inquiétudes, lorsque l'on voit qu'au début des années 2000, la durée du brevet américain a été augmentée de 43% depuis la copyright clause de 1790, tandis que le terme du copyright, lui, l'a été de 580%[22]. Pour Khanna, c'est bien la preuve qu'un groupe restreint et intéressé a systématiquement déformé le modèle du copyright depuis les années 1970[23], et que les raisons invoquées par celui-ci ne justifient pas de telles extensions de la durée de protection, notamment l'incitation à la création[24]. Ceci est d'autant plus étonnant que la création d'Internet et du numérique ont participé à « *à la fois un raccourcissement des distances et des délais de diffusion, une massification des pratiques de consommation qui renvoient à la gratuité, une fluidité des échanges et une révision des clivages traditionnels entre production, prescription et consommation qui affectent les conditions d'application, et sans doute même la reconnaissance du droit d'auteur. […] Mais ce n'est guère via un renforcement d'un droit au*

---

[19] XIJIN TANG, *Copyright and cultural capital*, 66 Rutgers L. Rev., 425, 2013-2014, p.454: « *[c]apitalism and culture are necessarily intertwined* »

[20] A. TOR et D. OLIAR, *Incentives to create under a 'Lifetime-Plus-Years' copyright duration : lessons from a behavioral economic analysis for Eldred v. Aschcroft*, Scholarly Works, Paper 514, 2002, p. 445: « *[t]he justification for and the reasoning behind Copyright legislation is primarily utilitarian-economic. Copyright law aims to induce potential authors to benefit society by creating expressive works* », disponible sur http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/514

[21] D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 235: « *Thus, the only conclusion possible from the record before Congress is that Congress gave in to the demands of the heirs and assignees of old copyrights that still had economic value but were about to enter the public domain. […] The only part of the assertion that is unassailable is that owners of old copyrights desperately wanted copyright term extension to extend their royalty streams – calling the term unfairly or inadequately short at a mere seventy-five years and multimillions of dollars in total royalties* »

[22] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, Commonlaw conspectus, vol. 23, 2014, p. 57

[23] *Ibid.*, p. 58: « *a dedicated group of special interests has systematically distorted this system since 1790, specifically since the 1970's* »

[24] K. SLAVITT, *The copyright term extension act: we may know the words, but can we find the harmony?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 478: « *Then why the need for the CTEA? The U.S. claims it was to create incentives. As demonstrated, incentives have not been created. In addition, this same argument was criticized by a European law expert when the E.U. considered extending its copyright term: 'It is suggested [in the E.U.] that the policy considerations [advocating longer copyright terms because they are fundamental to intellectual creation] are suspect. First, the question of how long copyright protection should last is generally a remote one to any person creating a copyright work; it is unlikely to be a stimulus for greater creativity. Secondly, the arguments based on life spans seem odd. There is no good reason, for example, why two (rather than one or three) generations of descendents should benefit'. Further, an English High Court Judge noted : 'No one is going to be more inclined to write computer programs or speeches, compose music or design buildings because 50, 60 or 70 years after his death a distant relative whom he has never met might still be getting royalties' . In the absence of incentives being created or harmonization being achieved, the true reason for passage of the CTEA appears to be ego and politics* »

fond inchangé mais coûteux et peu réaliste que l'on répondra aux doutes et aux questions liées à l'avènement de pratiques résolument nouvelles, qui affectent l'écriture, les modes de pensée, les figures traditionnelles de l'auteur, du lecteur, du compositeur de musique, etc. »[25]. Il paraît donc primordial aujourd'hui d'adapter les durées de protection et de modifier le modèle du droit d'auteur et du copyright pour que chaque intervenant, de l'auteur créateur au consommateur sans oublier l'exploitant, puisse y trouver son intérêt. Un juste équilibre est à déterminer entre récompense honorifique et pécuniaire de l'auteur, rémunération des exploitants et accès facilité au public.

Critique de la durée actuelle. Il semble également aujourd'hui nécessaire de s'interroger sur l'intérêt et les conséquences d'un raccourcissement drastique de la durée des délais de computation. Comme le revendique Bertrand, on peut juger que la durée des droits patrimoniaux de l'auteur (70 ans post mortem auctoris) est « *totalement disproportionnée* »[26] et ceci d'autant plus que la durée des droits d'exploitation reconnus au titulaire d'un brevet n'est normalement que de 20 ans, et ceux accordés aux dessins et modèles est de 25 ans maximum. Ainsi, le brevet du « cinématographe » des frères Lumières, déposé en 1895, fait partie du domaine public depuis l'année 1910[27], alors que les œuvres audiovisuelles qu'ils ont créées au cours de la même période ne tomberont dans le domaine public qu'en 2019[28]. Aussi, cette durée de protection « *qui ne repose sur aucune justification sérieuse* »[29] aurait au moins deux effets pervers : les détenteurs des droits (les producteurs par exemple) n'auraient aucune incitation à remettre d'anciennes créations au goût du jour, et l'importance de la protection du droit d'auteur, par la longueur de sa durée, permettrait à de nombreux ayants droit de profiter d'une situation d'abus de position dominante sur les œuvres qui ont atteint le statut de référence culturelle. Néanmoins, la recherche d'une durée « optimale » n'a jamais été une mince affaire. Victor Hugo, déjà, l'exprimait dans un discours au cours d'un Congrès littéraire international du 25 juin 1878 : « *le délai de protection que (les législateurs) accordent est ici de dix ans, là de vingt ans, plus loin de cinquante ans ; ils vont même jusqu'à quatre-vingt ans. Pourquoi ? Ils n'en savent rien […] Qui expliquera les motifs pour lesquels, dans tous les pays civilisés, la législation attribue à l'héritier, après la mort de l'auteur, un laps de temps variable, pendant lequel l'héritier, absolu maître de l'œuvre, peut la publier ou ne pas la publier ? Qui expliquera l'écart que les diverses législations ont mis entre la mort de l'auteur et l'entrée en possession du domaine public ?* »[30].

Nouveau calcul de la durée de protection. La réduction de la durée de protection pourrait également reposer sur une remise en cause du mode de calcul basé sur la date de décès de l'auteur, qui conduit inéluctablement à des périodes de protection des œuvres de l'esprit diverses et donc à des inégalités, notamment si l'auteur meurt prématurément[31]. Baser la durée de protection sur un élément indépendant à la vie de l'auteur et ainsi non aléatoire pourrait rendre le calcul de cette durée plus juste d'un auteur à l'autre. Par exemple en démarrant la période de protection à la date de première publication de l'œuvre comme c'est généralement la règle en droits voisins. Pourtant certains auteurs, soutenant la conception traditionnelle, s'oppose à cette éventualité. Desbois, dans ce sens, explique que « *l'œuvre*

[25] F. BENHAMOU, *Les politiques publiques face aux mutations de l'économie de la culture. Le droit d'auteur contesté par le numérique?*, Les politiques culturelles, Cahiers français n° 348, janv-fév. 2009, p. 26 et 28
[26] A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 261
[27] La durée de protection des brevets était à cette époque de seulement 15 ans
[28] Louis Lumière étant décédé en 1948
[29] A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 261
[30] V. HUGO, *Le combat du droit d'auteur*, Séance du 25 juin 1878, Les Impressions nouvelles, 2001, p. 163
[31] E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 3ème édition, 1908, par Marchal et Billard, n°9

étant l'émanation de l'auteur, il est normal de prendre en considération la durée de son existence pour fixer celle du monopole »[32]. La date de publication n'étant pas liée directement à l'auteur lui-même, elle aurait pour conséquence néfaste de détacher « *les œuvres de la personne des auteurs* » et de les protéger « *en elles-mêmes, pour elles-mêmes* »[33]. Pourtant cette éventualité, surtout depuis que l'immatriculation des œuvres connaît un réel essor et facilite leur identification, devrait être étudiée.

Au-delà de la durée de protection. La question de la durée de protection des droits d'auteur implique aussi de s'interroger sur différents cas spécifiques qui dépassent la temporalité de la protection en tant que telle. Le « domaine public » par exemple. Cette notion recouvre des situations distinctes: les œuvres ne bénéficiant pas de la protection du droit d'auteur par absence d'originalité, les œuvres « tombées » dans le domaine public suite à l'expiration du droit patrimonial de leurs auteurs ou ayants droit. Cette seconde situation doit être étudiée. Les œuvres protégées par le droit d'auteur dont les droits patrimoniaux sont venus à expiration sont censées être reproduites ou représentées librement. Ici est soulevée la question de l'après protection (on se situe temporellement en dehors de la durée de protection) mais au cours de laquelle perdure parfois le droit moral et donc une protection limitée mais bien réelle comme le confirme l'arrêt Salvador[34]. Qu'est donc alors à proprement parlé la notion de domaine public et n'existe-t-il toujours pas une forme de protection pour les ayants droits de l'auteur alors que les droits patrimoniaux sont échus ? Ceci ne permet-il pas des abus de la part des ayants droit qui souhaiteraient utiliser des outils juridiques afin de conserver un monopole d'exploitation sur leurs œuvres ? Ces interrogations sont d'autant plus importantes que l'évolution technologique a créé un marché économique de ses œuvres libres de droit. On pense bien sûr à la numérisation des livres par de grands groupes tels que Google ou Amazon.

Dénaturation du modèle de protection. Des questionnements et interrogations sur la nature de la propriété littéraire et artistique, du droit d'auteur et du copyright, les débats se sont également rapidement portés sur la protection d'œuvres nouvelles (logiciels et bases de données) et sur la sécurisation des investissements. Les enjeux du droit d'auteur et de la durée de sa protection, en France ou à l'échelle internationale, ont également changé de cadre: la dimension économique de la matière est devenue primordiale tandis que la recherche de la source de la protection s'est peu à peu effacée avec le temps. Mais les récentes et multiples extensions temporelles du modèle de protection, (qu'elles soient françaises, européennes ou américaines), ne sont pas les seules causes de la dénaturation du modèle. L'élargissement des domaines d'application du modèle de protection a aussi abouti au même résultat : l'affaiblissement général du domaine public et la remise en cause de ce principe développé par le législateur. Pourtant, ces élargissements du champ d'application du modèle de protection, semblent incohérents avec la dimension personnaliste du droit d'auteur et le caractère utilitariste du copyright. Plus qu'une dénaturation du modèle de protection, la principale conséquence en est la nette diminution du domaine public issue d'une protection moins exigeante fondée sur la seule nécessité d'un investissement. La dénaturation du modèle est causée dans un premier temps par l'apparition de nouvelles protections des œuvres techniques et des investissements, mais l'est également et plus récemment encore par l'utilisation récurrente d'outils juridiques par les ayants droits dans le but de proroger la protection portant sur leurs œuvres. L'intérêt commercial et économique lié à ces œuvres

[32] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème édition, 1978, n°326, p. 419
[33] *Ibid.*
[34] Cour de cassation, chambre civile 1, audience publique du jeudi 24 septembre 2009, N° de pourvoi: 08-11112, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021079237

semble être la source principale de cette dénaturation du modèle, le manque à gagner lié à la perte de droits patrimoniaux exclusifs sur ces œuvres étant particulièrement conséquent.

Surprotection des œuvres. Auteurs et exploitants ont un intérêt commun à ce que la durée de protection des œuvres soit la plus longue possible, mais cet intérêt se heurte à celui du public. Une fois tombée dans le domaine public, l'œuvre s'apparente (théoriquement) à une chose commune qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous. L'exploitation de cette œuvre en devient alors libre et gratuite, ce qui facilite dès lors sa diffusion (sous réserve du respect du droit moral de l'auteur), favorisant ainsi le bien-être social. Cette limitation dans le temps de la durée de protection des œuvres de l'esprit permet donc la création automatique, progressive et continue d'un fonds commun public de la connaissance où chacun serait libre de venir puiser. La création de ce domaine public par le biais d'une limitation de la durée de protection des droits d'auteur et droits voisins est généralement justifiée par le fait que l'auteur ne crée jamais ex nihilo mais à partir des œuvres précédentes, de ce qu'il peut lire, voir, étudier, soit la culture, les créations qui l'entourent… Le domaine public s'apparenterait donc à un juste retour de cette source d'inspiration permanente et gratuite dont jouissent les auteurs au jour le jour. Comme le stipulait Le Chapelier, « *chacun devrait être maître de s'emparer des ouvrages immortels de Molière, de Corneille et de Racine pour essayer d'en rendre les beautés et de les faire connaître* »[35]. Si aucun auteur ne crée à partir de rien, par conséquence, une surprotection du droit d'auteur pourrait limiter la diffusion des œuvres et des créations. Cette surprotection des œuvres de l'esprit aurait ainsi pour principale conséquence d'amoindrir la principale source d'inspiration et de production des auteurs. Ainsi le modèle de protection, fondé sur l'application d'une durée déterminée et limitée n'affecterait pas la production créative des auteurs voire la faciliterait tout en permettant à ceux-ci de tirer profit de leurs créations. Car comme le rappelle le Professeur Benabou, « *[l]a destination naturelle de l'œuvre est le domaine public, le monopole temporaire une parenthèse* »[36].

Enjeux économiques. Si ces questions de temps, durée et période de protection des droits d'auteur et droits voisins soulèvent tant de débats et controverses c'est évidemment dû aux impacts économiques auxquelles elles sont liées. En effet, plus que l'auteur ou ces héritiers, de nombreux intérêts sont concernés. Comme le souligne A. Dietz, les auteurs « *pour réaliser leur revenu, dépendent normalement de leurs co-contractants, les éditeurs et autres producteurs et du succès qu'ont ces derniers sur le marché des biens culturels* »[37]. Ainsi, les revenus de l'auteur sont étroitement liés à l'exploitation faite de son œuvre et le degré de consommation de celle-ci : les enjeux concernent donc aussi bien l'auteur que ses cocontractants, éditeurs et producteurs qui investissent dans l'œuvre afin de l'exploiter ou son public qui paye pour avoir accès aux créations et/ou posséder une représentation de l'œuvre. Le créateur souhaite donc que ses œuvres soient protégées un maximum de temps afin d'en tirer un maximum de revenus pour lui-même et ses héritiers (ce que Dietz appelle « *l'intérêt d'alimentation* »[38] des auteurs). Les producteurs, quant à eux, ont pour objectif premier d'amortir leurs investissements puis dans un second temps d'obtenir une plus-value justifiant leur participation à ce projet créatif (l'intérêt d'investissement). Cette plus-value sera, logiquement, plus importante si l'exploitation et donc la diffusion payante de l'œuvre est plus longue : plus le public consomme l'œuvre en question, plus vite l'investissement aura des

[35] Rapport de 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

[36] V-L. BENABOU, *Puiser à la source du droit d'auteur*, RIDA, n° 192, 2002, p. 53, citée par F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 3ème édition, p. 112

[37] A. DIETZ, *Le problème de la durée adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la règlementation des contrats d'auteur*, Mélanges A. Françon, Dalloz 1995, p. 110

[38] *Ibid*.

chances d'être amorti et plus rapide et conséquente sera la marge dégagée de cette exploitation. C'est pourquoi la question du modèle de protection des œuvres de l'esprit doit être pensée et étudiée au regard de sa philosophie mais également à la lumière de ses aspects économiques[39], et ceci, d'autant que la durée des délais de computation repose théoriquement sur un point d'équilibre entre incitations économiques et intérêt général[40].

Bien-être social. Les enjeux financiers liés au processus créatif et à la culture en général sont aujourd'hui trop importants pour que l'état actuel du modèle de protection ne soit analysé qu'au simple regard du droit[41]. L'analyse économique permet de prendre conscience et d'appréhender l'impact du modèle de protection sur le marché de la culture et tout particulièrement sur la diffusion des œuvres de l'esprit. L'incitation à la création et l'efficacité de la diffusion des œuvres sont les deux piliers de cette analyse économique. Le premier objectif économique de la question de la durée de protection du droit d'auteur est de minimiser la perte de bien-être social due à la sous-production d'œuvres de l'esprit. Le second objectif est de minimiser la perte de bien-être social liée à la sous-utilisation des créations. La difficulté de cet enjeu existe car une augmentation de la durée de protection est généralement demandée afin de réduire la perte de bien-être social issue de la sous-production (l'effet incitatif ayant été augmenté, plus d'œuvres de l'esprit seront réalisées), alors qu'en parallèle cette prorogation augmente la perte de bien-être social due à la sous-utilisation (car la diffusion et l'accès aux œuvres seront d'autant réduites que la durée de protection augmente)[42]. Cette évidence, mise en lumière par l'analyse économique, participe à la remise en cause du modèle actuel de protection des œuvres de l'esprit[43]. L'analyse économique implique donc de s'interroger sur l'efficience du modèle actuel et des délais de computation, notamment en ce qu'il participe concrètement à une réelle incitation à la création tout en permettant une diffusion optimale des œuvres au public. Mais cette question de la détermination d'une durée optimale de la protection des œuvres de l'esprit, bien que souvent traitée en doctrine, semble difficile (voire impossible) à résoudre concrètement et objectivement[44]. Cela étant, il paraît aujourd'hui évident que le modèle de protection présente un fort déséquilibre en faveur des titulaires de droits les plus importants économiquement sur le marché de la culture.

---

[39] F. BENHAMOU, *Les politiques publiques face aux mutations de l'économie de la culture. Le droit d'auteur contesté par le numérique?*, Les politiques culturelles, Cahiers français n° 348, janv-fév. 2009, p. 28

[40] F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 3ème édition, p. 112

[41] *Ibid.*, p. 112: « *Le développement de l'analyse économique du droit d'auteur est à la hauteur des enjeux qu'il revêt ; il témoigne aussi de l'importance grandissante de l'analyse des incidences économiques des règles de droit […]* »

[42] K. YOON, *The optimal level of copyright protection*, Information Economics and Policy, 14, 327-348, 2002, p. 328

[43] F. BENHAMOU, *Le droit d'auteur contesté par le numérique*?, *Les politiques publiques face aux mutations de l'économie de la culture*, Les politiques culturelles Cahiers français n° 348, janv-fév. 2009, p. 27: « *Au plan économique, dans les filières culturelles, tandis que les coûts de production initiaux fixes sont élevés, les coûts variables de reproduction sont quasi nuls [pour des copies parfaites]. Du point de vue de l'économiste, le prix devant s'aligner sur le coût marginal de production, la gratuité devrait s'imposer. Mais se pose le problème de l'amortissement des coûts initiaux, s'il n'est pas possible d'en faire peser le poids sur les consommations. Le Droit d'auteur est une condition (nécessaire, non suffisante) de l'établissement d'un prix, là où pourrait régner la gratuité ou la quasi-gratuité* » ; voir également J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 224 : « *En effet, la science économique a depuis longtemps montré que l'un des avantages les plus importants du prix est d'obliger les individus à faire des choix. Un consommateur prend ses décisions en comparant l'utilité marginale d'un produit avec son prix. C'est la même chose avec les utilisateurs du système de droit d'auteur. Les créateurs comparent l'utilité marginale d'avoir un droit d'auteur avec le coût d'obtention d'un tel droit. Si c'est gratuit, il est alors probable qu'il y aura prolifération des droits dans l'économie. Rendre l'obtention du droit patrimonial payante serait ainsi une manière efficace de réduire la prolifération des droits d'auteurs dans l'économie et de limiter l'incertitude sur la liberté d'exploitation. Cela permettrait de faire en sorte que seules les œuvres jugées économiquement rentables fassent l'objet d'un droit patrimonial* »

[44] J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 430-431

Problématique. Un simple rappel exhaustif des différentes durées des délais de computation ne saurait répondre pleinement à ces interrogations. Ainsi, la construction historique du modèle de protection est d'abord étudiée : droit de protection des investissements, des exploitants ou droit à la rémunération du fruit d'un travail en contrepartie de la libre utilisation des œuvres par le public, quelle que soit la définition choisie il existe un clair conflit entre privatisation et socialisation au sein de la définition même du modèle de protection. Cette opposition va au-delà des modèles du droit d'auteur et du copyright en eux-mêmes, car les questions de protection dérivent aujourd'hui vers un conflit ouvert et exacerbé entre entreprises (exploitants d'œuvres) et le public (les consommateurs de ces mêmes œuvres) où l'intérêt de l'auteur semble parfois mis au second plan. Ces débats autour de la conception de ce que devrait être le modèle de protection des œuvres de l'esprit ont marqué à la fois la construction de celui-ci et n'ont (peut-être) jamais été autant d'actualité. C'est l'intérêt de ces débats et leurs conséquences qui font que le sujet de « *la durée de protection en droit d'auteur et droits voisins* » soulève de nombreuses problématiques aux intérêts différents voire divergents. Ainsi, cibler et analyser les nouveaux enjeux relatifs aux différentes durées de protection sont des étapes nécessaires et indispensables car cette étude se veut une réponse à deux questions essentielles : *le modèle de protection des œuvres de l'esprit et les durées des délais de computation en droit d'auteur, copyright et droits voisins sont-ils, aujourd'hui, toujours justifiés ? Sont-ils, aujourd'hui, adaptés aux nouvelles formes de distribution, d'exploitation et de consommation des œuvres protégées ?* Cette thèse se veut donc une étude juridico-économique, impliquant la nécessité du droit comparé, et sera donc développée au regard du droit français, européen et américain. L'analyse comparative des modèles de protection que sont le droit d'auteur et le copyright permet de présenter, d'étudier et de s'interroger, à l'heure de la mondialisation et de l'économie de marché, sur les conséquences d'une disparité de droits, que celle-ci concerne la protection des droits patrimoniaux et moraux ou encore l'exploitation et la valorisation économique des œuvres protégées par le droit d'auteur. L'étude se limite logiquement à la protection des œuvres de l'esprit afin de ne pas mélanger au cœur de l'étude des droits de propriété industrielle dont les prérogatives sont différentes (même si elles sont parfois évoquées). Cette analyse comparative de la construction et de l'actuelle application des modèles de protection français, européen et américain permettra de s'interroger sur les nouveaux enjeux juridiques et économiques attachés à ces disparités de protection et sur le futur à donner au modèle actuel de protection. Face à cette métamorphose de la consommation des œuvres culturelles, il paraît nécessaire de s'interroger sur la pertinence du modèle tel qu'il existe aujourd'hui. La dernière révolution technologique ayant eu un impact retentissant sur les moyens d'accès et de consommation des biens culturels, cette étude met en exergue qu'il est nécessaire de repenser en profondeur les délais de computation du modèle de protection afin de l'adapter et l'optimiser pour le bien-être de tous. Car si pour certains, concernant l'avenir du modèle de protection, « *[c]'est plus une légitime évolution naturelle qu'une révolution qu'il faut attendre* »[45], il ne semble pas certain que les futures évolutions proposées par le législateur et certains groupes intéressés par la matière le soient dans l'intérêt commun.

Plan. S'interroger sur le modèle de protection des œuvres de l'esprit et la durée des délais de computation, c'est tout d'abord rechercher à le comprendre par l'analyse de sa construction : comment les systèmes de protection français, américain et européens ont abouti à la création et l'application de modèles de protection fondés sur un délai de principe de soixante-dix ans post mortem auctoris ? Quelles sont l'origine, les sources et l'essence (parfois même philosophique) du modèle de protection actuel ? Pour appréhender le modèle tel qu'il existe

[45] P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La semaine juridique édition générale n°1, 5 janv. 2000, I 194, p. 1

aujourd'hui il faut « reconstruire » historiquement le modèle, étape par étape, et selon les différentes juridictions précitées. Afin d'appréhender minutieusement et concrètement ce sujet, il est nécessaire d'étudier les sources, la philosophie et les justifications du droit d'auteur français et européen ainsi que du copyright américain afin de comprendre les différentes étapes et modalités de la construction du modèle actuel de la protection des œuvres de l'esprit (Première partie). Une fois cette première analyse opérée, il faut s'interroger et étudier l'origine de la crise actuelle du modèle de protection. Car il y a bien une crise du droit d'auteur et du copyright aujourd'hui. Pour l'appréhender, il faut en définir l'origine : est-ce seulement liée aux dernières évolutions technologiques, aux nouveaux procédés de diffusion et de consommation des œuvres, aux abus de certains ayants droit, à l'augmentation significative et récente des délais de computation, à l'élargissement du cadre d'application du modèle ou tout simplement à une remise en cause philosophique du système ? Si la première partie de cette étude est purement historique et juridique (et emprunte d'une certaine dimension sociale), l'analyse de la crise actuelle du modèle de protection et de sa remise en cause ne peut se faire sans l'outil économique. Il est déterminant d'analyser les caractéristiques modernes de la protection et notamment les différentes extensions temporelles et substantielles de celle-ci afin de comprendre les conséquences juridiques et économiques du modèle actuel de protection. Ces différentes études, qu'elles soient historiques, juridiques ou encore économiques sont les étapes nécessaires à une proposition concrète de réforme du modèle actuel (Seconde partie). En résumé, il faut déconstruire le modèle afin de pouvoir le reconstruire. C'est par un retour aux sources de celui-ci que pourra se faire une véritable proposition de réforme et de modernisation du modèle.

Première partie : Construction historique d'un modèle de protection
Seconde partie: La recherche d'un nouvel équilibre du modèle de protection

Première partie :

Construction historique d'un modèle de protection

Afin de comprendre la durée de protection du modèle actuel, soit soixante-dix ans post mortem auctoris, il est nécessaire d'étudier historiquement sa construction. Si cette durée de principe est appliquée aujourd'hui aux œuvres de l'esprit aussi bien sur le territoire français, qu'anglais et américain, les modèles de protection du copyright et du droit d'auteur n'ont pas connu les mêmes constructions. En effet, si le législateur français a rapidement choisi de fonder la durée de protection sur la vie de l'auteur (Titre I), cette solution a été beaucoup plus longue à mettre en place aux Etats-Unis (Titre II).

Titre I. Le modèle français

Avant d'aboutir au modèle français de la propriété littéraire et artistique tel que nous le connaissons aujourd'hui (Chapitre II), il fut essentiel de justifier l'existence d'une propriété privée sur les œuvres créées (Chapitre I).

Chapitre I. La lente émergence du modèle propriétariste

Suite à l'émergence du marché de l'impression des œuvres littéraires et artistiques, il fut nécessaire de créer une protection sur les œuvres diffusées en Europe (Section I). La durée de cette protection nourrit de nombreux débats, notamment concernant sa durée et l'éventuelle existence d'un domaine public (Section II).

Section I. Des privilèges à la propriété naturelle

La protection par les privilèges fut dans un premier temps accordée pour une durée limitée (§I), avant que la théorie du droit naturel de l'auteur sur son œuvre ne participe à la remise en cause de cette caractéristique temporelle (§II).

§I. L'instauration des privilèges

Originellement inexistante (A), une protection limitée des œuvres intellectuelles fut établie par le biais des privilèges en Europe afin d'assurer une juste rémunération aux imprimeurs-libraires (B). Ce modèle de protection, bien loin de celui appliqué aujourd'hui, fut d'ailleurs mis en place plus rapidement par le Vatican (C).

A. De l'absence de protection au premier privilège

Jusqu'au milieu du XVème siècle le processus créatif était considéré comme émanant du pouvoir divin et ne pouvait, à ce titre, faire l'objet d'une quelconque propriété (1). Mais l'apparition de l'imprimerie et les investissements qui lui sont liés impliqua qu'une forme de propriété exclusive soit élaborée (2).

1) Des œuvres libres…

Une connaissance divine et gratuite. Dans l'Antiquité, la connaissance est transmise par voie orale et écrite. Ainsi, les différents « pourvoyeurs », diffuseurs de connaissance, tels que les philosophes, pouvaient être assimilés à des « auteurs » au sens juridique actuel du terme. Pourtant, à cette période, ceux-ci ne sont pas considérés comme les titulaires de leurs travaux (quel que soit leur mérite) et aucune rémunération ne leur était attribuée au titre de la circulation de leurs écrits. A cette époque, il n'existait pas de débat concernant un éventuel droit d'auteur, même si la notion de plagiat telle que nous la connaissons aujourd'hui a été forgée dès le IIème siècle[46]. Seule la question de la source de la connaissance est évoquée et liée à une éventuelle juste rémunération de leur travail de réflexion : la connaissance, les idées, étant reconnues comme un don de Dieu, leur diffusion ne peut faire l'objet d'un commerce dont profiterait ces « auteurs intellectuels ». Cette conception était partagée par différents systèmes.

Grèce. Les grecs, durant l'Antiquité, ne considéraient pas la connaissance comme un bien qui pourrait faire l'objet d'une propriété privée et donc d'un quelconque commerce. Si un scribe pouvait être payé pour son travail d'écriture, un auteur récompensé pour ses succès littéraires, le don de Dieu qu'est la connaissance était reçu gratuitement par les auteurs et tout travail, quel que fut l'apport créatif ou intellectuel de ces derniers, devait être à son tour offert et distribué gratuitement au public[47].

Chine. En Chine antique, le confucianisme méprisait le commerce et les auteurs qui écrivaient dans le but de faire profit. L'auteur était censé exercer son art dans un but d'élévation morale de lui-même et des autres (seul compte la réputation et l'estime de ce travail par les futures générations)[48]. Néanmoins, au XIème siècle, si le commerce du livre se développait grandement en Chine, les auteurs chinois n'avaient aucune propriété sur les textes publiés. Le contenu des livres - la connaissance et les idées véhiculées par ces écrits - ne pouvait donner lieu à une propriété, seul le support physique pouvait faire l'objet d'un commerce[49].

Pays Islamiques. Il en allait de même dans les pays Islamiques, où pendant plusieurs siècles toute connaissance fut interprétée comme émanant de Dieu. Le Coran, considéré comme la source et le fondement de toute connaissance par la religion musulmane, étant la

[46] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.3
[47] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, pp. 26-27. Socrate méprisait d'ailleurs les Sophistes, qui avaient pour usage de faire payer leurs enseignements
[48] *Ibid.,* p. 27, cité en note 1 de l'auteur: W. P. ALFORD*, To steal a book is an elegant offense : Intellectual property law and chinese* civilization, Stanford, Calif. : Stanford University Press, 1995, p. 25-29
[49] *Ibid*., citation du même auteur, note n°2 p. 27

retranscription des mots d'Allah, nul ne pouvait se l'approprier[50]. Pourtant, une certaine notion juridique de la paternité de l'auteur émergea alors (sans pour autant qu'une quelconque conception de droit de propriété intellectuelle ou de droit d'auteur fut développée) avec pour unique but de prévenir toute appropriation frauduleuse du travail d'un éminent auteur/professeur. La contrefaçon d'œuvre littéraire était un acte honteux à l'époque[51]. Ainsi, un voleur de livre ne se voyait pas couper la main (sanction de la loi coranique pour le vol) car son acte frauduleux n'était pas qualifié de vol du support (d'un bien donc) mais du contenu de ce livre, qui lui, ne faisait l'objet d'aucune propriété[52].

Judéo-Chrétiens. L'idée de connaissance chez les Judéo-Chrétiens était également toute proche. Le Nouveau Testament consacrait l'idée que la connaissance était issue du Divin (Matthieu, 10:8 : « *[v]ous avez reçu gratuitement, donnez gratuitement»*[53]*),* notion retranscrite par les théologiens du Moyen-Age dans la Loi canon : « *Scientia Donum Dei Est, Unde Vendi Non Potest » («la connaissance est un don de Dieu, en conséquence, il ne peut être vendu »).* A cette époque, la vente d'un bien appartenant à Dieu (tel que la connaissance) était caractérisée, selon les catholiques, par le péché de simonie[54].

Moyen Âge. Au Moyen Âge, les Statuts des libraires parisiens de 1316 imposaient à ces derniers que « *nul libraire ne peut refuser un exemplaire à celui qui voudra en faire une copie* » (« *Item nullus stationnarius denegabit exemplaria alicui etiam volenti per illus aliud exemplar facere* »)[55]. Il était donc évident que la propriété intellectuelle fut toujours, à cette époque, inexistante et que le principal enjeu était d'assurer le partage et la diffusion de la connaissance, l'auteur n'ayant aucun droit de propriété sur un contenu dont l'unique source officielle/reconnue était le divin[56]. Mais l'essor économique des imprimeurs-libraires influença grandement la reconnaissance d'une propriété privée sur les œuvres (2).

2) … A une privatisation de l'exploitation des œuvres

Théorie des privilèges et essor économique des « imprimeurs-libraires ». Avec l'apparition de l'imprimerie vers 1450, les moyens de production et de diffusion des écrits prirent une toute autre ampleur. L'édition de volume (entendre « de masse ») apparut et cette avancée industrielle créa une nouvelle corporation : les imprimeurs-libraires, que l'on peut considérer comme les « ancêtres » de nos éditeurs contemporains. Fort de cette avancée, et engageant des investissements lourds financièrement pour s'équiper en matériel, ceux-ci

[50] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, pp. 27-28, voir note 3 de l'auteur pour références

[51] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur,* Assoc. Multitudes, 2001/2 –n°5, p.37 à 62, cité par l'auteur (note 4, p. 38), Le poète romain Martial, dans 'Epigrammes à Fidentinus', Liv. I, LIII, LXII, LXVI *: « Ta renommée me rapporte, Fidentinus, que tu récites mes œuvres en public comme étant de toi. Si tu veux bien dire que mes vers sont de moi, je te les enverrai gratis. Si tu veux qu'on dise qu'ils sont de toi, achète-les pour qu'ils ne soient plus à moi »*

[52] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core*,* p. 28

[53] *La Bible, Le Nouveau Testament*, Matthieu 10:8

[54] Le terme "simonie" vient de Simon Le Magicien qui voulut acheter le pouvoir de Pierre de faire des miracles. L'apôtre le condamna vivement : « *Que ton argent périsse avec toi, puisque tu as cru que le don de Dieu s'acquérait à prix d'argent* » (La Bible, Acte VIII, 20)

[55] L. PFISTER, *Mort et transfiguration du droit d'auteur? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique,* BBF 2006, Paris, t.51, note n°5, cité par l'auteur : *Statuta Universitatis Paris. De librariis et stationariis, 4 décembre 1316, dans Chartularium Universitatis Parisiensis, Paris, 1891, t.2, p. 190.*

[56] *Ibid.*

s'organisaient en corporations et en guildes[57] dans le but inavoué d'augmenter leur pouvoir sur un nouveau marché, celui du commerce des œuvres littéraires.

Plagiat. Mais cette révolution technologique confronta les imprimeurs-libraires à un nouveau défi, le développement d'un plagiat à grande échelle. Dans « *Epître dédicatoire* » publié par Ulrich Gering en 1478 (au début de « *Virgile »*), Paul Maillet écrivait : « *[c]ertains libraires, voyant un bon livre imprimé par un autre Maître, parfaitement bien, et avec grande dépense, le contrefont aussi-tôt par une autre impression fort négligée et remplie d'un grand nombre de fautes qui coûte peu d'argent ; faisant perdre au premier par cette malice, le gain légitime qu'il pouvait espérer* »[58]. De cette citation, se dégage, au-delà de la critique ferme de l'atteinte économique de la contrefaçon, la qualité plus que déplorable des copies « illicites »[59], problème également soulevé au XVIIIème par Diderot dans sa « *Lettre sur le commerce des Livres* »[60].

Création des privilèges. Face à cette concurrence jugée déloyale par les imprimeurs-libraires, fut instauré un système de privilèges « *dérogeant au droit commun* »[61], une « *gratiae* » exception à la règle de droit « *priva lex* ». L'outil juridique qu'était le privilège répondait à deux enjeux principaux : celui de protéger les investissements lourds engagés par les imprimeurs-libraires, notamment en ce qui concernait les équipements nécessaire à l'impression, et l'intérêt des pouvoirs quant à une régulation officielle de la diffusion des textes et de la connaissance au sein de leurs royaumes. Les privilèges accordés étaient des droits/autorisations d'impression et de reproduction exclusifs ou quasi-exclusifs portant sur des écrits préalablement ciblés et autorisés par le pouvoir royal. Pour la première fois, une réelle protection juridique sur les impressions d'ouvrages réalisés fut créée et appliquée en Europe[62].

Une exception. Ces droits exclusifs d'exploitation étaient néanmoins l'exception et la règle de principe restait « *la liberté publique* » de l'impression[63]. Ces autorisations accordées aux imprimeurs étaient clairement des droits/ privilèges purement économiques, leur permettant de protéger le fruit de leur travail et les revenus qui en découlaient. Droits purement et simplement économiques car seule la défense et la protection juridiques de l'exploitation d'une œuvre étaient concernées : l'œuvre en tant que telle et l'assurance d'une juste rémunération de son auteur n'étaient pas considérées[64].

---

[57] Au Moyen Âge, une guilde était une association groupant des marchands exerçant une profession commune. Cette association visant à procurer à ses adhérents de meilleures conditions commerciales. Définition disponible sur http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/guilde/38599

[58] L. PFISTER, *Author and work in the franch print privileges system: some milestones*, note n°16, p. 119 dans *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, disponible sur www.copyrighthistory.org

[59] Cette raison pousse certains auteurs à revendiquer la titularité du privilege sur leurs œuvres ; par exemple le poète Marot, qui écrit pour justifier sa requête, en 1539 : « *il se trouve de mes œuvres courantes et disposées par tous les lieux et endroits de ce royaume, qui sont imprimées et mises en lumière avec impressions si impertinentes et mal ordonnées que le plus souvent l'on y voit plus de faultes que de bons mots* », (*Catalogue des actes de François 1er,* Paris, 1887, 8, n°33273) cité par L. PFISTER, *Author and work in the franch print privileges system : some milestones*, note n°20, p. 120 dans *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[60] D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres (1763)*, texte annoté par Christophe PAILLARD, 2002

[61] Expression utilise par l'avocat Séguier dans le *Compte rendu sur les privilèges*, Paris, 1779, qu'il prononça devant le Parlement de Paris, cité par J-D. MELLOT, *Le régime des privilèges et permissions d'imprimer à Rouen au XVIIème siècle*, Bibliothèque de l'école des chartes, 1984, tome 142, livraison 1, p. 137

[62] PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, pp. 4-5

[63] PFISTER, *Mort et transfiguration du droit d'auteur? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique,* BBF 2006, Paris, t.51, p. 7: *« suivant l'expression employée en 1579 par le procureur du roi Barnabé Brisson (Recueil de plaidoyez notables de plusieurs anciens et fameux advocats de la Cour de Parlement…et divers arrêts, Paris, 1644,p .512) et en 1586 par l'avocat Simon Marion (Plaidoyez de M. Simon Marion, advocat en Parlement, Baron de Druy, Paris, 1620,p.12) »*

[64] A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, pp. 5 à 8

Grâce royale et censure. Ce système de privilège, qui imposait une autorisation préalable, pouvait également être assimilé à un moyen de contrôle et de censure de la diffusion de la connaissance et des écrits de toute sorte par le pouvoir royal qui était seul habilité à les délivrer. Ces privilèges étaient de courte durée, généralement entre trois et dix ans : passé ce délai, l'œuvre tombait dans le domaine public et toute personne pouvait l'imprimer et le vendre à sa guise[65]. Ces privilèges s'apparentaient donc à une « grâce » royale délivrée de manière *ad hoc* à un particulier sur une œuvre dont le contenu a été préalablement contrôlé et où la qualité d'auteur paraissaît anecdotique.

Premier privilège. Johann Speyer, éditeur allemand installé dans la République de Venise, fut le premier en Europe à obtenir un privilège exclusif en 1469 (pour tout le territoire vénitien et une période de 5 ans)[66]. Déjà, l'attribution d'un tel monopole exclusif fût dénoncé et pour cause : alors que Rome voyait arriver de nombreux imprimeurs en quête de réussite, le marché vénitien était « verrouillé » par cette autorisation, le pouvoir n'ayant pas anticipé l'impact concurrentiel sur le secteur de l'imprimerie. Le privilège de Speyer fût d'ailleurs annulé quelques mois après sa mort afin d'ouvrir ce marché aux imprimeurs et à une concurrence libre[67]. Rapidement, ce système de protection issu des privilèges fut ensuite généralisé en Europe (B).

B. Généralisation européenne du modèle des privilèges

Une fois les caractéristiques du modèle de protection arrêtées (1), il fut rapidement institué à l'échelle européenne (2).

1) Durée limitée des privilèges et principe du domaine public

Abus et création du domaine public. En 1517, face aux abus des imprimeurs-libraires (et leur volonté toujours plus affirmée d'obtenir le maximum de privilèges) et aux contradictions (l'essor de la contrefaçon) que présentaient les privilèges exclusifs portant sur les œuvres anciennes (telles que celles de Virgile, Horace ou Cicéron par exemple et la plupart des classiques grecs et latins), le pouvoir vénitien vota un décret annulant tous les privilèges existants et institua le principe d'un domaine public (« libri communi ») pour tous les livres déjà imprimés[68].

Durée des privilèges. Cette idée d'un intérêt social pouvait déjà être entraperçue en 1509 alors qu'un privilège de seulement un an (à cette époque la norme est de cinq à dix ans) fut accordé au physicien vénitien Pietro de Mainardi pour son texte sur les remèdes contre la peste. La courte durée de ce privilège étant justifiée par le réel intérêt que ce texte comportait

[65] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur,* Assoc. Multitudes, 2001/2 –n°5, p. 39
[66] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, cité par l'auteur, p. 30
[67] J. KOSTYLO, *From gunpowder to print: the common origins of copyright and patent,* note n°4, p. 24, dans *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[68] J. KOSTYLO, *From gunpowder to print: the common origins of copyright and patent,* note n°15, p. 28, dans *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

pour la santé publique[69]. Des dispositions supplémentaires à ce décret datant de 1534 et 1537 établirent une durée limitée des privilèges à 10 ans et réaffirma que seuls les ouvrages n'ayant pas fait l'objet d'une édition (impression) intégrale seraient considérés comme nouveaux, et donc susceptibles de faire l'objet d'un privilège[70]. Dans un décret de 1545, la République de Venise imposa aux imprimeurs-libraires d'obtenir le consentement de l'auteur ou de ses héritiers/ayants-droits avant toute impression et vente de son travail[71].

2) Déploiement de l'usage des privilèges en Europe

Applications européennes. L'usage, consistant à accorder des droits de reproduction ou d'impression sur un texte, pour une zone géographique et un délai déterminés, se développa néanmoins par la suite dans de nombreux pays d'Europe continentale : en Allemagne (1479), dans le duché de Milan (1481), en Espagne (1498), Pologne (1505) ou encore en Scandinavie (1510)[72]. En France, si le premier privilège a été délivré en 1498 au libraire Trechsel, aucun autre ne le fut avant 1505[73]. Certains de ces premiers privilèges étant même accordés sans l'autorisation de l'auteur[74]. Il fallut également attendre 1551 pour voir le premier privilège portant sur une œuvre musicale accordé en France (à Guillaume Morlaye, joueur de luth d'Henri II)[75]. La couronne d'Angleterre délivra son premier privilège portant sur le commerce des livres en 1504 à William Facques, qui se vit attribuer le titre de « King's Printer » (« imprimeur du Roi »), ce dernier lui conférant le droit exclusif d'imprimer les proclamations, statuts et les autres documents officiels royaux[76].

Création de guildes. Mais dès 1557, le pouvoir royal anglais réorganisa la Guilde des papetiers, fondée en 1403 et communément appelée « Stationers' Company » (de son vrai nom « Workshipful Company of Stationers[77] and Newspapers makers »). Le pouvoir royal lui accorda un monopole partiel sur les impressions/éditions réalisées à Londres et dans tout le royaume[78]. Cette « corporation » devint alors une guilde rassemblant l'ensemble des métiers du livre: de l'imprimeur au libraire, en passant par le relieur. Un registre appelé « *Stationers' Register* » (le « registre des libraires » en français) était tenu afin de lutter contre la contrefaçon et permettait aux éditeurs de prouver qu'ils étaient effectivement titulaires d'une autorisation royale d'imprimer (et donc d'exploiter commercialement le résultat de leurs impressions) sur tel ou tel texte.

---

[69] *Ibid.,* note n°61, p. 47
[70] *Ibid.,* p. 28
[71] L. PFISTER, *Author and work in the franch print privileges system: some milestones*, p. 122 dans *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[72] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 5, référence de l'auteur : E. ARMSTRONG*, Before copyright. The French book privilège system (1498-1526),* Cambridge University Press, 1990, p.7
[73] E. ARMSTRONG*, Before copyright. The French book privilège system (1498-1526),* Cambridge University Press, 1990, p. 78 et s. (toujours cité par L. PFISTER)
[74] Cas de l'imprimeur Michel Le Noir et de l'impression de « *Le vergier d'honneur* » sans l'autorisation de son auteur André La Vigne en 1504 ou encore d'Antoine Lemaître, en 1651, qui eut la désagréable surprise de voir son œuvre « *Plaidoyers* » publié par les imprimeurs-libraires parisiens grâce à un privilège royal (même aventure pour Molière et « *Les précieuses ridicules* »)! L. PFISTER, *Author and work in the franch print privileges system: some milestones*, note n°16, p. 121-122, dans *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[75] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur,* Assoc. Multitudes, 2001/2 –n°5, p. 39
[76] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, p.30
[77] En anglais et à cette époque, « *stationer* » signifie libraire et/ou éditeur de livres
[78] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, p.30 et L. Pfister, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.5

Deux types de privilèges anglais. Ainsi, à partir de cette date, deux types de « copyright » existaient en Angleterre : le premier, délivré par le Souverain (pouvoir royal), le « *printing patent* » dont l'existence remontait au début du XVIème siècle, et le second, le « *Stationers' copyright* », qui s'apparentait à un copyright privé. Mais ces privilèges présentaient plusieurs lacunes de taille pour les imprimeurs-libraires. Valables seulement au sein du royaume dans lequel celui-ci leur avait été gracieusement délivré, tout imprimeur-libraire diffusant des œuvres à l'étranger se devait d'obtenir un nouveau privilège pour chaque région géographique où il souhaitait distribuer l'œuvre qu'il avait imprimée. En Europe, le marché du livre connut un réel essor et son commerce ne fut plus limité à un unique royaume. Dès le XVIème siècle, les imprimeurs-libraires durent s'adapter à une concurrence internationale. Octroyés gracieusement par le pouvoir royal, les privilèges pouvaient tout autant être annulés ou révoqués sans justification; il n'existait donc aucune sécurité juridique dans cet outil pour les imprimeurs-libraires. Le privilège se rapprochait dans sa nature du droit exclusif de reproduction d'une œuvre, qui sera consacré au XVIIIème siècle, et pouvait dès lors être assimilé à l'une des sources principales du droit d'auteur tel que nous le connaissons aujourd'hui, même s'il présentait une différence notable en ce qu'il pouvait être attribué, suspendu, voire annulé exclusivement par le pouvoir royal[79]. Durant la même période, le Vatican mis en place un système de protection déjà plus « moderne », au sens où il était plus proche du modèle actuel (C).

C. Les privilèges papaux

Les privilèges papaux (1509-1605). D'après les travaux de recherche[80] de Jane Ginsburg, le système de privilèges octroyés par le Pape au Vatican durant le XVIème siècle était plus proche de notre système actuel que tous les autres de la même époque[81]. En effet, le Vatican, contrairement à la plupart des pouvoirs royaux, considérait souvent l'auteur et son travail de créateur comme un élément déterminant dans l'octroi de droits exclusifs de reproduction. Comme le disait Barbara Ringer, ancienne Directrice du Copyright Office américain: « *[t]he author was the forgotten figure in th[e] drama [of the origins of copyright], which was played out during the 16th and 17th centuries in England, France and other Western European countries…*»[82]; et cette situation historique générale n'apportait que plus d'intérêt à l'étude des privilèges papaux, qui eux, faisaient en quelque sorte la part belle aux auteurs. Néanmoins, il ne faut pas pour autant considérer ce système comme un « *droit d'auteur avant la lettre* » (sic), mais plutôt comme une orientation précurseur de notre droit actuel[83].

Obtention du privilège papal. Les privilèges délivrés par la papauté au XVIème siècle sont considérés comme des « grâces spéciales », dont la majorité était accordée aux auteurs eux-mêmes (env. 52%). Le travail de l'auteur et le temps consacré à l'élaboration de l'œuvre étaient régulièrement autant de justifications d'octroyer le privilège. L'intérêt du public concerné par l'œuvre était également souvent pris en considération dans le choix d'accorder

[79] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 6.
[80] J. GINSBURG, *Proto-property in literary and artistic works: sixteenth century papal printing privileges*, Columbia journal of law & the arts, 2013, Portant sur l'étude de plus de cinq cent privilèges, requêtes et documents associés – pour la plupart non publiés - au sein des archives secrètes du Vatican
[81] *Ibid.*, p.346
[82] B. RINGER, *The demonology of copyright*, 7-8 (1974), cité par J. GINSBURG, *Ibid*, p. 346
[83] J. GINSBURG, *Proto-property in literary and artistic works: sixteenth century papal printing privileges*, Columbia journal of law & the arts, 2013, p.347

ou non un privilège papal[84]. Néanmoins, ces privilèges n'étaient pas automatiquement liés à l'acte créatif lui-même ou à sa destination et l'auteur de cette création n'en était pas forcément le premier bénéficiaire. L'obtention d'un privilège papal reposait sur un processus en deux étapes, assimilable à bon nombre de systèmes nationaux utilisant le principe des privilèges: tout d'abord l'œuvre devait passer le test de la censure, qui autorisait officiellement la publication de celle-ci[85], puis un titre (ou droit) exclusif d'impression[86] était attribué dans un second temps.

Durée du privilège papal. Le privilège était généralement accordé pour une durée de dix années à partir de la première publication ou de la date de délivrance du privilège. Celui-ci était potentiellement renouvelable plusieurs fois sans aucune obligation d'augmentation ou d'amélioration de l'œuvre concernée, et ceci malgré un potentiel fossé temporel entre l'échéance du premier terme de protection et la demande de renouvellement. Certains ont parfois obtenu une durée plus longue (quinze à vingt ans) mais ces situations furent particulièrement rares, malgré l'importante demande d'octroi de privilèges d'une durée supérieure à dix années[87].

Territorialité. La question de la territorialité du privilège papal était plus sensible que dans toute autre juridiction ou royaume. En effet, le privilège pouvait aussi bien être délivré pour le territoire du Vatican que pour l'ensemble (ou une partie déterminée) des pays catholiques. Ceci impliquait qu'un privilège papal put potentiellement concerner une partie considérable du monde occidental[88]. La question de l'effectivité territoriale du privilège papal était donc à soulever. En effet, il paraît peu probable que le Vatican ait eu les moyens effectifs de faire appliquer ses privilèges dans l'ensemble du monde catholique. Mais la menace d'une excommunication automatique par le Vatican (avec les amendes et la saisie des œuvres, celle-ci était la principale sanction de la violation d'un privilège extraterritorial) semblait motiver les parties concernées à obtenir les privilèges papaux et à les respecter dans l'ensemble des territoires catholiques pour lesquels ils avaient été délivrés[89]. Néanmoins, dans le cas où les œuvres étaient considérées comme de futurs best-sellers, les titulaires de privilèges papaux firent souvent la démarche de multiplier les demandes de privilèges en fonction des territoires où l'œuvre était vouée à être diffusée et commercialisée (principalement la France, Venise et plusieurs provinces italiennes) afin de réellement sécuriser leur(s) droit(s) exclusif(s) de reproduction et de limiter au maximum les éventuelles possibilités de contrefaçons en facilitant les recours devant les instances judiciaires locales[90].

Protection des œuvres dérivées. Autre originalité du privilège papal, la question des œuvres dites « dérivées » de l'œuvre primaire/originelle était déjà envisagée à l'époque. Les traductions, les adaptations, les autres formats d'éditions de l'œuvre première par exemple, étaient susceptibles d'être protégées par un second privilège totalement différent de celui portant sur l'œuvre première.

---

[84] *Ibid.*, APPENDIX A – *Table of Papal printing privileges*

[85] Le droit de publier une oeuvre est obtenu dès la délivrance d'une « *licenza dei superiori* » ou d'un « *superiorum permissu* », *Ibid*, p. 352

[86] Le "*privilegio*", *Ibid*, p. 352

[87] *Ibid.*, APPENDIX A – Table of Papal printing privileges

[88] Exemple: "*so that no others may be permitted to print the said work; 10 years from the present date; in Rome and other Italian places, and each and every place directly or indirectly subject to us*", 1515, ARM XL 3 F 61, CNCE 9989, privilege papal accordé à Marcellus Silber

[89] J. GINSBURG, *Proto-property in literary and artistic works: sixteenth century papal printing privileges*, Columbia journal of law & the arts, 2013, p.356

[90] *Ibid.*, p.356

Censure et promotion de la création. Les privilèges papaux, s'ils ne pouvaient pas s'apparenter précisément au droit d'auteur tel que nous le connaissons aujourd'hui, n'en restaient pas moins un outil juridique particulièrement moderne pour l'époque, ne serait-ce que par l'importante considération accordée à l'auteur dans ce système. De plus, et malgré une durée limitée dans le temps, le privilège papal, une fois obtenu, acquiert une partie des attributs de la propriété privée. Il pouvait ainsi être transféré et/ou légué par voie testamentaire. Il était également nécessaire de souligner que si les religions ont souvent été un frein à la reconnaissance d'un droit de l'auteur sur son travail (voir précédemment) il n'était ici aucunement question d'une connaissance divine et universelle qui s'opposerait à toute appropriation du contenu du travail intellectuel des auteurs. Le Vatican y a certainement vu l'intérêt, au-delà d'un contrôle certain et effectif des contenus par la censure, d'un encouragement à la publication de masse et la possibilité d'une diffusion de grande envergure des textes religieux et des recueils de prières (principales œuvres sur lesquelles portaient les privilèges papaux).

Pratique exceptionnelle. Cette pratique du Vatican n'a malheureusement pas fait des émules à l'étranger ou dans les autres provinces de l'Italie de l'époque : durant la période de la Renaissance, les auteurs étaient encore très loin de se voir accorder régulièrement des privilèges en nom propre (ou autres droits/autorisations d'impression) sur leur travail intellectuel. C'est le temps des guildes puissantes et des monopoles affirmés des imprimeurs-libraires (§II).

§II. Vers la propriété naturelle

Le modèle de protection fut, malgré la reconnaissance d'un domaine public (B'), particulièrement favorable aux imprimeurs-libraires (A'). Les continuations de privilèges régulièrement accordées à ces derniers (C') participèrent à la remise en cause de la durée limitée de protection, sur le fondement d'une propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre (D').

A'. Un modèle lésant les auteurs

La faible reconnaissance sociale des auteurs de l'époque (1) eut pour conséquence que ceux-ci furent écartés de toute possibilité d'obtenir un privilège en leurs noms propres (2).

1) Faible considération sociale des auteurs et monopole des imprimeurs-libraires

Vers un monopole des imprimeurs. Dès les années 1570, quatre membres de la Stationers' Company, Christopher Barker, William Serres, Richard Tottel et John Day, formèrent un monopole grâce aux « letters patents » qu'ils revendiquèrent comme étant un droit de

propriété perpétuelle portant sur les œuvres imprimées les plus diffusées dans le royaume[91]. Ce monopole était clairement issu de la proximité de ces imprimeurs avec le pouvoir royal. Ce phénomène de centralisation des privilèges n'était pas propre à l'Angleterre ; dans toute l'Europe chrétienne les liens entre les principaux imprimeurs et le pouvoir qui délivrait les privilèges devinrent de plus en plus étroits et laissèrent peu de place à la concurrence nationale. Notamment en France, où le statut des imprimeurs-libraires parisiens, très proche du pouvoir royal, impliquait la quasi-impossibilité pour les imprimeurs de province de publier un livre légalement.

Des auteurs lésés. Les auteurs étaient également lésés par ces monopoles nationaux. N'ayant pas, ou très peu, la possibilité d'obtenir un privilège sur leurs propres œuvres, ceux-ci étaient dans l'obligation de recourir aux imprimeurs, qui se retrouvèrent ainsi dans une position de force considérable. A cette époque, l'auteur, une fois son manuscrit cédé à un imprimeur pour une somme quelconque et généralement faible, ne connaissait aucun intéressement sur les ventes futures.

Obligation française d'un accord préalable à l'obtention du privilège. En France, la première législation imposant aux libraires-imprimeurs d'obtenir une « lettre de privilège » avant toute impression/édition fut l'ordonnance de Moulins datant de 1566, rédigée et promulguée sous Charles IX. Cette ordonnance disposait en son article 78 « *[nous] [d]éfendons à toutes personnes que ce soit, d'imprimer ou faire imprimer aucuns livres ou traictez, sans nostre congé et permission, et lettre et privilége expédiées sous nostre grand scel: Auquel cas aussi enjoignons à l'imprimeur d'y mettre et insérer son nom, et le lieu de sa demeurance, ensemble ledit congé et privilége, et ce sur peine de perdition de biens et punition corporelle* »[92]. Cette obligation d'accord préalable à toute édition du pouvoir public fut un moyen de contrôler l'ensemble des publications distribuées au sein du royaume et pouvait être considérée comme une police du livre. En créant un outil juridique d'autorisation préalable le pouvoir mettait ainsi en place une censure légale dans le domaine littéraire. Ainsi le pouvoir avait le moyen d'empêcher le cours des livres contre les mœurs, la religion ou l'Etat.

Privilèges généraux ou exclusifs. Mais cette démarche s'inscrivait également dans une volonté de promouvoir et encourager la librairie. Le pouvoir s'engagea à favoriser ceux qui publiaient et vendaient des ouvrages conséquents en leur accordant la faculté exclusive de les imprimer et débiter pendant un temps limité. Il existait alors deux sortes de Lettres de Chancellerie en usage pour la librairie. Les « *Permissions simples* », qui s'accordaient indistinctement à tous imprimeurs-libraires du royaume qui les requéraient. Les « *Privilèges généraux* », qui étaient exclusifs, ne bénéficiaient qu'à un seul imprimeur-libraire et défendaient à tout autre que son titulaire de contrefaire. Pendant un temps il y eut une troisième catégorie de Lettre, appelée les « *Privilèges locaux* », qui n'étaient accordées qu'à un imprimeur-libraire dans une ville donnée. Mais face aux abus et aux débats occasionnés par ces derniers, ils furent abandonnés[93].

---

[91] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, p.31

[92] Intégralité du texte de l'ordonnance sur http://lecahiertoulousain.free.fr/Textes/ordonnance_1566_moulins.html

[93] *Mémoire à consulter, pour les Libraires & Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille & Nîmes, concernant les privilèges de librairie, et continuations d'iceux*, 1776, p. 4, texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

Excès concernant la durée des privilèges. Malgré une mention de l'auteur déjà obligatoire[94], le Registre du syndic sur lequel était répertorié tous les privilèges à partir de 1610 ne faisait que rarement référence à l'auteur de l'œuvre en plus de l'éditeur titulaire du privilège[95], ce qui mettait clairement en exergue la considération sociale (et économique) que portait la France de l'époque à ses auteurs. Mais ce système juridique que sont les privilèges favorisa des excès. Les imprimeurs-libraires, utilisant l'argument d'une contrefaçon étrangère toujours plus importante, poussaient les pouvoirs de l'époque à augmenter le nombre d'autorisations de reproduction (donc de privilèges) et à en étendre significativement le champ d'application et la durée. Cette démarche impliquait une diminution conséquente du domaine public et pouvait potentiellement permettre aux imprimeurs-libraires d'accentuer leur position de force économique sur le marché national du livre. Au détriment des auteurs (2).

2) Refus français de délivrer des privilèges aux auteurs

Renaissance. Cette période a connu de nombreux développements d'ordre technologique, économique, culturel, intellectuel et idéologique, qui ont permis la mise en place d'un terrain favorable aux évolutions de la conception de la qualité d'auteur et de la propriété intellectuelle[96]. Notamment à Venise, qui était à partir de 1600, l'une des villes/cités les plus prospères d'Europe grâce à l'importance de sa production et à son volume d'échanges commerciaux.

L'auteur, outil du divin. L'auteur était un artisan dont les moyens de subsistance et le statut social dépendaient entièrement de la Cour du Roi qu'il devait divertir selon son bon vouloir. Lorsque l'auteur présentait des travaux d'une qualité supérieure, il dépassait son statut d'artisan. Pour justifier ces rares écarts un nouveau concept fut développé: on jugeait l'auteur « inspiré ». Mais cette inspiration était considérée comme issue d'une muse quelconque, voire de Dieu[97]. Ainsi, quelle que fût la qualité de son travail, l'auteur n'était qu'un outil, « *a skilled manipulator of predefined strategies for achieving goals dictated by his audience* », dont la créativité n'était pas personnelle mais issue d'un pouvoir supérieur et/ou extérieur[98].

Auteurs et privilèges. Si l'artiste, le poète et l'inventeur furent élevés à un niveau social sans précédent, leur « génie » (bien que reconnu par la société dans son ensemble) était encore et toujours considéré comme une touche divine et non comme le fruit de leur labeur intellectuel[99]. Au XVIème siècle, en France, seuls de rares auteurs réussirent à obtenir des privilèges en leurs noms sur leurs œuvres : « *en 1517, J. Celaya, 'régent de philosophie', demanda et obtint pour ses œuvres un privilège en sa qualité d'auteur. Ainsi l'attribution de propriété pouvait s'appliquer non seulement à l'objet-livre intéressant le fabricant et le*

[94] Néanmoins, l'obligation faite aux imprimeurs de faire apparaître le nom de l'auteur sur la publication de son travail date de 1551 et l'article 8 de l'Edit de Châteaubriant (l'ancêtre du droit de paternité ? « *Non* » répond PFISTER, c'est un moyen pour le pouvoir royal de cibler les auteurs d'œuvres hérétiques – Michel Foucault parle d'une « *appropriation pénale* » qui a précédé une appropriation civile, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, 1969), L. PFISTER, *Author and work in the french print privileges system : some milestones*, p. 120 dans *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[95] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur,* Assoc. Multitudes, 2001/2 –n°5, p. 39

[96] J. KOSTYLO, *From gunpowder to print: the common origins of copyright and patent,* p. 21, dans *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[97] M. WOODMANSEE, *The genius and the copyright : economic and legal conditions of the emergence of the « Author »,* n°426

[98] *Ibid.*,

[99] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, p. 28

marchand, mais aussi au texte et à son auteur. Assez rare au XVIème siècle, cette pratique devint fréquente au XVIIIème. Des lettres patentes de 1617, reprises sous forme de code de la librairie en 1618, puis 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 cédait ses droits et à qui il transférait son privilège »[100]. Ainsi, les imprimeurs-libraires, demandaient et obtenaient parfois des privilèges sur des œuvres sans même le consentement de leurs auteurs, mais rares étaient ceux qui osaient s'élever contre ces pratiques[101]. Pourtant, un mouvement favorable aux auteurs avait préalablement été lancé par la République de Venise. Entre 1469 et 1526, selon Rinaldo Fulin[102], sur deux cent cinquante-quatre privilèges accordés, soixante-dix-neuf le furent à des auteurs, commentateurs et traducteurs d'œuvres originales[103]. Mais ce développement s'atténua radicalement dès le milieu du XVIème siècle quand le pouvoir vénitien concentra la délivrance des privilèges aux membres de la guilde des libraires, créée en 1549.

Les auteurs privés de privilèges. En France, les auteurs furent désormais exclus du « *régime de l'imprimé* »[104] et selon les statuts des libraires de Paris de 1618, il leur était formellement interdit d'imprimer et vendre eux-mêmes leurs livres, quand bien même ils auraient obtenu un privilège royal sur leurs œuvres. L'imprimeur-libraire, en position de monopole sur le marché de l'impression, pouvait dès lors imposer ses conditions tarifaires et exclure purement et simplement l'auteur de toutes considérations économiques futures[105]. Ces statuts consacrèrent le monopole corporatif des imprimeurs-libraires en France. Selon l'article 33 de ces mêmes statuts, il n'était pas possible d'obtenir un renouvellement (ou prolongement) de privilège à moins d'augmenter le contenu du texte sur lequel il porte[106]. Cette disposition fût d'ailleurs réaffirmée dans l'arrêt du Parlement de Paris du 7 septembre 1657[107].

Tentative d'opposition des auteurs. Certains auteurs ont pourtant bien essayé de lutter activement contre ce monopole des imprimeurs-libraires. Le Pelletier, notamment, tenta de revendiquer que son privilège lui permettait d'imprimer et vendre lui-même ses œuvres, dénonçant l'illégitimité de ce monopole institué par le pouvoir royal. Il soutint que les œuvres des auteurs étaient le fruit d'un travail, équivalent par nature à celui des artisans ou des agriculteurs, et que « *si l'on privoit les Auteurs de la faculté de vendre eux-mêmes leurs Livres, ce seroit leur ôter les moyens de subsister* » et « *les détourner de composer* »[108]. Ces arguments ne touchèrent aucunement le Conseil d'Etat du Roi et il fût condamné le 27 juin

---

[100] A. VIALA, *Naissance de l'écrivain,* Les éditions de minuit, Paris, 1985, p. 85, cité par A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur,* Assoc. Multitudes, 2001/2 –n°5, p. 40 et note 7 p. 57

[101] Cas de Molière et Lemaistre, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.7

[102] Rinaldo Fulin (1824- 1884), est un historien italien, fondateur, avec Adolfo Bartoli, de l'"Archivio Veneto"

[103] J. KOSTYLO, *From gunpowder to print: the common origins of copyright and patent,* note n°19, p. 29, dans *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[104] « *Les Autheurs des liures ou Correcteurs ne pourront avoir d'Imprimerie, ny presses en leurs maisons, ny ailleurs, pour imprimer ou faire imprimer leurs liures, ny les vendre ny faire afficher, sous leurs noms ou autre : ains leur sera permis les faire imprimer pour estre vendus par des Libraires, Imprimeurs & Relieurs, & non par d'autres, à peine de confiscation & d'amende aux contreuenans* », Article XIIII des *Lettres patentes du Roy pour le Règlement des Libraires, Imprimeurs et Relieurs de cette Ville de Paris,* texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[105] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 7

[106] *Mémoire à consulter, pour les Libraires & Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille & Nîmes, concernant les privilèges de librairie, et continuations d'iceux*, 1776, « *Qu'il sera défendu à tous Libraires, Imprimeurs & Relieurs de la ville de Paris, d'obtenir aucune prolongation de Privilege pour l'impression des Livres, s'il n'y a augmentation aux Livres desquels les Privileges seront expirés* », texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[107] Bibliothèque nationale, fr. 22071, pièce 207

[108] LE PELLETIER, *Mémoire pour les Imprimeurs et Libraires de Paris*, BNF, Manus Fçs. 22067, n. 156, f. 304, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 123, note n°37

1700 pour violation du monopole des imprimeurs-libraires[109]. Les privilèges ne profitaient donc finalement qu'à une communauté restreinte d'imprimeurs-éditeurs parisiens (qualifiée de « *clientèle royale* »), proche du pouvoir. Ceux-ci, fort de leur monopole, s'accordèrent à penser que ces droits étaient légitimement et définitivement acquis[110]. Cette attitude va d'ailleurs entrainer une révolte des auteurs qui se sentirent, de manière légitime, spoliés et abusés alors que les revenus grandissant des éditeurs n'existeraient pas sans leurs travaux intellectuels (B').

B'. Durée limitée des privilèges et domaine public

L'évolution sociale concernant le statut des auteurs et de leurs travaux créatifs (1) se développa en parallèle de la réflexion sur la durée des privilèges accordés (2).

1) Reconnaissance du travail de l'auteur et prémices de la propriété intellectuelle

Revendications des auteurs. Alors qu'aucun texte ne disposait explicitement qu'une propriété (intellectuelle) existait sur les textes imprimés au XVIème siècle, les auteurs commencèrent à revendiquer auprès du pouvoir un droit de propriété sur leurs œuvres. Ces revendications n'étaient pas nouvelles, dès 1525, Luther[111], accusait ouvertement certains imprimeurs de profiter de son travail pour s'enrichir sans contrepartie en sa faveur : « *[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'ai fini et va le faire imprimer ailleurs pour ruiner ma dépense et mon travail* »[112].

Reconnaissance de la dimension intellectuelle des œuvres. Vers la fin du XVIème siècle, au cours de différentes procédures judiciaires, certains juristes évoquèrent pour la première fois une différenciation de nature entre le support de l'œuvre et son objet intellectuel. En 1583, l'avocat Simon Marion, au cours d'une affaire portant sur la dispute d'un privilège pontifical, plaida qu'un texte ne pouvait être exclusivement assimilé à du « *papier* » et devait également être considéré comme une *« chose spirituelle* », ce qui impliquait que ce texte ne pût faire l'objet d'un privilège exclusif[113]. Quelques années plus tard, dans un dossier « Muret »[114], Maître Marion alla encore plus loin, et plaida contre la tentative des libraires parisiens de s'approprier, via un privilège exclusif, l'exploitation d'un ouvrage appartenant déjà au domaine public: « *l'auteur d'un livre en est du tout maître et comme tel peut en disposer librement, même le posséder toujours sous sa main privée ainsi qu'un esclave […] 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*

[109] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 123
[110] *Ibid.*
[111] Martin LUTHER, penseur et théologien allemand (1483-1546)
[112] E. LABOULAYE et G. GUIFFREY, *La propriété littéraire au XVIIe siècle,* Librairie de L. Hachette, Paris, 1859, p. VII-VIII, cité par A. VIALA, *op. cit.,* p.96, repris par A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur,* Assoc. Multitudes, 2001/2 –n°5, note 8, p. 57
[113] *Plaidoyez de M. Marion,* texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[114] Du nom du philologue et poète mort au moment du procès, Marc-Antoine Muret, qui a annoté les œuvres de Sénèque

compose », ainsi, « *l'auteur d'un livre est du tout maître* »[115]. La doctrine s'accorda à dire que ce jugement, rendu en faveur de Maître Marion (le privilège fût annulé le 15 mars 1586), fut le premier pas juridique officiel vers la définition d'une propriété intellectuelle et la reconnaissance d'une propriété de droit commun de l'auteur sur ce qu'il créé. Pourtant, cette décision eut peu d'impact à l'époque.

Publication et don de l'œuvre au public. Celle-ci permit néanmoins pour la première fois aux auteurs de justifier et d'obtenir une rémunération pour leur travail d'écriture en cédant aux imprimeurs (premières sociétés de reproduction) un droit d'exploitation sur leurs œuvres. Pourtant cette jeune conception de la propriété intellectuelle reste à nuancer. Selon Maître Marion, la divulgation au public de l'œuvre par la publication entrainait l'extinction immédiate de la propriété de l'auteur sur son œuvre[116]. L'œuvre, une fois diffusée au public, s'apparentait donc à un don et ne faisait plus l'objet d'une quelconque propriété. Celle-ci appartenait donc dès sa publication à tout un chacun, par « contrat » entre l'auteur et le public. C'était l'un des fondements de la théorie dite du contrat social et seule l'obtention d'un privilège royal permettait dans ces conditions de conserver l'exclusivité d'impression pour une durée limitée (2).

2) Principe de la limitation de la durée des privilèges

Durée limitée des privilèges. Jusqu'au milieu du XVIIème siècle, les nouveaux Statuts de 1620, en tout point conformes aux dispositions du Règlement de 1618 mais plus étendus[117], faisait loi dans le royaume. Selon les articles 77 et 78 dudit statut[118], les privilèges n'étaient délivrés que sur les œuvres littéraires n'ayant pas fait l'objet d'impressions antérieures et les prolongations de privilèges étaient strictement limitées aux œuvres ayant fait l'objet d'une augmentation de leur contenu. La durée des privilèges avait également été limitée de trois à trente ans. Passé ce délai, l'œuvre tombait dans le domaine public, ou comme le nomme les juristes de l'époque « *la liberté publique de l'imprimerie* »[119], qui permettait à tout individu de reproduire et distribuer sans autorisation préalable (de l'auteur ou du pouvoir royal) l'œuvre libre de tout privilège et de toute forme de propriété. Ces restrictions permirent momentanément de diminuer les prévarications des imprimeurs-libraires, toujours plus guidés par leurs intérêts économiques et financiers lors de l'exploitation commerciale d'œuvres littéraires à succès. L'application d'une limitation de la durée des privilèges fut justifiée et défendue à l'époque pour sensiblement les mêmes raisons qu'aujourd'hui: une durée trop longue favoriserait les monopoles « d'impression » et fausserait la bonne régulation du marché en permettant aux imprimeurs titulaires de ces privilèges de fixer des prix abusifs, ce

[115] Intégralité de la plaidoirie de M. Marion devant le Parlement disponible sur *Primary Sources on copyright (1490-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org*

[116] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.8

[117] *Mémoire à consulter, pour les* Libraires *& Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille & Nîmes, concernant les privilèges de librairie, et continuations d'iceux*, 1776, p. 5, texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[118] Article 77 des Statuts de 1620: « *Est pareillement défendu à tous Libraires, Imprimeurs & Relieurs, d'obtenir aucune prolongation de Privilège pour l'impression des Livres, s'il n'y a augmentation aux Livres desquels les Privilèges seront expirés* », et article 78 du même statut: « *Depuis qu'un Livre a une fois été fait public, ou imprimé hors le Royaume, aucun ne peut obtenir un Privilège particulier pour l'imprimer en ce Royaume* », *Mémoire à consulter, pour les* Libraires *& Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille & Nîmes, concernant les privilèges de librairie, et continuations d'iceux*, 1776, p. 5, texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[119] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.9

qui entrainerait une concurrence déloyale entre imprimeurs et un accès aux œuvres de plus en plus difficile pour le public.

Censure et durée des privilèges. Pourtant, dès le milieu du XVIIème siècle, le pouvoir royal, dans un souci de mieux appliquer une censure et d'accroître son contrôle de la diffusion des œuvres littéraires, élargit le champ d'application des privilèges exclusifs aux œuvres anciennes[120] en faveur des imprimeurs-libraires proches de la Cour, ce qui impliquait une diminution significative et automatique du domaine public[121], et augmenta les conflits entre imprimeurs-libraires de province et de Paris.

Continuations et extensions de la durée des privilèges. Cette dérive se caractérisa également par une prolongation quasi systématique de la durée des privilèges obtenue grâce aux continuations, sous prétexte de quelques « *frivoles augmentations* » (sic) du contenu des œuvres[122]. L'abondance des continuations de privilèges accordées par le pouvoir royal fut réalisée dans le but avoué du Garde des Sceaux Mathieu Molé de protéger les imprimeurs-libraires parisiens de la concurrence provinciale[123]. L'octroi du privilège et leur continuation quasi-automatique devinrent alors le principe (et non plus l'exception) en ce qui concerne l'exploitation (reproduction et distribution) d'œuvres littéraires. Ce processus était d'autant plus défavorable aux imprimeurs-libraires de province que Paris, présentant un réel attrait économique et culturel général, était la place privilégiée des nouveaux auteurs. Ceux-ci étaient donc plus susceptibles de s'y déplacer afin d'y faire imprimer et vendre leurs œuvres. De fait, la plupart des privilèges portant sur les œuvres nouvelles étaient obtenus par les imprimeurs-libraires locaux et non ceux de province. Ceux-ci se voyaient ainsi obligés de survivre en publiant des écrits appartenant au domaine public, sous réserve que ces œuvres ne fissent pas l'objet de continuations abusives ou de privilèges extraordinaires en faveur de la Communauté des libraires parisiens (C'). Ainsi, afin de continuer à exister économiquement, nombre d'imprimeurs-libraires en étaient réduits à contrevenir à la loi et à vendre des contrefaçons[124].

C'. Continuation des privilèges et atteinte marquée au domaine public

Souhaitant conserver une exclusivité sur les œuvres qu'ils imprimaient, les imprimeurs-libraires multiplièrent les demandes de renouvellement de privilèges (1). Cette démarche s'inscrivait dans une volonté à peine dissimulée de profiter perpétuellement de leurs privilèges (2).

[120] Entendre par « *oeuvres anciennes* » celles qui ont déjà fait l'objet d'impressions préalables
[121] Selon certains auteurs cette dérive débuta dès le début du XVIIème siècle : H-J. MARTIN, *L'édition parisienne au XVIIème siècle : quelques aspects économiques*, Annales. Economies, Sociétés, Civilisations. 7ème année, N.3, 1952, p 304
[122] *Mémoire à consulter, pour les* Libraires *& Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille & Nîmes, concernant les privilèges de librairie, et continuations d'iceux*, 1776, p. 6, texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[123] J-D. MELLOT, *Le régime des privilèges et permissions d'imprimer à Rouen au XVIIème siècle*, Bibliothèque de l'école des chartes, 1984, tome 142, livraison 1, p. 141, note n°3 de l'auteur
[124] H-J. MARTIN, *L'édition parisienne au XVIIème siècle : quelques aspects économiques*, Annales. Economies, Sociétés, Civilisations. 7ème année, N.3, 1952, p 315

1) Possibilité de renouveler les privilèges

Lettres patentes et nouvel encadrement des privilèges. Afin de mettre fin aux contestations entre imprimeurs-libraires et sous couvert de protéger une concurrence saine et loyale sur le marché du livre, les Lettres patentes du 20 décembre 1649 furent arrêtées par le Conseil. Celles-ci défendaient d'imprimer tout nouveau livre sans obtenir préalablement un privilège (« *lettre de permission* ») du roi. Ce texte proscrivit les contrefaçons, renvoya les demandes de continuations à l'expiration des privilèges, restreignit ces demandes à ceux à qui les privilèges auraient été premièrement accordés, et permit à ceux-ci de les faire renouveler. De plus, toutes les lettres de privilèges et de continuations étaient dorénavant portées sur le registre de la communauté que le syndic serait tenu de présenter à tout demandeur pour sa parfaite information, afin qu'à l'avenir il ne puisse prétendre l'ignorer et qu'il n'y eut aucune concurrence frauduleuse ou imprévue à l'obtention d'un même privilège ou continuation[125]. Cette décision du Conseil du roi, garantissant la possibilité d'obtenir des privilèges sur certains « livres anciens » (donc des continuations), ne fut pas approuvé par les parlements qui s'opposèrent fermement à cette mesure sans toutefois pouvoir la contrecarrer[126].

Exclusivité des privilèges. Mais cette décision du Conseil n'endigua point la forte augmentation du nombre de plaintes concernant l'attribution de privilèges et leurs continuations. Cette révolte aboutit à l'Arrêt de Règlement du Parlement de Paris du 7 septembre 1657 qui fit « *défense à tous Imprimeurs & Libraires du Royaume d'obtenir à l'avenir aucune augmentation de Privilège de réimprimer, s'il n'y avoit augmentation du quart aux Livre* ». Mais cette décision, tout comme les termes des Statuts et Règlements de 1618 et 1620, ne fut aucunement respectée par les imprimeurs-libraires parisiens, qui, souvent aidés par la Chambre Syndicale de Paris, usèrent de tous les stratagèmes pour obtenir des continuations de privilèges totalement illégales[127]. Après un long débat, les imprimeurs-libraires convinrent même le 27 août 1660 que ceux qui obtiendraient un privilège ou une continuation de privilège, même pour les œuvres publiées hors du royaume, en jouiraient exclusivement[128]. Face à cette situation, les libraires-imprimeurs de province et même de certaines villes étrangères, notamment de Lyon, Rouen, Cologne, Mons et Liège, décidèrent de contrefaire systématiquement tous les ouvrages édités par les imprimeurs-libraires parisiens. Cette stratégie alla plus loin que l'objectif de leur survie sur le marché du livre, ils souhaitaient clairement « tuer » économiquement tous les grands imprimeurs-libraires parisiens[129]. Plusieurs imprimeurs-libraires parisiens, tels que la Compagnie des Usages, Berthier ou Desprez, furent affaiblis, voire liquidés, par cette opération[130].

Opposition entre libraires parisiens et de province. En 1664, un libraire parisien, Josse, à l'appui d'une continuation de privilège portant sur un ouvrage, organisa la saisie d'exemplaires contrefaits chez Malassis, libraire de Rouen, qui avait décidé d'éditer l'œuvre en violation de règlements qu'il contestait. Josse demanda au Conseil que Malassis soit

---

[125] *Lettres obtenuës par aucuns des Imprimeurs & Libraires de Paris en l'année 1649*, 1649, texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org; D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres (1763)*, texte annoté par Christophe PAILLARD, 2002, p. 65

[126] J-D. MELLOT, *Le régime des privilèges et permissions d'imprimer à Rouen au XVIIème siècle*, Bibliothèque de l'école des chartes, 1984, tome 142, livraison 1, p. 141

[127] *Mémoire à consulter, pour les* Libraires *& Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille & Nîmes, concernant les privilèges de librairie, et continuations d'iceux*, 1776, p. 8, texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[128] D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres (1763)*, texte annoté par Christophe PAILLARD, 2002, p. 25

[129] H-J. MARTIN, *L'édition parisienne au XVIIème siècle : quelques aspects économiques*, Annales. Economies, Sociétés, Civilisations. 7ème année, N.3, 1952, p 316

[130] *Ibid.*, p 316

condamné à une amende de dix mille livres. Alors que les Communautés de Rouen et de Lyon intervinrent en faveur de Malassis, affirmant que les continuités de privilèges étaient définitivement abolies, la Communauté de Paris quant à elle, prit fait et cause pour Josse, allant jusqu'à demander le maintien des continuations de privilèges et la réaffirmation officielle de la possibilité de les obtenir. La démarche de la Communauté de Paris s'inscrivait dans la triste continuité de leur comportement sur le marché du livre depuis le début du siècle et la méconnaissance caractérisée et volontaire des Statuts et Règlements de 1618 et 1620. Notons tout de même que nombre d'imprimeurs-libraires parisiens participèrent à la création et à la rédaction de ces textes[131].

Validité des continuations de privilèges. Le Conseil privé du roi statua le 27 février 1665 en faveur de Josse[132], annulant le précédent du 7 septembre 1657, et renouvelant par la même les dispositions des Lettres patentes de 1649 et les termes de l'arrêt du Conseil du 14 août 1663. L'arrêt donna également Règlement général pour tout le marché du livre et de la librairie, concernant les privilèges et continuations, et ceci notamment sur les points suivants : « *1°. Il défend d'imprimer aucun Livre nouveau, sans Lettres du grand sceau, & aucun Livre ancien, sans la permission du Juge Royal du ressort. 2. Il ordonne de se pourvoir pour obtenir des continuations, un an avant l'expiration du Privilège, avec défenses d'en demander ni obtenir après ledit temps passé. 3°. Il défend de demander aucunes Lettres de Privilège ou continuation pour les Livres anciens, à moins qu'il n'y ait augmentation ou correction considérable ; sans que pour ce il soit défendu aux autres de réimprimer les éditions non augmentées ; & en cas qu'elles soient obtenues, demeureront nulles ».* Le Conseil eut toutefois la décence de décharger Malassis de l'amende pour non-respect du privilège de Josse. Cet arrêt marqua le retour officiel des continuations de privilèges sans réelle obligation d'augmentation du contenu. La précision « *augmentation ou correction considérable* » n'étant pas claire c'est en toute logique que l'on pouvait la considérer comme désuète. En effet, cette condition à la continuation d'un privilège ne fut jamais respectée par les imprimeurs-libraires, qui persistèrent à solliciter des continuations de privilèges sans pour autant modifier les œuvres concernées (2).

2) Volonté des imprimeurs-libraires de proroger les privilèges perpétuellement

Augmentation croissante du nombre de continuations. Cet arrêt du Conseil privé du roi fut complété quelques années plus tard (le 12 mai 1671) par une autre décision du Conseil qui élargit encore nettement le champ d'application des continuations de privilèges. En décidant que tous les ouvrages composés depuis l'invention de l'imprimerie seraient qualifiés « *d'ouvrages nouveaux* »[133], le Conseil offrit alors la possibilité aux imprimeurs-libraires d'obtenir des continuations de privilèges pour un grand nombre d'œuvres faisant déjà partie à cette date du domaine public, renforçant d'autant la domination sans précédent de la communauté parisienne des imprimeurs-libraires. Domination qui devint telle que ceux-ci furent persuadés que l'accumulation de privilèges et l'infinie possibilité de les continuer

[131] *Mémoire à consulter, pour les* Libraires *& Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille & Nîmes, concernant les privilèges de librairie, et continuations d'iceux*, 1776, p. 5, texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[132] *Arrest et Règlement du Conseil, Touchant les Privilèges & continüations d'iceux, pour l'impression ou réimpression des Livres tant anciens que nouveaux, en faveur des Marchands Libraires & Imprimeurs des Villes de Paris, Lyon, Rouën, & autres du* Royaume, 27 février 1665, texte original en intégralité disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[133] *BNF, Manuscrits français,* 22074, n°30, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.9

impliquaient de facto une reconnaissance officielle d'une privatisation des privilèges en leur faveur.

Privilèges et propriété exclusive. En 1676 et 1677 les imprimeurs-libraires parisiens, motivés par cette croyance que les privilèges étaient leur propriété exclusive, firent signifier aux imprimeurs-libraires de province des continuations de privilèges dont les durées étaient particulièrement longues pour l'époque: « *l'on trouve dans la plupart de ces Lettres de continuation, les prétextes les plus faux & les plus ridicules. Muguet ayant surpris une continuation de 50 ans pour réimprimer les Œuvres de St Augustin, demande encore & obtient pour récompense une continuation de 50 années pour vingt-quatre autres Livres anciens, sur le motif des grands frais qu'il est obligé de faire pour St Augustin. Desprez, après quarante éditions faites & vendues d'un Livre, demande la prorogation du Privilège, sous le prétexte qu'il a fait des frais pour des caractères neufs. Angot fit insérer dans le Privilège d'un Livre nouveau, plusieurs Livres anciens, avec la clause, qu'on ne lui accordoit le nouveau qu'à la charge de réimprimer les anciens, qui manquoient, disoit-il, & dont le Public avoit besoin ; tandis que ces mêmes Livres étoient réclamés par les Libraires de Lyon, chez qui il avoit fait arrêter les éditions commencées. Ces expositions fausses & captieuses faisaient illusion, & trompient les Magistrats qui ne peuvent connoître à fond les détails particuliers de la fabrication & du commerce* »[134]. Afin d'en terminer avec les nombreux recours portés par les imprimeurs-libraires de province devant le Conseil, les imprimeurs-libraires parisiens décidèrent de proposer toujours plus de nouvelles lois qui entérineraient ce qu'ils considéraient comme « leurs » privilèges et continuations.

Monopole et abus des imprimeurs-libraires parisiens. Ce sentiment de monopole (justifié selon eux) de la communauté des imprimeurs-libraires parisiens fut consacré dans un mémoire produit par ceux-ci au milieu des années 1690. Les imprimeurs-libraires parisiens y affirmèrent que « *les livres de nouvelle composition produits par le travail d'un auteur moderne ou par l'industrie d'un libraire sont d'autant plus de droit particulier, que personne autre que cet auteur ou libraire ne peut y prétendre aucune propriété* » et « […] *si quelques privilèges doivent être perpétuels, ce sont sans doute ceux qu'on accorde pour récompense aux personnes qui ont inventé quelque chose d'utile au public, principalement lorsque cette récompense ne porte aucun préjudice au droit d'autrui ni commun ni particulier, et qu'elle dépend uniquement du prince. Or les autheurs et les libraires qui produisent des livres de nouvelle invention ou composition, faisant par-là jouir le public d'une chose qu'il n'avoit pas, et qui lui est avantageuse et agréable, méritent des privilèges d'autant plus durables et constants que c'est favoriser le public que de favoriser ceux qui le servent, et que rien n'est plus de la justice du prince que de faire jouir un sujet en particulier des commodités et des avantages de son industrie particulière* »[135].

Continuations perpétuelle des privilèges. La potentielle perpétuité (et privatisation) des privilèges serait donc justifiée, selon les imprimeurs-libraires parisiens, par l'apport significatif de travaux intéressant considérablement le public. Ainsi, en bénéficiant à la société, les imprimeurs-libraires devaient être justement récompensés par le « *Prince* » en se voyant attribuer des privilèges exclusifs de très longues durées. Ce fut la première fois que la perpétuité des privilèges était justifiée par l'intérêt du public et de la société; la nature même

[134] *Mémoire sur la contestation qui est entre les Libraires de Paris et ceux de Lyon au sujet des privilèges et des continuations que le Roy accorde*, Paris, 1690, p. 11-12, note n°6, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[135] *Mémoire sur la contestation qui est entre les Libraires de Paris et ceux de Lyon au sujet des privilèges et des continuations que le Roy accorde*, Paris, 1690, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

du travail de l'auteur n'était pas évoquée…seul le mérite de celui-ci (et de l'imprimeur-libraire évidemment !) était avancé, présentant ainsi une nouvelle forme de justification utilitariste. Logiquement, d'autres arguments, plus « classiques » furent avancés à l'appui d'une durée significativement longue des privilèges et la possibilité d'obtenir des continuations : notamment les investissements réalisés, les risques d'échecs commerciaux, et la contrefaçon de province supportés par les imprimeurs-libraires[136].

Développement d'une contrefaçon provinciale. Cette contrefaçon de province et de quelques villes étrangères, instituée dès le milieu du siècle, était toujours plus vaste et grandissante. Afin de lutter contre cette anarchie organisée du marché du livre, le pouvoir (emmené dans un premier temps par Colbert), cru bon de légiférer à outrance durant cette période. Mais rien n'y fit et les imprimeurs-libraires de province et l'étranger continuèrent de passer outre toutes les règlementations existantes; ce qui eut une incidence plus grave encore sur l'ensemble du marché du livre : l'affaiblissement global et considérable de l'édition française, qui se traduisit par la faillite de nombreuses maisons d'éditions parisiennes et de province, puis l'avènement de l'édition hollandaise[137]. C'est au cours de cette période que fut développée la théorie de la propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre (D').

D'. Théorie de la propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre

Conscient de l'essor grandissant du marché du livre, les auteurs revendiquèrent la possibilité de vivre de leur travail. A cette fin, ils revendiquèrent un droit naturel sur leurs créations (2), droit qu'ils cédaient ensuite contre rémunération aux imprimeurs-libraires (1).

1) Le privilège, un droit d'impression cédé par les auteurs

Croissance considérable de la demande d'œuvres littéraires. Fin XVIIème début du XVIIIème siècle, la société en Europe se transforma et l'apparition d'une classe moyenne impacta considérablement le marché du livre. L'augmentation du nombre de personnes éduquées et susceptibles de lire des œuvres littéraires fit exploser le volume des impressions: « *in England, it is estimated that annual book production increased fourfold over the course of the eighteenth century. France, too, saw a market increse in the literacy rate and a dramatic increase in the demand for modern secular literature* »[138]. Cette montée exponentielle du nombre de lecteurs en Europe fut constatée par plusieurs observateurs: « *[p]eople are reading even in places where, twenty years ago, no one ever thought about books ; not only the scholar, no, the townsman and craftsman too exercises his mind with subject for contemplation* »[139].

---

[136] *Mémoire sur la contestation qui est entre les Libraires de Paris et ceux de Lyon au sujet des privilèges et des continuations que le Roy accorde*, Paris, 1690, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[137] H-J. MARTIN, *L'édition parisienne au XVIIème siècle : quelques aspects économiques*, Annales. Economies, Sociétés, Civilisations. 7ème année, N.3, 1952, p 317

[138] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, p.31

[139] *Ibid*., p.31

Volonté des auteurs de vivre de leurs œuvres. L'accès à la connaissance intéressait de plus en plus la société dans son ensemble, et la demande en littérature profane/laïque s'amplifiait à tel point que de jeunes hommes et femmes commencèrent à considérer l'activité d'écrivain comme un métier d'avenir. Pour la première fois, des auteurs reconnus essayèrent de vivre de leurs seules plumes[140]. Se rémunérer exclusivement de son œuvre et de sa diffusion impliquait donc pour eux une meilleure rétribution de leur travail. Le seul paiement lors de la « vente » de leur manuscrit n'était plus suffisant et les auteurs réclamaient donc une participation aux recettes de l'imprimeur. Pour certains, ce « forfait » versé par l'imprimeur-libraire à l'auteur pour l'achat du manuscrit n'était rien d'autre qu'une marque d'estime: « *[h]onorarium* [somme versée à l'auteur], *means acknowledgment or reward, recognition, favor, stipend; it is not in proportion to or equivalent to the services performed; differs from pay or wages, which are specifically determined by contracting parties and which express a relationship of equivalent between work and payment* »[141]. Ce fut l'apparition d'une revendication de la technique de rémunération proportionnelle telle qu'elle est aujourd'hui pratiquée et la fin du « *bel équilibre* » énoncé à l'époque par Goethe[142], qui reconnaissait d'ailleurs lui-même à demi-mot que cette relation entre auteurs et imprimeurs était une injustice[143], car économiquement particulièrement déséquilibrée. Les auteurs souhaitaient désormais vendre un « droit » d'impression sur leur œuvre, qu'ils considéraient désormais comme leur propriété pleine et entière, donc transmissible par contrat et commercialisable comme toute propriété[144]. Ils ne se voyaient plus comme des messagers de la connaissance divine mais comme des artisans intellectuels, dont le travail se devait d'être rémunéré à sa juste valeur.

Auteur propriétaire ou privilégié. Le débat doctrinal sur le fait de savoir si l'auteur était un propriétaire (de ses idées/créations) ou un privilégié[145] portera jusque dans les années 1860-1870. Car si la vision théologique de la création et du transfert de connaissance pouvait toujours être entraperçue courant XIXème aux Etats-Unis[146], celle-ci était déjà devenue minoritaire à partir du siècle des Lumières, et de nombreux penseurs et philosophes s'élevèrent contre cette conception d'une « connaissance issue du divin » pour promouvoir le travail de l'auteur comme le fruit de sa chair. C'est l'avènement théorique d'une dissociation du concept religieux de la connaissance et la revendication d'un « *droit naturel* » de l'auteur sur sa création (2), doctrine révélée notamment grâce aux travaux de John Locke[147].

---

[140] *Ibid*., p.32, des auteurs tels que Defoe en Angleterre, Diderot en France ou encore Lessig en Allemagne

[141] J. H. ZEDLER, *Grosses vollst-indiges Universal-Lexikon*, Leipzig and Halle, 1735, cité par M. WOODMANSEE, *The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the « Author »,* n°433

[142] J. W. von GOETHE, cité par M. WOODMANSEE, *The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the « Author »,* n° 434: "*the book trade was chiefly concerned with important scientific works, stock works which commanded modest honoraria. The production of poetical works, however, was regarded as something sacred, and it was considered close to simony to accept or bargain for an honorarium. Authors and publishers enjoyed a most amazing reciprocity. They appeared, as it were, as patron and client. The authors, who in addition to their talent were usually considered by the public to be highly moral people and were honored accordingly, possessed intellectual status and felt themselves rewarded by the joy of their work. The book dealers contented themselves with the second rank ad enjoyed a considerable advantage: affluence placed the rich book dealer above the poor poet, so everything remained in the most beautiful equilibrium"*

[143] J. W. von GOETHE, cité par M. WOODMANSEE, *The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the « Author »,* n° 434, [les auteurs commencèrent à comparer] "*their own very modest, if not downright meager condition with the wealth of the affluent book dealers*"

[144] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, p.32

[145] B. EDELMAN, *Fasc. 1112: Propriété littéraire et artistique. – Droit d'auteur. – Nature du droit d'auteur. Principes généraux*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p.5

[146] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, p. 29

[147] J. LOCKE, penseur et philosophe anglais considéré comme l'un des fondateurs du libéralisme, théoricien du droit naturel de l'auteur sur ses créations (1632-1704)

2) Théorie du droit naturel

Dès la fin du XVIIème siècle, de nombreux penseurs et théoriciens se penchèrent sur la définition des idées et de la connaissance. Le débat porta principalement sur la nature des idées et la transformation de celles-ci par le biais du travail intellectuel de l'auteur. A l'époque, et au début du XVIIIème siècle, il n'existait toujours pas de reconnaissance du travail intellectuel de l'auteur : celui-ci puisant ses idées dans le domaine public, il était donc logique, par extension, que ses travaux retournassent dans ce domaine public. L'auteur ne pouvait ainsi être propriétaire de son œuvre, car celle-ci ne faisait pas l'objet d'un travail personnel[148].

Une création personnelle. Les théoriciens de l'époque atténuèrent l'externalité théorique de l'inspiration de l'auteur, la considérant comme interne, et occultèrent la conception artisanale des travaux de ce dernier. L'inspiration, propre à la personnalité et au caractère de l'auteur fut alors définie comme son « génie original »[149]. L'auteur fut qualifié d'individu unique dont le travail était par essence, également unique. S'éleva alors le concept d'une propriété naturelle de l'auteur sur ses idées.

Une propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre. Cette théorie est d'abord apparue en Angleterre, avec les travaux de John Locke et notamment son livre « *Second Treatise* » de 1690. Locke expliquait que « *every Man has a Property in his own Person. This no Body has any right to but himself. The Labour of his Body, and the Work of his Hands, we may say, are properly his*". Selon Locke, l'homme était naturellement le propriétaire de sa propre personne et aucun, à part lui, n'avait de droit sur celle-ci. Son travail, issu de sa personnalité et de son corps était naturellement son entière propriété. Locke dissocia donc l'aspect intellectuel du travail de l'auteur, qui lui appartient naturellement, du support matériel de son œuvre qui faisait l'objet d'une propriété autre de celle portant sur son travail. Cette thèse fut développée soixante-dix ans plus tard par le poète anglais Edward Young qui expliqua dans « *Conjectures on Original Composition* »[150] que l'auteur contribuait bien au-delà de son travail à la création d'un livre. L'auteur imprégnait son texte de sa personnalité (on voit alors apparaître pour la première fois la caractérisation d'une originalité de l'œuvre) et son manuscrit était ainsi marqué par son emprunte unique. Young développa l'idée que la propriété de l'auteur sur son œuvre (étant étroitement liée à l'originalité de son travail) était une nécessité et la condition suffisante pour l'obtention du titre « *d'auteur* »[151].

Fin du concept de l'inspiration divine. Ce mouvement s'inscrivait dans une démarche de laïcisation de la connaissance: la propriété intellectuelle était qualifiée par Locke et Young de propriété au sens propre du terme. En effet, si la connaissance et les travaux qui en découlaient (les œuvres) étaient les fruits d'une réflexion dont la source était la nature environnante, alors il n'y avait plus de place pour le divin. L'inspiration était propre à l'auteur, elle naissait de sa chair et l'aboutissement de cette inspiration, l'œuvre, ne pouvait dès lors faire l'objet que d'une propriété personnelle. L'esprit de l'auteur était la source de la création intellectuelle et le divin n'avait plus sa place dans la justification du processus créatif. Cette conception naturaliste était reprise partout en Europe, où les œuvres de Locke et Young

[148] M. WOODMANSEE, *The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the « Author »,*n°433
[149] *Ibid*., n°426
[150] E.YOUNG, *Conjectures on Original Composition*, 1759, disponible sur http://www.case.edu/affil/sce/authorship/Young.pdf
[151] M. WOODMANSEE, *The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the « Author »,* n°430

étaient imprimées et diffusées rapidement. Notamment en France où cette nouvelle conception et définition de l'auteur et de son œuvre répondaient aux besoins affichés des libraires. En Allemagne, où la professionnalisation des auteurs se concrétisa beaucoup plus tard qu'en France ou en Angleterre, Lessig, l'un des auteurs allemands les plus réputés, écrivit à son frère en 1768: « *[t]ake my brotherly advice and give up your plan to live by the pen. See that you become a secretary or get on the faculty somewhere. It's the only way to avoid starving sooner or later. For me it's too late to take another path. In so advising, I'm not suggesting that you should completely give up everything to which inclination and genius drive you* »[152]. L'essor de la théorie naturaliste s'accompagna d'un fort mouvement en faveur de la reconnaissance d'une propriété perpétuelle de l'auteur sur son oeuvre et relança le débat sur l'existence et la nécessité d'un domaine public (Section II).

Section II. De la perpétuité à une durée limitée

Malgré les nombreuses revendications par les auteurs et les imprimeurs-libraires en faveur d'une durée perpétuelle des privilèges (§I), leur caractère temporaire et l'affirmation d'un domaine public fut consacrés (§II).

§I. Défense d'une durée perpétuelle des privilèges

Les dérives occasionnées par les reconductions de privilèges ne s'arrêtèrent pas avec l'élaboration du Code de la librairie et de l'impression (A). Malgré la volonté du législateur de mieux encadrer la délivrance des privilèges, les imprimeurs-libraires, s'appuyant sur la théorie selon laquelle les auteurs possédaient leurs œuvres indéfiniment (B), refusèrent que l'existence d'un domaine public soit reconnue (C). Même Diderot, qui souhaitait dénoncer le statut précaire des auteurs et les nombreuses atteintes faites à leurs travaux, participa (à son insu) à la promotion d'une durée de protection perpétuelle (D).

A. Code de la librairie et de l'impression

La création du Code la librairie et de l'impression fut motivée par une volonté souveraine d'encadrer la délivrance des privilèges (1) et afin de mettre un terme aux abus des imprimeurs-libraires (2).

1) Encadrement du modèle des privilèges par le pouvoir

Durée des privilèges arrêtée par le roi. Considérant que leur droit exclusif d'impression était un droit de propriété privée perpétuelle opposable à tous, les imprimeurs-libraires

[152] G. E. LESSING, *Gesammelte Werke*, ed. Paul Rilla (Berlin: Aufbau, 2 1968), IX, 277, cite par M. WOODMANSEE, *The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the « Author »,* n°429

sollicitèrent de principe la reconduction de tous les privilèges précédemment obtenus, puis revendiquèrent la perpétuité de leurs droits vis-à-vis des autres imprimeurs-libraires (notamment ceux de province). Ceci entraîna un débat houleux au sein du royaume de France: chaque fois qu'un privilège était prolongé ou renouvelé, de fortes contestations s'élevaient de la part des libraires non privilégiés (la grande majorité était établie en province), ainsi que du Parlement de Paris, ennemi déclaré du monopole[153].

Dépendance à la volonté royale. Néanmoins, ce privilège étant une grâce, une faveur royale, les conditions associées à ce droit dépendaient de « *l'arbitraire royal* »[154], et notamment, sa durée. C'est cette dépendance à la volonté royale qui poussait les imprimeurs-libraires à revendiquer une propriété perpétuelle: par peur de se voir retirer leurs prérogatives, ils sollicitaient le plus souvent possible sa continuation tout en prétendant officiellement posséder des droits d'impression/reproduction perpétuels.

Code de la librairie et imprimerie. Le Code de la librairie et imprimerie de Paris fut arrêté par le Conseil du Roi le 28 février 1723, puis rendu applicable dans un second temps à l'ensemble du royaume français par arrêt du Conseil d'Etat du 24 mars 1744. A partir de cette date et de cette nouvelle application territoriale, ce règlement pouvait « *être regardé comme le code entier de la librairie* »[155]. Ce texte fut composé des anciennes ordonnances, édits, déclarations, arrêts, règlements et jugements rendus au sujet de la librairie et de l'imprimerie depuis 1332 jusqu'à la date de promulgation. Il était composé de cent vingt-trois articles. Il fut d'une importance significative car il était considéré comme l'une des sources les plus connues de l'histoire de la librairie et de l'imprimerie : il était en effet le dernier exemplaire général d'une succession de textes législatifs dans ce domaine jusqu'aux arrêts du 30 août 1777[156]. Son élaboration paraissait cependant assez complexe, mais surtout liée au lobbying, comme en 1701[157], de la corporation des imprimeurs-libraires parisiens[158]. Ceci souleva la méfiance des imprimeurs-libraires de province. Selon les imprimeurs-libraires de Lyon, le code de 1723 n'avait en effet « *été rédigé que pour eux* [les imprimeurs-libraires parisiens]*, sur leurs sollicitations* »[159], facilitant ainsi les abus (2).

---

[153] Depuis le règne de Louis XIII, un grand nombre de lois et d'ordonnances sont édictés pour contrôler et réprimer le monde du livre. Ces règlements sont rassemblés au temps de d'Aguesseau en *Code de la librairie et de l'imprimerie*, et sont promulgués à Paris en 1723, puis dans tout le royaume en 1744 (SAUGRAIN, *Code de la librairie et imprimerie de Paris*, Paris, 1744), cité par M. FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, PUF Revue d'histoire littéraire de la France, 2005/1 – vol.105, p. 79 à 94

[154] M. FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie,* PUF, Revue d'histoire littéraire de la France, 2005/1 –Vol. 105, p. 81

[155] A. L. SEGUIER, avocat, *Procès-verbal de ce qui s'est passé au parlement touchant les six arrêts du conseil du 30 août 1777, concernant la librairie avec les comptes rendus à leur sujet*, cité par F. RIDEAU, *Commentary on the Code de la Librairie (1723)*, 2008, sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[156] F. RIDEAU, *Commentary on the Code de la Librairie (1723)*, 2008, sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[157] *Lettres patentes et Arrest du Conseil d'Etat du Roy, portant règlement pour la librairie*, 1701, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[158] F. RIDEAU, "*présomption d'autant plus forte que le statut quo en matière de durée des privilèges, dans le contenu du règlement, mais aussi dans son application, devait perdurer encore plusieurs décennies après son entrée en vigueur*", *Commentary on the Code de la Librairie (1723)*, 2008, sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[159] *Requête adressée au Roi et à Nosseigneurs de son Conseil par les libraires et imprimeurs de Lyon et rédigée par l'avocat Flusin*, également, *Mémoire de l'avocat Gauthier*: "*[p]our mieux assurer cette destruction frappante & le despotisme qu'ils venoient d'établir, les Libraires de Paris travaillèrent à resserer les chaînes de la Librairie par une nouvelle Loi. Ils composèrent secrettement un Règlement qu'ils firent autoriser d'une Déclaration du Conseil du 10 décembre 1720*", et aussi, J.-B. SUARD, *Discours impartial sur les affaires actuelles de la librairie*, 1777, p. 12: "*[l]es Libraires de Paris citent sans cesse le célèbre Chancelier d'Aguesseau, sous le Ministère duquel le Règlement de 1723, si favourable aux renouvellements de Privilège, fut promulgué. Les Libraires de Province, leurs adversaires, leur objectent que M. le Chancelier d'Aguesseau n'eut aucune part à ce Règlement; ils assurent qu'il fut entièrement rédigé par des Libraires de Paris, sous les yeux de la*

2) Volonté du pouvoir de mettre un terme aux abus des imprimeurs-libraires

Statu quo de la nouvelle législation. Si à cette époque l'auteur commençait à bénéficier d'un statut plus honorable au sein du marché littéraire (voire à vivre de sa plume), le Code de la librairie et imprimerie constituait toujours une règlementation profondément corporatiste. En effet, les continuations de privilèges de l'article CIX du Code de la librairie et imprimerie paraissaient applicables sans aucune condition particulière, telle que l'augmentation de l'ouvrage[160]. De plus, et comme c'était déjà le cas en 1686, aucune distinction n'était d'ailleurs effectuée entre livres nouveaux (publiés pour la première fois après l'instauration du Code de la librairie et imprimerie) et livres anciens[161]. Ainsi, toutes les interprétations étaient envisageables concernant ces continuations. Pour l'avocat Flusin, les « *Libraires de Paris, sur ces deux articles [CI et CIX], se croyent autorisés à obtenir des continuations de privilèges, en vertu desquelles ils prétendent empêcher les Libraires de Province de faire imprimer les livres anciens, dont les premiers privilèges sont expirés* »[162]. Ce flou juridique permettait ainsi une application des articles en faveur des intérêts de la corporation parisienne. Si ce Code de la librairie et imprimerie était si souvent évoqué dans les mémoires des libraires de province, c'est qu'il ne devait pas prévenir la poursuite des prorogations injustifiées de l'exclusivité. Néanmoins, dès le 17 avril 1725 et un arrêt du Conseil du roi, le pouvoir décida de se montrer moins favorable que précédemment avec la corporation des imprimeurs-libraires de Paris[163].

La fin des dérives parisiennes. Par arrêt du Conseil du roi du 10 avril 1725, le pouvoir royal mit fin à cette dérive qualifiée « d'abusive ». Il ordonna par cet arrêt la révocation de tous les privilèges accordés aux libraires parisiens qui les avaient obtenus frauduleusement. En effet, nombreux avaient demandé des privilèges sur des textes déjà imprimés et distribués…poussant la stratégie jusqu'à obtenir des privilèges dans le seul but d'empêcher la concurrence de pouvoir les acquérir et donc d'imprimer lesdits textes[164]. Cet arrêt du Conseil du 10 avril 1725 eut deux répercussions majeures. Les imprimeurs-libraires de province se dressèrent contre une prolongation quasi-systématique des privilèges et une concentration de ceux-ci, réclamant parallèlement auprès du pouvoir la concession de privilèges expirés. Les

---

Chambre Syndicale, & ils le prouvent, parce que ce Règlement n'est point digne de ce Grand Magistrat; ils le trouvent rempli de subtilités, de details minutieux, que l'esprit mercantile seul peut avoir enfanté & suggéré. Les Libraires de Province représentent qu'autrefois les Privilèges n'étoient pas éternels. Leur renouvellement est une invention moderne des Libraires de la Capitale", et enfin, MALESHERBES dans *Mémoires sur la librairie et sur la liberté de la presse*, Paris: Imprimerie Nationale, 1994, p. 160: "*les librairies en général, et ceux de Paris en particulier, ont eu un avantage énorme dans la redaction des règlements, parce qu'ils étaient fort instruits de leurs intérêts, et fort attentifs à les ménager; qu'ils parlaient à des magistrats distraits par un grand nombre d'autres affaires, et qu'ils n'avaient aucun contradicteur…*", cités par F. RIDEAU, *Commentary on the Code de la Librairie (1723)*, 2008, sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[160] *Code de la librairie*, 1744, p. 420: "*Article CIX. Défenses de contrefaire. Défend sa majesté à tous imprimeurs & libraires du royaume de contrefaire les livres, pour lesquels il aura été accordé des privileges ou continuations de privileges, & de vendre & débiter ceux qui seront contrefaits, sous les peines portées par lesdits privileges ou continuations de privileges, qui ne pourront être modérées ni diminuées par les juges […]*"

[161] F. RIDEAU, *Commentary on the Code de la Librairie (1723)*, 2008, sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[162] FLUSIN, Avocat des libraires de province en 1774, *Mss. Fr. 22073, n° 141*, cité par F. RIDEAU, *Commentary on the Code de la Librairie (1723)*, 2008, sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[163] *Arrêt du Conseil portant règlement sur le fait de la librairie et imprimerie*, 10 avril 1725, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[164] *Arrêt du Conseil portant règlement sur le fait de la librairie et imprimerie*, 10 avril 1725, "*[…] et d'autres ayant obtenu des renouvellements de privileges pour des livres déjà imprimés, ne s'en sont servis que pour empêcher que d'autres libraires ne pussent obtenir des permissions d'imprimer lesdits livres, et pour augmenter le prix de ceux qui leur restoient des premières éditions*", disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

imprimeurs-libraires parisiens, quant à eux, considérant leurs droits d'impression comme naturellement privés et perpétuels, dénoncèrent l'impossibilité pour le roi de leur retirer ceux-ci (B).

B. Propriété perpétuelle de l'auteur sur son œuvre

Les imprimeurs-libraires parisiens accentuèrent leur lobbying auprès du pouvoir afin que leur soit définitivement reconnue une propriété perpétuelle (1) indépendante du pouvoir royal (2), car naturelle selon eux.

1) Une propriété perpétuelle…

Révolte des imprimeurs-libraires parisiens. La corporation des imprimeurs-libraires de Paris contesta vivement cette décision par la voix de leur avocat, Maître Louis d'Héricourt, qui dans un célèbre mémoire adressé à la Chancellerie revendiqua en leur nom qu'une œuvre (que ce soit son support ou son contenu) faisait l'objet d'une propriété perpétuelle sur laquelle le roi n'avait aucune appréciation[165]. D'Héricourt reprit d'ailleurs dans son argumentaire la théorie naturaliste de la propriété intellectuelle pour défendre les intérêts des imprimeurs-libraires parisiens.

La théorie d'un droit perpétuel de reproduction. Louis d'Héricourt du Vatier, avocat au Parlement de Paris, écrivit en 1726 un mémoire[166] sur la requête de la Communauté des libraires parisiens et l'adressa la même année à la Chancellerie. Ce mémoire était rédigé pour le compte des imprimeurs-libraires parisiens qui souhaitaient revendiquer un droit perpétuel de reproduction sur les manuscrits achetés aux auteurs. Les travaux de Maître d'Héricourt présentaient deux axes principaux de réflexion. Le premier axe lui permit d'expliquer pourquoi le contenu d'une œuvre et son support faisaient l'objet d'une propriété privée perpétuelle et, par ricochet, que le droit exclusif d'imprimer ce contenu était sujet au même type de propriété. Le second condamnait fermement la durée limitée de ce droit exclusif de reproduction revendiqué par les imprimeurs-libraires de provinces.

Une propriété perpétuelle de l'auteur sur son œuvre. D'Héricourt commença son mémoire en partant du postulat que l'œuvre, chose incorporelle, est issue du seul travail personnel de l'auteur. S'appuyant sur la doctrine naturaliste, il précisa que l'œuvre était la propriété de l'auteur et que personne[167], pas même le roi, ne pouvait l'en dépouiller. Le privilège délivré par le pouvoir n'était pas l'outil qui octroyait légalement la propriété sur l'œuvre, mais un simple moyen de contrôle du contenu intellectuel diffusé au sein du royaume[168]. On constate

---

[165] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.10

[166] L. D'HERICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requeste à Mr le garde des sceaux : s'il serait juste d'accorder aux libraires de province, la permission d'imprimer les livres qui appartiennent aux Libraires de Paris, par l'acquisition qu'ils ont faite des Manuscrits des Auteurs ?*, 1725-1726, *Primary Sources on copyright (1490-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org*

[167] *Ibid.*, p.55, « *un Manuscrit, […], est en la personne de l'Auteur un bien qui lui est tellement propre, qu'il n'est pas plus permis de l'en dépouiller, que de son argent, de ses meubles, ou même d'une terre ; parce que comme nous l'avons observé, c'est le fruit d'un travail qui lui est personnel, dont il doit avoir la liberté de disposer à son gré* », on reconnaît dans cet argument le courant naturaliste développé par Locke au XVIIème siècle.

[168] *Ibid.*, p.54-55, « *[i]l est certain, selon les principes que l'on vient d'établir, que ce ne sont point les Privilèges que le Roi accorde aux Libraires qui les rendent propriétaires des Ouvrages qu'ils impriment, mais uniquement l'acquisition du*

d'ailleurs la même logique chez Diderot: « *[i]l n'est pas douteux que le souverain qui peut abroger des lois, lorsque les circonstances les ont rendues nuisibles, ne puisse aussi par des raisons d'Etat refuser la continuation d'un privilège. Mais je ne pense pas qu'il y ait aucun cas imaginable où il ait le droit de la transférer ou de la partager »*[169] (2).

2) …Indépendante du pouvoir royal

Une propriété indépendante du pouvoir royal. Ainsi, l'auteur étant le seul propriétaire de l'œuvre, il était le seul habilité à la céder et les privilèges délivrés par le roi étaient « *bien loin de donner la moindre atteinte aux droits des Auteurs, par rapport à la propriété de leurs Ouvrages, ni à celle des Libraires à qui ils transmettent leurs droits* » et « *ne peuvent au contraire servir qu'à les établir, et à assurer l'état des uns et des autres* »[170]. D'Héricourt, par son raisonnement, évinçait totalement le pouvoir royal d'un quelconque octroi de propriété par le biais des privilèges. Le roi n'était que le garant de la sécurité juridique de cette propriété perpétuelle dont disposaient les auteurs sur leurs travaux. Il ne pouvait donc (« *heureuse impuissance* ») ôter le droit d'imprimer qu'il avait accordé à un imprimeur-libraire qui avait acheté un manuscrit, pour en gratifier un autre. Ces manuscrits faisaient l'objet de véritables possessions privées perpétuelles au sens civil du terme[171] et le roi n'avait donc aucun pouvoir de révocation concernant la propriété obtenue par l'imprimeur-libraire lors de l'achat du manuscrit de l'auteur. La transmission de la propriété de l'œuvre ne pouvait être réalisée que par le véritable propriétaire, à savoir l'auteur (dans un premier temps) ou le libraire, si celui-ci avait acheté le manuscrit de l'auteur. Cette transmission se faisait dans son intégralité[172].

L'œuvre, un bien économique. Ainsi les œuvres, afin de représenter une valeur économique sur le marché, devaient nécessairement faire l'objet d'un commerce (ce sont des biens que l'on vend ou échange). Elles devaient être divulguées par l'auteur et diffusées par le libraire qui y voyaient un intérêt économique et une source de motivation à l'exercice de leurs fonctions, et ceci, sans que le pouvoir royal ne puisse les en contraindre. Cette communication de l'œuvre était dans l'intérêt du public, et dans un sens plus large, à la société. Sans cette dimension économique de l'œuvre (considérée comme un bien commercial), sa circulation s'en verrait perturbée et l'intérêt social, diminué considérablement (C).

Manuscrit, dont l'Auteur leur transmet la propriété, au moyen du prix qu'il en reçoit […] 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 avoit : par conséquent le Roi n'y a aucun droit tant que l'Auteur est vivant, ou représenté par les Héritiers ou Donataires, il ne peut le transmettre à personne, à la faveur d'un Privilège, sans le consentement de celui à qui il se trouve appartenir »

[169] D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres (1763)*, texte annoté par Christophe PAILLARD, 2002, p. 33

[170] L. D'HERICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requeste à Mr le garde des sceaux : s'il serait juste d'accorder aux libraires de province, la permission d'imprimer les livres qui appartiennent aux Libraires de Paris, par l'acquisition qu'ils ont faite des Manuscrits des Auteurs ?*, 1725-1726, *Primary Sources on copyright (1490-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org*, p. 56

[171] *Ibid*., p. 56, « *Ainsi, le droit des Auteurs et des Libraires n'ayant souffert aucune atteinte, le Droit Commun du Royaume subsiste en son entier à leur égard, et par conséquent le Roi n'ayant aucun droit sur les Ouvrages des Auteurs, ne peut les transmettre à personne sans le consentement de ceux qui s'en trouvent les légitimes propriétaires* »

[172] *Ibid*., p. 61, « *Or il n'est pas douteux, aux termes des Loix, que le propriétaire d'une chose, en la faisant passer à un autre par le canal de la vente ou de l'échange, transmet au nouveau possesseur les mêmes droits qu'il avoit sur la chose dont il se dépouille. On a fait voir que l'Auteur d'un Ouvrage, fruit de son intelligence, tomboit naturellement dans le Commerce comme les autres productions de l'industrie ; enfin que ceux à qui il jugeoit à propos de le faire passer, acquéroient dans l'instant tous les droits sur la chose qu'il leur transmettoit, donc un Libraire qui a acquis un Manuscrit,[…], qui a enfin obtenu un Privilège pour l'imprimer, doit demeurer perpétuellement propriétaire du Texte de cet Ouvrage, lui et ses descendans, comme d'une terre ou d'une maison qu'il auroit acquise, parce que l'acquisition d'un héritage ne diffère en rien par la nature de l'acquisition de celle d'un Manuscrit* »

C. Perpétuité des droits de reproduction des imprimeurs-libraires

L'intérêt du public était donc lié, selon les imprimeurs-libraires, à l'affirmation d'un droit naturel perpétuel de l'auteur (2) et au refus de toute création d'un domaine public (1).

1) Exclusivité des droits de reproduction et dangers de la création d'un domaine public

Refus d'une durée limitée du privilège. D'Héricourt condamnait fermement l'intention des imprimeurs-libraires de province de se voir attribuer des droits de reproduction (privilèges) sur des manuscrits achetés par les imprimeurs-libraires parisiens, même après l'expiration d'un certain délai. Selon lui, leur démarche ne présentait aucun intérêt pour la société, bien au contraire[173]. En accordant une nouvelle titularité (à un libraire de province par exemple) du droit de reproduction d'une œuvre auparavant détenu par un imprimeur-libraire de Paris, le roi ferait fi de la propriété privée exclusive de l'auteur, puis de celle de l'imprimeur-libraire qui aurait acheté son manuscrit. De plus, quel serait alors l'intérêt pour un imprimeur-libraire d'acquérir un manuscrit tandis qu'un autre pourrait en obtenir la propriété quelques années plus tard sans dépenser le moindre sou. De même, l'auteur, dont plus aucun imprimeur-libraire ne voudrait acheter le travail, verrait sa seule source de revenus disparaître et n'aurait dès lors plus aucun avantage (économique) à exercer son activité. Pour D'Héricourt, cela sonnerait le glas du marché du livre, et aboutirait à une terrible régression[174] dont la société pâtirait.

Dangers d'une durée limitée. Selon lui, l'idée d'une durée limitée de la propriété privée portant sur l'œuvre d'un auteur était un véritable danger social et l'élaboration d'un domaine public (« *bien public* » dans le texte) était tout aussi inconcevable pour lui. Cet argument de la création d'un domaine public soutenu par les libraires de province n'était d'ailleurs, selon lui, qu'un voile sur leurs *« mouvemens d'une criminelle cupidité* »[175] et présentait deux dangers principaux: la destruction pure et simple de la propriété privée et donc de la sécurité juridique

---

[173] *Ibid*., p. 63, « *Il est aisé de faire voir que la prétention de nos Adversaires* [les libraires de provinces] *non seulement n'a pas pour objet le bien public, […] mais au contraire qu'elle ruine les fondemens les plus solides de la Société et du Commerce ; et que s'ils pouvoient parvenir à la faire autoriser, il n'y auroit rien d'assuré parmi nous*».

[174] *Ibid*., p. 70, « *Or, si après l'expiration du Privilège accordé à un Libraire, pour l'impression d'un Ouvrage, il devenoit commun, il se garderoit bien de donner pour le prix d'un Manuscrit une somme considérable, pour la répétition de laquelle il ne pourroit exercer aucun recours contre l'Auteur, non plus que pour la dépense de l'impression, supposé que son Ouvrage ne fût pas goûté du Public, ou qu'à l'expiration du Privilège toute l'édition ne fût pas vendue ; ou enfin que le produit n'eût pas suffi pour procurer au Libraire la rentrée de ses fonds, et un profit proportionné à son travail, ce qui n'arrive presque jamais sur la première Edition ; ainsi ne pouvant s'assurer la jouissance perpétuelle d'un Texte, ni répeter contre l'Auteur la perte qu'il auroit pû faire, il ne seroit ni sage ni prudent d'employer plus sûrement et plus utilement à une maison, ou à quelqu'autre chose que ce fût, sur la propriété de laquelle il pût compter, et de s'exposer à une perte dont il ne pourroit se dédommager qu'à la faveur d'une jouissance perpétuelle, et d'un droit exclusif qui lui feroit enlevé. Dans ces circonstances, il est aisé de sentir que les Auteurs ne pouvant plus vendre leurs Ouvrages, ni trouver dans leurs travaux les secours qui leur feront nécessaires, le décourageront et ne travailleront plus ; ce qui fera tomber les Sciences et renaître ces siècles ténébreux qui ont précédé la naissance de l'Imprimerie* »

[175] *Ibid*., p. 65

du marché du livre[176], et l'anéantissement de toute motivation créatrice chez les auteurs[177]. Il ajoutait même que penser à une telle limitation allait à l'encontre des spécificités propres à l'exercice du métier d'imprimeur: il était nécessaire selon lui, afin d'avoir une certaine pérennité économique sur le long terme, que l'imprimeur-libraire posséda un « *fond* » d'œuvres lui permettant de lisser et de répercuter ses investissements et revenus sur un ensemble d'œuvres, celles-ci n'engendrant pas toutes le même profit. Dans cet argument datant de plus de 250 ans transparaît celui évoqué aujourd'hui par les différents acteurs économiques/investisseurs du marché culturel – entreprises de production, distribution, ou d'édition – qui pour lutter contre une diminution de la durée de protection des œuvres revendiquent une nécessité économique de se créer un catalogue d'œuvres qu'ils pourront exploiter durant une période assez longue afin de couvrir leurs investissements et compenser des pertes non prévisibles (l'échec commercial d'un film ou d'un livre par exemple). Mais l'argument principal de la perpétuité de la protection restait la théorie selon laquelle l'auteur était naturellement titulaire d'une propriété sur son œuvre (2).

2) Une perpétuité des droits de reproduction issue de la propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre

Propriété perpétuelle et durée illimitée du droit de reproduction. D'Héricourt, en plaçant l'auteur au centre du débat sur la propriété intellectuelle, reléguait le privilège à une simple grâce royale qui ne s'apparentait en substance qu'à une simple reconnaissance royale de propriété préalablement acquise par l'imprimeur-libraire lors de l'achat du manuscrit à son auteur. Il soustrayait donc les droits d'impression (de reproduction) au bon vouloir du pouvoir, soutenant que le contenu d'une œuvre, en plus de son support physique, était une propriété privée perpétuelle acquise naturellement et dès l'origine par l'auteur en vertu de son travail intellectuel. Le droit exclusif de reproduction de ces œuvres était par nature un droit de propriété perpétuelle qui pouvait être librement cédé par l'auteur à un imprimeur-libraire via un contrat civil. Ce droit est d'ailleurs opposable à tous. Et dans son esprit, surtout aux imprimeurs-libraires de province. Sa conception du droit de propriété sur l'œuvre rejoint clairement la définition du libraire David[178], dans son article « *droit de copie* »: « *le droit de propriété du libraire sur un ouvrage littéraire qu'il tient de l'auteur, est le droit même de l'auteur sur son propre ouvrage, qui ne paroît pas pouvoir être contesté* » que l'on peut opposer à celle de Furetière, datant de la fin du XVIIème: « *AUTEUR, en fait de Littérature, se dit de tous ceux qui ont mis en lumière quelque livre. Maintenant on le dit de ce qui en ont fait imprimer* »[179].

Refus d'une durée limitée. D'Héricourt en profita également pour discréditer l'idée qu'une durée limitée de ce droit serait d'un intérêt social et nécessaire à une meilleure circulation/diffusion des œuvres. Certains auteurs relevèrent judicieusement qu'en conséquence de l'application de ce système, l'auteur voyait sa liberté de disposer et jouir de son œuvre clairement atténuée par le monopole corporatif des imprimeurs-libraires[180]. La

[176] *Ibid*., p. 66, « *en rendant les Textes des Livres communs entre les Libraires, après l'expiration des Privilèges, on les ruine totalement en les livrant mutuellement à l'envie et à la jalousie, qui ne règne que trop entre les personnes d'une même profession, ce qui détruit la sûreté de leurs Commerce* »

[177] *Ibid*., p. 66, « *en rendant les Textes communs, les Libraires ne voudront plus acheter des Manuscrits ; ainsi il ne se fera plus de nouvelles entreprises ; par conséquent les Auteurs ne trouvant plus dans leurs travaux les secours qu'ils en avoient attendus, le décourageront, et cesseront de travailler* »

[178] David, qui fût adjoint à la Chambre syndicale de décembre 1751 à juillet 1753, *Encyclopédie*, t. V, 1755, p.5

[179] Furetière, *Dictionnaire de Furetière*, 1694

[180] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 11

thèse de d'Héricourt fût étonnamment[181] et explicitement[182] reprise et développée par Denis Diderot dans sa *Lettre sur le commerce des livres*. Bataillant pour la professionnalisation du métier d'auteur, il ne fit que renforcer l'argumentaire des imprimeurs-libraires parisiens au fil de sa réflexion, alors qu'il s'était toujours positionné contre les systèmes corporatifs. Notamment celui des imprimeurs-libraires parisiens qu'il qualifiait de « *corsaires* » ou encore de « *misérables* »[183] (D).

D. Diderot et la reconduction perpétuelle des privilèges

Selon Diderot[184], le privilège était le seul et unique moyen juridique de lutter contre l'essor de la contrefaçon de masse (1). Défendant la propriété naturelle de l'auteur, il aboutit logiquement à la défense d'un privilège perpétuel (2).

1) Le privilège, une défense nécessaire contre la contrefaçon

Diderot et le débat sur la durée des privilèges. Le sujet fondamental de la « *Lettre sur le commerce des livres* » de Diderot, adressée à Sartine, portait sur la nécessité du privilège pour réguler le commerce des œuvres littéraires et la durée dans le temps de celui-ci. Ce texte est considéré comme l'écrit le plus important de l'époque des Lumières françaises sur la liberté d'écrire et de publier[185]. Ce débat porté par Diderot sur l'intérêt du privilège était étroitement lié à la bataille que se livraient les libraires parisiens, les libraires de province et les auteurs sur la « propriété » des œuvres littéraires. Le privilège royal, véritable droit d'imprimer (ou de reproduction) à l'époque, et que l'on pouvait aisément rapprocher du copyright anglo-saxon, avait considérablement évolué.

Un contrôle royal nécessaire. Selon Diderot, le contrôle royal était nécessaire, au premier abord, dans le cadre d'une lutte effective contre la contrefaçon: *« […] le Conseil, statuant en conséquence de cet ordre sur les privilèges et leurs continuations par lettres patentes du 20 décembre 1649* [renouvelées par un arrêt du 27 février 1665][186], *défendit d'imprimer aucun livre sans privilège du roi, donna la préférence au libraire qui aurait obtenu le premier des lettres de continuation accordées à plusieurs, proscrivit les contrefaçons, renvoya les demandes de continuations à l'expiration des privilèges, restreignit ces demandes à ceux à qui les privilèges auraient été premièrement accordés, permit à ceux-ci de les faire renouveler quand ils en aviseraient bon être, et voulut que toutes les lettres de privilèges et de continuation fussent portées sur le registre de la communauté que le syndic serait tenu de représenter à la première réquisition, pour qu'à l'avenir on n'en prétendît cause d'ignorance, et qu'il n'y eut aucune concurrence frauduleuse ou imprévue à l'obtention d'une même*

[181] *Ibid.*, p. 11
[182] D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres (1763)*, texte annoté par Christophe PAILLARD, 2002, p. 33
[183] *Ibid.*, p. 23
[184] *Ibid.*
[185] C. PAILLARD, *Notice de présentation sur la Lettre sur le commerce des livres (1763)*, 2002
[186] Cet arrêt imposait aux détenteurs de privilèges qui souhaitaient les « continuer » de solliciter cette prolongation un an avant l'expiration du privilège détenu, sans que soit possible d'obtenir une prolongation pour les auteurs anciens à moins qu'il n'y ait eu une augmentation ou correction considérable de l'œuvre concernée (de plus, ces continuations de privilèges devaient être signifiées aux libraires de province, ce qui fut rarement le cas), D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres (1763)*, texte annoté par Christophe PAILLARD, 2002, p. 26

permission »[187], tout en critiquant ouvertement l'obligation imposée par l'arrêt du Parlement du 7 septembre 1657 d'augmenter l'ouvrage d'un quart avant de pouvoir demander la permission de réimprimer celui-ci dans le cadre d'une continuation de privilège[188].

Mais une censure dénoncée. Si Diderot considérait cette délivrance d'un droit d'impression comme nécessaire pour lutter efficacement contre la contrefaçon et protéger les intérêts des imprimeurs, il critiquait vivement ce contrôle royal préalable qui s'apparentait selon lui à une censure et à une mainmise abusive sur la diffusion de la connaissance[189]. C'est pour cela qu'il revendiquait un système d'autorisation tacite[190], et la reconnaissance de la perpétuité naturelle du privilège (2).

2) Le privilège, un droit perpétuel issu du droit de propriété de l'auteur sur son œuvre

Durée limitée pour les œuvres classiques. Diderot précisait également que le privilège ne pouvait être de même nature suivant l'œuvre concernée: les textes « classiques » ou manuscrits anciens ne pouvaient faire l'objet d'un privilège car ils appartenaient déjà au domaine public, les privilèges accordés sur ce type d'œuvres littéraires ne devraient pas être renouvelés et être d'une durée limitée (ce qui va dans le sens des revendications des libraires de province).

Reconduction perpétuelle du privilège sur les œuvres modernes. Mais en ce qui concernait les écrits modernes, selon Diderot, le privilège se devait d'être renouvelable perpétuellement si l'imprimeur en faisait la demande, et ceci, pour plusieurs raisons[191]: l'auteur était propriétaire de son œuvre, ainsi s'il cédait cette propriété à l'imprimeur, il n'y avait aucune raison que celle-ci fut différente une fois cédée. L'imprimeur pouvait donc jouir d'une propriété pleine et entière sur l'œuvre qui lui avait été cédée par l'auteur : « *il s'agit d'un manuscrit, d'un effet légitimement cédé, légitimement acquis, d'un ouvrage privilégié qui appartient à un seul acquéreur, qu'on ne peut transférer soit en totalité, soit en partie à un autre sans violence, et dont la propriété individuelle n'empêche point d'en composer et d'en publier à l'infini sur le même sujet* ». Aussi, l'aspect économique rentrait clairement en compte: comment espérer prospérer dans le travail d'impression s'il n'existait aucune protection pour le libraire qui avait acheté un manuscrit à un auteur ? Ses investissements se verraient inutiles puisque tout libraire pourrait réimprimer l'édition de celui-ci sans bourse délier: « *si vous abolissez les privilèges, ou que par des atteintes réitérées vous les jetiez dans le discrédit, c'est fait de cette ressource ; plus d'économie dans cette sorte de commerce, plus d'espérance, plus de fonds solide, plus de crédit, plus de courage, plus d'entreprise* ».

Propriété et privilège perpétuel. Mais si le privilège était un droit perpétuel, quelle différence y-avait-il avec la propriété ? Selon Diderot: « *[q]uel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches, de ses observations ; si les plus belles heures, les plus beaux moments de sa vie ; si ses propres pensées, les sentiments de son cœur,*

[187] *Ibid.,* p. 23
[188] *Ibid.,* p. 24
[189] M. FUJIWARA parle même de « *politique de domestication* », *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, Revue d'histoire littéraire de la France, 2005/1 Vol. 105, p. 79-94, p.81
[190] DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres (1763)*, texte annoté par Christophe PAILLARD, 2002, p. 63-64
[191] Diderot appliquait ici le même raisonnement que d'Héricourt et les imprimeurs-libraires parisiens

la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point, celle qui l'immortalise, ne lui appartient pas ? Quelle comparaison entre l'homme, la substance même de l'homme, son âme, et le champ, le pré, l'arbre ou la vigne que la nature offrait dans le commencement également à tous, et que le particulier ne s'est approprié que par la culture, le premier moyen légitime de possession ? Qui est plus en droit que l'auteur de disposer de sa chose par don ou par vente ? » [192]. Malheureusement, de ces interrogations il tira une conclusion opposée à sa démarche initiale. « *Le droit du propriétaire est la vraie mesure du droit de l'acquéreur* »[193] écrivait-il. Et certainement sans le désirer, Diderot plaida ainsi la cause de l'imprimeur-libraire au détriment de l'auteur: « *il n'est pas d'un homme de mon état de plaider la cause du commerçant contre la postérité de l'auteur; mais il est d'un homme juste de reconnaître la justice et de dire la vérité même contre son propre intérêt* »[194]. Il fut ainsi pris par sa propre logique. En replaçant l'auteur au centre du débat concernant une éventuelle propriété de l'œuvre il aboutit aux revendications des imprimeurs-libraires parisiens: les textes font l'objet d'une propriété privée exclusive et perpétuelle appartenant à l'auteur dans un premier temps, puis dans un second à l'imprimeur qui achète cette « propriété » en acquérant le manuscrit de l'auteur. Mais cette logique n'empêcha pas la consécration d'une durée limitée des privilèges, fondée sur l'intérêt social (§II).

§II. La consécration d'une durée limitée des privilèges des imprimeurs-libraires au XVIIIème siècle

La perpétuité des privilèges fut condamnée malgré les revendications des imprimeurs-libraires parisiens (A') au motif que la création d'un domaine public était une nécessité d'ordre social (B'). Ainsi fut affirmé le caractère temporaire des privilèges et consacrée la titularité du privilège en faveur de l'auteur (C').

A'. Condamnation de la reconduction automatique et perpétuelle des privilèges

Ce sont finalement les juges qui mirent fin au caractère perpétuel des privilèges (1), soulevant les abus incessants des imprimeurs-libraires (2).

1) Refus des cours d'entériner une propriété perpétuelle des imprimeurs-libraires sur les œuvres cédées

Arrêt La Fontaine: expiration du privilège et propriété des héritiers de l'auteur. La logique de Diderot allait directement à l'encontre du principe même du privilège qui se voulait être d'une durée limitée dans le temps. Ceci se caractérisa clairement dans l'analyse de l'arrêt du Conseil du 14 septembre 1761: le Conseil accorda aux héritiers de La Fontaine le privilège de ses Fables, alors que La Fontaine avait cédé ces écrits à un imprimeur. Dans cette

[192] DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres (1763)*, texte annoté par Christophe PAILLARD, 2002, p. 32
[193] *Ibid.,* p. 33
[194] *Ibid.,* p. 28

affaire, la Communauté des libraires, revendiquant un droit de propriété sur les œuvres concernées[195], s'opposait à l'enregistrement d'un privilège accordé aux descendantes de La Fontaine sur les œuvres de ce dernier[196]. Le 14 septembre 1761, le Conseil d'Etat privé du Roi déclara nulle la requête de la Communauté des libraires car « *aucun Libraire ou Imprimeur n'avait de privilège subsistant pour l'impression des ouvrages du sieur de la Fontaine […] Les suppliantes descendent en ligne directe du sieur de la Fontaine, ainsi ses ouvrages leur appartiennent naturellement par hérédité, puisqu'il n'existe aucun titre, aucun privilège qui les en prive…* »[197]. Par cet arrêt, et la concrétisation d'un retour du droit aux descendantes de l'auteur après l'expiration du privilège, le Conseil laissa entendre que le droit de l'auteur pouvait dépasser la soi-disant « propriété » des libraires. Ceci remit clairement en cause l'ordre habituel établi reposant sur la « possession » accordée à certains imprimeurs-libraires favorisés par le Code de la librairie qui interdisait à tout auteur d'imprimer lui-même ses œuvres[198]. Diderot cria à l'injustice et dénonça un affront aux *« lois civiles sur la possession* » car ce qui était cédé l'était définitivement et ne pouvait être réacquis par la voie judiciaire. Les auteurs virent ainsi pour la première fois une possibilité de recouvrer leurs droits sur leurs œuvres à l'expiration du privilège d'impression accordé préalablement à un imprimeur-libraire.

Arrêt Crébillon : interdiction de saisir le fruit de l'intellect de l'auteur. En 1749, Prosper Jolyot sieur de Crébillon (ou Crais-Billon), auteur de la tragédie « *Catilina* » et membre de l'Académie française, refusa que ses créanciers saisissent les produits issus de l'exploitation de ses œuvres. Ceux-ci, afin de se rembourser, décidèrent de saisir directement les revenus de Crébillon entre les mains des comédiens de la Comédie française et de son éditeur, Prault. Crébillon déposa une requête devant le Conseil du roi afin que fut reconnu l'interdiction de la saisie des revenus issus des fruits de l'intellect d'un auteur. Cette revendication reposait sur le lien intime unifiant l'auteur à son œuvre ainsi que l'origine personnelle et intellectuelle de sa création. Dans sa décision du 21 mars 1749, le Conseil du roi trancha le litige en faveur de Crébillon, allant jusqu'à imposer à la Comédie française et à l'éditeur de payer les sommes saisies dans l'attente que celles-ci leur soient remboursées par les créanciers, au motif que les produits de l'esprit étaient insaisissables[199].

Demande de privilège de l'auteur suite à une cession. En 1752, Crébillon, qui avait cédé la propriété de ses œuvres, décida peu de temps avant le terme des privilèges d'exploitation exclusive accordés aux libraires, de demander l'obtention d'une protection pour l'ensemble de son œuvre. Un conflit éclata logiquement entre lui et la Communauté des libraires parisiens qui s'opposait à l'enregistrement de ce privilège. Crébillon appuya sa requête sur la capacité du prince à accorder souverainement sa protection (et donc des privilèges) en toute indépendance.

Cession perpétuelle. Face à cette revendication de Crébillon, l'avocat des libraires parisiens, Jacques Roux, condamna l'auteur pour le non-respect de ses engagements contractuels: « *[c]'est avec le plus grand déplaisir que les Libraires propriétaires des Œuvres du sieur de Crébillon se voient forcés de réclamer la justice de Sa Majesté, et de défendre leurs droits*

[195] LE BRETON, Représentations, BN, fr. 22, 183, fol.25, cité par M. FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, Revue d'histoire littéraire de la France, 2005/1 Vol. 105, p. 79-94, p. 83 note n°14 de l'auteur

[196] Le Conseil venait de leur accorder un privilège de quinze années leur permettant d'imprimer les œuvres de La Fontaine.

[197] Arrêt du Conseil privé du Roi du 14 septembre 1761 (disponible sur www.copyrighthistory.org)

[198] Code de la librairie de 1618, Titre II, article 4

[199] Arrêt du Conseil du roi du 27 mars 1749, disponible, avec le commentaire de F. RIDEAU, sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

contre un homme si recommandable par les productions dont il a enrichi la Littérature. Mais dans l'instance pendante actuellement au Conseil, le sieur de Crébillon fonde principalement ses prétentions sur ce que, dit-il, les Libraires perdent à l'expiration des Privilèges accordés par Sa Majesté, tous leurs droits de propriété sur les Ouvrages littéraires, comme ne les tenant que de ses Privilèges […] L'Approbation est un acte de pure police, et le Privilège un acte de justice et de protection, par lequel Sa Majesté permet authentiquement au propriétaire l'impression et le débit de l'Ouvrage qui lui appartient, et le défend à tous les autres. Cette exclusion est sans doute une grâce de Sa Majesté, mais qui pour être accordée et reçue ne change rien à la nature de la propriété ; elle est fondée au contraire sur la justice qu'il y a à mettre le propriétaire en état de retirer seul les fruits de son travail ou de sa dépense »[200]. Pour les libraires parisiens, ce renouvellement de privilège avait été obtenu par « *surprise* »[201], car le pouvoir ne pouvait se douter que Crébillon avait préalablement cédé la propriété de ses œuvres. Cession, qui selon les libraires parisiens, était perpétuelle et leur permettait ainsi de renouveler leurs privilèges indéfiniment, s'appuyant sur une propriété perpétuelle de l'œuvre cédée. Mais cette conception du privilège et la non-considération des imprimeurs-libraires parisiens pour les auteurs furent dénoncées au sein des hautes sphères du pouvoir (2).

2.) Dénonciation de la propriété intellectuelle perpétuelle défendue par les imprimeurs-libraires

Condamnation de la propriété littéraire. Cette conception de la propriété littéraire par la Communauté des libraires parisiens fut condamnée au cours de la même période par Malesherbes, alors dirigeant de la police de la librairie. Il fut l'un des premiers parmi les membres du pouvoir en place à constater et condamner les abus incessants des principaux libraires parisiens et à les critiquer. Dans une lettre adressée à Saint Priest (alors intendant de Languedoc) le 2 septembre 1761, il dénonçait: « *[m]ais aujourd'hui, les libraires de Paris veulent établir que quand ils sont aux droits d'un auteur, fût-il mort depuis cent ans, ils sont propriétaires de l'ouvrage et que le gouvernement ne peut pas sans injustice permettre à un autre le même ouvrage* [problème de l'exclusivité des privilèges]. *Ils vont plus loin et de ce qu'ils ont une fois obtenu un privilège, ils concluent que l'auteur est présumé leur avoir transporté tous les prétendus droits et que dès lors ils en doivent jouir. Tout absurde que me paraît ce système, il a été pendant un temps tellement appuyé que je n'ai pas cru devoir l'attaquer. Je crois que les choses ne sont plus les mêmes […]* »[202].

Affaire Luneau: libre disposition de l'auteur sur son œuvre. Quelques années plus tard, en 1769, l'écrivain Luneau de Boisjermain fut poursuivi pour avoir vendu ses œuvres lui-même. Celui-ci revendiquait le bénéfice d'un privilège qu'il avait obtenu en son nom. Il lui était pourtant reproché de ne pas respecter le monopole de la corporation des libraires parisiens. A ce titre, les Syndic et Adjoints de la Librairie et Imprimerie de Paris, accompagnés du Commissaire Formel, saisirent dans ses locaux et domicile l'ensemble des œuvres qu'il avait lui-même imprimées et décidées de vendre. Linguet, alors avocat de Luneau, utilisa la

[200] F. RIDEAU, *Commentary on the La Fontaine case (1761)*, 2008, sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ;* disponible sur http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_f_1761
[201] *Ibid*.
[202] Lettre de Malesherbes à St. Priest du 2 septembre 1761, BNF, fr. 21832, fol. 194 v°-195 r°, cité par M. FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, Revue d'histoire littéraire de la France, 2005/1 Vol. 105, p. 79-94, p. 86, note n°20

conception jusnaturaliste de la propriété littéraire pour contrer ceux même (la communauté des libraires parisiens) qui l'avaient utilisée jusqu'alors à leur profit. Linguet défendit le droit naturel de l'auteur sur son œuvre, droit dont découlait une autorisation tacite et inébranlable d'en disposer à sa guise. Luneau ne fût pas condamné et la saisie fût déclarée nulle (tous les livres saisis ont dû lui être restitués)[203]. Cet arrêt démontra que suivant la lecture et l'utilisation faites de la théorie selon laquelle la propriété littéraire était un droit naturel du créateur, elle pouvait tout aussi bien servir habilement les intérêts des auteurs.

Opposition à l'interdiction faite à l'auteur d'imprimer ses œuvres. Malesherbes proposa que l'on reconnaisse à l'auteur le droit et la liberté d'exploiter lui-même ses œuvres[204]. Convaincu de la propriété de celui-ci sur son œuvre et de l'importance de l'affranchir du monopole de la corporation des imprimeurs-libraires, il alla même plus loin et s'opposa à l'interdiction faite aux auteurs de publier et vendre eux-mêmes leurs textes, considérant que ces œuvres étaient l'unique fruit de leur génie et qu'il était donc juste qu'ils puissent en avoir la libre disposition[205].

Refus de la perpétuité et revalorisation du statut social de l'auteur. La place de l'auteur fut ainsi socialement revalorisée, d'autant que Malherbes fut très vite appuyé au sein même des plus hautes sphères du pouvoir. En effet, l'Inspecteur de police d'Hémery et le Secrétaire du bureau de la Librairie Marin s'allièrent à lui afin de promouvoir un régime des privilèges dont l'obtention et la durée seraient uniquement liées à la personne de l'auteur, afin que celui-ci puisse profiter du renouvellement de ses privilèges durant toute sa vie[206]. Après quoi, ses œuvres tomberaient dans le domaine public. En effet, l'idée que les imprimeurs-libraires puissent avoir une quelconque prétention sur la perpétuité de leur propriété fut ainsi qualifiée expressément par Malesherbes de « *ridicule* » (Marin et d'Hémery la désignèrent par les termes de « *fiction* » et de « *déraison* »), rejoint par St. Priest, qui souhaita que « *la prétention des libraires de Paris fût détruite à jamais* »[207]. Marin, censeur royal, nota dans ses observations que les droits d'auteur étant « *sacrés* », « *on ne leur* [aux auteurs] *a refusé et on ne leur refusera jamais un renouvellement de privilège pour leurs propres ouvrages. On accorde même cette grâce à leurs enfants* »[208]. Ainsi, au-delà d'une revalorisation de l'acte créatif et de la place sociale de l'auteur, Malesherbes, St. Priest, Marin, et d'Hémery souhaitaient finalement mettre un terme au monopole de la corporation de la Communauté des libraires. Monopole que rêvaient de voir tomber définitivement les libraires de province. Cette dénonciation fut accompagnée par la défense de l'importance sociale d'un domaine public (B').

---

[203] Arrêt du Conseil privé du Roi du 30 septembre 1770, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[204] Notamment, l'inspecteur de police d'Hémery et le secrétaire du bureau de la Librairie, Marin, L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.12-13

[205] Les auteurs devraient « *tirer tout le profit de leurs ouvrages, en ayant la faculté de les vendre eux-mêmes [car] les ouvrages d'un auteur, qui sont les fruits de son génie, comme lui appartenant encore plus à juste titre, et comme le bien dont il serait le plus convenable qu'il eût la libre disposition […]* », MALESHERBES, *Mémoires sur la librairie* (première impression chez Agasse en 1809), Paris, Imprimerie nationale, 1994, p. 161, cité par M. FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, Revue d'histoire littéraire de la France, 2005/1 Vol. 105, p. 79-94, p. 87

[206] MARIN, *Motifs de ce mémoire, 1763 : BNF, Manuscrits français, 22070, n°*82 : Marin souhaitait d'ailleurs que les privilèges fussent délivrés à l'auteur lui-même et que les durées de ceux-ci fussent calculées sur la vie de ce dernier, et d'HEMERY, *Mémoires sur les abus qui se sont introduits dans la librairie à l'occasion des privilèges*, 1764 : d'Hémery, revendiqua dès 1764 qu'il ne fût « *accordé des privilèges et des permissions qu'aux auteurs mêmes des ouvrages* »

[207] M. FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, Revue d'histoire littéraire de la France, 2005/1 Vol. 105, p. 79-94, p. 87

[208] *Ibid.*, pp. 87-88 : "*et ceci pendant toute leur vie, après quoi leurs oeuvres tomberont dans le domaine* public"

B'. Nécessité du domaine public

La théorie du contrat social. Se fondant sur une conception matérialiste de la propriété, les représentants des libraires de province que sont Gaultier[209] et Condorcet[210] réfutèrent la théorie de l'existence d'un droit naturel de propriété littéraire. Ils dénoncèrent publiquement les conséquences potentiellement néfastes qu'aurait une éventuelle reconnaissance d'une propriété littéraire perpétuelle, et ceci, tant pour l'économie du marché du livre que pour l'accès du public à la connaissance.

Une dette de l'auteur. Selon Gaultier, la publication d'une œuvre valait « *cession pleine et entière de la jouissance, en faveur du public, laquelle entrain[ait] nécessairement le droit d'imiter ou copier à volonté* »[211]. Ainsi, l'auteur n'était propriétaire que de son manuscrit, et les imprimeurs-libraires ne possédaient que les versions imprimées. Mais, dès que l'œuvre était officiellement publiée (entendre à la disposition du public en général), elle devenait alors un bien commun et chacun était libre de la reproduire[212]. Cette théorie était celle du « *contrat social* », défendue notamment par les libraires de province, qui l'avaient développée en opposition aux libraires parisiens et leur prétendue propriété littéraire de droit naturel. Cette théorie du contrat social reposait sur ce que l'on peut considérer aujourd'hui comme les prémices de la conception de domaine public: l'existence d'un fonds commun de la pensée (toute production intellectuelle est originaire d'une communauté d'idées inappropriables où tous les hommes peuvent puiser librement). En s'inspirant de ce fonds commun, l'auteur, selon Gaultier, devenait redevable vis-à-vis de la société, il contractait une dette envers elle. Aussi, en publiant son œuvre finale et en offrant les fruits de son travail créatif et intellectuel au public, il œuvrait pour l'intérêt général, participant ainsi « *au bonheur de l'humanité* »[213].

Exclusivité et rémunération de l'auteur. Condorcet et Gaultier acceptèrent toutefois l'idée que l'auteur, afin de récompenser son travail et ses investissements (physique, psychique et/ou financier), puisse obtenir un droit d'exclusivité sur l'exploitation de l'œuvre afin d'acquérir une juste rémunération. Mais ce droit exclusif ne pouvait résulter que d'une loi positive, d'un privilège. Il était finalement tout sauf naturel selon eux : le privilège était la seule source de l'exclusivité et son étendue devait être proportionnée au service rendu à la société. Pour Condorcet, ce droit exclusif d'exploitation ne pouvait porter que sur la formalisation et/ou l'expression de la pensée de l'auteur, ce qui excluait implicitement toute forme de protection par le privilège des idées. De plus, le privilège devait comme auparavant être limité dans sa temporalité afin de garantir un domaine public, « *gage de concurrence et de survie des presses provinciales, de libre circulation des idées et de progrès des lumières* »[214]. Finalement, il fut reconnu que l'auteur était le premier bénéficiaire du privilège portant sur son œuvre (C').

---

[209] GAULTIER, *Mémoire à consulter, pour les Libraires et Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille et Nismes, concernant les privilèges de librairie et continuations d'iceux*, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[210] CONDORCET, *Fragments sur la liberté de la presse*, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*

[211] GAULTIER, *Mémoire à consulter, pour les Libraires et Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille et Nismes, concernant les privilèges de librairie et continuations d'iceux*, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.12

[212] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.12

[213] GAULTIER, *Mémoire à consulter, pour les Libraires et Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille et Nismes, concernant les privilèges de librairie et continuations d'iceux*, 1776, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur,* p.12

[214] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.13

C'. L'auteur premier bénéficiaire du privilège portant sur son œuvre et consécration des droits d'exploitation temporaires

Si une propriété perpétuelle de l'auteur sur son œuvre fut reconnue par le pouvoir (1), ce caractère perpétuel devenait temporaire dès lors que l'auteur cédait son privilège à un imprimeur-libraire (2).

1) Reconnaissance d'une propriété perpétuelle de l'auteur sur son œuvre

Continuation et autorisation préalable des héritiers. Dans un arrêt du 20 mars 1777, le Conseil Privé du Roi décida que la prolongation d'un privilège au profit d'un libraire ne pouvait être autorisée sans l'accord de la famille de l'auteur. Selon le Conseil, la volonté des héritiers de l'auteur conditionnait l'obtention et le renouvellement du privilège royal accordé aux libraires. Les privilèges n'étaient donc plus, dès lors, automatiquement concédés aux imprimeurs-libraires. Dans cette affaire, le différend concernait le renouvellement du privilège entre deux libraires alors titulaires de droits sur l'œuvre. Le Conseil du roi décida d'octroyer le privilège des œuvres de Fénelon au libraire Guérin, car c'était le choix des héritiers de l'écrivain décédé. Cette décision revenait aux héritiers de l'auteur car il convenait, selon le Conseil, de « *rendre à la famille un bien qui lui appartient légitimement* »[215]. Il fallut toutefois attendre la fin de l'été 1777 pour voir cette avancée théorique et jurisprudentielle consacrée dans la loi royale.

L'auteur et ses héritiers deviennent propriétaires du privilège. L'arrêt du Conseil du 30 août 1777, portant règlement sur la durée des privilèges en librairie, marqua la reconnaissance de l'auteur comme premier bénéficiaire du privilège portant sur son œuvre; alors que l'Angleterre reconnaissait ce droit depuis 1710 et le Statute of Anne. Le préambule de cet arrêt exprima explicitement l'orientation nouvelle prise à cette époque, orientation qui s'insérait logiquement dans la continuité d'une jurisprudence de plus en plus favorable aux auteurs et à leurs héritiers: « *[s]a majesté a reconnu que le privilège en librairie est une grâce fondée en justice et qui a pour objet, si elle est accordée à l'auteur, de récompenser son travail ; si elle est obtenue par un libraire, de lui assurer le remboursement de ses avances et de l'indemniser de ses frais ; que cette différence dans les motifs qui déterminent les privilèges en doit produire une dans sa durée ; que l'auteur a sans doute un droit plus assuré à une grâce plus étendue*, *tandis que le libraire ne peut se plaindre, si la faveur qu'il obtient est proportionnée au montant de ses avances et à l'importance de son entreprise ; que la perfection de l'ouvrage exige cependant qu'on en laisse jouir le libraire pendant la vie de l'auteur avec lequel il a traité ; mais qu'accorder un plus long terme ce serait convertir une jouissance de grâce en propriété de droit, et perpétuer une faveur contre la teneur même du titre qui en fixe la durée ; ce serait consacrer le monopole, en rendant un libraire le seul arbitre, a toujours, du prix du livre ; ce serait, enfin, laisser subsister la source des abus et des contrefaçons, en refusant aux imprimeurs de province un moyen légitime d'employer leurs presses. Sa Majesté a pensé qu'un Règlement qui restreindrait le droit exclusif des libraires au temps qui sera porté dans le privilège, ferait leur avantage, parce qu'une jouissance limitée, mais certaine, est préférable à une jouissance indéfinie, mais illusoire ; qu'il ferait l'avantage du public, qui doit en espérer que les livres tomberont à une valeur proportionnée aux facultés de ceux qui veulent les procurer ; qu'il serait favorable aux gens*

[215] Arrêt du Conseil du Roi et Bureau de la librairie auprès de la Chancellerie, 20 mars 1777 : A.N.E, 2533, n°241, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur,* p.13

de lettres, qui pourront, après un temps donné, faire des notes et des commentaires sur un auteur, sans que personne puisse leur contester le droit de faire imprimer le texte ; qu'enfin ce Règlement serait d'autant plus utile, qu'il ne pourrait qu'augmenter l'activité du commerce, et exciter entre tous les imprimeurs une émulation favorable au progrès et à la perfection de leur art»[216] .

Consécration de la propriété de l'auteur sur ses œuvres. Par arrêt du 30 juillet 1778 l'Etat royal marqua sa volonté de consacrer une propriété de l'auteur sur ses œuvres et « *d'obtenir que les nouveaux avantages que leur [les auteurs] assurent les règlements du 30 août dernier, deviennent encore plus stables et plus solides* »[217]. Si la monarchie se servit du privilège pour réserver une propriété littéraire perpétuelle à l'auteur et ses héritiers, et pour en exclure les exploitants, elle espérait, en parallèle, conserver un contrôle sur le marché du livre, le privilège étant historiquement le meilleur outil à cette fin. Par cet arrêt, le roi souhaitait donner la preuve de « *sa protection à ceux de ses sujets qui, par leurs travaux et leurs veilles, concourent au progrès des lettres et des sciences* »[218] et ainsi rééquilibrer la balance du mérite (et de la récompense qui en découle) entre les auteurs et les libraires. Mais cette perpétuité ne fut reconnue au bénéfice exclusif de l'auteur, car le privilège une fois cédé par ce dernier devenait temporaire (2).

2) Durée limitée des privilèges des imprimeurs-libraires

Rémunération de l'auteur et incitation à la création. Etablie par l'arrêt de 1777 et confirmée en son article 3 de l'arrêt du Conseil d'Etat du roi de 1778, la durée des privilèges accordés pour imprimer des livres nouveaux était décidée par M. le Chancelier ou le Garde des sceaux, « *suivant le mérite ou l'importance de l'ouvrage, sans qu'en aucun cas ces privilèges puissent être d'une moindre durée que de dix années* » [219]. Il fût donc évident que l'intention du pouvoir royal, comme le releva à l'époque Miromesnil[220], plus qu'une censure royale par le biais du privilège, était la revalorisation du statut des auteurs en tant que créateur et leur octroyer des droits suffisamment lucratifs et rémunérateurs pour les encourager à continuer de se consacrer à leur processus créatif[221]. Néanmoins ce procédé, totalement discrétionnaire, octroyait aux décisionnaires un instrument de contrôle et de régulation considérable.

Intérêts des arrêts. Ces deux arrêts instituèrent une franche distinction d'estime et de reconnaissance entre les rôles et activités du créateur et de l'investisseur au cours du cycle « création / diffusion » d'une œuvre. La création, dès lors reconnue comme un travail de valeur et nécessitant une juste rémunération, primait désormais sur l'investissement économique et financier de l'imprimeur-libraire. L'auteur avait désormais l'autorisation légale d'imprimer et de vendre lui-même ses œuvres. L'article 5 de l'arrêt du 30 août 1777 consacra pour l'auteur, à la faveur de son travail, une propriété perpétuelle sur son œuvre et

[216] Arrest du Conseil d'Etat du Roi portant règlement sur la durée des privilèges en librairie, du 30 août 1777, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org*
[217] Arrêt du Conseil d'Etat du Roi, portant règlement sur les privilèges en librairie et les contrefaçons, 30 juillet 1778, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer; www.copyrighthistory.org*
[218] *Ibid.*
[219] *Ibid.*
[220] Miromesnil fut Garde des sceaux de 1774 à 1787
[221] MIROMESNIL, Lettre adressée à l'Académie française, 1778, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur,* p.14 : « *consacrer en faveur des hommes de lettres la propriété sur les productions de leur esprit* » et « *faire jouir [les hommes de lettres] de tous les avantages pour encourager leurs talents* »

un privilège d'exploitation limité dans le temps[222]. Avec ce nouveau format de privilège, le pouvoir royal créa un régime désormais particulièrement favorable à l'auteur, notamment en ce qui concernait la durée du droit exclusif accordé: « *[t]out Auteur qui obtiendra en son nom le privilège de son ouvrage, aura le droit de le vendre chez lui, sans qu'il puisse, sous aucun prétexte, vendre ou négocier d'autres livres ; & jouira de son privilège, pour lui & pour ses hoirs, à perpétuité, pourvu qu'il ne le rétrocède à aucun Libraire ; auquel cas la durée du privilège sera, par le seul fait de la cession, réduite à celle de la vie de l'Auteur* »[223].

Durée limitée du privilège pour les imprimeurs-libraires. Mais cette durée du privilège suit un régime dérogatoire au monopole corporatif en ce qu'elle est réservée à l'auteur et à ses héritiers, les cessionnaires des œuvres (généralement les imprimeurs-libraires donc) étant exclus de toute dimension perpétuelle. En effet, propriété perpétuelle pour l'auteur et sa famille, le privilège recouvrait toujours la nature d'une grâce temporaire en la personne de l'imprimeur-libraire (le cessionnaire). Celui-ci ne pouvait plus obtenir de privilège que pour des ouvrages nouveaux et de surcroît il cessait dans tous les cas de jouir de ce droit exclusif dès la mort de l'auteur de l'œuvre cédée. Cette limitation temporaire du privilège semblait principalement issue de la volonté du pouvoir royal, comme son homologue anglais dans l'arrêt *Donaldson v. Beckett* de 1774, d'anéantir le monopole de la Communauté des libraires parisiens, tout en créant un domaine public permettant à la fois de favoriser l'accès du public aux ouvrages et de faciliter l'inspiration des auteurs.

Propriété perpétuelle de l'auteur. Cette affirmation de la propriété de l'auteur sur son œuvre pris toute sa dimension au travers de l'article 2 de l'arrêt du Conseil d'Etat du roi du 30 juillet 1778 : « *l'article 5 du même arrêt du Conseil [celui du 30 août 1777]*, *portant règlement sur la durée des privilèges en librairie, sera exécuté selon sa forme et teneur ; en conséquence, tout auteur qui aura obtenu, en son nom, le privilège de son ouvrage, non-seulement aura le droit de le faire chez lui, mais il ne pourra encore, autant de fois qu'il le voudra, faire imprimer, pour son compte, son ouvrage par tel imprimeur, et le faire vendre aussi pour son compte par tel libraire qu'il aura choisi, sans que les traités ou conventions qu'il fera pour imprimer ou débiter une édition de son ouvrage puissent être réputés cession de son privilège* »[224]. Cet arrêt règlementait ainsi le contrat d'édition sur le modèle du mandat de sorte que l'auteur pouvait céder l'exploitation de son œuvre à l'imprimeur-libraire sans toutefois perdre la propriété de son privilège et de son œuvre. C'est la consécration des droits d'exploitation, au profit et réservés à l'auteur et ses héritiers. Etendue aux compositions musicales en 1786, ce régime sera maintenu seulement trois ans, du fait de la Révolution de 1789 (§III).

§III. La création d'un véritable domaine public à la fin du XVIIIème siècle

Suite à la Révolution française, le système des privilèges fut aboli (A'') et de nouvelles lois furent rédigées pour réguler la protection des œuvres de l'esprit (B''). Celles-ci furent

[222] autrement dit, une propriété de droit

[223] Article V de l'Arrest du Conseil d'Etat du Roi portant règlement sur la durée des privilèges en librairie, du 30 août 1777, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer; www.copyrighthistory.org*

[224] Arrêt du Conseil d'Etat du Roi, portant règlement sur les privilèges en librairie et les contrefaçons, 30 juillet 1778, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer; www.copyrighthistory.org*

marquées par une forte dimension utilitariste, afin d'aboutir à un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux du public (C'').

A''. Volonté de consacrer un domaine public

La fin du régime des privilèges (1) permit au législateur de développer de nouveaux projets de loi fondés sur la création d'un domaine public français (2).

1) Révolution française, fin des privilèges et vide juridique

Nécessité de combler le vide juridique lié à la disparition des privilèges. En 1789, la révolution française du 14 juillet, l'abolition des privilèges par le décret du 4 août, puis l'affirmation de la liberté de la presse par la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août, marquèrent la fin de l'Ancien Régime et provoquèrent concomitamment un déferlement de contrefaçons d'œuvres littéraires françaises. Il fut donc nécessaire d'instaurer une nouvelle loi afin d'endiguer rapidement ce problème. L'élaboration de cette nouvelle loi permit le développement de nombreuses théories juridiques portant sur la propriété littéraire. Dès janvier 1790, Sieyès et Condorcet présentèrent un premier projet de loi de réglementation de la presse à l'Assemblée Nationale[225]. Ce « *Projet de loi contre les délits qui peuvent se commettre par la voie de l'impression et par la publication des écrits et des gravures etc…* » avait pour objectif premier la responsabilisation des auteurs et des imprimeurs de contenus (titre II du projet). Or, cette responsabilisation des auteurs passait selon eux par une privatisation de l'œuvre en faveur de l'auteur. Se basant sur deux principes régulièrement mis en avant à l'époque, la reconnaissance du « *fruit du génie* » de l'auteur et la promotion du « *commerce de la pensée* », l'auteur devenait ainsi le seul et unique propriétaire de son œuvre. Selon ce projet, l'auteur possédait sur ses œuvres des droits de reproduction et de représentation d'une durée respective de cinq[226] et dix années[227] suivant son décès. Cette propriété créée en faveur de l'auteur étant limitée dans le temps, un domaine public aurait ainsi vu le jour dans le cas où le texte aurait été promulgué. Mais ce projet, particulièrement critiqué, fut rapidement abandonné et ne vît jamais le jour.

Abus des théâtres. Suite au rejet du projet de loi de Sieyès et face à l'abus caractérisé de nombreux directeurs de théâtres qui considéraient toute œuvre publiée comme faisant partie intégrante du domaine public, de nombreux auteurs dramatiques, Beaumarchais en tête, se soulevèrent et revendiquèrent l'application et le respect des droits définis dans les deux arrêts

[225] Assemblée Nationale, séance du 20 janvier 1790, p. 273-288, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org)

[226] Article XIV du Projet de loi contre les délits qui peuvent se commettre par la voie de l'impression et pas la publication des écrits et des gravures etc…: "*Le progress des lumières, et par consequent l'utilité publique se réunissent aux idées de justice distributive, pour exiger que la propriété d'un ouvrage soit assure à l'auteur par la loi. En consequence, toute personne convaincue d'avoir imprimé un livre pendant la vie d'un auteur, ou moins de dix ans après sa mort, sans son consentement exprès et par écrit, ou celui de ses ayans-cause, sera déclaré contrefacteur […]*", disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

[227] Article XVIII du Projet de loi contre les délits qui peuvent se commettre par la voie de l'impression et pas la publication des écrits et des gravures etc…: "*Les pièces de theatre, soit imprimées, soit manuscrites, ne pourront être jouées sur aucun theatre public, pendant la vie de l'auteur, ou moins de cinq ans après sa mort, sans son consentement exprès et par écrit, ou celui de ses ayans-cause*.", disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

du Conseil d'Etat du Roi de 1777 et 1778[228]. En effet, plusieurs théâtres (notamment La Comédie Française) organisaient à l'époque des représentations d'œuvres protégées sans l'accord de leurs auteurs, et bien évidemment sans leur reverser le moindre sou. Une pétition de vingt-et-un signataires fut déposée à l'Assemblée Nationale par La Harpe en août 1790[229] afin de dénoncer cette attitude et d'avoir les moyens légaux de protéger l'exploitation des œuvres créées (2).

2) Projets de loi et volonté de créer une protection temporaire

Nouveau projet de loi et droit de reproduction à durée limitée. Mirabeau rédigea un nouveau projet de loi pour le compte des pétitionnaires, s'inspirant largement de celui de Sieyès. Le Chapelier le présenta le 13 janvier 1791 à l'Assemblée Nationale. Dès les premières lignes du projet, l'accent fut mis sur l'importance publique de légiférer sur le sujet de la protection des œuvres et des droits exclusifs d'impression: « *[e]lle [la question sur laquelle est interrogée l'Assemblée] tient réellement aux principes de la liberté & de la propriété publiques ; elle doit être décidée par ces principes* »[230]. Le projet de Mirabeau reprit également les durées exclusives de reproduction déjà présentées dans le projet de Sieyès: « *[l]es Auteurs dramatiques […] en sollicitant pour les Auteurs & leurs héritiers ou leurs cessionnaires, la propriété la plus entière de leurs Ouvrages pendant leur vie & cinq ans après leur mort, ils reconnoissent & même ils invoquent les droits du public, & ils n'hésitent pas à avouer qu'après le délai de cinq ans les Ouvrages des Auteurs sont une propriété publique* »[231].

Critique des anciens privilèges. Le projet revint d'ailleurs sur l'époque des privilèges, et ceci pour mieux les critiquer et promouvoir au passage la création d'un domaine public : « *[l]e public doit avoir la propriété de ces chefs-d'œuvre… […] [c]ela n'étoit pas étonnant, lorsqu'une administration vicieuse avoit tout transformé en privilèges, & que son unique systême sembloit être de blesser les droits de tous pour servir les intérêts particuliers […]* »[232].

Propriété *sui generis* de l'auteur sur son œuvre. Donc, si le projet de loi reconnut une propriété de l'auteur sur son œuvre, cette propriété était toute particulière car elle devait être encadrée, et principalement dans sa durée. La propriété de l'auteur sur son œuvre était une propriété *sui generis*, car celle-ci était transférée au public dès sa publication. Néanmoins, avant que l'œuvre puisse être exploitable librement par tout individu, il était raisonnable d'accorder un délai d'exploitation exclusive à l'auteur pour rémunérer son travail: « *[l]a plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, […], 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 connoissent, qu'ils se sont emparées des beautés qu'ils contient, qu'ils ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux ; il semble que dès ce moment, l'écrivain a associé le*

[228] Voir précédemment
[229] Archives parlementaires, 24 août 1790, p. 249-257, disponible sur http://frda.stanford.edu/fr/catalog/xx016qf9135_00_0254
[230] LE CHAPELIER, *Rapport fait par M. 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*, 1791, p. 3, disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France
[231] *Ibid.*, p. 4
[232] *Ibid.*, p. 5

public à la 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 & 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, & tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain »[233]. Cette logique d'une propriété *sui generis* fut finalement retranscrite dans les lois de 1791 et de 1793 (B'').

B'') Durée limitée des droits d'exploitation

Les lois dites révolutionnaires de 1791 et 1793 sont le socle législatif du droit d'auteur actuel (1), et ont fondé le domaine public français (2).

1) Propriété *sui generis* de l'auteur

Loi de janvier 1791 et valorisation de l'auteur. Dans le rapport de Le Chapelier, les auteurs étaient considérés comme ayant un rôle plus important et nécessaire que celui des comédiens de théâtres ou des imprimeurs-libraires : les auteurs étaient la source de l'enrichissement intellectuel du public, et ce rôle s'apparentait à un service. Suite à ce rapport, sera votée la loi du 13-19 janvier 1791 consacrant le droit de représentation, d'une durée de cinq ans post mortem auctoris[234].

Abus continu et loi de juillet 1793. Mais le conflit entre les auteurs dramatiques et les directeurs de théâtres ne prit pas fin avec la loi de 1791. Ces derniers continuèrent à organiser des représentations d'œuvres publiées et toujours protégées (que l'auteur soit vivant ou non) car ils considéraient que la loi de 1791 ne s'appliquait qu'aux œuvres futures. Beaumarchais signa et plaida alors un réquisitoire pour dénoncer ce nouvel abus des directeurs de théâtres devant l'Assemblée Nationale le 23 décembre 1791[235]. Suite à ce nouveau mouvement mené par Beaumarchais, la loi du 19 juillet 1793, issue du rapport de Lakanal et très proche dans son contenu de celui de Le Chapelier, fut votée. Comme lui, Lakanal mit en avant l'importance sociale des auteurs, qui se consacraient à « *l'instruction de leurs concitoyens* », et « *le tribut légitime »* qu'ils étaient en droit de revendiquer pour « *un si noble travail* »[236].

Similitudes entre les deux lois. Le rapport Lakanal présentait de nombreuses similitudes avec celui de Le Chapelier, notamment en ce qui concerne la reconnaissance d'une propriété *sui generis* de l'auteur sur son œuvre: « *[d]e toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut ni blesser l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie ; et si quelque*

[233] *Ibid.*, p. 16
[234] *Ibid.*, p. 16, article I. : « *Les Ouvrages des Auteurs morts depuis cinq ans & plus, sont une propriété publique, & peuvent, nonobstant tous anciens privilèges, qui sont abolis, être représentés sur tous les théâtres indistinctement* » ; et article V. *:« Les héritiers ou les cessionnaires des auteurs, seront propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort des Auteurs* »
[235] *Pétition à l'Assemblée Nationale par Caron de Beaumarchais, contre l'usurpation des propriétés des auteurs par des directeurs de spectacles*, 23 décembre 1791, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org
[236] *Rapport Lakanal, séance du 19 juillet 1793*, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

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 sur tant d'autres, aux simples éléments de la justice la plus commune »[237]. Ce projet de loi visait avant tout « *la déclaration des droits du génie* »[238]. Sur la base de ce rapport sera votée la loi du 19 juillet 1793[239] consacrant le droit de reproduction d'une durée de dix ans post mortem auctoris[240].

Des lois « révolutionnaires ». Ces lois ont posé les fondements juridiques du droit d'auteur français et l'ont régit pendant plus de cent cinquante ans. Encore aujourd'hui notre droit d'auteur français (et celui de la plupart des pays européens), tout du moins dans sa conception patrimoniale, est très similaire aux lois de 1791 et 1793. Elles ont établi deux principes indiscutables et toujours d'actualité: les auteurs possédaient dès la création de leur œuvre des droits exclusifs sur celle-ci, au motif que leur propriété sur leurs œuvres était la plus justifiée d'entre toutes. La raison en était que le processus créatif de l'auteur était considéré comme intimement lié à la personnalité de celui-ci. Ces droits de représentation et de reproduction ont été, toujours selon le droit positif, établis comme temporaires (respectivement de cinq et dix ans post-mortem auctoris) afin d'assurer une meilleure diffusion de la connaissance mais également, grâce à un domaine public d'œuvres, une libre concurrence dans le milieu culturel. Le lien avec les copyrights anglais et américain est on ne peut plus évident sur cet aspect utilitariste. Elles eurent d'ailleurs un impact non négligeable à l'échelle internationale car Napoléon les fit appliquer dans les pays de l'Empire[241].

Durée limitée de la propriété de l'auteur. L'œuvre artistique est incontestablement conçue, à la fin du XVIIIème siècle, comme une propriété naturelle de l'auteur, qui en est le créateur intellectuel. La célèbre phrase de Le Chapelier, « *[l]a plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toute les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain* », citée dans tous les textes portant sur ce sujet à cette période, est clairement issue de la pensée lockéenne. Cette théorie du droit naturel de l'auteur sur son œuvre a d'ailleurs été reprise explicitement par Lakanal dans son rapport de 1793. Néanmoins, ce que certains auteurs oublièrent (et oublient toujours) de préciser, est que Le Chapelier atténua cette notion de propriété de l'auteur sur son œuvre: selon lui, s'il s'agissait d'une propriété, celle-ci était particulière, car en publiant l'œuvre son auteur la transmettait dans son intégralité au public[242]. L'auteur faisait ainsi don de son œuvre à la société. Le Chapelier abandonnera d'ailleurs cette idée dès juillet 1791, et celle-ci sera récusée par Lakanal lui-même dans son rapport sur la loi de 1793, car en réalité cette idée de don au public par la publication avait pour seule justification la volonté de réguler les questions d'attribution et de durée des droits exclusifs d'exploitation par le droit positif. Selon Lakanal, seule la loi est à même de « *conserver* » à l'auteur « *pendant sa vie, et à ses héritiers quelques années après sa mort, le droit de disposer de l'ouvrage* »[243] (2).

---

[237] *Ibid.*
[238] *Ibid.*
[239] *Décret de la Convention nationale*, 19 juillet 1793, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org
[240] *Ibid.*, article I : « *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* » ; et son article II: « *Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durent l'espace de dix ans, après la mort des auteurs* ».
[241] 100 ans plus tard, l'Association littéraire et artistique international (ALAI, créée en 1878) abouti à la ratification par une dizaine de pays, de la Convention de Berne, première convention international sur le droit d'auteur, en 1886.
[242] Voir précédemment
[243] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.16

2) Création du domaine public

Un véritable droit des auteurs. Les droits d'exploitation sur les œuvres de l'esprit ont donc été créés et institués par la loi, mais dans le respect d'un droit naturel incontestable puisque la loi les attribue au premier chef à l'auteur qui en est naturellement et originairement le propriétaire: il en jouit d'ailleurs dès la création et indépendamment de toute formalité[244]. Les droits exclusifs de représentation et de reproduction étaient donc des droits privés, des droits de propriété. L'œuvre et les droits d'exploitation y afférents constituant des biens patrimoniaux, soumis aux principes de libre disposition et d'égalité civile. A la mort de l'auteur, ces droits patrimoniaux étaient dévolus à ses héritiers sous réserve qu'ils n'aient pas été cédés au préalable. Il paraît d'ailleurs pertinent de préciser que cette cession des droits patrimoniaux de l'auteur était, à cette époque, totale. De par cette cession, l'exploitant cessionnaire devenait dès lors propriétaire à part entière de l'œuvre, le droit moral n'étant pas inaliénable à cette période. On peut d'ailleurs y voir un autre point de similitude avec le copyright américain.

Durées limitées et domaine public. En limitant les droits de propriété littéraire dans le temps, cinq ans après la mort de l'auteur pour le droit de représentation[245] et dix ans pour le droit de reproduction[246], le législateur français a créé un véritable domaine public. Différence temporelle notable avec le copyright, l'œuvre protégée ne pouvait jamais faire partie de ce domaine public du vivant de l'auteur car la durée de protection était « *post mortem auctoris* », ce qui renforçait d'ailleurs l'analyse selon laquelle la propriété de l'œuvre était centrée sur son créateur.

Nécessité du domaine public. La création d'un domaine public pouvait être justifiée par plusieurs raisons: faciliter l'accès du public à la connaissance et donc favoriser l'instruction de la société, garantir la protection d'un autre droit fondamental, la liberté[247]. Cette liberté était de nature économique, et sa protection avait pour première volonté de détruire certains monopoles (tels que celui de La Comédie Française), ce que la loi de 1791 disposait en son article 2[248]. La création du domaine public instaurait également un marché où la liberté du commerce et de l'industrie (imprimerie, librairie ou encore l'art de la comédie) étaient préservée. Il ne faut pas oublier que cette période était celle des grands économistes libéraux tels que Smith, Ricardo, Malthus... Grâce à la limitation des droits exclusifs accordés à l'auteur sur son œuvre et la création d'un domaine public, une situation propice à l'exercice de cette liberté économique fut créée et engendra une multiplication des exploitants d'œuvres artistiques sur des marchés désormais concurrentiels et non plus monopolisés par des corporations favorisées (comme c'était alors le cas avec la Communauté des libraires parisiens ou certains théâtres). Enfin, l'instauration du domaine public devait également satisfaire les intérêts commerciaux des auteurs vivants, en leur permettant d'exercer pleinement une liberté économique qui va de pair avec leur propriété: celle de négocier

---

[244] *Décret de la Convention nationale*, Article 6, 19 juillet 1793, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

[245] *Décret rendu sur la petition des auteurs dramatiques*, article 5, 13 janvier 1791, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

[246] *Décret de la Convention nationale*, Articles 2 et 7, 19 juillet 1793, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

[247] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, exprimé expressément par Le Chapelier qui associe « *les principes de liberté et de propriété publique* », p.18

[248] *Décret rendu sur la petition des auteurs dramatiques*, article 5, 13 janvier 1791, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org « *les ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans et plus, sont là une propriété publique et peuvent, nonobstant tous anciens privilèges, qui sont abolis, être représentés sur tous les théâtres* ».

librement (d'égal à égal) l'exploitation de leurs œuvres et de potentiellement la confier au plus offrant[249] (C'').

C''. Une logique utilitariste

Les lois de 1791 et 1793, fondées sur un compromis entre les intérêts de l'auteur et de la société (2), sont décidément assez proches de la dimension utilitariste du copyright américain (1).

1) Proximité des lois de 1791 et 1793 avec la théorie utilitariste américaine

Rapprochement avec le copyright américain. D'abord interprétées comme une centralisation de la protection sur l'unique personne de l'auteur en consacrant un droit naturel au créateur, les lois révolutionnaires ont rapidement été perçues comme issues d'un fondement légaliste et utilitariste du droit d'auteur, rapprochant ainsi la source du droit d'auteur français à celle du copyright anglo-saxon. Par exemple, selon Jane Ginsburg, la conception du droit d'auteur ou plutôt de la propriété littéraire à la fin du XVIIIème siècle, et notamment au travers des lois révolutionnaires, n'était pas si éloignée de la vision utilitariste des Etats-Unis d'Amérique de la même période[250].

Intérêt du public. Selon elle, l'intérêt du public et de la société ont joué un rôle prépondérant dans la rédaction de ces lois, jusqu'à reléguer l'intérêt de l'auteur au deuxième plan. La loi de 1791 a principalement été rédigée afin que chacun puisse ouvrir un théâtre et organiser des représentations de pièces (art. 1er). Ce texte de loi était donc principalement destiné à briser et mettre un terme au monopole de la Comédie française sur les œuvres de Corneille, Molière et Racine (entre autres)[251] et de permettre ainsi une ouverture du marché du théâtre à la libre concurrence. La célèbre déclaration de Le Chapelier ne concernait que les œuvres non publiées et il ajouta qu'une fois publié, le manuscrit était offert au public. Le principe le plus important de ce texte semble donc être le domaine public auquel les droits de l'auteur étaient une exception. Ces droits de l'auteur ne sont d'ailleurs explicités dans la loi qu'à partir de l'article 3[252]. La loi de 1793 semblait encore moins favorable aux auteurs: dans la formulation de la loi, les auteurs ne recevaient pas la protection dans leur intérêt propre, car la reconnaissance de ces droits n'avait pour but explicite que le bien-être public. La dimension utilitariste des lois révolutionnaires était donc clairement présente à l'époque de leur rédaction.

Formalisme. D'ailleurs, selon Laboulaye dans son étude de 1858, « *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre* », Lakanal, dans cette loi de 1793, a échoué à affirmer de véritables droits pour les auteurs. Encore plus, l'obligation de respecter des formalités afin

[249] LA HARPE, *Discours sur la liberté des théâtres prononcé le 17 décembre 1790, à la société des amis de la Constitution*, Paris, s.d., cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, exprimé expressément par Le Chapelier qui associe « *les principes de liberté et de propriété publique* », p.18

[250] J. GINSBURG, *A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America*, 64 Tul. L. Rev. 991, 1989-1990; cette position est également défendue aujourd'hui par Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright : étude de droit comparé*, Bruxelles : E. Bruylant, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993

[251] J. GINSBURG, *A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America*, 64 Tul. L. Rev. 991, 1989-1990, p. 1006

[252] *Ibid.*, p. 1007

d'obtenir la protection légale sur les œuvres démontrait bien que cette loi n'était pas uniquement centrée sur l'auteur et que la protection n'était pas inhérente à celui-ci: l'acte de création n'était pas en lui-même suffisant pour obtenir des droits sur l'œuvre publiée[253]. L'association de formalités conditionnelles et d'une vision utilitariste, rapprochait clairement ces lois françaises du copyright américain tel qu'il fut créé à la fin du XVIIIème. Laboulaye se lamentait d'ailleurs que selon la loi de 1793, le droit d'auteur était de tous les droits de propriété, le plus humble et le moins protégé.

2) Atteinte d'un compromis entre les intérêts de l'auteur et de la société

Refus de centrer les droits sur la seule personne de l'auteur. Deux raisons peuvent être relevées pour comprendre que les rédacteurs de la loi aient été réticents à centraliser totalement la propriété littéraire et artistique sur la seule personne de l'auteur: tout d'abord, la volonté de mettre un terme définitif au monopole corporatiste qui a toujours mis en avant et utilisé les droits de l'auteur et leur défense pour mieux assoir son hégémonie. Puis le sentiment que la propriété individuelle en tant que telle était, dans la pratique, certainement un frein à la création et à la diffusion de la connaissance, ce qui était clairement contraire au but premier du législateur. Ainsi, les bases théoriques des lois révolutionnaires de 1791 et 1793, pourraient être traduites par l'équation suivante : domaine public (le principe) + droits exclusifs de l'auteur sur son œuvre (nécessité) = incitation à la création et large diffusion de la connaissance et du savoir (but).

Un compromis pour un équilibre. Les lois de 1791 et 1793 étaient donc un compromis entre deux droits: la propriété privée de l'auteur sur son œuvre et la liberté économique nécessaire à une bonne régulation du marché, dont la société serait le premier bénéficiaire. Cette balance, établie par le législateur, avait pour but majeur l'atteinte d'un juste équilibre entre intérêts particuliers et intérêt général, afin qu'auteurs et public puissent profiter du développement créatif et de la circulation du savoir.

La garantie d'une rémunération de l'auteur. Les lois de 1791 et 1793 ont reconnu aux auteurs des droits exclusifs de représentation et de reproduction; ces droits avaient pour dessein d'assurer aux créateurs une « juste » rémunération pour leur travail intellectuel. Malgré la durée de ceux-ci, respectivement de cinq et dix ans après la mort de l'auteur, ces droits étaient qualifiés de « *droits de propriété* »[254]. C'est cette qualification de « *propriété* » qui fut débattue au cours du XIXème. Car selon que la propriété littéraire et artistique fut une véritable propriété ou non, la durée des droits accordés à l'auteur pouvait être limitée ou perpétuelle (Chapitre II).

[253] *Ibid.*, p. 1010
[254] Articles 5 de la loi du 13 janvier 1791, et articles 2 et 7 de la loi de 1793

Chapitre II. La consécration du modèle français

Au XIXème siècle le débat fut houleux entre les partisans et les opposants à une durée perpétuelle de la protection. Après de nombreuses séances de discussions parlementaires sur la définition de la propriété littéraire et artistique et la nécessité de maintenir un domaine public français (Section I), il fut finalement décidé que le modèle du droit d'auteur serait une propriété *sui generis* temporaire fondée sur la vie de l'auteur (Section II).

Section I. Importance de la création d'un domaine public au XIXème siècle

Les partisans d'une propriété littéraire et artistique temporaire ont soulevé les dangers de l'application d'une durée de protection perpétuelle (§I), et défendu la nécessité d'un juste équilibre entre les intérêts des ayants droit et ceux de la société (§II).

§I. Refus d'une propriété perpétuelle sur les œuvres de l'esprit

En premier lieu fut évoquée la question de la définition de la « *propriété* » littéraire et artistique (A), qui selon les défenseurs d'une protection temporaire ne pouvait s'apparenter à une propriété pleine et entière (B) dans un souci de l'intérêt social et général (C).

A. Débat sur la notion de « *propriété* » littéraire et artistique

Ce débat reposait sur la notion de propriété appliquée aux œuvres de l'esprit (1) et opposait deux courants antagonistes : les théories contractualiste et propriétariste (2).

1) Débat issu des conceptions diverses de la nature et de la durée de la propriété littéraire et artistique

Evolution des lois révolutionnaires. Les lois révolutionnaires de 1791 et 1793 établirent un nouvel équilibre entre la propriété privée de l'auteur (puis à sa mort de ses ayants-droits) et la liberté économique du marché. Ces lois n'ont fait l'objet que de peu de changements jusqu'à la moitié du XXème siècle : les principes des lois de 1791 et 1793 sont restés en vigueur jusqu'à la « grande loi » de la propriété littéraire et artistique du 11 mars 1957, la plupart des modifications concernant néanmoins la prolongation de la durée des droits patrimoniaux de l'auteur. Ainsi, la propriété littéraire et artistique connut durant cette période une extension non négligeable qui modifia l'équilibre des lois révolutionnaires. Ces prolongations

temporelles conduisirent à un net renforcement des droits accordés à la personne de l'auteur et sa famille au détriment du domaine public et donc de la société en général.

Théorie personnaliste. Ce renforcement de la propriété intellectuelle en faveur de l'auteur eut pour origine l'essor de la conception personnaliste de la matière en France. En considérant l'œuvre comme le prolongement de la personnalité de l'auteur, la jurisprudence et la doctrine participèrent fortement à l'allongement des droits patrimoniaux portant sur l'œuvre, et même à la création d'un droit moral perpétuel, attaché à la personne de l'auteur, et toujours sauvegardé même en cas de cession desdits droits patrimoniaux. Ce droit moral donna une véritable dimension centrale à l'auteur dans le système de la propriété littéraire français, alors qu'a contrario, le droit du copyright anglo-saxon considérait l'œuvre de l'esprit comme la pierre angulaire du système.

Personnalisation de la propriété littéraire et artistique. La période se caractérisa également par une personnalisation de plus en plus marquée de la propriété littéraire et artistique: reconnaissance d'un droit moral inaliénable de l'auteur, le passage d'une propriété essentiellement « *auctoriale* », en une « *souveraineté* » du créateur[255], notamment au travers de nombreuses extensions de la durée de protection (dont l'auteur était censé être le premier bénéficiaire et dont le public est certainement le premier perdant). Cette évolution a été nourrie par de riches et virulents débats sur la nature de la propriété littéraire et artistique. Débats qui ont eu pour cadre un environnement politique, philosophique et social largement favorable à la remise en cause du concept de propriété, tout particulièrement au sein du milieu artistique.

Débat sur la nature et la durée de la propriété littéraire et artistique. Néanmoins, le droit d'auteur, s'il a légalement peu évolué pendant cette période, a connu de nombreux changements au niveau de son cadre théorique, technique et social. L'affirmation de la dimension romantique de l'auteur, le développement des innovations techniques, sources de nouvelles œuvres de l'esprit (photographie, cinéma) et de nouveaux supports d'exploitation (disque, radio, télévision) sont autant d'évolutions qui ont lourdement impacté le domaine de la propriété littéraire et artistique. Le XIXème siècle fut donc caractérisé par un vigoureux débat portant sur la nature de la propriété littéraire et, en conséquence, sur la durée des droits issus de cette « *propriété* ». Ainsi ce débat sur la nature de la propriété littéraire était finalement issu des conséquences de la détermination d'une durée limitée des droits de reproduction et de représentation établis par les lois révolutionnaires de la fin du XVIIIème. Jusque dans les années 1880, ce débat sur la durée de protection des droits patrimoniaux de l'auteur donna lieu à l'affrontement de deux courants de pensée principaux clairement opposés, voire contradictoires (2).

2) Deux courants opposés : les théories contractualiste et propriétariste

Théorie propriétariste. Un premier courant défendait les revendications de la plupart des écrivains, des auteurs dramatiques et plaidait en faveur d'une identification du droit d'auteur à la propriété pleine et entière. Inaugurée sous l'influence de la philosophie lockéenne, cette théorie était soutenue par de nombreux juristes et économistes libéraux tels que Portalis[256],

[255] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.18
[256] PORTALIS, *Chambre des pairs, séance du 25 et 27 mai 1839: Archives parlementaires*, t. 124

Marie[257], Laboulaye[258], et Pouillet[259]. Surtout, ces discussions relatives aux droits patrimoniaux d'exploitation préludèrent à l'émergence d'un autre droit de l'auteur qui sera progressivement reconnu à partir de la fin du XIXème siècle : le droit moral.

La théorie contractualiste ou du « contrat social ». En opposition à cette conception, un autre courant de pensée, porté par des figures illustres telles que Renouard[260], Calmels[261], Wolowski[262], ou encore Proudhon[263], consistait à affirmer que la propriété littéraire et artistique n'était pas une propriété au sens juridique où on l'entendait à cette époque (et toujours aujourd'hui d'ailleurs). Au sein même de ce courant doctrinal fut développée une analyse contractualiste et positiviste du droit d'auteur, analyse suivant laquelle les droits d'exploitation étaient une créance que le travailleur intellectuel était en droit d'exiger de la société. Cette théorie contractualiste était dominée par une idéologie du don, du partage et de la gratuité de l'œuvre de l'esprit. Cette conception théorique s'enracinait explicitement dans la conception médiévale du savoir – un don divin que les hommes devaient partager gratuitement avec la société –, conception qui, malgré l'invention de l'imprimerie, n'a cessé d'exercer une influence sur l'ancien régime des privilèges en librairie. Les défenseurs de ce courant considéraient donc que l'assimilation d'un droit d'auteur à un droit de propriété était illégitime et impossible, et que pour préserver l'intérêt du public, il était nécessaire de fonder les droits privatifs d'exploitation sur le modèle d'un contrat social (B).

B. Impossibilité d'appliquer une propriété pleine et entière aux œuvres de l'esprit

Selon ce courant, l'application d'une propriété telle que définie par le droit civil aux œuvres de l'esprit n'était pas envisageable (1), car cela aboutirait à une durée de protection excessive en faveur des auteurs (2).

1) Inapplicabilité d'une propriété de droit commun aux choses incorporelles

Définition de la propriété. Renouard soutenait que si l'on cherchait à définir la propriété littéraire, il était nécessaire de considérer si l'expression et l'utilisation du terme « *propriété* » était pertinente et appropriée dans le cadre du domaine concerné. Selon lui, « *[l]a propriété est la pleine attribution d'une chose à une personne, avec faculté de la posséder, d'en disposer, de la transmettre. Son principe est le droit d'occupation, par lequel on fait sien ce qui, susceptible d'appréhension privative, est néanmoins resté vacant. La transmission par échange, donation, succession, vient ensuite, mais suppose un établissement antérieur de la propriété ; l'occupation est le premier anneau de la chaîne qui unit et attribue les choses à l'homme. Le travail facilite, féconde, justifie l'acquisition des choses, mais ne la constitue*

[257] MARIE, *Corps législatif, séance du 1er juin 1866: Ann. Du Sénat et du Corps législatif*, t. 7
[258] E. LABOULAYE, *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858
[259] E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879
[260] A-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans les sciences, la littérature, et les beaux-arts*, troisième partie, 1838, Source Gallica, Extraits
[261] CALMELS, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 novembre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859
[262] WOLOWSKI, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 novembre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859
[263] PROUDHON, *Les majorats littéraires*, 1863

pas. Les hommes ont des droits ; les choses n'en ont pas. On peut donc s'emparer des choses quand elles sont vacantes ; mais celles qu'un homme a faites siennes, soit en les occupant, soit en les recevant par transmission régulière, sont marquées de son droit que nul n'a permission d'envahir. Toute possibilité de vie sociale périrait si les choses, dont la nature est finie, est limitée, étaient livrées à l'indistincte jouissance de tout le monde »[264]. Le droit de propriété comprend donc plusieurs caractéristiques propres : celles de recueillir les fruits du bien (le fructus), d'user de la chose (l'usus), d'en remettre l'usage à une personne, le droit de la modifier, de la détruire ou d'en disposer (l'abusus). De par sa nature, la propriété est donc un outil d'exclusion au profit du seul propriétaire qui peut jouir, user, et abuser de l'objet de sa propriété[265].

Insaisissabilité des choses incorporelles. Or, contrairement aux choses corporelles, la pensée et les idées sont intangibles, douées d'une force de propagation, d'ubiquité, et sont donc insaisissables. Grâce à cette nature atypique les hommes peuvent en jouir pleinement, librement, et simultanément si bien qu'aucun d'eux ne peut s'en emparer tout en en excluant autrui (principe de la chandelle de Jefferson[266]). L'appropriation des œuvres de l'esprit était également tenue pour impossible au nom d'un postulat doctrinal, hérité de la définition du *dominium* qu'avait formulée Bartole[267] et issue du droit romain pour caractériser l'idée de propriété: seules les choses corporelles peuvent être appropriées. La propriété ne pouvait donc s'appliquer qu'à la matière, car elle seule pouvait être divisée entre les hommes et être soumise à la possession exclusive d'un individu. Ainsi, « *[l]e droit d'auteur ne saurait être une propriété dans le sens juridique du terme […]. [L]e droit de propriété, […] suppose nécessairement […] une chose matérielle, qui en soit l'objet. Or, en matière d'œuvres intellectuelles, l'objet fait absolument défaut. […] L'œuvre est en elle-même insaisissable et inexpressible, et elle ne saurait exister en dehors de l'intelligence qui l'a conçue* »[268].

Appropriation impossible des choses incorporelles. Le député Blanc proposa un exemple de cette analyse de l'éventuelle propriété d'un bien incorporel afin de mettre en exergue l'impossibilité d'appliquer un droit d'appropriation sur les œuvres littéraire et artistique : « *[l]a propriété de la pensée ! Autant vaudrait dire la propriété de l'air renfermé dans le ballon que je tiens dans la main. L'ouverture faite, l'air s'échappe ; il se répand partout, il se mêle à toutes choses : chacun le respire librement. Si vous voulez m'en assurer la propriété, il faut que vous me donniez celle de l'atmosphère : le pouvez-vous ?* »[269]. Cet argument reste aujourd'hui régulièrement invoqué pour dénoncer l'application du droit d'auteur au monde numérique et virtuel[270] et complète la position de plusieurs penseurs de l'époque qui revendiquaient l'impossibilité d'exclure le public d'un contenu qui avait été au préalable publié et diffusé. Ce raisonnement fut également soulevé par Walras lors des débats

---

[264] RENOUARD, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 140-141

[265] Article 544 du Code civil, Loi du 27 janvier 1804, promulguée le 6 février 1804 : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »

[266] JEFFERSON, lettre de 1815, « *Qui reçoit une idée de moi, reçoit lui-même une instruction sans amoindrir la mienne; de même que celui qui éclaire sa chandelle à la mienne reçoit de la lumière sans me plonger dans l'obscurité* »

[267] Bartole (1313-1356) est l'un des célèbres juristes spécialistes du droit romain et post-glossateurs du Code civil

[268] MORILLOT, *De la nature du droit d'auteur*, publié dans *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels, et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, A. Cotillon et Cie, 1878, p. 112-113

[269] L. BLANC, *Organisation du travail ; revue, corrigée et augmentée d'une polémique entre M. Michel Chevalier et l'auteur, ainsi que d'un appendice indiquant ce qui pourrait être tenté dès à présent...*, 5ème Edition, 1847, p. 233, disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

[270] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 109, voir également note n° 20 de l'auteur (même page)

parlementaires sur la propriété intellectuelle. Selon lui, pour que la création littéraire et artistique puisse effectivement relever du droit de propriété, encore faudrait-il qu'elle soit appropriable : « *[s]i les œuvres d'un auteur, intéressées ou généreuses, bonnes ou mauvaises, constituent de la richesse sociale, valable, appropriable, échangeable, dans quelles limites les principes et les définitions du droit naturel permettront-ils de déclarer cet auteur propriétaire de cette richesse ? Voilà quelle est véritablement la question de la propriété littéraire. Ne considérant plus la propriété littéraire en particulier mais la propriété intellectuelle en général, nous aurons à nous demander : 1° Qu'est-ce que la richesse intellectuelle ? La richesse intellectuelle est-elle valable et appropriable ? Est-elle échangeable ? Est-ce en un mot de la richesse sociale ? 2° Si la richesse intellectuelle est de la richesse sociale, qui peut avoir sur elle un droit naturel de propriété ?* »[271]. Walras considérait que ce qui importait était de savoir si le capital intellectuel était toujours appropriable. « Non » disait-il, « *le fonds commun des idées n'est ni valable, ni appropriable, il n'est point échangeable ; il n'est point de la richesse sociale ; tout au plus est-il de la richesse naturelle. Il est en dehors de toute propriété* »[272]. Ainsi, la nature même de la propriété civile rendrait impossible toute appropriation d'un bien immatériel, ce qui impliquerait que les œuvres intellectuelles ne pourraient aucunement faire l'objet d'une appropriation selon les termes de l'article 544 du Code civil. De plus, l'application d'une propriété pleine et entière aux œuvres de l'esprit aurait pour conséquence une durée excessive de protection en faveur des auteurs, ce qui serait néfaste pour la bonne circulation du savoir et de la connaissance (2).

2) Opposition à une durée excessive de la protection accordée aux auteurs

Refus d'une durée excessive des droits de l'auteur. La théorie contractualiste était dirigée contre l'absolutisme que la doctrine civiliste du XIXème siècle tendait de plus en plus à conférer au droit de propriété et que le droit d'auteur, s'il y était pleinement assimilé, pourrait également revêtir.[273]. Cette théorie, déjà évoquée au XVIème siècle par l'avocat Marion, alors qu'il plaidait afin d'empêcher les imprimeurs-libraires d'obtenir des privilèges exclusifs sur des œuvres appartenant déjà au domaine public, se développa tout d'abord durant le siècle des Lumières pour atteindre sa maturité au XIXème siècle.

Un contrat social. Cette théorie du contrat social fut principalement développée par le juriste Renouard, l'économiste Wolowski, et l'anarchiste socialiste Proudhon, qui combattirent vigoureusement les tentatives de prolongations jugées excessives de la durée des droits de reproduction et de représentation. Ils s'opposèrent et dénoncèrent les concepts de « *propriété intellectuelle* », de « *propriété littéraire et artistique* » et l'appropriation des œuvres de l'esprit. Pour eux, cette privatisation de la pensée et du savoir s'apparentait à une spoliation de la société, une dérive capitaliste illégitime, ou encore une atteinte à la liberté d'expression. De plus, selon ce courant de pensée, cette appropriation des œuvres de l'esprit était

---

[271] L. WALRAS, *Œuvres économiques complètes*, t. V., L'économie politique et la justice, 1859, cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 40

[272] *Ibid.*

[273] L. PFISTER, *Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique*, BBF, Paris, t. 51 n° 5, 2006, p. 10 ; Définition par l'auteur de la théorie du 'contrat social' : « *Ce modèle consiste à subordonner l'intérêt particulier de l'auteur et de ses ayants-droit à l'utilité sociale et à un ensemble de libertés : de création, d'échange des idées, de commerce et d'industrie, de concurrence… Son principe est que la société est l'origine et la fin de toute production intellectuelle. Elle en est l'origine car elle met à la disposition de tous le patrimoine commun des idées et collabore ainsi à tout ouvrage de l'esprit. Si bien qu'aucun individu ne peut s'en prétendre 'l'unique créateur': avant d'être le père de son œuvre, l'écrivain ou l'artiste est toujours 'l'œuvre de son siècle et des siècles précédent'* »

techniquement impossible car celles-ci étant composées de pensées et d'idées, par nature immatérielles et ubiquitaires, elles échappaient à toute maîtrise individuelle et exclusive. Ainsi, les ayants-droit ne pouvaient prétendre à un droit de propriété sur les œuvres de leurs aïeux après leurs morts, car les auteurs faisaient don de leurs créations à la société dès la publication des œuvres caractérisées.

Circulation libre de la connaissance. Ces auteurs militaient contre une prolongation excessive des droits d'exploitation, afin de préserver la libre concurrence de l'industrie et du commerce, le « *progrès des lumières* » et la libre circulation du savoir. C'est précisément sur ces bases d'un contrat social liant l'auteur à la société que ces penseurs fondèrent leur conception du droit d'auteur et réfutèrent l'existence d'une « *propriété intellectuelle* ». Ceci passait par la recherche d'une définition de la propriété et la démonstration que celle-ci était inapplicable aux œuvres de l'esprit (C).

C. Intérêt social et inadaptation de la propriété de plein droit au domaine littéraire et artistique

Les partisans de la théorie contractualiste défendaient l'idée que la propriété littéraire et artistique devait être pensée et conçue comme un compromis entre l'auteur et la société (1). Ils considéraient également que l'œuvre, une fois publiée, devenait un bien commun appartenant à tous (2).

1) Importance de la dimension sociale dans l'application d'une propriété littéraire et artistique

Nécessité de motiver et rémunérer l'auteur. Cette analyse portant sur une éventuelle propriété des œuvres de l'esprit fonda et marqua la séparation théorique puis juridique entre les idées, non protégeables, et les œuvres, qui sont individuellement appropriables. De plus, Walras releva la nécessité d'établir une « *convention* » entre l'auteur et la société afin qu'un équilibre fut trouvé entre leurs intérêts respectifs: « *[i]l est assurément contraire à l'intérêt général que les choses utiles, illimitées en quantité, soient transformées en monopoles, de telle sorte qu'au lieu de les avoir gratuitement, nous soyons obligés au prix de bénéfice maximum. Mais, d'un autre côté, il est également contraire à l'intérêt général que les travailleurs intellectuels ne puissent tirer aucun parti de leurs idées ; car il est certain qu'alors, la recherche des théories scientifiques, la poursuite des inventions industrielles, la composition des œuvres d'art et de littérature serait, sinon tout à fait abandonnée, totalement négligée. […] Il faut qu'entre l'auteur ou l'inventeur d'une part, et la société d'autre part, une convention intervienne en vertu de laquelle, le premier faisant connaître son idée, la seconde lui fournisse les moyens de l'exploiter en monopole pendant un certain temps au bout duquel elle tombera dans le domaine public* »[274]. Cette logique de Walras était clairement empruntée de la thèse utilitariste qui était fondée sur l'intérêt premier du public (l'accès à la

[274] L. WALRAS, *Œuvres économiques complètes*, t. V., L'économie politique et la justice, 1859, cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 40

connaissance) mais également l'impératif d'accorder les moyens nécessaires à l'auteur de se rémunérer.

Impact social. Ainsi, Walras[275] revendiquait la prise en compte de l'impact social (et donc l'utilité sociale) qu'aurait l'appropriation des œuvres de l'esprit. L'intérêt social devait être considéré afin de contrebalancer le droit de l'auteur sur son œuvre. La propriété littéraire et artistique devait être pensée et conçue comme un compromis entre l'auteur et la société; c'était tout l'enjeu du débat du XIXème siècle.

Propriété et utilité sociale. Dupuit, qui se basait sur la pensée de Bentham, rejetait l'idée que la propriété puisse être issue d'un droit naturel antérieur à la loi. Pour lui, la propriété était une construction de droit positif dont l'origine avait pour objectif l'utilité sociale: « *[l]e but de la société est le bien-être des membres qui la composent. Elle ne peut exister qu'en vertu de certaines lois ou conventions […]. Le principe de ces conventions, c'est de procurer la plus grande somme de bien-être à l'universalité de chacun de ses membres. Quand les choses sont ainsi réglées, personne n'a le droit de se plaindre, attendu que, quelle que soit sa part, elle ne pourrait être augmentée qu'en diminuant la richesse générale de beaucoup plus qu'il n'aurait à recevoir* »[276]. Il était l'un des précurseurs de l'économie du bien-être: selon lui, la véritable source de la propriété, c'est l'utile. Aussi fallait-il, selon lui, s'interroger sur la réelle utilité sociale d'une propriété littéraire et artistique sur les œuvres de l'esprit.

Intérêt d'un domaine public. Car si la propriété se caractérisait par sa dimension utilitariste, encore fallait-il que son application pratique dans le domaine littéraire et artistique conserva cette caractéristique pour justifier son existence: « *si l'on envisage la propriété littéraire et la propriété foncière au point de vue de l'équité, on ne saurait justifier la manière différente dont elles sont traitées par le législateur ; il semble même que la première ait quelque chose de plus naturel que la seconde. Cependant celle-ci n'a jamais été et ne sera jamais qu'une propriété beaucoup plus restreinte, une espèce d'usufruit temporaire. A quoi tient cette différence qu'on retrouve chez toutes les nations ? Uniquement à ce qu'il est utile à la société que la propriété foncière soit une propriété individuelle, et que la propriété littéraire soit dans le domaine public. […] Il est facile de voir, au contraire, que c'est lorsque la propriété intellectuelle est dans le domaine public qu'elle est le plus utile à la société ; d'abord il est évident que sous le régime de la libre concurrence, le livre se vend au meilleur marché possible ; puis on le traduit, on l'imite, on en fait des extraits pour tous les âges, pour tous les sexes, pour toutes les fortunes. Enfin, il faut le dire, puisque les auteurs actuels paraissent l'oublier, c'est lorsque la propriété littéraire est dans le domaine public qu'elle se conserve le mieux et qu'elle rapporte le plus de gloire* »[277].

L'intérêt du public. L'utilité étant le principe, le domaine littéraire et artistique ayant une dimension toute particulière, il semblait qu'une propriété classique au sens du droit (pleine, entière et perpétuelle) ne pouvait être consacrée concernant les œuvres de l'esprit. En effet, l'intérêt du public et de la société étant particulièrement lié à la mise à disposition et à l'accès des œuvres littéraires et artistiques, il apparaissait que la notion de propriété n'était pas la plus appropriée pour réguler les droits des auteurs sur leurs œuvres. Ainsi, appliquer une propriété au sens de l'article 544 du Code civil à une œuvre de l'esprit aurait été anti-productif pour la

[275] L. WALRAS, *Œuvres économiques complètes*, t. V., L'économie politique et la justice, 1859

[276] J. DUPUIT, *Du principe de la propriété,* Journal des économistes, t. XXX, n°1, janv. 1861, et n° 14, avril 1861, cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 40

[277] DUPUIT, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 152-153

société et le public en général[278]. Néanmoins, par souci de stimuler la création il était nécessaire que l'auteur puisse « posséder » son œuvre pendant une certaine durée afin de l'exploiter et d'en tirer profit. Car seule la perspective d'une rémunération du travail intellectuel des auteurs permettrait de promouvoir le processus créatif dans son ensemble, la simple reconnaissance artistique n'étant déjà plus, à l'époque, une motivation suffisante. Certains penseurs, tels que Proudhon et Walras, considéraient même que lorsque l'auteur publiait son œuvre, celui-ci « offrait » son travail au public, renonçant par ce geste à toute propriété (2).

2) Publication et abandon de l'œuvre au public

Propriété de l'œuvre prépublication. Proudhon, comme Walras, contestait l'existence d'un droit de propriété de l'auteur sur son œuvre et liait sa position sur le droit d'auteur à sa théorie de la production et de l'échange. Selon lui, comme toute production, une œuvre de l'esprit était la combinaison d'un fonds (le monde intellectuel, l'esprit humain…) et d'un travail personnel. L'auteur a puisé et s'est inspiré dans le fonds des idées, et, grâce à l'apport de son travail intellectuel et personnel, a pu fabriquer un produit, son œuvre. L'auteur était donc un producteur et son œuvre, un produit. Or, tant que l'auteur n'avait pas vendu son livre, il en était logiquement l'unique propriétaire, ne serait-ce parce qu'il était le seul à l'occuper et le posséder : « *[u]n homme a écrit un livre : ce livre est à lui, sans peine je le déclare, comme le gibier est au chasseur qui l'a tué. Il peut faire de son manuscrit ce qu'il voudra, le brûler, l'encadrer, en faire cadeau au voisin ; il est libre […]. Le livre appartient à l'auteur, l'auteur a la propriété du livre* »[279]. Donc, s'il pouvait exister une propriété de l'auteur sur son œuvre, celle-ci n'existerait que tant que l'œuvre est non publiée.

L'œuvre publiée, un bien commun. Car dès la publication, l'œuvre est « lâchée » dans le grand tout de la culture et du marché littéraire et artistique[280], et rien ne pourrait désormais l'en faire disparaître. Au contraire, elle ne faisait que circuler et se diffuser perpétuellement. L'œuvre devenait alors un bien commun, appartenant à tous : « *[l]a pensée n'est pas appropriable, car, loin de s'individualiser, de se circonscrire, elle se répand comme la flamme, et gagne en puissance à mesure qu'elle s'empare d'un plus grand nombre d'intelligences. L'homme a le droit d'inventer, de créer, de produire au dehors tout ce qui a germé dans son esprit ; les liens factices qui le gênaient sont maintenant brisés, il n'y a plus de jurandes dans la sphère du travail, de compagnies privilégiées dans la sphère du commerce, de censure dans la sphère de l'intelligence. Mais la pensée produite, sous quelque forme qu'elle soit publiée, devient l'apanage de toutes les intelligences qui la comprennent, qui se l'assimilent et qui ont le droit de l'émettre à leur tour. Le droit d'imitation, de reproduction, est contemporain du droit de création ; l'homme ne progresse qu'à ce prix, et*

[278] A-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans les sciences, la littérature, et les beaux-arts*, troisième partie, 1838, Source Gallica, Extraits, p. 7 : « *Considérée philosophiquement dans ses causes, la propriété littéraire serait une erreur ; envisagée pratiquement dans ses effets ce serait un mal social* »

[279] PROUDHON, *Les majorats littéraires*, 1863, p. 28

[280] V. HUGO, *Le domaine public payant, Le Combat du droit d'auteur*, cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 40 : « *Avant la publication, l'auteur a un droit incontestable et illimité […]. Mais dès 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, j'en fais ce que je que je crois devoir en faire, moi, esprit humain ; je la possède, elle est à moi désormais* »

l'humanité, suivant la belle expression de Pascal, est comme un seul homme qui vit et qui apprend toujours »[281].

Publication et dépossession de l'œuvre. Ainsi, les adversaires de la « propriété littéraire et artistique » soutenaient que propriété et publication de l'œuvre de l'esprit étaient clairement antinomiques. Aucune réservation exclusive des œuvres n'était selon eux envisageable en raison de l'irréversible ubiquité qu'elles ont acquise par leur divulgation et leur diffusion. En effet, lorsqu'un auteur a communiqué les fruits de sa pensée, il n'était dès lors plus en mesure d'en exclure les tiers. Cela revient à considérer que les lecteurs et spectateurs s'emparaient et « s'appropriaient » intellectuellement ces œuvres qui ont été publiées, et qu'ils jouissaient ainsi de la liberté naturelle de les reproduire. Une fois reproduite, l'œuvre serait dès lors composée d'autant d'objets appropriables qu'il y a d'exemplaires matériels de celle-ci. Ainsi, pour les opposants à la propriété littéraire (et aujourd'hui certains adversaires de la propriété numérique n'en sont pas loin) la publication était l'acte par lequel l'auteur se dépossédait de son œuvre. La possession intellectuelle de l'œuvre et la propriété des exemplaires emporteraient ainsi tous les droits sur l'œuvre au profit du public, y compris les droits de reproduction et de représentation. Les héritiers d'un auteur ne pourraient donc pas se réapproprier, à titre privé, ce que leur aïeul avait offert préalablement au public.

Propriété et droit de reproduction. Selon Proudhon, Le Chapelier avait tort dans son rapport car il était nécessaire de ne pas confondre la propriété de l'œuvre littéraire et le droit d'en débiter des exemplaires. Selon lui, l'abandon par l'auteur de son œuvre au profit du public et donc de la société était réalisé dès la publication, et non pas à l'échéance de la protection du droit d'auteur : « *[n]e confondons pas, comme l'a fait Chapelier, ces deux choses, la propriété littéraire et le droit d'en débiter des exemplaires. La première a pour objet le contenu du livre ; elle finit pour l'auteur et commence pour le public à la mise en vente. Quant au privilège, qui n'est autre chose qu'une garantie de rémunération donnée à l'auteur, et qui n'intéresse que ceux qui font le commerce des livres, il finit également pour l'auteur et commence pour tous les libraires à l'expiration du délai fixé par la loi* »[282]. Ainsi, la propriété portant sur l'œuvre n'aurait aucun lien avec la possibilité (l'autorisation) de pouvoir reproduire et exploiter cette même œuvre, comme le souligna explicitement Renouard : « *[les idées] se communiquent et circulent sans se détruire ni s'amoindrir en circulant. Nul de ceux qui se les assimilent ne les ôte à ceux de qui il les tient. Les retenir pour soi tout seul, quand elles sont émises, n'est dans la puissance ni dans le droit de personne. Mais dit-on, l'auteur aura matérialisé son livre en l'imprimant ; cette matière, frappée de son sceau, ne doit appartenir qu'à lui. Point de confusion. Que l'édition publiée par l'auteur soit sa chose, on ne songe nullement à le contester ; la question n'est pas là ; elle consiste à savoir uniquement dans quelle classe de droits sera rangée la faculté, essentiellement immatérielle, d'interdire à d'autres pareille publication* »[283]. Car, « *[l]a pensée de tout homme lui est propre. Si nous sommes parvenus à démontrer que cette pensée, une fois émise au dehors, ne sera pas susceptible d'appropriation, il s'ensuit que le droit de propriété, dans l'acception légale de ce mot, pourra s'appliquer à la portion ou aux portions de la matière auxquelles la forme de la pensée aura été imprimée, et, par exemple, à tel volume, à tel tableau, mais ne s'entendra jamais de la pensée elle-même, non plus que de la faculté à une portion de la copier, de la reproduire, d'en imposer à une portion de matière le*

[281] WOLOWSKI, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 159
[282] PROUDHON, *Les majorats littéraires*, 1863, p. 59
[283] RENOUARD, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 142

sceau et la forme. [284] *[…] L'expression 'droit de copie', employée par les Anglais et les Allemands, est beaucoup plus juste. Elle ne confond, ni l'émission première de la pensée avec sa reproduction, ni la propriété matérielle de chacun des exemplaires d'un ouvrage avec la possession intellectuelle de leur contenu. Elle ne fait nul obstacle à l'établissement plus ou moins étendu des droits que les lois peuvent garantir à l'auteur. L'expression propriété littéraire confond toutes ces idées*[285] ». Ces réflexions sur la propriété du support (l'œuvre imprimée) et le droit de le copier afin de le distribuer marquaient la dissociation entre le fond et la forme d'une œuvre ainsi que des droits s'y rattachant. En effet, selon les opposants à la propriété littéraire et artistique, si le contenant pouvait être possédé, ce n'était clairement pas le cas du contenu, qui était propre à son auteur et était inappropriable une fois publié. Ainsi, lorsqu'une œuvre était publiée, seuls les supports pouvaient faire l'objet d'une propriété privée. La « pensée » contenue dans ceux-ci devenait libre car l'auteur avait fait le choix de le diffuser à la société.

Idées de libre parcours. En 1841, lors des débats parlementaires, le député Lestiboudois affirmait : « *[l]e domaine des idées est un domaine commun, il nous appartient à tous comme l'atmosphère […] Les idées viennent de Dieu ! Comment seraient-elles la propriété d'un homme ? Elles sont au genre humain. Les propager est un devoir, c'est une mission qui vient d'en haut* »[286]. Les idées, de libre parcours, étaient considérées comme le bien de tous et elles ne pouvaient être possédées individuellement. Les idées, communes à tous, devaient nécessairement rester un bien public et ne pouvaient être possédées à titre privatif, afin de ne pas endiguer une source d'inspiration nécessaire aux auteurs. C'est ce que Renouard précisait en langage juridique, classant les idées parmi les « *res communes* » car elles ne pouvaient selon lui faire l'objet d'une propriété privée. L'auteur puisant son inspiration dans les œuvres précédentes, devenait redevable à la société qui lui avait fourni/inspiré ses idées et sa connaissance, et rien ne pouvait justifier qu'il puisse s'approprier entièrement et perpétuellement l'œuvre. Aussi il était donc nécessaire, afin que l'auteur conserve une motivation à l'activité créatrice, qu'il soit trouvé un modèle de protection permettant un juste équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux du public (§II).

§II. Nécessité d'un juste équilibre entre titulaires de droit et la société

Afin de créer un équilibre entre les intérêts des auteurs et du public (A') et de favoriser la libre concurrence, les partisans de la théorie contractualiste ont prôné la mise en place d'une période de protection exclusive limitée (B'). Le choix de ce type de durée de protection avait également pour but la création d'un domaine public français (C').

[284] A-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans les sciences, la littérature, et les beaux-arts*, troisième partie, 1838, Source Gallica, Extraits, p. 3
[285] *Ibid.*, p.456
[286] LESTIBOUDOIS, Chambre des députés, séance du lundi 22 mars 1841, *Le Moniteur Universel*, 23 mars 1841, p. 716, cité par L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 113, note n° 34

A'. Equilibre entre les intérêts des auteurs et de la société

Pour justifier l'existence d'une dette de l'auteur envers la société, les théoriciens contractualistes soulevèrent la question de l'inspiration (1). Néanmoins, ils reconnaissaient également que les auteurs devaient profiter d'une période d'exploitation exclusive de leurs œuvres, afin d'obtenir une juste rémunération pour leurs travaux (2).

1) L'auteur redevable de son environnement intellectuel, source de son inspiration

Une dette de l'auteur. Les partisans de cette théorie partaient en effet du postulat que les idées étaient communes à tous les hommes (le savoir est un don de Dieu que les hommes devaient partager). La société était ainsi considérée comme l'origine et la fin de toute création littéraire et artistique. Ainsi, au-delà de toute originalité, les auteurs qui produisaient des œuvres littéraires et artistiques étaient redevables de la source de leur travail, à savoir les créations passées. Gardienne de ce patrimoine commun dont tous les hommes pouvaient faire usage, la société participait à la production des œuvres intellectuelles et à l'enrichissement de ce fonds public des idées. Car aussi original fut-il, l'écrivain ou l'artiste, avant d'être le père de son œuvre n'en est pas moins l'héritier d'une civilisation et d'une histoire culturelle et artistique auxquelles il est redevable des idées qui lui ont inspiré son travail. L'auteur ayant créé son œuvre grâce au public et à la société, il serait anormal de lui attribuer une propriété unique, pleine et entière sur celle-ci: « *[l]'écrivain le plus original est l'œuvre de son siècle et des siècles antérieurs autant, au moins, que de son propre génie ; le domaine général lui a fourni les éléments des idées par lui élaborées ; en les rendant à la civilisation à qui il les doit, il s'acquitte d'un devoir envers l'humanité, et paie à ses contemporains une dette de reconnaissance dont il est chargé envers ses contemporains et ses ancêtres* »[287].

Balance entre l'intérêt des auteurs et bénéfice social. Cet argument, bien qu'hypocrite dans une certaine mesure[288], avait le mérite d'orienter le législateur vers un équilibre général qui permettait un compromis entre la protection de l'intérêt du créateur et le respect de l'intérêt général. C'est dans cet esprit de balance que fut développée l'idée qu'une propriété absolue de l'auteur sur son œuvre était impossible (car trop privative à l'égard de la société) mais que son travail méritait toutefois une récompense ; récompense honorée par la société en contrepartie du bénéfice obtenu dès la publication de l'œuvre[289]. Dès lors, l'auteur devenait ainsi titulaire d'une créance à l'égard de la société. Créance qui pouvait prendre la forme de droits édictés par le droit positif afin que l'auteur obtienne une juste rémunération pour son travail intellectuel.

Une créance de l'auteur. L'auteur a beau être un « *[f]ils de son temps* »[290], les défenseurs de la théorie du contrat social ne niaient pas l'importance de l'apport individuel de l'auteur et

---

[287] RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 1838-1839, Gallica-Bibliothèque Nationale de France, p. 436

[288] Selon les partisans de la propriété littéraire et artistique seule la forme des idées ferait l'objet d'une propriété, non les idées elles-mêmes (voir chapitres suivants)

[289] CALMELS, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 novembre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 188 : « *L'auteur ne peut avoir sur son œuvre la jouissance absolue qui constitue le droit de propriété ; il faut donc que ce soit un droit de créance ou personnel à l'auteur, droit qui sera limité par le droit même de la société, […] et par l'intérêt général* »

[290] B. EDELMAN, *Fasc. 1112: Propriété littéraire et artistique. – Droit d'auteur. – Nature du droit d'auteur. Principes généraux*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p.5

tous admettaient qu'un auteur était en mesure de proposer une nouvelle combinaison d'idées, qui bien que puisée dans le fonds commun de la pensée, n'en était pas moins originale et unique. Son travail méritait donc une récompense qui prenait la forme d'un droit de créance à l'égard de la société et impliquait pour l'auteur un droit à rémunération : « *[i]l faut que ce travail, comme tout autre, reçoive son salaire, et qu'un prix matériel le récompense. […] Récompensez les auteurs ; payez leur dette sociale. […] L'auteur, en émettant des pensées qui pourront marquer leur sceau sur la matière, a permis à l'industrie de fabriquer des livres et de créer ainsi des objets appropriables, destinés à accroitre des richesses individuelles ; en dotant l'humanité d'une nouvelle combinaison de pensées, il a fait bien plus encore ; il a grossi le trésor commun des idées qui, sans être propre à tels individus déterminés, est le vaste réservoir dans lequel tous pourront puiser, et qui ne fera que s'accroître par cela même que l'on y puisera davantage. Priver un travailleur quelconque de son salaire, c'est toujours une injustice. En priver un auteur, le premier des travailleurs, l'artisan du premier des biens de l'humanité, plus complète, ce serait une ingratitude ; ce serait, par le plus imprévoyant des calculs, frapper de stérilité la mine la plus abondante des richesses, la source de toutes les richesses ; ce serait un trouble social* »[291]. La société représentant un fonds d'idées et de connaissances, l'auteur était l'outil qui permettait de formaliser certaines de ces idées qui venaient ensuite enrichir de nouveau ce fonds, ce qui lui valait d'être rémunéré pour son travail et sa participation à l'évolution globale[292] (2).

2) Nécessité de motiver et rémunérer les auteurs pour leur travail intellectuel

Théorie contractualiste. L'œuvre de l'auteur est un « *service qu'il rend à la société* » et pour lequel il doit être rémunéré. Ainsi, « *[l'auteur] échange avec le public […] en conséquence, il se forme entre lui et la société un contrat, en vertu duquel l'auteur sera rémunéré* »[293]. Les adversaires de la propriété littéraire et artistique envisageaient comme unique source des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre de l'esprit un contrat tacite liant l'auteur et la société. Pour certains il s'agissait d'un service[294], d'un contrat de louage, pour d'autres un contrat de société ou d'échange[295]. Mais quel qu'en fut sa forme finale, ce contrat tacite concrétisait une créance de la société envers l'auteur. L'on pourrait d'ailleurs développer cette logique un peu plus et y voir un contrat synallagmatique: car si la société s'engageait à maintenir un fonds commun d'idées à la disposition des auteurs, ceux-ci, quant à eux, s'obligeaient à renoncer à une propriété perpétuelle sur leurs œuvres afin de participer à ce fonds. Nous étions donc effectivement en présence d'obligations réciproques liant contractuellement ces deux parties. Obligations réciproques dont la condition serait la publication de l'œuvre, celle-ci étant présentée à la fois comme un devoir dont l'auteur était redevable envers l'humanité à raison des idées qu'il lui avait empruntées (dette envers la société d'une importance primordiale[296]), et comme un titre de créance sur l'humanité[297]. La

[291] RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs*, t. I, Paris, 1838, p. 460
[292] B. EDELMAN, *Fasc. 1112: Propriété littéraire et artistique. – Droit d'auteur. – Nature du droit d'auteur. Principes généraux*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p.6 : « *[L]e public est un donateur et l'auteur un donataire avec charges ; il doit lui rendre ce qu'il a reçu, mais sous une forme anoblie et, pour le prix de son effort, il bénéficiera d'un droit temporaire d'exploitation* »
[293] PROUDHON, *Les majorats littéraires*, 1863, p. 49
[294] A-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans les sciences, la littérature, et les beaux-arts*, troisième partie, 1838, Source Gallica, Extraits, p. 7 : « *Les difficultés s'évanouissent si, renonçant à confondre les idées pour agrandir les mots, on consent à reconnaître dans la publication d'un livre, ce qu'il est si beau, si facile, si satisfaisant d'y voir : un service rendu* »
[295] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 114
[296] A-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans les sciences, la littérature, et les beaux-arts*, troisième partie, 1838, Source Gallica, Extraits, p. 6 : « *Que l'on ne tienne plus compte de cette dette de tous les hommes qui doivent à la circulation*

rémunération de l'auteur étant liée, fort logiquement, à la naissance économique de son œuvre, elle ne lui était donc redevable qu'à compter de la publication de celle-ci. L'œuvre n'a en effet de réelle valeur économique qu'à compter de sa -potentielle- diffusion (ou du moins sa valorisation) sur un marché. Proudhon, quant à lui, allait jusqu'à renier toute rémunération de l'auteur, considérant que sa vertu était d'enrichir gratuitement le public, reprenant ainsi une notion ayant longtemps gouvernée la vie « économique » des auteurs[298].

Intérêt d'un encouragement à la création par la rémunération. Mais la logique et la volonté de promouvoir la création impliquaient une juste motivation aux auteurs, motivation qui ne pouvait seulement reposer sur le mérite et la reconnaissance d'un quelconque talent artistique. Il restait néanmoins primordial de créer un outil permettant la mise en place de cette juste rémunération tout en préservant l'intérêt général. « *[L]a justice et l'utilité générale commandent que le producteur d'idées en recueille un profit ; son travail a grossi et enrichi le plus précieux capital de l'humanité, le domaine intellectuel ; à ce travail, le plus noble de tous, un salaire est dû. Les modes de salaire peuvent être fort divers. Les législateurs se sont accordés à préférer celui qui consiste à accorder temporairement à l'auteur un droit exclusif de reproduction. Les sociétés, statuant ainsi, ont, par une ingénieuse et équitable combinaison, grevé d'une servitude tous leurs membres, en leur imposant, pour un temps, la renonciation à leur droit naturel de reproduction, afin d'en laisser le privilège exclusif à l'auteur premier, dont cette exploitation privilégiée rémunérera le service* »[299]. En concédant au créateur une durée exclusive d'exploitation sur son œuvre grâce à laquelle il pourrait se rémunérer, la société se libèrerait ainsi de sa dette envers lui. Cette démarche du législateur permettrait d'équilibrer les intérêts de la société avec ceux des auteurs d'œuvres de l'esprit (B').

B'. Nécessité d'appliquer en faveur de l'auteur une période d'exclusivité limitée

Les partisans de la théorie contractualiste reconnaissaient toutefois qu'une période de protection exclusive en faveur des auteurs était nécessaire. En effet, si une protection perpétuelle en leur faveur n'était pas concevable au regard de l'intérêt social (2), il était toutefois nécessaire de motiver les auteurs avec la perspective d'une juste rémunération récompensant leur activité créatrice (1).

---

des idées qu'ils ont empruntées d'elle, et qui ont à payer, à restituer au public ce que les plus grands génies, ce que les esprits les plus originaux doivent à leur siècle, aux siècles antérieurs, à leur éducation, à ce qu'ils ont vu et senti dans le monde, dans les livres et dans la conversation avec les grands esprits de tous les âges ! Les œuvres du génie n'appartiendront plus à l'humanité ; ils seront à jamais une marchandise que l'on pourra coter à la bourse ».

[297] CALMELS, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 novembre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 187, « *le droit de l'auteur ou de l'artiste : celui qui fait une œuvre nouvelle est arrivé à ce résultat en combinant deux éléments : l'élément intellectuel public, c'est-à-dire le fonds commun des pensées déjà existantes, déjà publiées, et l'élément qui lui est personnel, c'est-à-dire ses propres pensées, ses idées. Si ce que l'auteur ou l'artiste a produit n'est pas le résultat unique, exclusif, de son travail, 'il ne doit pas être appelé à en jouir seul. Aussi croyons-nous que la société, propriétaire de ce fonds commun de pensées, et même des formes qu'elles ont revêtues, doit être appelée', comme l'auteur d'un ouvrage, à jouir d'une œuvre à laquelle elle a éminemment contribué ; comme l'auteur, elle doit en tirer un profit. Il ne suffit pas que le travail existe pour qu'on doive reconnaître un droit de propriété* »

[298] Voir précédemment

[299] RENOUARD, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 142-143

1) Impératif d'une période de protection exclusive en faveur de l'auteur

Un privilège exclusif limité dans sa durée. Les partisans de la théorie contractualiste entendaient donner les moyens nécessaires de préserver l'intérêt de la collectivité, ils qualifièrent ce droit de l'auteur sur son œuvre de privilège car la liberté naturelle de la reproduire était restreinte. Or, seule une loi pouvait restreindre « *ce qui appartient naturellement à tous* »[300]. Le droit d'auteur fut donc conçu comme un privilège parce qu'il dérogeait au droit commun en limitant la propriété des supports matériels de l'œuvre. Seul le droit positif pouvait priver tous les propriétaires des exemplaires du droit d'exploiter l'œuvre et le réserver à l'auteur. La théorie contractualiste constituait donc, par le choix du privilège comme outil juridique de rémunération de l'auteur, une théorie positiviste du droit d'auteur. Ses partisans estimaient que l'atteinte d'une balance entre l'intérêt du public et celui de l'auteur (et/ou de ses ayants droit) ne saurait reposer sur la propriété de droit commun et nécessitait obligatoirement l'intervention du législateur afin de créer un droit *sui generis*. C'était donc selon eux au législateur que revenait le pouvoir et le devoir d'instituer des droits d'exploitation mais aussi d'en établir les conditions de jouissance. Le positivisme de la théorie permettait notamment la création d'une durée limitée de ces droits afin de garantir qu'au terme de ceux-ci les œuvres de l'esprit seraient librement accessibles à tous et qu'elles reviendraient ainsi à la société qui a contribué à leur création. Les droits de l'auteur auraient donc pour unique source le droit positif, le législateur étant le seul à même d'autoriser une appropriation individuelle et exclusive d'un bien qui appartient à tous (l'œuvre publiée), et de garantir un équilibre entre les intérêts de l'auteur (et sa famille) et ceux du public en limitant la durée dans le temps de ces droits[301].

Durée de la rémunération et donc de la protection. Selon Renouard, cette rémunération, créée grâce à l'outil légal qu'est le privilège, se devait de durer au minimum toute la vie de l'auteur concerné, ne serait-ce que par respect de la relation personnaliste et intimiste liant l'auteur à son œuvre. Selon lui, il était même fondé et justifié de vouloir dépasser la durée de vie de l'auteur et d'appliquer un délai supplémentaire aux droits patrimoniaux portant sur l'œuvre afin que la famille de l'auteur puisse également jouir des fruits de son travail : « *[i]l est un motif qui, à lui seul, prouve que le privilège doit d'abord s'étendre à toute la durée de la vie de l'auteur. […]* [*I]l ne serait pas équitable, même à l'égard de l'auteur, de borner la durée du privilège à celle de sa vie. […]Dans tous les cas où une avance de fonds assez forte sera indispensable, il faudra que le spéculateur puisse compter sur une certaine durée de privilège, afin que, pendant ce temps, l'ouvrage se fabrique, se termine, s'écoule, et que les capitaux rentrent. […], [I]l est nécessaire aussi de se montrer généreux envers la famille de l'auteur ; et que des considérations fondées sur la plus rigoureuse justice exigent que le privilège appartienne à ses héritiers pendant un temps assez long pour leur être profitable. Il ne faut ni inféoder indéfiniment à une famille une propriété sans travail, ni interdire à l'écrivain dans ses veilles toute pensée d'avenir pour l'existence de ses enfants* »[302]. La prise en compte de la descendance de l'auteur dans l'élaboration et la fixation d'une durée de protection des œuvres était également prônée par Renouard : « *[…] le privilège doit*

[300] MORILLOT, *De la nature du droit d'auteur*, publié dans *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels, et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, A. Cotillon et Cie, 1878, p. 136 : « *Le droit exclusif de l'auteur ne saurait être qu'un privilège octroyé par la législation positive* »

[301] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 20: « *Le positivisme de la théorie contractualiste permet ainsi de justifier l'instauration d'une durée limitée des droits exclusifs d'exploitation assurant qu'à terme, les œuvres de l'esprit seront librement accessibles au public et qu'elles reviendront à la société qui a contribué à leur création* »

[302] RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 1838-1839, Gallica-Bibliothèque Nationale de France, p. 473-474

embrasser toute la vie de l'auteur, […] une durée de trente ans après sa mort est une part suffisante faite à ses héritiers, non assimilables à ceux qui, succédant à une propriété matérielle, doivent être investis de droits identiques à ceux du précédent propriétaire »[303]. Néanmoins, cette durée de protection ne devait pas être excessive, afin de préserver l'intérêt social (2).

2) Inefficacité d'une période de protection excessive

L'inutilité d'une durée excessive. Néanmoins, même en prenant en considération la famille de l'auteur, notamment les héritiers, la durée des droits d'exploitation des œuvres ne devait pas être trop longue. En effet, si une durée minimale post mortem auctoris permettrait de promouvoir la création en motivant les auteurs, une durée particulièrement longue n'engendrerait aucune motivation supplémentaire à l'acte créatif: « *[…] il y aurait un avantage insignifiant pour l'auteur et un grave préjudice pour la société, si l'on adoptait une durée de jouissance trop prolongée. Un produit lointain ne peut être estimé que peu de chose, quand on le ramène à la valeur du jour, même alors que c'est un produit certain. Or, le bénéfice d'un droit d'auteur à percevoir au-delà d'un demi-siècle, c'est la chance la plus aléatoire, c'est un gros lot qui échoit bien rarement. Quand l'auteur traitera avec un éditeur, ou quand ses héritiers liciteront cette propriété pour sortir de l'indivision, quel supplément de prix obtiendront-ils en échange de cette hypothèse ? Presque rien ; mais les éditeurs qui auront eu la main heureuse fonderont de véritables fiefs littéraires, et, comme l'a spirituellement déclaré un homme compétent, M. Charpentier, l'intérêt de la famille est réellement étranger à cette question : elle ne touchera point les petits-fils de Corneille, elle ne regarde que les petits-fils de Barbin*[304] »[305]. Ainsi, entre une durée post-mortem auctoris raisonnable (d'un demi-siècle maximum) et un droit d'exploitation exclusif beaucoup plus long, il n'y avait aucune différence quant à sa dimension utilitariste. L'intérêt social en serait d'ailleurs considérablement diminué, car la différence temporelle entre les deux durées serait autant d'années pendant lesquelles le public n'aurait pas accès librement et gratuitement à l'œuvre, sans qu'aucune preuve ne soit apportée que cette prolongation puisse être bénéfique à l'auteur[306].

Refus d'une durée illimitée. Il serait contraire à l'intérêt général (voire dangereux[307]) de définir une durée illimitée des droits d'exploitation des œuvres de l'esprit. Le domaine public

---

[303] RENOUARD, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 142-143

[304] Claude Barbin était un imprimeur et libraire français (1628-1698)

[305] WOLOWSKI, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 166

[306] L. BLANC, *Organisation du travail ; revue, corrigée et augmentée d'une polémique entre M. Michel Chevalier et l'auteur, ainsi que d'un appendice indiquant ce qui pourrait être tenté dès à présent...*, 5ème edition, 1847, p. 253-254, disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, « *Mais, parce qu'on aura étendu de vingt à trente ans la jouissance de l'héritier, s'imagine-t-on que le sort des hommes de lettres sera bien réellement amélioré ? L'écrivain courageux qui consacre les trois quarts de sa vie à un ouvrage destiné à peu de lecteurs en sera-t-il mieux rétribué ? Le jeune homme qui n'a ni relation, ni fortune, ni renommée, en trouvera-t-il plus aisément un éditeur ? La vogue en sera-t-elle moins acquise à tout auteur qui flatte les travers et les vices de son époque, au détriment de qui les redresse, les combat et les flétrit ? Voilà les plaies qui appellent un prompt remède. Et au lieu de songer à les guérir, nos législateurs se préoccupent… de quoi ? J'ai honte en vérité de le dire : -Le petit-fils d'un homme de génie, mourant de faim, quel spectacle ! – Ce spectacle serait douloureux, en effet. Mais comment le petit-fils d'un homme de génie peut-il être exposé à mourir de faim ? Si c'est parce qu'il ne veut rendre à la société aucun service, je ne saurais le plaindre. Si c'est parce que ses serviteurs ne sont pas récompensés comme il convient, par la société, la faute en est à votre organisation sociale ; changez-là* »

[307] A-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans les sciences, la littérature, et les beaux-arts*, troisième partie, 1838, Source Gallica, Extraits, p. 1 : « *Il y aurait un grand danger social à asservir aux liens d'un monopole perpétuel les produits de la pensée* »

ne serait plus, ce qui reviendrait à privatiser, dans un sens, une grande partie du fonds commun permettant l'inspiration des auteurs et créateurs, mais également de créer un système de rentes pour les éditeurs de contenus qui reviendrait au même que les historiques privilèges perpétuels. « *Accorder à l'auteur, à titre de rémunération de son travail et par une concession de la loi, la perpétuité de monopole […] ce serait arriver par une autre voie, à des effets identiques avec ceux du droit de propriété […] [Les effets] qui découleraient de l'adoption de la théorie d'une propriété littéraire étant absolument les mêmes que ceux que produiraient des privilèges perpétuels* »[308]. La perpétuité du droit d'auteur, au-delà de marquer un retour à l'époque des monopoles, présenterait de nombreuses conséquences particulièrement contraignantes, comme une altération significative de la libre concurrence du marché, ou encore l'annihilation du domaine public: « *[…] elle* [la perpétuité] *viole la loi de l'échange qui veut, autant que possible, que chaque produit soit payé par un équivalent. Aller au-delà, c'est consacrer le parasitisme, l'iniquité. Puis cette perpétuité serait un abandon du domaine public, qui, au lieu de profiter du travail intellectuel des particuliers, en serait positivement amoindri. Enfin, […] si le privilège de vente était accordé aux auteurs à perpétuité, il en résulterait que la durée des œuvres littéraires, au lieu de suivre son cours normal, serait indéfiniment prolongé par le fait même du privilège, et cela au grand préjudice du progrès* »[309] (C').

C'. Libre concurrence et création d'un domaine public

L'élaboration d'un domaine public, permettant à tout un chacun l'exploitation libre et gratuite d'œuvres non couvertes par des droits patrimoniaux, avait pour but de contrer les tendances spéculatives naissantes sur le marché de la culture (1) et de favoriser l'accès du public aux biens culturels (2).

1) Critique des tendances spéculatives sur le marché de la culture

Critique de la spéculation. Le refus de toute propriété privée concernant les œuvres littéraires et artistiques était motivé par un refus et une condamnation expresse du commerce et du capitalisme dans le domaine de la littérature et des arts. La plupart des antis propriété littéraire et artistique estimaient que les écrivains et les artistes ne devaient pas être animés par la poursuite du gain et de l'argent. Seul leur labeur comptait et ils devaient avoir pour but d'« *élever l'intelligence* » du public car la création artistique était considérée comme une activité fondamentalement désintéressée dont les seules récompenses valables étaient la gloire et l'honneur[310].

Perpétuité et libre concurrence sur le marché. La propriété intellectuelle perpétuelle fut également combattue car elle était assimilée à un monopole ayant pour effet d'entraver la libre concurrence dans l'industrie et le commerce de l'édition, de maintenir les ouvrages à un prix excessif et de limiter, en conséquence, l'accès du public aux créations de l'esprit.

[308] *Ibid.*, p. 4
[309] PROUDHON, *Les majorats littéraires*, 1863, p. 54
[310] Cette conception connait selon L. PFISTER de larges échos dans le débat actuel, L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 113, note n°14 de l'auteur

Renouard, par exemple, soutenait dans un style volontiers utilitariste que l'instauration de droits privatifs illimités ne « *condui[sai]t pas à des résultats utiles à l'humanité et au bien-être social* » car cette perpétuité offrirait à son bénéficiaire le pouvoir de spéculer et d'élever si haut le prix de vente d'un ouvrage que sa circulation en serait sensiblement ralentie. C'est précisément pour préserver une libre concurrence au sein de la culture que de nombreux penseurs du XIXème conceptualisèrent le droit d'auteur sur le modèle du contrat social. Selon celui-ci, quelle que soit l'exploitation exclusive réalisée pendant la durée de protection, grâce à la création d'un domaine public, la commercialisation des œuvres deviendrait à terme libre sur le marché du bien culturel concerné.

Evolutions techniques et diffusion de masse. Selon Morillot, le développement industriel des techniques de reproduction a permis la diffusion de masse et les gains correspondant à ces stratégies de volume. Ce basculement technique a créé une toute autre approche au sein du domaine de la culture et des arts; désormais la pensée capitaliste prédominait et supplantait la recherche du mérite artistique: « *les choses ont changé avec la découverte de l'imprimerie et surtout, presque de nos jours, avec celle d'autres procédés qui ont permis à des individus n'ayant qu'une capacité artistique d'ordre tout à fait inférieur, ou même à de simples spéculateurs, de faire de toute contrefaçon un métier très lucratif. L'extrême facilité de reproduire a augmenté dans des proportions énormes les bénéfices qu'on pouvait retirer d'une œuvre, en sorte que l'appât d'un gain considérable, facile et sûr a été pour les tiers une excitation singulière à la contrefaçon, en même temps que pour l'auteur une raison de chercher à monopoliser à son profit l'exercice du droit de reproduction devenu si fructueux. Une fois sur cette pente, l'auteur s'est habitué à ne plus donner que contre argent ce qu'il donnait autrefois gratis, à faire remarquer qu'il était juste que chacun vécût de son métier, l'artiste de l'art, comme le prêtre de l'autel. En même temps, il s'est ingénié à protéger son œuvre contre l'imitation d'autrui, de manière à en tirer profit le plus longtemps et le plus complètement possible. On a vu ainsi de nombreux exemples de grandes fortunes rapidement faites par des auteurs, dont la vanité gagnait à cette révolution soudaine tout ce que leur ancien orgueil devait y perdre. C'est en effet une des causes les plus actives de la dégénérescence des lettres et des arts* »[311]. Ces dérives spéculatives et le cloisonnement de l'accès à la culture pouvaient être freinés, selon les théoriciens contractualistes, par la création d'un fonds commun d'œuvres libres de droit : le domaine public (2).

2) Nécessité d'empêcher un cloisonnement de l'accès à la culture par la création d'un domaine public

Un marché de la culture corrompu. Louis Blanc, certainement le plus fervent opposant à une propriété littéraire et artistique, allait encore plus loin et considérait que l'argent et l'industrialisation avaient corrompu les milieux artistiques: « *[m]ais est-il dans la nature des choses, est-il dans l'intérêt public que la littérature devienne un procédé industriel ? Est-il bon qu'il y ait dans la société beaucoup d'hommes faisant des livres pour s'enrichir, ou même pour vivre ? J'affirme que non. […] Pour qu'un écrivain remplisse dignement sa mission, il faut qu'il s'élève au-dessus des préjugés des hommes, qu'il ait le courage de leur déplaire pour leur être utile […] Je concevrais qu'on fît une loi pour abolir comme métier la condition d'homme de lettres ; mais en faire une pour rendre ce métier plus fructueux et encourager les fabricants de littérature, cela me paraît insensé. Non seulement il est absurde de déclarer*

[311] MORILLOT, *De la nature du droit d'auteur*, publié dans *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels, et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, A. Cotillon et Cie, 1878, p. 133

l'écrivain propriétaire de son œuvre, mais il est absurde de lui proposer comme récompense une rétribution nationale. Rousseau copiait de la musique pour vivre et faisait des livres pour instruire les hommes. Telle doit être l'existence de tout homme de lettres digne de ce nom. S'il est riche, qu'il s'adonne tout entier au culte de la pensée : il le peut. S'il est pauvre, qu'il sache combiner avec ses travaux littéraires l'exercice d'une profession qui subvienne à ses besoins»[312]. La solution à cette dérive, selon Blanc, aurait été la création d'une librairie sociale qui « *relèverait de l'Etat, sans lui être asservie ; elle se gouvernerait elle-même, et ferait elle-même, entre ses membres, la répartition des bénéfices obtenus par le travail commun* »[313]. Mais l'élaboration d'une telle entité posait la question d'un éventuel retour de la police de la culture et d'un système gouverné par la censure étatique. La création d'un véritable domaine public semblait, dans un premier temps, une solution à un marché de la culture verrouillé par des acteurs économiques puissants et titulaires de monopoles sur des œuvres populaires.

Création d'un domaine public. Comme de nombreux penseurs de l'époque, Dupuit prônait également une durée limitée de la protection des œuvres de l'esprit et donc la création d'un domaine public qui permettrait la suppression des rentiers de la culture, et l'intensification de la diffusion des œuvres au sein de la société : « *[p]our améliorer le sort de l'homme de lettres digne de ce nom, il faut répandre à profusion la bonne littérature ; il faut que sa lumière, gratuite comme celle du soleil, éclairant et pénétrant les masses, forme un public capable de comprendre et d'apprécier ce qui est bien et ce qui est beau. Ce n'est pas en enfermant nos chefs-d'œuvre dans les spéculations de l'intérêt privé qu'on y parviendra* »[314]. Néanmoins, Dupuit n'était pas contre la mise en place d'une période d'exclusivité en faveur de l'auteur, si cela participait à promouvoir la création.

Mais il existait également un autre courant de pensée tout aussi puissant concernant le droit d'auteur. Celui-ci prônait une vraie « propriété » littéraire et artistique qui serait donc, selon leur théorie, perpétuelle. Néanmoins, ce courant ne réussit pas à imposer la mise en place d'une durée de protection perpétuelle des œuvres de l'esprit (Section II).

Section II. Echec de la perpétuité et avènement d'une propriété limitée sur les œuvres de l'esprit

Malgré un important mouvement en faveur d'une propriété littéraire et artistique perpétuelle (§I), le législateur français fit le choix d'une durée de protection limitée dans le temps (§II).

[312] L. BLANC, *Organisation du travail ; revue, corrigée et augmentée d'une polémique entre M. Michel Chevalier et l'auteur, ainsi que d'un appendice indiquant ce qui pourrait être tenté dès à présent...*, 5ème édition, 1847, p. 221 à 223, disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France
[313] *Ibid.*, p. 256,
[314] J. DUPUIT, *Du principe de la propriété,* Journal des économistes, t. XXX, n°1, janv. 1861, et n° 14, avril 1861, cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 40

§I. Théorie de la propriété littéraire et artistique perpétuelle

Le refus du domaine public et l'application d'une propriété pleine, entière et perpétuelle aux œuvres de l'esprit (A) étaient issues de l'idée que l'auteur possédait un droit naturel sur son œuvre (B). Cette théorie n'ayant pas été retenue par le législateur, elle permit toutefois de justifier l'augmentation des durées de protection (C), notamment afin que les premières générations de descendants de l'auteur puissent jouir de revenus issus de l'exploitation des œuvres de leur aïeul.

A. Défense d'une propriété pleine et entière et refus du domaine public

La source du rejet d'une limitation temporelle de la protection des œuvres littéraires et artistiques (1) était l'existence d'une propriété pleine et entière de l'auteur sur son œuvre (2).

1) Refus d'une durée limitée de la propriété littéraire et artistique

Refus d'une durée limitée. En opposition à la conception d'une durée limitée d'exploitation des œuvres accordée aux auteurs par le législateur, nombreux étaient ceux qui critiquaient vivement l'assimilation de ces droits à des privilèges. Bastiat, Passy, et Marie notamment, étaient les principaux défenseurs d'une appartenance totale de l'œuvre à son auteur. Pour eux, ni la publication, la cession des droits ou encore la mort de l'auteur n'éteignaient la propriété du créateur sur son œuvre[315]. Selon leur logique, les adversaires de la propriété littéraire et artistique opéraient une confusion entre la propriété du support matériel et la propriété de l'œuvre, et cette méprise les incitait à analyser la publication comme une dépossession définitive de l'auteur en faveur du public.

Différence entre propriété matérielle et intellectuelle. Dès 1834, Charles Comte indiqua qu'il ne fallait pas confondre le « *pouvoir avec le droit* ». Ce n'était pas parce que vous possédiez un livre, support physique, et que vous aviez la possibilité et la capacité de le reproduire que cette faculté pouvait être assimilée au droit de le faire[316]. En conséquence et selon la théorie générale des partisans de la propriété littéraire, la possession du support de l'œuvre n'incluait aucunement des droits de propriété sur l'œuvre elle-même. Ils affirmèrent donc le principe essentiel selon lequel il existait une distinction entre propriété matérielle et propriété intellectuelle[317] fondée sur une différenciation entre la forme et les idées:

---

[315] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 120

[316] C. COMTE, *Traité de la propriété*, Paris, t. 2, 1834, p. 95, note 1, cité par L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 120

[317] PASSY, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 151 : « *En somme, tout, dans ce monde, se réduit à des manifestations de l'activité humaine. Partout où ces manifestations se font sous une forme matérielle, déterminée, distincte, durable, il y a propriété. Mais partout la forme matérielle n'est que le moyen de l'appropriation ; et son véritable objet, comme sa justification, c'est la vie humaine incorporée dans cette forme. Posséder un champ, une usine, un fonds de commerce, c'est, aussi bien que posséder un livre, un objet d'art, avoir à sa disposition un ensemble de connaissances, d'idées ou de sentiments déposés dans un objet sensible. Exploiter un livre ou un objet d'art, c'est, aussi bien qu'exploiter un champ, une usine ou un fonds de commerce, faire participer autrui, à charge de retour, à la jouissance de ces connaissances, de ces idées, ou de ces sentiments. La différence est dans les mots ; elle n'est pas dans les choses* »

« *[l]orsqu'on revendique la propriété intellectuelle, on ne revendique que la forme [car] c'est cette forme dans son individualité qui fait que l'auteur est propriétaire et seul propriétaire de la forme dont il a su revêtir des idées qui appartiennent à tous* »[318]. De nombreux juristes considéraient à l'époque que la publication d'une œuvre avait pour seule conséquence de transmettre au public un « droit d'usage » sur celle-ci. L'auteur ne consentant finalement qu'à une autorisation que Laboulaye qualifiait d'ailleurs de « *jouissance intellectuelle* », tout en se réservant le « *droit de jouir et de percevoir les fruits* » de son œuvre, afin d'obtenir une rémunération en contrepartie de son travail intellectuel[319].

Balzac et critique des lois révolutionnaires. Cette conception de la propriété pleine et entière de l'auteur sur son œuvre était soutenue par de nombreux auteurs, notamment Balzac, qui critiquait vivement les lois révolutionnaires et s'inquiétait de la durée limitée des droits d'exploitation accordés à l'auteur: « *[à] nulle époque, l'artiste ne fut moins protégé […] La Révolution française, qui se leva pour faire connaître tant de droits méconnus, vous a plongés sous l'empire d'une loi barbare […] Sans doute, il était beau de voir la société dire au génie : 'Tu nous enrichiras et tu resteras pauvre'* »[320]. Car « *[s]'il est au monde une propriété sacrée, s'il est quelque chose qui puisse appartenir à l'homme, n'est-ce pas ce que l'homme crée entre le ciel et la terre, ce qui n'a de racine que l'intelligence, et qui fleurit dans tous les cœurs. […] Nous apportons à un pays des trésors qu'il n'aurait pas, des trésors indépendants et du sol et des transactions sociales ; et, pour prix du plus exorbitant de tous les labeurs, le pays en confisque les produits* »[321]. Comme les soutiens d'une véritable propriété littéraire et artistique, il était particulièrement choqué par la contradiction que présentait la législation révolutionnaire de la fin du XVIIIème portant sur les droits de l'auteur. Proclamée comme s'agissant d'une propriété, la propriété littéraire et artistique avait finalement été construite comme un droit *sui generis* d'une durée limitée. Or, Balzac souhaitait que cette propriété soit appliquée selon la définition du Code civil[322], et que jamais ne soit créé un domaine public: « *[e]n accordant cinquante ans, vous entendez faire jouir les fils des travaux du père, il ne saurait y avoir d'autre raison, n'est-ce pas ? Eh bien ! Vous décidez alors que les enfants d'un homme de génie ne vivront que cinquante ans. Et vous entendez que les belles œuvres seront comprises immédiatement […]. Si l'on accorde cinquante ans, pourquoi pas la perpétuité ? Qui donc peut empêcher la reconnaissance de la seule propriété que l'homme crée sans la terre et la pierre, et qui est aussi durable que la terre et la pierre […] Le domaine public est une institution mauvaise* »[323].

Refus de la création d'un domaine public. Balzac, s'il reconnaissait toutefois que le domaine public aurait pu, en théorie, profiter à la société, précisait qu'en pratique cela ne pouvait être le cas. Selon lui, celui-ci n'aurait profité qu'aux exploitants des œuvres littéraires et artistiques, puisqu'il consistait à supprimer l'obligation de rémunérer les héritiers des auteurs tout en n'apportant aucune garantie que les livres de ces auteurs du domaine public soient réédités, ni qu'ils soient à un meilleur marché et encore moins gratuits. Il était persuadé que le domaine public servirait uniquement l'intérêt privé plutôt que la société. Néanmoins,

---

[318] MARIE, *Corps législatif, séance du 1er juin 1866: Ann. Du Sénat et du Corps législatif*, t. 7, p. 28, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Nature du droit d'auteur*, p. 20

[319] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 121

[320] BALZAC, *Lettre aux écrivains français du XIXème siècle*, OD, t. II, p. 1236, cité par F. POLLAUD-DULIAN, *Balzac et la propriété littéraire*, L'année Balzacienne, 2003/1, n° 4, p. 203

[321] BALZAC, *Lettre aux écrivains français du XIXème siècle*, 1er novembre 1834, p. 64

[322] F. POLLAUD-DULIAN, *Balzac et la propriété littéraire*, L'année Balzacienne, 2003/1, n° 4, p. 210-211

[323] BALZAC, *Notes remises à MM. Les députés composant la commission de la loi sur la propriété littéraire*, Hetzel, 1841, (CHH, t. XXVIII, 1963), p. 571 et 574, cité par F. POLLAUD-DULIAN, *Balzac et la propriété littéraire*, L'année Balzacienne, 2003/1, n° 4, p. 211-212

cette logique n'est plus pertinente à l'heure du numérique et des œuvres dématérialisées, la reproduction et la diffusion de ce type d'œuvres ne présentant plus aujourd'hui qu'un coût quasiment nul[324]. Le rejet du domaine public était également fondé sur le lien particulier unissant l'auteur à sa création et la nature de la propriété qui en découlait (2).

2) Propriété personnelle, inaliénable et perpétuelle de l'auteur

Travail intellectuel et propriété personnelle. En 1839, Portalis déclarait que « *[l'œuvre est] une propriété par nature, par essence, par indivisibilité de l'objet et du sujet* »[325], et qu'à « *l'auteur seul appartient le droit de disposer de son ouvrage, [et ce droit] est incommunicable comme sa volonté, comme sa conscience* »[326]. L'auteur, bien qu'il ait offert ses œuvres au public ou cédé son droit d'exploitation de celles-ci à un éditeur, « *en reste toujours le souverain comme il en est le père avec un pouvoir permanent sur elles* », c'est même « *un domaine inaliénable* », selon le juriste Gustave Bressolles[327]. Ainsi, les auteurs possèderaient leurs œuvres, fruits de leur travail intellectuel, perpétuellement. Leur propriété sur celles-ci n'aurait pas de limite et serait pleine et entière, comme l'expliquait Jobard, l'inventeur du concept de monautopole: « *[s]i vous voulez que les œuvres intellectuelles n'appartiennent à leurs auteurs que pendant un certain temps, ne craignez-vous pas qu'on vous accuse de faire du communisme à terme ? La propriété doit être entière et sans autre réserve que celle de l'utilité publique appliquée répressivement et non préventivement. La loi ne peut détruire le droit sans tomber dans l'arbitraire […] ; toute loi qui limite la durée et l'intégralité de ce droit est une injustice* »[328].

Propriété perpétuelle de l'auteur. Simon prônait également cette conception d'une propriété inaliénable liée à l'acte créatif et au travail intellectuel fourni par l'auteur: « *[i]l est clair comme le jour que, si le travail crée la propriété, les œuvres intellectuelles appartiennent à leur auteur. […] De tous les développements de la force humaine, le plus pénible, le plus personnel, le plus meurtrier, c'est le travail intellectuel. […] N'est-il pas étrange qu'en retournant la terre d'un champ, on se crée une propriété, et qu'on ne s'en crée pas une en écrivant l'Enéïde !* »[329]. Bastiat, s'opposant clairement à la conception de contrat social, estimait que « *[l]'homme naît propriétaire […]. La loi est le résultat de la propriété et la propriété le résultat de l'organisation humaine* », donc « *si toute production appartient à celui qui l'a formée et parce qu'il l'a formée* » alors l'auteur était par nature le propriétaire de son œuvre[330]. Si les libéraux défendaient si ardemment cette théorie de la propriété perpétuelle jusnaturaliste de l'auteur, c'est que selon eux, les opposants à la propriété littéraire

---

[324] *Ibid.*, p. 213

[325] PORTALIS, *Chambre des pairs, séance du 25 mai 1839: Archives parlementaires*, t. 124, p. 644, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Nature du droit d'auteur*, p. 19

[326] PORTALIS, *Chambres de pairs, séance du 27 mai 1839*, Archives parlementaires, t. 124, p. 711, cité par L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 121

[327] G. BRESSOLLES, *De la propriété littéraire, Rapport présenté à l'Académie de législation de Toulouse*, Toulouse, 1862, p. 19 et 23, cité par L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 121

[328] A-M. JOBARD, *La concurrence et le monautopole. Nouvelle lettre de M. Jobard, en réponse à des observations de M. Joseph Garnier*, Journal des Economistes, source : Reese library of the University of California, Bibliothèque Nationale de France – Gallica, janvier 1855, p. 105

[329] SIMON, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 181

[330] F. BASTIAT, *Œuvres complètes*, t. II: *Le Libre-échange,* Paris, Guillaumin et Cie, 1862, cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 40

et artistique, en remettant en cause le concept de propriété pleine et entière de la propriété littéraire et artistique, questionnaient l'existence même de la propriété de droit commun (B). Cette position, largement majoritaire en France, était néanmoins minoritaire à l'étranger[331].

B. Droit naturel de l'auteur et perpétuité de sa propriété

La théorie du droit naturel de l'auteur sur son œuvre et la propriété perpétuelle qui en découle (1) est essentiellement issues de la philosophie personnaliste kantienne du XVIIIème siècle (2).

1) Un droit de propriété naturel de l'auteur sur son œuvre

Impossibilité d'une limitation de la durée. Selon Bastiat, si la propriété naturelle de l'auteur a été reconnue alors elle devait l'être pleinement. Cette propriété ne pouvait être atténuée, sous quelque forme que ce fut. Selon lui, « *ou la propriété littéraire est un droit supérieur à la loi, et alors la loi ne doit pas faire autre chose que de constater ; ou l'œuvre littéraire appartient au public, et en ce cas on ne voit pas pourquoi l'usufruit est attribué à l'auteur* »[332]. Ainsi, le choix de la nature du droit d'auteur impacterait directement la durée de celui-ci. Si cette nature était une propriété de droit naturel, comme souhaitait le démontrer Bastiat, alors le droit de l'auteur sur son œuvre était perpétuel. Dans le cas contraire, sa durée serait définie par le législateur, selon sa discrétion.

Un droit de propriété naturel de l'auteur. La thèse de la propriété privée était généralement défendue par les personnes favorables à un allongement des durées du droit d'auteur, renouvelant ainsi la doctrine jusnaturaliste et lockéenne de la propriété intellectuelle. Déjà évoquée au XVIIIème par les libraires de Paris alors qu'ils souhaitaient confirmer leur monopole économique, cette doctrine prônait un droit naturel de propriété attaché à la personne même de l'auteur (prémices du droit moral). Elle fut souvent critiquée pour être « *l'alibi des exploitants* »[333], mais devint pourtant peu à peu l'argument des auteurs (tels que Balzac ou Lamartine) qui souhaitaient voir la durée de protection des œuvres littéraires et artistiques prolongées. Ce mouvement était fondé sur la théorie lockéenne selon laquelle l'homme était naturellement propriétaire de sa personne et donc des fruits de son travail personnel, que celui-ci soit physique ou intellectuel. En conséquence, les auteurs étaient considérés comme les seuls propriétaires des œuvres dès lors qu'ils les avaient créées. Certains allant jusqu'à considérer que toute richesse immatérielle était la propriété de celui qui l'avait créée[334]. Laboulaye était d'ailleurs un fervent défenseur de la propriété littéraire et selon lui le droit d'auteur devait, de par sa nature, être perpétuel. Bastiat, figure emblématique

[331] D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 40
[332] F. BASTIAT, *Œuvres complètes*, t. II: *Le Libre-échange,* Paris, Guillaumin et Cie, 1862, cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 40
[333] L. PFISTER, *Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique*, BBF, Paris, t. 51 n° 5, 2006, p. 9
[334] E. LABOULAYE, *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858, p; XXVI, cité par L. PFISTER, *Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique*, BBF, Paris, t. 51 n° 5, 2006, p. 10 note n° 27

des économistes libéraux, préconisait également cette théorie du droit de la propriété perpétuelle de l'auteur.

Personnalité de l'auteur et œuvres inaliénables. Toujours selon la pensée lockéenne, la propriété étant susceptible de concerner le droit de reproduction et le droit de représentation d'une œuvre, l'assimilation des droits patrimoniaux au droit de percevoir les fruits de l'œuvre permit ensuite de justifier leur extension aux nouveaux procédés d'exploitation[335]. L'œuvre était, selon les partisans d'une propriété intellectuelle perpétuelle, marquée de l'empreinte de la personnalité de l'auteur[336], et à ce titre, le créateur restait toujours propriétaire de son œuvre[337], même en cas de cession de ses droits d'exploitation (les œuvres seraient donc inaliénables selon ce principe[338]). Tous ces éléments préfiguraient clairement le droit moral.

Personnalisation de la propriété littéraire et artistique. Mais qu'advient-il une fois l'auteur décédé? Certains partisans de la propriété intellectuelle prirent conscience, face aux objections de leurs adversaires, que le travail ne permettait pas de justifier efficacement la transmission des droits d'exploitation à cause de mort et leur prolongation. Car au-delà de la dissociation entre l'appropriation des idées et de leur mise en forme, plusieurs penseurs socialistes et notamment Proudhon, avaient décelé certaines faiblesses dans la théorie édictée par Locke suivant laquelle tout travail justifiait la propriété. Ils firent donc observer que les héritiers d'auteurs dépourvus de capacités créatrices ne pouvaient prétendre succéder et profiter perpétuellement d'une propriété générée par leur ascendant tout en respectant parallèlement ce principe. Ce raisonnement avait naturellement toujours pour motivation de s'opposer à une prolongation excessive du droit d'auteur[339]. C'est pourquoi les partisans de la propriété intellectuelle développèrent toujours plus la dimension personnaliste de la création: l'œuvre, la famille et les héritiers du créateur formaient des prolongements de l'auteur. A ce titre, ils pouvaient ainsi légitimement succéder à la propriété de l'auteur décédé. Lamartine, rapporteur du projet de loi de 1841, exhorta les députés à prolonger la protection au profit de ceux « *qui continuent immédiatement l'auteur lui-même* »[340]. Plus significatifs encore sont les propos de l'avocat et député Marie en 1866: « *[l]a propriété, c'est l'homme même, et de même que la personnalité humaine se transmet aux héritiers par voie de sang, de même la personnalité et la propriété se transmettent aussi aux héritiers* »[341]. Ce nouveau développement théorique basé sur une large personnalisation de la propriété littéraire et artistique fut d'ailleurs évoqué par Kant dès la fin du XVIIIème siècle (2).

---

[335] L. PFISTER, *Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique*, BBF, Paris, t. 51 n° 5, 2006, p. 10

[336] PORTALIS, *Chambre des pairs, séance du 27 mai 1839: Archives parlementaires*, t. 124, p. 711, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Nature du droit d'auteur*, p. 21 : « *A l'auteur seul appartient le droit de disposer de son ouvrage […et ce droit…] est incommunicable comme sa volonté, comme sa conscience* »

[337] TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente*, Bruxelles, 1836, n° 206, p. 127-129, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 21 : « *La substance de l'ouvrage appartient toujours à celui qui l'a créée, tandis que l'éditeur n'en a que l'usage* »

[338] BRESSOLLES, *De la propriété littéraire. Rapport présenté à l'Académie de législation de Toulouse*: Toulouse, 1862, p. 19 et 23, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 21 : « *[L'auteur] reste toujours le souverain [de ses œuvres] comme il en est le père avec […] un domaine inaliénable [sur elles]* »

[339] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 111

[340] LAMARTINE, *Rapport du projet de loi de 1841, séance du 13 mars 1841*, Le Moniteur Universel, 14 mars 1841, p. 634, cité par L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 123

[341] MARIE, *Corps législatif, séance du 1er juin 1866*, Annales du Sénat et du Corps législatif, t. 7, p. 33, cité par L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 123

2) Théorie personnaliste

Doctrine kantienne. Kant, dès 1785, refusait de considérer les œuvres littéraires et artistiques comme de vulgaires produits ou marchandises. Pour lui la propriété littéraire ne concernait que la forme des idées (dans leur originalité) non leur contenu (c'est d'ailleurs selon lui la principale différence avec les brevets d'invention). Ainsi, selon lui, les livres devaient ainsi être protégés en tant que « *discours* » par le biais d'une propriété indissociable de l'auteur. Cette vision de la propriété littéraire et artistique était d'ailleurs partagée par le philosophe Fichte. Cette analyse sous-entendait donc que les idées étaient finalement communes à tous. De ce fait, l'auteur, qui ne pouvait être que propriétaire de ses pensées, ne pouvait donc les céder dans leur intégralité. Le lien unissant sa personnalité et son œuvre était inaliénable et seul le droit d'exploitation pouvait être concédé. Car selon Kant, l'œuvre littéraire avait son existence seulement dans la personne de l'auteur: « *par suite, [les ouvrages littéraires] reviennent-ils exclusivement à la personne de l'auteur, et celui-ci y a un droit inaliénable (jus personnalissimum)* ». L'idée de Kant était donc plus proche de la conception moderne du droit d'auteur, surtout en ce qu'il soulignait la supériorité du droit de l'auteur en affirmant que ce dernier conservait une « *propriété de nature spirituelle* »[342] « *nonobstant la reproduction ; [...]* » [343]. A contrario du copyright anglo-saxon, l'œuvre d'un auteur ne pouvait selon cette théorie être assimilé à un bien commercial.

La protection de la personnalité de l'auteur. Au XIXème siècle, certains partisans de la propriété littéraire et artistique et disciples de la doctrine personnaliste kantienne tels que Kohler, Gierke ou encore Morillot, considéraient toujours qu'en dépit de la cession totale des droits d'exploitation, le créateur restait l'unique propriétaire de son œuvre. Ces partisans d'une propriété inaliénable de l'auteur sur sa création concevaient l'œuvre comme une propriété marquée de l'empreinte de la personnalité de son auteur: celle-ci « *[consiste] dans une création, c'est-à-dire dans la production d'une chose [...] qui est tellement personnelle qu'elle forme comme une partie [de son auteur]* »[344]. Selon Morillot, « *[l]'œuvre est en elle-même insaisissable et inexpressible, et elle ne saurait exister en dehors de l'intelligence qui l'a conçue* »[345]. Or, pour lui, l'auteur ne saurait avoir la propriété juridique de son œuvre, et ceci pour deux raisons principales : l'œuvre, par essence, restait une idée pure, enfermée dans l'intelligence de l'auteur. Ainsi, être propriétaire d'une idée reviendrait à être propriétaire de soi-même, ce qui est impossible juridiquement. L'auteur ne pouvait donc être propriétaire que de l'expression de cette idée, mais cette propriété porterait sur la représentation matérielle (l'objet matériel) de l'idée et non l'œuvre en tant que telle car cet objet n'en était que le « *signe* »[346]. L'auteur jouirait d'un droit de propriété inaliénable sur sa création car la publication de celle-ci exposerait sa personne, son honneur, sa réputation à d'éventuels préjudices et il serait le seul à même de pouvoir les sauvegarder. Influencé par Fichte et le juriste Cella, Jean-Marie Pardessus fût l'un des premiers en France à considérer qu'un éditeur titulaire de droits d'exploitation sur une œuvre n'était qu'un usufruitier et que le droit de disposer de l'œuvre était toujours à la personne de son auteur. Ceci marquait les prémices du

[342] KANT, *De l'illégitimité de la reproduction des livres*, dans *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Paris, PUF, 1995
[343] *Ibid.,* p. 119-132, cité par M. FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, Revue d'histoire littéraire de la France, 2005/1 Vol. 105, p. 79-94, p. 90
[344] E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879, p. 19, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 20
[345] MORILLOT, *De la nature du droit d'auteur*, publié dans *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels, et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, A. Cotillon et Cie, 1878, p. 112-113
[346] *Ibid.*, p. 113-114

droit au respect de l'intégrité de l'œuvre qui sera dans un premier temps reconnu par la jurisprudence à la fin du XIXème siècle[347].

L'auteur indissociable de son œuvre. Les partisans de la propriété intellectuelle, influencés par l'esthétique romantique[348], revendiquaient une personnalisation de plus en plus importante du droit d'auteur en liant l'œuvre et le droit de propriété à l'auteur uniquement[349]. Ainsi, une fois l'auteur décédé, la propriété de l'auteur était transmise à ses héritiers. Mais cette propriété était dès lors limitée temporellement par la loi afin de préserver l'intérêt du public. Personne ne pouvait jamais avoir le même droit sur un ouvrage littéraire que l'auteur lui-même; un livre était considéré comme son discours, la retranscription de sa personnalité, et celui qui l'éditait ne pouvait l'adresser au public qu'au nom de l'auteur. Linguet, avocat des libraires parisiens à la fin du XVIIIème siècle, mettait quant à lui l'accent sur le fait que l'œuvre littéraire était irréductible à toute autre production humaine, y compris aux inventions, en ce que « *la composition est une véritable création* » et que l'œuvre « *[est] une partie de la substance que l'écrivain produit au dehors* ». Linguet n'hésita d'ailleurs pas à franchir le pas séparant la création de la sacralisation, affirmant que « *s'il y a une propriété sacrée, incontestable, c'est celle d'un auteur sur son ouvrage* »[350]. Linguet fut d'ailleurs l'un des rares représentants des libraires parisiens avec le libraire David à reconnaître qu'en dépit de la vente de l'œuvre, l'auteur conservait un « *droit d'inspection et de paternité* »[351]. Mais cette attitude des libraires parisiens était à nuancer; à cette époque, la théorie de la propriété littéraire et artistique avait principalement pour but de justifier le monopole des libraires de Paris et c'est d'ailleurs en grande partie pour cette raison qu'elle fut si vivement contestée.
Finalement, ce débat portant sur la nature du droit d'auteur et de la propriété littéraire et artistique aura permis de soulever et de développer des solutions concernant l'équilibre nécessaire entre intérêts privés et publics. Il aura également permis d'échanger sur la dimension personnaliste de la propriété littéraire et artistique et aura ainsi participé à la théorisation d'un droit inaliénable de l'auteur protégeant le lien intime qui l'unit à sa création, le droit moral. Sans convaincre pleinement le législateur français, qui fit le choix de maintenir une durée de protection temporelle, la théorie naturaliste permit toutefois d'aboutir à une prolongation des durées d'exploitation exclusive (C).

C. Prolongation des durées de protection littéraire et artistique

Si le législateur français choisit de conserver une durée de protection limitée (1), l'influence des lois étrangères en matière de droit d'auteur (3) et la recherche d'une harmonisation dans ce secteur (4), aboutirent à plusieurs prorogations des délais d'exploitation exclusive en faveur des héritiers de l'auteur (2).

[347] Troplong, en 1838, écrivait dans son cours sur la vente, que « *la substance de l'ouvrage appartient toujours à celui qui l'a créée, tandis que l'éditeur n'en a que l'usage* ».
[348] Le "*romantisme*" est l'ensemble des mouvements intellectuels qui, à partir de la fin du XVIIIe s., firent prévaloir le sentiment sur la raison et l'imagination sur l'analyse critique, http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/romantisme/69789
[349] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.20
[350] LINGUET, *Mémoire sur les propriétés et privilèges exclusifs de librairie, 1774*, BNF, Manuscrits français, 22123, n°50, f° 224, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 11
[351] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 11

1) Maintien d'une propriété littéraire et artistique limitée dans le temps

Acceptation d'une durée limitée. Malgré cette volonté affirmée d'appliquer une propriété pleine et entière sur l'œuvre en faveur de l'auteur, une limite temporelle a toutefois été instituée. La prise en compte de l'intérêt du public quant à son accès à la connaissance et aux œuvres poussa la plupart des partisans d'une propriété intellectuelle perpétuelle à accepter que le législateur puisse limiter à cinquante ans post mortem auctoris les droits exclusifs de reproduction et de représentation. Mais cette concession faite à leurs adversaires, et qui permit d'établir un compromis en 1866 en faveur d'une durée légale de cinquante ans post mortem auctoris, n'impliqua aucunement une remise en cause des fondements de leur théorie de la propriété littéraire et artistique. Ce terme de cinquante ans post mortem fixé par la loi ne devait pas être tenu pour une négation de la propriété littéraire et artistique, mais simplement pour une règlementation civile portant sur un droit naturel[352] ; ce que rappela notamment Portalis[353] en précisant que la définition de la propriété de l'article 544 du Code civil, prévoyait dans son texte la possibilité de limitations légales[354].

Première moitié du XIXème siècle et évolution législative. En parallèle de ce débat, de nombreux textes de loi furent rédigés et votés au cours de la première moitié du XIXème siècle afin de prolonger les durées de la propriété littéraire et artistique et d'offrir de plus amples avantages à la famille (veuve et héritiers) de l'auteur. La durée des droits de représentation et de reproduction étant basée sur la vie de l'auteur (calcul d'une durée post mortem auctoris), ces différentes prolongations de ces durées des droits ont donc été principalement réalisées à la lumière des intérêts des membres de la famille de l'auteur survivants celui-ci (2).

2) Augmentation de la durée de protection en faveur des héritiers de l'auteur

Décret de 1810. Un décret du 5 février 1810 étendit à vingt ans le droit des enfants des auteurs et détermina que, si les conventions matrimoniales lui en donnaient le droit, la veuve de l'auteur jouirait viagèrement de la propriété garantie à celui-ci. Néanmoins, ce décret n'était relatif qu'à la librairie, non au domaine du théâtre, et les veuves n'avaient aucun droit concernant la délivrance d'autorisation de représentations. Les enfants de l'auteur, quant à eux, n'étaient titulaires que des dispositions antérieures au décret de 1810, soit celles des lois révolutionnaires de 1791 et 1793.

Lois de 1844 et 1854. Le 3 août 1844 fut votée une loi disposant que les veuves et les enfants des auteurs d'ouvrages dramatiques avaient désormais le droit d'en autoriser la représentation

---

[352] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 123

[353] PORTALIS, *Chambre des pairs, séance du 25 mai 1839*, Archives parlementaires, t. 124, p. 645 cité par L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 123: « *Le droit de propriété peut être plus ou moins limité dans ses effets sans changer de nature. La nécessité d'apporter des conditions de jouissance n'entraine point celle de dénaturer le titre qui donne droit à cette jouissance. On peut être propriétaire à temps, propriétaire grevé d'un usufruit, d'un droit d'usage, on n'en est pas moins propriétaire* », voir aussi note n° 82 de l'auteur (même page) : « *Dans le même sens, Marie déclare que 'réglementer la propriété ce n'est pas la nier, c'est au contraire l'affirmer ; la règlementer, c'est la mettre sur le pied de toutes les autres propriétés qui, par leur nature appellent une règlementation spéciale* », Cf. Corps législatif, séance du 1er juin 1866, *Annales du Sénat et du Corps législatif*, t. 7, p. 27

[354] Article 544 du Code civil, créé par Loi du 27 janvier 1804 promulguée le 6 février 1804: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*"

et d'en conférer la jouissance pendant vingt ans suivant la mort de l'auteur. Cette loi, néanmoins, renfermait le droit de la veuve dans le cercle des vingt ans, et ne lui accordait plus le bienfait viager du décret de 1810. La loi du 8 avril 1854 vint corriger cette « injustice » en statuant que les veuves jouiraient pendant toute leur vie des droits garantis par les lois des 13 janvier 1791, 19 juillet 1793, et 3 août 1844. De plus, cette loi prolongea le droit des descendants de vingt à trente ans, à partir, soit du décès de l'auteur, soit de l'extinction des droits de la veuve.

Droits des auteurs et de ses héritiers pré-1866. En 1866, alors qu'un nouveau projet de loi était débattu, l'état des dispositions concernant la propriété littéraire et artistique accordée aux auteurs et leur famille fut résumé ainsi par le conseiller d'Etat Riché, rapporteur du projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs: « *–[l]'auteur a, pendant toute sa vie, le droit exclusif d'autoriser la publication de son œuvre par la presse, le théâtre, la gravure, etc. Tant qu'il vit, son œuvre n'est pas fixée ni finie. –Après sa mort, ses successeurs n'ont plus qu'un intérêt d'un ordre moins élevé. Toutefois, la loi entoure cet intérêt d'une protection considérable. Si l'auteur laisse une veuve mariée sous le régime de la communauté exprimée ou tacite, si cette communauté subsiste lors du décès, et si la veuve ne renonce pas à la communauté, la veuve a la jouissance viagère des œuvres publiées pendant le mariage, sans préjudice de son droit résultant de la communauté légale sur les œuvres antérieures au mariage. –Si l'auteur ne laisse pas de veuve, ou de veuve placée dans la position que nous venons de décrire, les droits de l'auteur passent à ses descendants, durant trente ans, à dater du décès de l'auteur. –Si l'auteur laisse une veuve ayant cet usufruit, les trente ans pour les descendants ne courent pas du décès de la veuve, qui peut n'arriver que fort longtemps après le décès de l'auteur. –Si l'auteur ne laisse que des ascendants, collatéraux, successeurs irréguliers tels que le conjoint, autre que la veuve dans les cas où elle est appelée à continuer son mari, ou légataires n'ayant pas la qualité de descendants, les droits de ces divers ayants cause ne durent que dix ans à partir du décès de l'auteur. Si l'auteur a laissé une veuve usufruitière, les collatéraux n'ont de droit qu'autant que cette veuve meurt moins de dix ans après l'auteur. –Le cessionnaire des droits de l'auteur n'achète que des droits d'une durée aléatoire, suivant la qualité des héritiers que laissera l'auteur ; il achète en conséquence* »[355]. La rédaction du projet de loi de 1866 fut également largement influencée par les textes de loi appliqués à l'époque dans les autres pays développés du monde (3).

3) Influence des durées de protection appliquées à l'étranger

Systèmes étrangers du droit d'auteur en 1866[356]. En 1866, le droit des héritiers d'un auteur était de vingt ans en Suède (sauf déchéance pour non usage), en Hollande, et en Belgique, de trente ans en Allemagne, au Portugal, et à Naples, de cinquante ans en Espagne, et en Russie. Aux Etats-Unis, l'auteur jouissait pendant vingt-huit ans des droits de reproduction et représentation sur son œuvre via le copyright, après quoi, s'il vivait encore ou s'il laissait une femme ou des enfants, ce droit exclusif était prorogé durant quatorze ans. Ce cadre international, et la multitude de juridictions nationales reconnaissant un droit d'auteur limité dans le temps, influencèrent très clairement le législateur français dans son choix de trancher en faveur d'une propriété littéraire et artistique *sui generis* limitée dans le temps: « *[a]insi*

[355] *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, présenté par M. le conseiller d'Etat Riché, rapporteur, 24 février 1866, p. 232-233

[356] En Allemagne, le terme « propriété » (« *Eigentum* »), qui est utilisé depuis la loi prussienne de 1837, est remplacé par « *droit d'auteur* » (« *Urheberrecht* ») dans la loi codifié de 1865. Tandis que la loi belge de 1886 a pour titre « *loi sur le droit d'auteur* ».

partout le législateur a pensé que l'intérêt de la rémunération due à l'auteur, de l'omnipotence de sa volonté, doit être dominant pendant sa vie ; mais qu'à mesure qu'on s'éloigne de la personne de l'auteur, que les parcelles de droits passées à ses représentants s'amoindrissent par la division successorale, l'intérêt privé se dissémine, s'obscurcit, s'efface devant l'intérêt du public, qui est la concurrence, le bon marché, la multiplicité des éditions populaires, la diffusion de l'instruction, l'activité des presses, l'encouragement des théâtres, la traduction des tableaux en gravure pour tous »[357].

Congrès de Bruxelles de 1858 et harmonisation des durées de protection. Alors que les discussions étaient virulentes en France concernant la nature du droit d'auteur, l'enjeu de la durée de la propriété littéraire et artistique fut également débattu à l'échelle internationale. Plus de quatre cents personnes issues d'une quinzaine de pays se réunirent lors du Congrès de Bruxelles de 1858 avec pour objectif principal (et ambitieux) la reconnaissance internationale et officielle d'une propriété des auteurs sur leurs œuvres et l'instauration d'une durée harmonisée de celle-ci. Ce congrès fût tenu dans un contexte particulier. Dans les années 1840, le socialisme régnait en France, et les (nouveaux) économistes libéraux profitèrent de ce débat pour défendre un droit de propriété naturel appliqué au droit de la propriété intellectuelle. De plus, l'essor du libre-échange, notamment en Europe, facilitait les actes de contrefaçon, certains éditeurs profitant de législations peu favorables (ou tout du moins mal rédigées) aux auteurs. En 1840, plus de 80% des catalogues des éditeurs belges Méline ou Haumann étaient des reproductions illicites (une convention franco-belge signée en août 1852 mit toutefois un terme à ces pratiques)[358]. Dès les premiers échanges, nombreux furent les partisans d'une propriété perpétuelle de l'auteur sur son œuvre et Modeste, Passy, Paillottet (disciples de l'économiste libéral Bastiat) soutinrent à nouveau cette théorie dans leur ouvrage de 1859, « *Etudes sur la propriété intellectuelle* »[359]. La théorie d'un droit perpétuel de l'auteur fut déjà développée précédemment, en 1844, par Jobard, sous le nom de « *théorie du monautopole* ». L'ouvrage « *Etudes sur la propriété intellectuelle* » fit grand bruit lors de sa publication et déchaina les foudres des opposants à une propriété perpétuelle de l'auteur sur ses œuvres. Toutefois, malgré les divergences d'opinions, la principale mission du Congrès de Bruxelles, aboutir à une reconnaissance internationale de la propriété littéraire et artistique en faveur des auteurs, fût votée à l'unanimité et préfigura la Convention de Berne de 1886[360]. Mais la principale harmonisation française concernant les délais de protection fut celle concernant les disparités liées à la qualité d'héritier de l'auteur (4).

4) Tendance à l'harmonisation et application d'une durée de protection non graduée

Nécessité de proroger la durée du droit d'auteur. Néanmoins, il était nécessaire selon le législateur de proroger la durée des droits en faveur des héritiers des auteurs, mais avant tout d'augmenter la durée de ces droits afin d'augmenter le revenu perçu par l'auteur en contrepartie d'une cession de ceux-ci[361], car « *[l]e cessionnaire calcule le prix en raison des*

[357] *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, présenté par M. le conseiller d'Etat Riché, rapporteur, 24 février 1866, p. 255-256
[358] D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 38, néanmoins un accord franco-belge deu 12 août 1852 mettra un terme à ces pratiques
[359] *Ibid.*, p. 36
[360] *Ibid.*, p. 38
[361] *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, présenté par M. le conseiller d'Etat Riché, rapporteur, 24 février 1866, p. 234 : « *il y a lieu d'étendre la durée des droits des héritiers, autres*

chances de durée de la chose qu'il achète. Si l'auteur ne doit vraisemblablement laisser que des collatéraux ou des légataires dont le droit ne sera également que décennal, l'éditeur n'accorde à l'auteur qu'un prix modique […] en sorte que l'auteur vend plus ou moins cher, selon l'espèce d'héritiers que les hasards de la nature lui réservent ! »[362]. Mais cette prorogation de durée en faveur des héritiers ne devait plus être établie de façon graduelle, selon les seuls « mérites » [363] et le degré de proximité filiale de chaque classe d'héritiers[364]. La fin de la différenciation de la durée selon l'espèce d'héritiers avait déjà été proposée dans les projets de loi français de 1825, 1839[365], 1841, et dans un projet belge de 1859-1861. Cette différence de durée n'existait d'ailleurs pas dans la loi italienne de 1865.

Prolongation de la durée post-mortem auctoris. Basée sur la vie de l'auteur, la détermination d'une période d'exclusivité post-mortem auctoris plus longue avait donc deux objectifs principaux: rémunérer les survivants de l'auteur qui appartiennent à sa famille (cette durée post-mortem fait ainsi office d'héritage)[366], mais surtout de permettre à l'auteur de négocier à la hausse le prix de cession de ses droits à un exploitant (éditeur par exemple). Il paraît néanmoins peu probable qu'une prolongation de plusieurs années des droits d'auteur puissent concrètement permettre cela étant donné l'incroyable volatilité des retours sur investissement dans le domaine littéraire et artistique: si un exploitant d'œuvres n'a pas de réelle visibilité sur les futures ventes de l'œuvre, une prorogation des droits d'exploitation ne risque pas d'influencer le montant qu'il est prêt à payer en amont à l'auteur pour les obtenir. Toutefois, le choix d'une durée de protection post mortem auctoris fut consacré définitivement en France dès 1866 (§II).

---

que les descendants, et dans l'intérêt de ces héritiers, et surtout dans l'intérêt des auteurs eux-mêmes, afin que dans tous les cas leur droit puisse se traduire en argent d'une manière également avantageuse pour eux »

[362] *Ibid.*, p. 236-237

[363] TROPLONG, cité par M. SAINTE-BEUVE, Rapport au Sénat sur la loi relative aux droits des héritiers et ayants cause des auteurs, 7 juillet 1866, p. 326 : « *Sans doute, l'œuvre de la pensée est la plus personnelle de toute ; mais, tandis que le mari était occupé à ses compositions, la femme se dévouait aux soins du ménage, à l'éducation des enfants : chacun d'eux a donc mis à la masse commune sa part* »

[364] *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, présenté par M. le conseiller d'Etat Riché, rapporteur, 24 février 1866, p. 236, 238 : « *L'Etat fait aujourd'hui une concession plus longue aux descendants qu'aux collatéraux ; on resterait fidèle à l'esprit des précédents, on s'approcherait de cet idéal de perfection philosophique et morale vers lequel doivent le plus possible graviter nos lois, si l'on graduait ainsi le droit des successeurs autres que la veuve : trente ans aux descendants ; vingt ou trente ans aux ascendants, frères et sœurs et neveux, peut-être même viagérat aux ascendants ; dix ans aux autres collatéraux. –Tel était l'avis du Conseil impérial de l'Instruction publique […]La durée du droit sera toujours aléatoire selon celle de la vie de l'auteur ou de sa veuve ; mais la durée après leur mort doit être uniforme et non fortuite, afin que la mesure du profit de l'auteur soit le plus possible la même que celle de la bonté de l'ouvrage, afin que l'éditeur, ne craignant aucune chance mauvaise, accorde à l'écrivain la rétribution qui est le but de l'institution des droits d'auteur ! Cela compris, la durée du droit imparti aujourd'hui aux descendants devient la base nécessaire de l'extension uniforme à accorder aux héritiers »*

[365] P-E. MOYSE, *La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole?*, 43 Mc Gill Law Journal 507, 1998, p. 34-35: Dès 1825, une commission extraparlementaire, présidée par La Rochefoucault, avait été chargée par Charles X d'élaborer un projet de loi (qui n'aboutit pas). Reconduit par Louis-Philippe, un nouveau projet fut déposé à la Chambre des pairs en 1839, mais celui-ci fût également rejeté pour un article qui disposait une présomption véritablement défavorable à l'auteur : « *Les auteurs d'ouvrages d'art […] pourront céder le droit exclusif de les reproduire ou d'en autoriser la reproduction, en conservant néanmoins eux-même la propriété de l'ouvrage original. Mais en cas de vente dudit ouvrage, le droit exclusif de le reproduire ou d'en autoriser la reproduction par l'impression, la gravure, le moulage ou toute autre matière est transmis à l'acquéreur, à moins d'une stipulation contraire* ». Si le projet de loi fut retoqué, un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1842 puis un jugement de la Cour de Paris en 1843 appliquèrent pourtant la logique de cet article.

[366] *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, présenté par M. le conseiller d'Etat Riché, rapporteur, 24 février 1866, p. 239 : « *Mais considérons que c'est l'auteur lui-même, le prix à recueillir par l'auteur, que nous avons en vue en assurant à l'arrière-cousin non l'exercice lucratif du droit que l'auteur aurait cédé, mais la qualité, le titre qui sert de mesure à la durée des droits de l'éditeur, et par conséquent au prix qu'il payera à l'auteur […]*»

§II. Consécration d'une propriété *sui generis* limitée dans le temps

Dès 1866, le choix d'une propriété *sui generis* dont la durée était basée sur la vie de l'auteur fut entériné (A'). Malgré de nombreuses tentatives de modernisation de la loi de 1866 (B'), il fallut attendre 1957 pour que soit rédigée la loi instituant le modèle actuel de protection du droit d'auteur (C').

A'. Choix d'une propriété *sui generis* d'une durée post mortem auctoris

La réforme législative de la propriété littéraire et artistique connu de nombreux échecs au XIXème siècle (1), jusqu'à ce que soit consacrée le modèle d'une propriété *sui generis* limitée dans le temps en 1866 (2).

1) Projets de loi et fin des privilèges

Les débats portant sur la réforme de la propriété littéraire et artistique ciblaient ainsi l'éventuelle instauration de l'un des trois systèmes possibles régissant la propriété littéraire et artistique des auteurs et de leurs héritiers: une propriété littéraire et artistique perpétuelle avec redevance (système imaginé par le projet de loi de la commission de 1861); une propriété littéraire et artistique perpétuelle basée sur le droit commun (application d'une propriété naturelle de l'auteur, soit l'aboutissement de la pensée jusnaturaliste et lockéenne); une propriété littéraire et artistique temporaire encadrée par une règlementation spéciale (propriété *sui generis* de l'auteur propre au domaine littéraire et artistique).

Refus d'une propriété de droit commun aux œuvres. Or, le choix du système à appliquer, ne pouvait, selon le rapporteur du projet de loi, être celui de droit commun car « *la propriété littéraire diffère essentiellement de la propriété ordinaire, par son origine, par sa nature et par sa destination* »[367]. En effet, « *[l]a nature de la propriété littéraire est spéciale comme son origine et ne présente pas les éléments essentiels de la propriété ordinaire, c'est à savoir, l'approbation et l'exclusion d'autrui. Au contraire, l'usage et l'exercice du droit d'après sa nature supposent la tradition au moins partielle, la communication obligée au public, de telle sorte que la pleine appropriation du droit s'anéantit sitôt que le droit s'exerce. La destination essentielle, de l'œuvre intellectuelle est sa vulgarisation même, cette communication au public, sans lequel elle n'aurait plus sa raison d'être. […] Et, en effet, la pleine propriété n'existe pour l'œuvre littéraire ni avant, ni après la publication. –Avant, la possession du manuscrit et le droit même de l'anéantir n'entrainent pas une appropriation sérieuse, puisque la chose ne reçoit pas un emploi conforme à sa nature et à sa destination. –Après la publication, la possession exclusive a cessé, et elle ne peut revivre que par l'intervention de la loi positive qui règle librement les facultés nouvelles dérivant de la livraison au public de l'œuvre intellectuelle* »[368]. Ce projet de loi se voulait une opposition claire à une propriété littéraire et artistique fondée sur la propriété de droit commun et dont la conséquence première aurait été la perpétuité des droits exclusifs d'exploitation ce qui aurait été à la fois

[367] *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, présenté par M. le conseiller d'Etat Riché, rapporteur, 24 février 1866, p. 302
[368] *Ibid.*, p. 303-304

une barrière significative à la diffusion du savoir et donc à l'accès du public à la connaissance: « *[l]e règlement à faire par la loi positive doit sans doute fixer, dans une large mesure, le droit du travail intellectuel ; -mais c'est à l'intelligence, c'est au progrès libéral qu'elle rend hommage…., quand elle refuse de consacrer les monopoles indéfinis, les aristocraties intellectuelles…, qui seraient la conséquence de la perpétuité de la propriété littéraire sous l'empire du droit commun. Il n'est pas sérieux de prétendre que le droit indéfini de la famille n'augmenterait pas le prix du livre et ne serait pas notablement dommageable à la diffusion des lumières et à la marche du progrès. Les difficultés de l'application du droit commun à la propriété littéraire sont victorieusement démontrées par les tentatives infructueuses de 1825, 1836, 1863. Elles ne sont qu'imparfaitement éludées par tous les expédients expérimentés ; la redevance, la déchéance, la prescription, l'expropriation incorporelle, l'incessibilité, l'insaisissabilité, exceptions si graves et si nombreuses, qu'elles anéantissent la règle du droit commun. […] En définitive, tous les essais tentés à diverse époques ont démontré l'impossibilité absolue d'organiser rationnellement la perpétuité de la propriété intellectuelle, ni suivant le mode exceptionnel de la redevance, ni suivant les règles ordinaires du droit commun* »[369]. Ce rapport aboutira à la loi de 1866, malgré l'échec de nombreux projets, et une durée limitée post mortem auctoris de la propriété littéraire et artistique fut consacrée.

Nouveau projet de loi. Après une accumulation d'échecs législatifs, la réforme de la propriété littéraire et artistique fut de nouveau entreprise en 1861 par le biais d'une commission. Celle-ci, nommée par Napoléon III, rédigea son projet de loi sur les bases du principe de la propriété littéraire et artistique perpétuelle. Cette commission « *chargée de préparer un projet de loi pour réglementer la propriété littéraire et artistique* », présidée par le Comte Walewski, aboutit à une esquisse de législation qui affirmait la perpétuité de la propriété littéraire et artistique. Ce texte développait une réglementation particulière: l'auteur et ses héritiers profitaient d'une période de cinquante années de pleine jouissance des droits de reproduction et de représentation, puis une redevance indéfinie fixée à 5% sur le prix des reproductions d'œuvres intellectuelles. Mais le Conseil d'Etat retoqua ce projet de loi et en rédigea un autre basé sur la temporalité du droit d'auteur qui fut transmis au Corps législatif[370]. Malgré le rejet de ce projet de propriété littéraire et artistique perpétuel, Morillot s'inquiétait que cette tendance à la perpétuité du droit d'auteur n'aboutît à terme[371].

Fin des privilèges et compromis entre intérêts privés et publics. Entre temps, en 1864, Napoléon III décida de mettre un terme au système des privilèges mis en place par Louis XIV et renforcé par Napoléon Ier[372]. C'est la fin des monopoles de répertoires délivrés à une

---

[369] *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif aux droits des héritiers et ayants cause des auteurs*, par M. PERRAS, député au Corps législatif, 31 mai et 1er juin 1866, p. 304 à 305

[370] *Ibid.*, p. 266

[371] MORILLOT, *De la nature du droit d'auteur*, publié dans *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels, et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, A. Cotillon et Cie, 1878, p. 118: « *Cette perpétuité, qui n'existe pas aujourd'hui, existera demain. Deux fois déjà elle a failli, en France, être reconnue par la législation. La commission instituée par l'empereur en 1861 pour préparer un projet de loi sur le droit d'auteur, avait admis une propriété littéraire et artistique perpétuelle, se transformant au bout de cinquante ans en un droit à une simple redevance. Cinq ans plus tard, la commission législative chargée d'examiner le projet qui est devenu la loi du 11 juillet 1866, s'est prononcée à la majorité de cinq voix contre quatre pour le système de la perpétuité, qui a failli triompher devant le Corps législatif. Si donc ce système n'a pas pour lui le présent, il a certainement pour lui l'avenir. C'est parce que la législation n'a pas atteint sur ce point sa formation définitive, qu'elle n'a pas encore consacré ce principe. Mais toutes les lois modernes, manifestement portées à étendre de plus en plus le délai de protection, tendent naturellement vers la perpétuité* »

[372] Bien que celui-ci soit contre la mise en place d'une durée des droits trop longue: « *Une propriété littéraire se trouvant, par le cours des successions, divisée en une multitude d'individus, finirait, en quelque sorte, par ne plus appartenir à personne. Car comment un grand nombre de propriétaires, souvent éloignés les uns des autres et qui après quelques générations se connaissent à peine, pourront-ils s'entendre pour réimprimer l'ouvrage de leur auteur commun? Cependant*

communauté restreinte de théâtres qualifiés de « privilégiés », et le début de la libéralisation d'un marché du monde du spectacle qui durera pendant toute la IIIème République, soit jusqu'en 1940[373]. Le 24 février 1866, le rapporteur du *projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, le Conseiller d'Etat Riché, rappela dès l'exposé des motifs que le but essentiel de ce texte était de « *concilier sagement les intérêts privés et l'intérêt public en ce qui concerne les droits spéciaux accordés aux auteurs et à leurs familles…* »[374]. Compromis obligatoire selon Riché pour qui le droit d'auteur s'inscrivait dans un équilibre nécessaire entre le respect de la dimension personnelle de la création de l'auteur et le droit du public d'avoir accès aux œuvres intellectuelles[375]. Chose qui n'était pas le cas selon lui avec la loi qu'il souhaitait réformer. La loi de 1866 consacra toutefois définitivement le modèle de protection basé sur la vie de l'auteur (2).

2) Loi de 1866 et consécration d'une protection post mortem auctoris limitée

Loi du 14 juillet 1866[376]: durée limitée et débat permanent. Il est toutefois dommageable de constater que le fond du débat (la nature de la propriété littéraire et artistique), bien qu'abordé au cours de la rédaction de ce projet de loi, ne fut pas réellement tranché dans la rédaction du texte final. En effet, la loi du 14 juillet 1866, loin de répondre aux différentes questions concernant l'essence des droits d'auteur, se contenta d'instaurer un délai de protection de cinquante ans post mortem auctoris[377]. Ainsi, à partir de cette date, « *la loi [de 1866] soustrait le droit d'auteur au domaine public pendant ce laps de cinquante ans dans tous les cas où un héritier, successeur, donataire, légataire ou cessionnaire, existe qui peut revendiquer et exercer le droit. Le texte dit formellement que le droit, d'ailleurs régi par les prescriptions du Code Napoléon, sauf en ce qui touche la veuve ou le mari survivant, ne revient à l'Etat avant l'expiration de la période de cinquante ans qu'à défaut d'autres ayants droit et ne s'éteint pas, lorsqu'il n'y a plus d'autres héritiers, si à ce moment-là il y a encore des cessionnaires. Les créanciers, s'il y en a, peuvent même faire argent du droit en le faisant vendre pour le temps qui reste à courir jusqu'à l'expiration de la période de cinquante ans* »[378]. Malgré cette nouvelle loi de 1866, les auteurs et artistes ne cessèrent de réclamer la rédaction de nouveaux textes de loi. Ces considérations furent défendues lors de congrès internationaux sur le droit d'auteur. Après celui de Bruxelles en 1858, il y eu ceux d'Anvers en 1861 et 1877, puis le congrès de Paris au cours de l'exposition universelle de 1878. Victor Hugo, très concerné par ces revendications, participa la même année à la création de l'Association Littéraire et Artistique Internationale (« ALAI ») qui influença

---

s'il n'y parviennent pas et qu'eux seuls aient le droit de le publier, les meilleurs livres disparaîtront insensiblement de la circulation »

[373] D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 37

[374] Conseiller d'Etat RICHE, rapporteur, *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, 24 février 1866, p. 228, disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[375] *Ibid.*, p. 303-304 : « *[…] il s'établit donc sur l'œuvre intellectuelle une sorte de co-propriété qui comporte la nécessité d'un partage, sauvegardant l'intérêt privé et l'intérêt de la civilisation. De l'aveu de tous, le droit personnel s'affaiblit et le droit du public s'agrandit à mesure que l'œuvre s'éloigne de son auteur. Il n'en est pas ainsi de la propriété ordinaire qui reste toujours entière à travers les phases de l'hérédité perpétuelle* », disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[376] *Loi sur les Droits des héritiers et ayants cause des auteurs*, 14 juillet 1866, N° 14,407, disponible sur *Primary sources on copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[377] G. GALVEZ-BEHAR, *Si loin, si proches. Inventeurs et auteurs au regard de la propriété intellectuelle dans la France du XIXème siècle*, publié dans Les Mythes de la science : inventeurs et invention. Colloque organisé par la MSH-Nord-Pas-de-Calais, France, 2005, p. 6

[378] E. MACK, *De la durée du droit d'auteur*, disponible sur gallica.bnf.fr/ Bibliothèque nationale de France, 1893, p. 15-16

significativement la rédaction de la loi de 1910. Cette nouvelle loi permit d'énoncer explicitement l'un des préceptes majeurs du droit d'auteur moderne selon lequel la propriété incorporelle est indépendante de l'objet matériel: « *l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraine pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction* ». C'est le fondement juridique de la distinction de l'œuvre et de son support après des années d'hésitations jurisprudentielles et de débats théoriques[379].

Un privilège exclusif consacré par la jurisprudence. Néanmoins, si la question de la nature de la propriété littéraire ne connut pas de réponse définitive au cours du XIXème siècle, l'utilisation du terme « propriété » fut abandonnée par la Cour de cassation dès 1887, suite à l'arrêt *Ricordi* dans lequel elle décida de qualifier le droit accordé à l'auteur de « *privilège exclusif* »: « *[l]es droits de l'auteur et le monopole qu'ils confèrent, désignés d'ordinaire sous la dénomination de propriété littéraire, ne constitue pas, à proprement parler, une propriété, ils confèrent seulement aux personnes qui en sont investies le privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire […]* »[380]. Ce rejet de la qualification de propriété ne fut d'ailleurs pas motivé par des considérations portant sur la nature de la propriété littéraire et artistique mais plutôt parce que le droit d'auteur était d'une durée limitée[381]. Une position similaire fut tenue dans un arrêt *Lecocq* de la Cour d'appel de Paris du 1er février 1900: « *[c]onsidérant finalement que ces droits ont été et restent seulement des privilèges exclusifs d'exploitation temporaire, alors ils restent en dehors de toute classification du Code civil* »[382].

Dès le début du XXème siècle, il a donc semblé nécessaire au législateur français de rédiger et mettre en place une réforme législative générale concernant le droit d'auteur, ce qu'avaient déjà fait de nombreux pays européens à cette époque (Espagne en 1879, Belgique en 1886, Allemagne en 1901 et Grande-Bretagne en 1910 notamment). De nombreux projets furent ainsi déposés et étudiés (B').

B'. Projet Zay ou la tentative infructueuse de modernisation de la loi de 1866

Jean Zay, fervent opposant au concept de propriété littéraire et artistique, déposa un projet de loi en 1936 afin de moderniser la loi de 1866 (1). Mais face aux vives critiques que souleva cette vision (trop ?) moderne (pour l'époque), le projet fut rapidement abandonné (2).

1) Le projet Jean Zay, entre modernisme et opposition au concept de propriété intellectuelle

Projet de loi de Jean Zay. Alors Ministre de l'Education nationale et des Beaux-Arts, Jean Zay soumet le 13 août 1936 à la Chambre des députés un projet de loi concernant le droit

[379] Voir précédemment
[380] Arrêt *Ricordi*, Cass. Req. 25 juillet 1887, Recueil périodique et critique, 1888
[381] P. KAMINA, *Author's right as property : old and new theories*, 48 J. Copyright Soc'y U.S.A. 383, 2000-2001, p. 403
[382] Arrêt *Lecocq*, SIREY 1900, 2, 121, cité par P. KAMINA, *Author's right as property : old and new theories*, 48 J. Copyright Soc'y U.S.A. 383, 2000-2001, p. 403

d'auteur et le contrat d'édition. Son but annoncé était de moderniser en profondeur le droit de la propriété littéraire et artistique et de l'adapter aux nouveaux marchés de la culture et notamment les nouveaux modèles techniques de diffusion tels que le cinéma, la télévision, ou encore la radio[383]. Zay basa son projet sur la ligne directrice du Front Populaire[384], lui donnant ainsi une véritable dimension politique. L'auteur était un « *travailleur intellectuel* »[385], et il était indispensable de légiférer pour cette « *catégorie sociale oubliée* »[386]. Ce projet fut réalisé dans le contexte particulier de l'entre-deux-guerres, période pendant laquelle ce sont véritablement imposés les éditeurs sur un marché en pleine expansion et dont les seuls perdants semblaient être les auteurs[387].

Opposition à la conception propriétariste. Zay dénonçait une inadaptation de la conception naturaliste et propriétariste du droit d'auteur français issu des lois révolutionnaires de 1791 et 1793. Zay réfutait ainsi l'utilisation dans son rapport du terme « *propriété* » par Le Chapelier, qui selon lui n'était qu'un stratagème pour passer sous silence le terme « *privilège* », celui-ci rappelant trop le régime féodal: « *[l]e thème essentiel sur lequel est en quelque sorte bâti notre texte, c'est cette conception juridique qui attribue, ou plutôt qui restitue, au droit d'auteur son caractère véritable : celui d'un droit d'une nature spéciale, portant sur les créations intellectuelles, et profondément différent du droit de propriété, qui porte sur les biens mobiliers et immobiliers ; celui d'un droit inhérent à la personnalité de l'auteur, inaliénable, ne pouvant être exercé que par l'auteur lui-même* »[388]. Zay critiquait également l'absence de régulation légale du contrat d'édition, ce qui était pour lui une lacune inacceptable de la loi française de l'époque et une véritable difficulté pour les auteurs.

---

[383] J. ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, session du 13 août 1936, Documents parlementaires, annexe n°1164, p. 1708, ce projet de loi se veut foncièrement moderne (le régime juridique des œuvre publiées dans la presse quotidienne est d'ailleurs également évoqué)

[384] J. ZAY / J.-M. BRUGUIERE, *Le droit d'auteur au temps du Front Populaire, le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Volume 12, Dalloz, 2015, p. 27: « *le projet de loi […] [n]ovateur, mais cohérent, inspirés des textes illustres votes par la Constituante et la Convention nationale, dans la tradition de Renouard et de Proud'hon, s'appuyant sur les études et sur les travaux d'éminents juristes contemporains, tenant compte de l'esprit de décisions judiciaires récentes, complété, adapté aux exigences des formes multiples de l'édition moderne, il est de nature, croyons-nous, à favoriser la collaboration efficace des auteurs et des éditeurs dans le respect mutuel de leurs droits* »

[385] J. ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, session du 13 août 1936, Documents parlementaires, annexe n°1164, p. 1707 : « *Une autre notion essentielle nous a inspirés. L'auteur ne doit plus être considéré comme un propriétaire, mais bien comme un travailleur, auquel la société reconnaît des modalités de rémunération exceptionnelles, en raison de la qualité spéciale des créations issues de son labeur. […] C'est sous le signe du travail, et non sous le signe de la propriété, que doit être construit ce nouveau droit français accordant aux auteurs, dans leur intérêt propre, comme dans l'intérêt spirituel de la collectivité, la protection légitime due à ceux qui forment, suivant la magnifique expression d'Alfred de Vigny, la 'Nation de l'Esprit'* »

[386] J. ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, session du 13 août 1936, Documents parlementaires, annexe n°1164, p. 1706 : « *Une catégorie de travailleurs, de travailleurs intellectuels, est cependant demeurée exclue de ces avantages [améliorations de la condition des travailleurs]: celle qui les auteurs, les compositeurs de musique, les artistes, c'est-à-dire tous les créateurs d'œuvres originales, qui enrichissent le patrimoine littéraire et artistique de la nation* »

[387] G. SAPIRO et B. GOBILLE, *Propriétaires ou travailleurs intellectuels*, Revue Le Mouvement Social, 2006, n° 214, p. 117, cité par J. ZAY / J.-M. BRUGUIERE, *Le droit d'auteur au temps du Front Populaire, le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Volume 12, Dalloz, 2015, p. 7: « *Ce n'est que dans l'entre-deux-guerres que la conception de l'activité littéraire comme travail a commencé à s'imposer véritablement face à la montée en puissance des éditeurs, désormais perçus comme patrons ou employeurs à l'instar des patrons de presse, et pour faire valoir les droits sociaux des écrivains. L'apparition d'une fonction éditoriale distincte de celle de librairie et le developpement autonome de cette activité entrepreneuriale qui participe de la création de la valeur littéraire ont, en effet, entrainé la mise en place de rapports contractuels entre l'éditeur et ses auteurs, lesquels s'apparentent de plus en plus à la relation entre un employé et son employeur sans en octroyer les droits. L'expansion sans précédent du marché du livre à la fin du XIXème siècle associée à la croissance inédite du nombre d'auteurs à la faveur de la généralisation de la scolarisation et du développement de nouveaux medias, a engendré une crise structurelle dont pâtissent surtout ceux qu'on désigne alors sous l'expression prolétariat intellectuel* »

[388] J. ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, session du 13 août 1936, Documents parlementaires, annexe n°1164, p. 1707

Equilibre entre auteurs et exploitants. Le projet de loi de Zay se voulait un moyen de rééquilibrer les rapports entre auteurs et les exploitants d'œuvres littéraires et artistiques (cessionnaires des droits d'auteur), en créant légalement une place centrale aux créateurs d'œuvres littéraires et artistiques. Le droit moral, reconnu par la jurisprudence et au niveau international depuis la Convention de Berne de 1886, fut consacré dans les articles 1er et 20 de son projet de loi (selon que l'auteur fût vivant ou mort)[389]. Le projet de modernisation de la protection des œuvres littéraires et artistiques déposé par Zay fut rejeté en bloc aussi bien par de nombreux politiques que par la plupart des grands acteurs économiques du marché de l'édition, et fut donc rapidement abandonné (2).

2) Une dimension sociale et un calcul de la durée de protection vivement critiqué

Durée de protection révolutionnaire. Concernant la durée de protection, deux propositions révolutionnaires furent établies dans le projet: la division en deux parties de la période de cinquante années post mortem (la première de dix ans et la seconde de quarante, au cours de laquelle l'exclusivité de reproduction n'existait plus[390]), et la prolongation de cette durée post mortem dans le cas où le conjoint, les enfants et/ou petits-enfants de l'auteur survivraient cette période, impliquant explicitement une durée de protection post mortem basée sur une rémunération de deux générations suivant la mort de l'auteur[391]. La seconde période correspondait donc finalement à un domaine public payant, d'une durée de quarante ans, avant que l'œuvre ne tombe intégralement et définitivement dans un domaine public gratuit. In fine, ce domaine public payant était tout simplement la continuité de l'application des droits patrimoniaux (ou pécuniaires), mais sans le critère d'exclusivité. Tout exploitant pouvait décider, sans l'accord des titulaires de ces droits, d'exploiter l'œuvre, sous réserve néanmoins de respecter le droit moral de l'auteur et de payer des royalties aux titulaires des droits.

Critiques et abandon du projet. Les débats autour du projet de Jean Zay cristallisèrent les oppositions politiques de l'époque concernant le droit d'auteur: l'une sociale, recherchant l'application d'un statut de « travailleur intellectuel » à l'auteur, et l'autre libérale, prônant la suprématie du contrat d'édition comme outil de régulation du marché de la culture et le désengagement de l'Etat dans ce domaine[392]. Le projet de Zay, vivement critiqué par les éditeurs[393], et tout particulièrement par Bernard Grasset[394], fut rapidement abandonné sous la

---

[389] *Ibid.*, p. 1709-1710

[390] Cette seconde période laissait libre cours à toute exploitation de l'œuvre, néanmoins, cette exploitation devait donner lieu « *à une rémunération au profit des personnes à qui appartenait la jouissance du droit pécuniaire de l'auteur avant qu'eût pris fin ledit délai de dix ans [… ne pouvant] en aucun cas, être inférieure à 10% du produit brut de l'exploitation* », J. ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, session du 13 août 1936, Documents parlementaires, annexe n°1164, article 21 alinéa 3, p. 1710, cette division de la période de protection post mortem s'appuyait sur le Copyright Act anglais de 1911 : « *Cependant, dans le Copyright Act de 1911, elle* [la Grande-Bretagne] *a admis, sans que personne lui en ait jamais fait grief, que cette durée de cinquante ans pouvait parfaitement se diviser en une première période, où les titulaires du droit d'auteur possèdent un monopole exclusif d'exploitation, et en une deuxième période, où l'exploitation est libre, à charge pour les exploitants de verser une redevance équitable aux héritiers testamentaires ou légaux de l'auteur. La première période est, dans la loi anglaise de vingt-cinq ans. Nous proposons de la fixer à dix ans seulement, fidèles en cela aux idées des législateurs de la Constituante et de la Convention nationale, des rapporteurs des lois de 1791 et de 1793* », J. ZAY / J.-M. BRUGUIERE, *Le droit d'auteur au temps du Front Populaire, le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, p. 21

[391] J. ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, session du 13 août 1936, Documents parlementaires, annexe n°1164, dans l'exposé des motifs

[392] J. ZAY / J.-M. BRUGUIERE, *Le droit d'auteur au temps du Front Populaire, le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Volume 12, Dalloz, 2015, p. 2

[393] J. ZAY / J.-M. BRUGUIERE, *Le droit d'auteur au temps du Front Populaire, le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Volume 12, Dalloz, 2015, p.7 : « *Mais, du côté des éditeurs, ce fut une autre affaire… Plusieurs crurent l'entreprise dirigée contre leur industrie. Ce fut en vain, pendant de longs mois, qu'on leur représenta qu'il s'agissait, non*

pression des principaux acteurs économiques du marché de l'édition. Dénonçant la durée exclusive d'exploitation de dix ans, Bernard Grasset s'inquiétait que cette courte période n'impliqua que les éditeurs deviennent moins dépensiers à l'égard de leurs nouveaux auteurs[395], ceci ayant donc pour conséquences la réduction du nombre d'auteurs édités et la diminution du montant de leur rémunération. C'est d'ailleurs chez Grasset que trois juristes, Jean Rault, François Hepp et Jean Escarra, publièrent une critique virulente de ce projet de loi[396]. Ceux-ci attaquèrent vigoureusement (notamment) la conception de « travailleur » de l'auteur défendue par Zay. Selon eux, cette qualité ne pouvait s'accorder avec une appropriation totale de l'œuvre par son créateur[397]. Ils s'emportèrent également contre la durée du premier terme de dix ans, qu'ils considéraient comme excessivement brève, et contre la période de libre exploitation des œuvres (sous réserve de rémunérer l'auteur) car celle-ci passait outre la dimension « *intuitus personae* » établie par le contrat d'édition[398], et créait un blocage de l'économie de l'édition car les éditeurs n'auraient plus l'opportunité de couvrir leurs dépenses[399]. Néanmoins, ils reconnurent « *l'analyse correcte des prérogatives de l'auteur – droit pécuniaire et droit moral – telles que la théorie juridique moderne les a mises en lumière* »[400]. Il fallut attendre 1957 pour que soit rédigée et validée la loi instituant le modèle actuel de protection offert par le droit d'auteur (C').

---

de favoriser les auteurs au préjudice des éditeurs, mais de faciliter leur indispensable collaboration. Il y avait d'ailleurs, en l'occurrence, un intérêt supérieur à celui de l'auteur et à celui de l'éditeur : c'était l'intérêt de l'œuvre, que le projet se préoccupait de servir avant tout. Au lieu de venir s'asseoir autour de la table où nous les invitions à travailler en bonne foi, certains éditeurs se réfugièrent dans la polémique, souvent par personnes interposées. M. Bernard Grasset prit lui-même sa plume la plus virulente », à noter que selon J. Zay il y eut toutefois des exceptions à ce mouvement : « *Il y eut heureusement des exceptions : chez Flammarion, M. Max Fischer sut défendre avec ténacité ce qu'il croyait être la vérité, tout en demeurant courtois et conciliant* »

[394] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes, 2001/2, n°5, p.51, néanmoins, ZAY reconnu que les auteurs furent plus euphoriques que les éditeurs quant à ce projet : « *La plupart [des écrivains], et non les moins importants se firent les champions enthousiastes du projet. Un article décisif de Jules Romains attachât le grelot. La Société des Gens de Lettres et son président Jean Vignaud entrèrent en campagne avec ardeur.* », cité par l'auteur, note n°25

[395] J. ESCARRA, F. HERPP et J. RAULT, *La doctrine française du droit d'auteur, Etude critique à propos de projets récents sur le droit d'auteur de ce contrat d'édition*, Grasset, 1937, disponible dans J. ZAY / J.-M. BRUGUIERE, *Le droit d'auteur au temps du Front Populaire, le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, p. 52 : « *Il est à redouter, a écrit Bernard Grasset, dans un article dont le retentissement a été considérable, que les éditeurs marquent tous une sévérité bien plus grande envers les talents nouveaux qui s'offriront et surtout que leur bourse soit moins largement ouverte à tous leurs besoins…* »

[396] J. ESCARRA, F. HERPP et J. RAULT, *La doctrine française du droit d'auteur, Etude critique à propos de projets récents sur le droit d'auteur de ce contrat d'édition*, Grasset, 1937

[397] *Ibid.*, p. 40 : « *Si largement que l'on puisse entendre la socialisation des droits intellectuels, il faut sans cesse proclamer que la création d'une œuvre confère à son auteur un minimum de facultés d'appropriation. Appropriation d'ailleurs perpétuelle, puisque le droit d'auteur est, comme le déclare le projet, inaliénable 'en tant que rattaché à la personne même de l'auteur'. Il est en cela comparable au droit au nom et, d'une manière plus générale, à tous les attributs de la personnalité. C'est au surplus dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, que la thèse de la 'personnalité' du droit d'auteur se trouve exacte. Mais s'il en est ainsi, comment peut-on raisonnablement assimiler le titulaire de droits de cette nature à celui dont le droit est d'obtenir la rémunération de son travail ?* »

[398] *Ibid.*, p. 42 : « *Ce qui frappe avant tout dans ce texte (l'article 21, 3° et 4° al.) c'est la brièveté du délai de protection absolue, soit dix ans, qui est inadmissible. Ainsi donc, les titulaires testamentaires ou légaux de l'exploitation du 'droit pécuniaire' qui devraient peut-être procéder, dès le lendemain de la mort de l'auteur, à l'attribution d'une nouvelle concession à un éditeur ou à un entrepreneur de spectacles, ne pourraient concéder que pour dix ans l'exploitation exclusive de l'œuvre ; et à l'expiration de cette période, n'importe qui aurait le droit d'exploiter l'œuvre librement, sous réserve de payer une redevance au moins égale à 10% du produit brut de l'exploitation. Une telle solution est en contradiction formelle avec la notion d'intuitus personae qui est de l'essence du contrat d'édition, et que le projet de loi consacre en interdisant à un éditeur de céder à un autre le bénéfice de son contrat sans l'agrément de l'auteur* »

[399] *Ibid.*, p. 52-53 : « *Et le danger le plus grave le voici : la règlementation proposée paralyserait complètement certains modes d'édition et mettrait alors obstacle à la publication des œuvres les meilleures. L'expérience prouve, par exemple, que les œuvres les plus sérieuses par leur caractère même attendent souvent très longtemps la consécration du succès. Notamment toutes les œuvres marquantes qui apportent un élément neuf susceptible de dérouter le goût du public, et auxquelles ce dernier est long à s'habituer. Pour certaines œuvres, répétons-le, les plus remarquables, il est matériellement impossible d'amortir en dix ans les frais d'édition* »

[400] *Ibid.*, p. 44

C'. Création de la « *Grande loi* » du 11 mars 1957

Dès 1940, plusieurs groupes de réflexion furent composés afin de rédiger de nouveaux projets de loi afin de moderniser la loi de 1866 (1). Ce fut chose faite en 1957 avec l'institution d'une protection patrimoniale *sui generis* limitée dans le temps (2) complétée d'un droit moral perpétuel (3).

1) Nouveaux projets de loi et recherche d'un compromis entre les parties intéressées

Période de guerre et régime de Vichy. A partir de 1940, un groupe de trois juristes spécialisés dans le droit d'auteur et présidé par Lerebourg-Pigeonnières (ce groupe était complété par Herpp et Dommange) décidèrent de reprendre l'étude de la réforme de la propriété littéraire et artistique[401]. Quelques années plus tard, en août 1944, fût créée la Commission de la Propriété Intellectuelle[402] présidée par Jean Escarra, afin de rédiger un projet de loi sur le droit d'auteur. Cette commission, qui faisait suite à un groupe de travail constitué au sein du Comité d'organisation des industries et commerces de la musique, n'aboutit à un projet de loi qu'en 1954. Projet qui fut soumis le 9 juin de la même année à l'Assemblée nationale afin de : « *codifier la jurisprudence qui s'est créée depuis un siècle et demi en matière de droit d'auteur, et fixer en un texte définitif le dernier état de la doctrine française en ce domaine ; répondre également au besoin qu'ont éprouvé les créateurs intellectuels d'être protégés en tenant compte des conditions techniques et économiques nouvelles et aussi des nouvelles formes d'art surgies depuis la législation révolutionnaire* »[403].

Recherche d'un compromis entre les acteurs du marché. Les débats au Parlement durèrent pendant près de 3 ans avant que la loi ne soit définitivement adoptée le 11 mars 1957[404]. La longueur de cette période fut due à la nécessité (et la difficulté) de trouver un consensus qui dépassait les intérêts privé et public qui caractérisaient le débat des années précédentes. Après la Seconde Guerre Mondiale, la réflexion se porta principalement sur la question d'un équilibre entre l'ensemble des acteurs économiques du marché: les auteurs (créateurs d'œuvres), les intermédiaires économiques (exploitants et diffuseurs de contenus) et le public (les consommateurs)[405]. L'enjeu du droit d'auteur devenait ainsi l'atteinte d'un compromis général au sein du marché de la culture et grâce auquel les actes de création, de diffusion et de consommation seraient tous les trois optimisés. Le législateur devint dès lors le coordinateur de cet équilibre fragile.

Loi du 11 mars 1957. Ce fut donc le projet rédigé par la commission de la Propriété Intellectuelle auprès de la direction des Arts et des Lettres, et déposé en juin 1954 à l'Assemblée Nationale, qui donna lieu à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique. Cette loi abrogea la loi de 1793 « *qui pendant cent soixante-trois ans, avec*

[401] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes, 2001/2, n°5, p. 51
[402] *Ibid.*, p.52, commission créée par le Gouvernement provisoire auprès de la Direction générale des Arts et Lettres du ministère de l'Education nationale par décret du 28 août 1944
[403] Exposé des motifs de la loi N° 57- 298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique
[404] Néanmoins, le dernier projet de loi modifié par le Conseil de la République (n° 4199), appuyé du Rapport de M. ISORNI au nom de la Commission de la Justice du 21 février 1957 fut adopté par l'Assemblée nationale, sans aucun débat le 28 février 1957.
[405] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes, 2001/2, n°5, p.54

seulement sept articles, avait suffi à être la protectrice, et dans les matières les plus étendues et les plus insoupconnées, de tout le droit d'auteur »[406]. Voulue comme un texte d'organisation économique dont l'Etat était responsable de l'arbitrage, cette loi unifia le droit d'auteur en l'étendant aux « *œuvres de l'esprit* »[407]. Les « *œuvres de l'esprit* » furent définies par l'originalité de la forme et quelque soient leurs supports. La loi du 11 mars 1957 privilégiait la conciliation des intérêts des « *auteurs* » (et non plus des « *travailleurs intellectuels* ») avec ceux des éditeurs, conçus comme des médiateurs culturels. Elle reléguait donc à l'arrière-plan l'articulation d'un équilibre entre intérêt public et intérêt privé. Après avoir assisté à une « socialisation »[408] du droit d'auteur correspondant à une mutation d'un droit naturel vers un droit social, une nouvelle bascule à été opéré par le législateur d'un « *modèle de la règle et du droit subjectif d'inspiration libérale vers un modèle de balance des intérêts, inspiré par l'Etat providence* » [409]. Cette nouvelle ligne directrice dans la rédaction des règles régissant le droit d'auteur fut la marque de la loi du 11 mars 1957 (2).

2) Une « *grande* » loi instituant une protection *sui generis* limitée dans le temps…

« *Grande loi* » fondatrice. Dès la présentation du projet de loi à l'origine de la loi du 11 mars 1957, Escarra écrivait: « *[s]aisissons l'occasion qui nous est apportée d'affirmer, par une grande loi sur le droit d'auteur, que la défense des œuvres de l'esprit et du génie de leurs créateurs demeure la préoccupation dominante de la nation idéaliste que nous voulons rester* »[410]. Aujourd'hui, parfois jugée de « *fondamentalement mauvaise* »[411], cette loi, malgré quelques imperfections et erreurs fut néanmoins plébiscitée par une majeure partie de la

[406] M. PLAISANT, *Bienvenue à la loi,* RIDA, avril 1958, n° XIX, p. 9, cité par A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 18

[407] Articles 1 et 3 de la Loi n° 57- 298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique

[408] Notamment dans le projet de loi de Zay

[409] A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, Louvain, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, thèse, 1993, p. 650, cité par A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes, 2001/2, n°5, note n° 33 de l'auteur ; voir également : A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes 2/2001, n° 5, p. 37-62, texte issu d'une interview de l'auteur disponible sur http://severino.free.fr/archives/copieslocales/petitehistoiredesbataillesdudroitdauteur.html: « *Pour finir, la loi du 11 mars 1957 est une loi peu politique, une loi de consensus, une loi de pacification réussie, après l'échec de la dernière grande bataille politique menée par Jean Zay. Véritable monument législatif, c'est une loi de légiste, dont le principal auteur est un juriste. […] Derrière la question du statut de l'auteur, on trouve déjà les prémisses de l'organisation par l'Etat de l'action culturelle. Tout laisse à penser qu'on assiste déjà à la naissance d'une organisation de « la société littéraire » (et artistique), à l'émergence d'un « Etat littéraire », comme il y aurait bientôt un « Etat culturel* »

[410] J. ESCARRA, *Le projet de loi sur la propriété littéraire et artistique*, RIDA, oct. 1954, p. 53, cité par M. VIVANT & J.-M. BRUGUIERE, Précis Dalloz, p. 15-16

[411] A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 19 : « *fondamentalement mauvaise par sa philosophie car elle ne faisait que codifier un siècle et demi de jurisprudence rendue coup par coup. […]Manichéenne par sa volonté de favoriser les 'auteurs' au détriment des 'producteurs', au sens large du terme, - c'est-à-dire les véritables moteurs des créations modernes qui nécessitent avant tout des 'initiateurs', des 'investisseurs' et des 'chefs de projets' -, la loi du 11 mars 1957 a handicapé l'ensemble des industries culturelles françaises et coûté à la nation des dizaines, pour ne pas dire des centaines de milliers d'emplois. Il est facile de critiquer constamment le copyright à l'américaine dans les salons parisiens et dans les revues littéraires il n'en demeure pas moins que c'est ce système qui permet aujourd'hui aux Américains d'être les premiers créateurs dans le domaine de l'audiovisuel, de l'édition, des logiciels, des jeux vidéo et même des arts plastiques et graphiques, et aux Etats-Unis d'être le pays ayant les plus importants studios, éditeurs d'ouvrages et de logiciels…On a tendance à oublier qu'avant la guerre de 1914-1918, avant l'arrêt 'Mascarade', c'est-à-dire à l'époque où les producteurs français étaient considérés comme les auteurs des films, 90% des films produits dans le monde étaient d'origine française. Même si la Grande guerre et la sonorisation ont été des facteurs exogènes susceptibles de justifier le déclin du cinéma français, celui-ci s'explique surtout par le concept de cinéma d'auteur que les pouvoirs publics, et les différents ministres de la Culture, ont privilégié jusqu'à ce jour au détriment d'un cinéma de divertissement capable de répondre à la demande du public. Il est inadmissible sur un plan économique et social que le Ministère de la Culture soit autre chose que le ministère chargé de la gestion et de l'entretien des monuments historiques, et se voit confier la gestion du droit d'auteur, c'est-à-dire d'activités telles que la création de logiciels et des jeux vidéo, de l'audiovisuel, de l'édition… c'est-à-dire le noyau dur des industries qui devront assurer l'emploi de la majorité des Français dans le troisième millénaire* »

doctrine[412]. Aujourd'hui intégrée dans le code de la propriété intellectuelle, son intérêt n'est plus à questionner, et elle « *continue largement à régir le droit d'auteur contemporain 'à la française', symbolisé par le droit moral et la place centrale accordée à la notion d'originalité de l'oeuvre*»[413].

Loi de régulation économique. La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, clairement issue d'une création technique purement juridique, n'en restait pas moins un outil de régulation du marché culturel et de ses acteurs économiques. L'influence des poids lourds financiers de ce marché, tel que Grasset et Gallimard, a finalement triomphé du projet Jean Zay et de son désir de voir une culture plus libre et accessible être mise en place et régulée par le législateur[414]. Afin de favoriser les intérêts non dissimulés des éditeurs, la conception du droit d'auteur comme une « *propriété incorporelle* » fut donc consacrée, et ce, malgré la durée limitée de la protection et du droit exclusif d'exploiter l'œuvre. Cette loi fut d'ailleurs reçue avec beaucoup de détachement par la communauté des auteurs[415]. Certains dénoncèrent cette démarche extensionniste et l'influence capitaliste lors de la rédaction de la loi de 1957: « *[a]insi donc, le droit d'auteur né de la Révolution française, loin d'être d'essence personnaliste, est surtout inspiré par des considérations juridico-économiques. C'est le*

---

[412] M. VIVANT & J.-M. BRUGUIERE, Précis Dalloz, p. 15-16: « *la loi de 1957, en dépit d'imperfections qu'on peut toujours relever, fut effectivement une grande loi* »; A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes 2/2001, n° 5, p. 37-62, texte issu d'une interview de l'auteur disponible sur http://severino.free.fr/archives/copieslocales/petitehistoiredesbataillesdudroitdauteur.html : « *Par-là, elle inaugure et est une loi fondatrice. La loi de 1957 constitue un événement historique dans la mesure où elle marque un tournant dans l'institutionnalisation du fait culturel et artistique* » ; également F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle, le droit d'auteur*, 2ème édition, Economica, oct. 2014, p. 44 : « *Malgré quelques imperfections et certaines maladresses de rédaction que l'on ne saurait nier, la loi de 1957 est une grande œuvre, qui eut une influence considérable et assura une protection satisfaisante aux auteurs* »

[413] L. HERVÉ et C. BOUCHOUX, *Rapport d'information fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication par la mission d'information sur la Hadopi*, Sénat reunion extraordinaire 2014-2015, 8 juillet 2015, p. 12; voir aussi F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle, le droit d'auteur*, 2ème édition, Economica, oct. 2014, p. 44: « *Elle constitue aujourd'hui encore, malgré la réforme de 1985 et les changements imposés par les directives européennes, l'essentiel de la législation telle qu'elle apparaît dans le Code de la Propriété intellectuelle. Elle traduit une conception spécifiquement continentale (d'esprit civiliste ou romano-germanique) et plus précisément, française du droit d'auteur, qui présente une réelle originalité et qui est reconnue comme l'un des principaux modèles de système de propriété intellectuelle dans le monde. Elle se caractérise notamment par la place centrale qui est donnée à l'individu créateur dans son dispositif (c'est une loi faite pour défendre les auteurs), par le dualisme du droit, recouvrant des prérogatives d'ordre patrimonial et des prérogatives d'ordre personnaliste (le droit moral), par l'absence de formalité, par le rejet de toute considération de mérite, de hauteur artistique, de destination, de genre ou de forme dans l'octroi de la protection et par sa définition de l'originalité, critère de protection…*»

[414] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes, 2001/2, n°5, p.54 à 56 : « *[a]vec cette loi de 1957, 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 et en idéalisant l'auteur et la création originale, […] elle est avant tout la loi des droits de la médiation culturelle et artistique [et] tout laisse à penser qu'on assiste déjà à la naissance d'une organisation de 'la société littéraire' (et artistique), à l'émergence d'un 'Etat littéraire', comme il y aurait bientôt un 'Etat culturel'* » ; voir également : A. LATOURNERIE, *Droit d'auteur, droits publics : une approche historique*: L'Economie politique, 2004/2, N° 22, p. 21-22 : « *La loi de 1957 est une loi d'organisation économique centrée sur le problème de la propriété et de sa gestion, et qui ignore totalement les droits du public. Intégrant la logique économique au secteur culturel, se présentant comme un compromis entre les impératifs de la création et ceux de la diffusion et de l'exploitation des œuvres, la loi de 1957 est avant tout la loi des éditeurs. Cette tendance est initiée et poussée par les grands éditeurs (Grasset et Gallimard) qui, dès les années 1930, symbolisent la médiation culturelle moderne et occupent une nouvelle place dans les instances de légitimation littéraire. […] Après la guerre, on se limite à organiser les relations entre auteurs et intermédiaires économiques, en laissant de côté la question de la juste articulation entre l'intérêt public et l'intérêt privé. Il est peu surprenant, dès lors, que les droits d'auteur soient devenus une question avant tout 'juridique', et donc 'technique', dont la défense est accaparée par les spécialistes, et bientôt par les groupes d'intérêts et les groupes de pression organisés* »

[415] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes 2/2001, n° 5, p. 37-62, texte issu d'une interview de l'auteur disponible sur http://severino.free.fr/archives/copieslocales/petitehistoiredesbataillesdudroitdauteur.html: « *Loi d'organisation économique, elle est accueillie dans la quasi-indifférence par les auteurs. Le paradoxe et le sens de la loi de 1957 résident dans le fait que, tout en sacralisant et en idéalisant l'auteur et la création originale (tendance que les juristes présentent comme la prolongation d'une longue tradition), elle est avant tout la loi des droits de la médiation culturelle et artistique* »

XIXème siècle qui, par la jurisprudence consacrée par la loi du 11 mars 1957, va tirer le droit d'auteur vers son aspect personnaliste, […] C'est dire que le droit d'auteur dessiné par la Révolution française ne se distingue guère du droit d'auteur anglais ou américain »[416]. Ce texte fut considéré comme étant celui du « *compromis* »[417]. Un compromis qui profitait néanmoins clairement aux titulaires de droits patrimoniaux et n'était pas donc pas si favorable au public[418].

Durées de la protection. La loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique a institué un « *droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* » aux auteurs d'une durée de protection de cinquante ans post mortem auctoris pour toutes les œuvres de l'esprit. Cette protection, au niveau « *patrimonial* » et correspondant à l'opportunité d'exploiter économiquement et exclusivement l'œuvre, était valable dès la création de l'œuvre par son auteur[419]. Pour les œuvres de collaboration[420], le point de départ du terme de cinquante ans était le 1er janvier de l'année civile suivant la mort du dernier collaborateur vivant[421]. Pour les œuvres pseudonymes ou collectives[422], la durée du droit exclusif était également de cinquante années. Mais le point de départ du calcul de ce délai de protection était différent : celui-ci était le 1er janvier de l'année civile suivant la publication[423]. Pour les œuvres posthumes, la durée de la protection commençait à compter de la date de publication de l'œuvre et durait cinquante ans[424]. Ainsi, suivant la qualification de l'œuvre

---

[416] A. KEREVER, *Révolution française et droit d'auteur*, Revue Internationale de Droit d'Auteur, n° 141, 1989

[417] A. LATOURNERIE, *Droit d'auteur, droits publics : une approche historique*: L'Economie politique, 2004/2, N° 22, p. 21-22

[418] Et venait ainsi confirmer les craintes des opposants à la propriété littéraire et artistique perpétuelle (à savoir l'influence dans le débat des intérêts économiques des exploitants d'œuvres), *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, présenté par M. le conseiller d'Etat Riché, rapporteur, 24 février 1866, p. 246 : « *Derrière ce sentiment et cette espérance [de voir la propriété littéraire qualifiée de propriété ordinaire] […], se cachent les intérêts de quelques éditeurs qui ne demandent la perpétuité que pour obtenir une durée plus longue des droits qu'ils achètent* »

[419] Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, art. 1er. « *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 determines par la présente loi* », Journal Officiel de la République Française du 14 mars 1957, p. 2723

[420] Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, art. 9. « *Est dite oeuvre de collaboration, l'oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* », Journal Officiel de la République Française du 14 mars 1957, p. 2724

[421] Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, art. 21. « *L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les cinquante années qui suivent. Pour les œuvres de collaboration, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs* », Journal Officiel de la République Française du 14 mars 1957, p. 2725

[422] Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, art. 9: « *Est dite collective, l'oeuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son elaboration 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* », Journal Officiel de la République Française du 14 mars 1957, p. 2724

[423] *Ibid.*, art. 22: « *Pour les œuvres pseudonymes ou collectives, la durée du droit exclusif est de cinquante années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant la publication. La date de publication est déterminée par tout mode de preuve de droit commun, et notamment par le dépôt légal. En cas de publication échelonnée d'une œuvre collective, le délai court à compter du 1er janvier de l'année civile qui suit la publication de chaque élément. Toutefois, si la publication est entièrement réalisée dans un délai de vingt ans à compter de la publication d'un premier élément, la durée du droit exclusif pour l'ensemble de l'œuvre prend fin seulement à l'expiration de la cinquantième année suivant celle de la publication du dernier élément. En ce qui concerne les œuvres anonymes ou pseudonymes, si le ou les auteurs se sont fait connaître, la durée du droit d'exploitation est celle afférente à la catégorie de l'œuvre considérée et la période de protection légale commence à courir dans les conditions prévues à l'article 21* », Journal Officiel de la République Française du 14 mars 1957, p. 2725

[424] *Ibid.*, art. 23 : « *Pour les œuvres posthumes, la durée du droit exclusif est de cinquante années à compter de la date de publication de l'œuvre. Le droit d'exploitation des œuvres posthumes appartient aux ayants droit de l'auteur si l'œuvre est divulguée au cours de la période prévue à l'article 21. Si la divulgation est effectuée à l'expiration de cette période, il appartient aux propriétaires, par succession ou à d'autres titres de l'œuvre, qui effectuent ou font effectuer la publication. Les œuvres posthumes doivent faire l'objet d'une publication séparée, sauf dans le cas où elles ne consitituent qu'un*

concernée, le point de départ du calcul de la durée du terme de la protection pouvait être différent (mort de l'auteur ou première publication), comme cela sera le cas aux Etats-Unis à partir de la loi de 1976. Il est à noter que le terme « *publication* » ne faisait l'objet d'aucune définition au sein de la loi de 1957. Cette loi, malgré l'application de durées limitées, n'en conservait pas moins une forte dimension propriétariste, comme le rappellent le titre de la loi et son article 1er: « *[l]a conception de la protection voulait rester dans le sillage de la théorie de la propriété. Mais l'originalité du droit d'auteur n'en était pas moins très nettement affirmée. D'abord parce que le droit de propriété conféré à l'auteur était défini comme 'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous'. Ensuite et surtout, parce que dans l'analyse des attributs rattachés à ce droit de propriété, le législateur mettait au premier rang les attributs 'd'ordre intellectuel et moral', même si les attributs 'd'ordre patrimonial' trouvaient dans les dispositions nouvelles des bases très sûres de protection* »[425]. Si cette loi n'apporta aucune prorogation de la durée des attributs d'ordre patrimonial établie par la loi de 1866, il est intéressant de relever que l'aspect perpétuel de la propriété est affirmé en ce qui concerne les critères intellectuels et moraux de l'œuvre. Finalement, les partisans de la perpétuité de la propriété littéraire et artistique auront remporté une bataille, la dimension personnaliste de l'œuvre ayant été affirmée au travers d'un droit moral perpétuel intimement rattaché aux œuvres de l'esprit (3).

3) … et une protection morale perpétuelle

Protection intellectuelle et morale. Ce droit « *comport*[ait] *des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial […]* »[426]. Ces attributs de la protection furent définis à l'article 6 de la loi : « *[l]'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur* ». La perpétuité de cet attribut moral du droit de propriété incorporelle exclusif de l'auteur était l'élément le plus marquant de la dimension individualiste et personnelle de la loi du 11 mars 1957[427]. Fondé sur l'attachement de la personnalité de l'auteur à son œuvre, la dimension intellectuelle et morale de celle-ci ne pouvait être modifiée ou atténuée sans le consentement de l'auteur ou de ses héritiers (gardiens de la dimension personnaliste de la création de leur aïeul), et ce, même après la mort de son créateur : cette considération morale était intemporelle et devait perdurer tant que l'œuvre existait. Ce choix d'une approche dite « *moniste* »[428] du droit d'auteur par le législateur pouvait surprendre car si l'auteur d'une œuvre est personnellement lié à celle-ci on pourrait penser que ce droit devrait disparaître à sa mort (tel que c'est le cas pour le droit au respect de la vie privée ou plus récemment le droit à l'image). Mais l'on peut également considérer que ce droit survit à la mort de l'auteur car il est également partie intégrante de l'œuvre en tant que telle. Ainsi, l'œuvre survivant son auteur, celle-ci confère « *une immortalité que le droit traduit en perpétuité* »[429].

---

fragment d'une œuvre précédemment publiée. Elles ne peuvent être jointes à des œuvres du même auteur précédemment publiées que si les ayants droit de l'auteur jouissent encore sur celles-ci du droit d'exploitation », Journal Officiel de la République Française du 14 mars 1957, p. 2725

[425] R. LEGEAIS, *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, Revue Internationale de droit comparé, Vol. 42 N° 2, Avril-juin 1990, Etudes de droit contemporain, p. 678

[426] Articles 1 de la Loi n° 57- 298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique

[427] F.-M. PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle*: Diogène, 2001/4, N° 196, p. 126 et 133: « *L'individualisme de la loi française du 11 mars 1957 […]* [et] *la notion romantique de l'auteur se déterminerait à partir de l'interprétation donnée à l'originalité de la forme de l'œuvre, qui doit être inspirée par le génie créateur où se reflète l'expression de l'unique personnalité de l'artiste »*

[428] La différenciation entre les conceptions moniste et dualiste est étudiée dans la partie II

[429] M. VIVANT & J.-M. BRUGUIERE, Précis Dalloz, p. 284-285

Sacralisation de l'auteur. Ce choix de la protection perpétuelle de la personnalité de l'auteur au travers de son œuvre aboutit à une « *sacralisation de l'auteur* »[430]. Comme l'écrivait Desbois, « *la loi française du 11 mars 1957 présente […] une notable particularité : elle a élevé à la place d'honneur le droit moral, par lequel s'exprime la relation qui existe entre l'auteur et son œuvre, miroir de sa personnalité* »[431]. La loi de 1957 était donc la consécration d'une propriété littéraire et artistique protégeant la caractérisation de la personnalité de l'auteur au travers de son œuvre, et ainsi, la marque de son individualité. Cette loi consacra officiellement pour la première fois la protection d'un droit moral perpétuel de l'auteur issu de la dimension personnelle de son œuvre (c'est l'avènement de la doctrine dualiste en droit français)[432]. Au sujet de ce texte, Marcel Boutet écrivait : « *la doctrine française avait, depuis longtemps, donné la préférence à la tendance qui attribue la prééminence à la personne humaine plutôt qu'à celle qui envisage, avant tout, la communication de l'œuvre* »[433].

Une évolution nécessaire de la loi. Néanmoins, peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, « *on a commencé à mieux se rendre compte de ce que le droit d'auteur proprement dit était une catégorie trop étriquée pour convenir à toutes les formes de protection qu'appelait la vie littéraire et artistique, on a ingénieusement fait apparaître cette catégorie complémentaire des 'droits voisins', dont le succès doctrinal a été d'autant plus rapide qu'apparaissaient des développements technologiques propres à la pourvoir avec profusion* »[434]. Si le droit d'auteur connut ses *« Trente glorieuses »*[435] suite à la promulgation de la loi du 11 mars 1957, l'évolution des nouvelles technologies et des nouveaux moyens de diffusion fut si importante qu'elle provoqua une « *une crise d'identité pour le droit d'auteur* »[436]. Ceci est d'ailleurs issu également de la définition restrictive de l'œuvre de l'esprit de la loi du 11 mars 1957[437]. Ces différents évènements et les transformations apportées au paradigme du droit d'auteur français ont conduit, depuis trente ans, « *ce que d'aucuns considèrent comme une grave 'crise' qui affecte jusqu'à sa légitimité* »[438]. Le changement « d'univers » du droit d'auteur débuta de manière significative avec la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des ^ et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle qui « *par plusieurs de ses dispositions va beaucoup plus loin dans la remise en cause du caractère personnel du droit d'auteur* »[439].

---

[430] A. LATOURNERIE, *Droit d'auteur, droits publics : une approche historique*: L'Economie politique, 2004/2, N° 22, p. 22 : « *[…] sous couvert d'une sacralisation de l'auteur, certes, mais avec un auteur traité de façon fonctionnelle. C'est sans doute aussi ce qui explique l'absence de grands débats intellectuels (une loi sans Beaumarchais) et le peu de prises de position politiques marquées à son sujet. Le débat de société n'a pas vraiment lieu* »

[431] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème édition, 1978, avant-propos, p. VII

[432] Loi n° 57-298 du 11 mars 1957, article 6 : « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires* »

[433] M. BOUTET, commentaire dans la Revue Internationale de Droit d'Auteur, vol. XIX, p. 121, cité par F-M. PIRIOU, *La légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle*, Diogène 2001/4, n°196, p. 133 : « *Cette conception, devenue traditionnelle, du droit d'auteur dans la loi du 11 mars 1957, est fondée sur l'esprit humaniste que les auteurs américains qualifient parfois de 'romantique'* »

[434] R. LEGEAIS, *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, Revue Internationale de droit comparé, Vol. 42 N° 2, Avril-juin 1990, Etudes de droit contemporain, p. 679

[435] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Paris, 2015

[436] R. LEGEAIS, *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, Revue Internationale de droit comparé, Vol. 42 N° 2, Avril-juin 1990, Etudes de droit contemporain, p. 689

[437] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9ème édition, 2015, p. 17 : « *La loi de 1957, qui avait peut-être moins su que celles de 1791 et 1793 rester hautement générale, avait pris le risque, en énumérant les modes de diffusion contemporains, d'être depassée par des modes alors encore inconnus ou embryonnaires* »

[438] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p.33

[439] R. LEGEAIS, *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, Revue Internationale de droit comparé, Vol. 42 N° 2, Avril-juin 1990, Etudes de droit contemporain, p. 689, et même page : « *[…] il faut bien le reconnaître, la conception du*

La construction du modèle de protection français tel que nous le connaissons aujourd'hui aura donc nécessité plusieurs siècles. Durant cette période, nombreux furent les débats et interrogations concernant la nature philosophique et juridique de la « *propriété* » littéraire et artistique. De cette nature dépend le choix de la durée de protection consacrée aux œuvres de l'esprit. Bien que la question, longuement débattue, ne fût pas tranchée, la nécessité de trouver un équilibre entre les intérêts des auteurs, des investisseurs et du public poussa le législateur français à consacrer un modèle de protection fondé sur une durée post mortem auctoris limitée dans sa durée. Les modèles de protection anglais et américain, reposant sur le même schéma (durée post mortem auctoris temporaire) n'ont pas été entérinés beaucoup plus rapidement. Motivés par une dimension utilitariste dépourvue de toute considération « romantique » de l'auteur, ces modèles ont longtemps reposés sur l'acte de publication de l'œuvre, considérée comme le centre du droit du copyright (Titre II).

droit d'auteur comme un ensemble d'attributs très personnels parce qu'en liaison avec la création même par laquelle un être humain exprime sa personnalité, se trouve dans une certaine mesure remise en cause »

Titre II. Les modèles de copyright

Si un modèle de protection temporaire fondé sur la vie de l'auteur fut relativement rapidement élaboré et instauré en Angleterre (Chapitre I), le processus américain fut considérablement plus lent (Chapitre II).

Chapitre I. Le modèle anglais

Dans un premier temps consacré pour une durée perpétuelle (Section I), la protection du copyright anglais fut finalement limitée dans le temps afin d'assurer l'existence d'un domaine public (Section II).

Section I. Une durée de protection perpétuelle des œuvres de l'esprit

Bien que le législateur anglais institua un copyright dont la durée était limitée (§I), la jurisprudence affirma a contrario l'existence d'une protection perpétuelle de droit commun des œuvres de l'esprit (§II).

§I. Elaboration de la première loi anglaise concernant les œuvres de l'esprit

Suite à l'abrogation du Licensing Act de 1662, le législateur anglais eut l'obligation de recréer un cadre légal du marché du livre (A). Le modèle de protection institué marqua la fin des privilèges perpétuels anglais (B).

A. Nécessité de légiférer concernant la protection des œuvres littéraires

Dans un contexte juridique flou (1), le premier copyright anglais, dont la durée était limitée, fut constitué (2).

1) Absence d'un encadrement légal du marché du livre

Contexte. Si le Statute of Anne est considéré comme la première loi portant sur le copyright, il paraît plus judicieux de l'appréhender comme la continuité de lois précédentes[440], qui, si elles ne comportaient pas de références explicites au copyright, n'en étaient pas moins des textes officiels régulant le marché du livre et les droits d'impression, en plus de définir les règles de la censure royale. Après les Stars Chambers Decrees de 1586 et 1637, les Ordonnances de 1643 et 1649, et le Licensing Act de 1662, le Statute of Anne était la sixième loi anglaise portant sur le copyright. Le lien unissant ces différents textes de loi étant la Stationers' Company, toujours en place en 1710, et le stationers' copyright, qui servit de modèle lors de la définition du statutory copyright[441].

Absence de régulation. Suite à l'expiration en 1695 du Licensing Act de 1662, qui réglementait la censure et le marché du livre, la confusion régna chez les acteurs de ce secteur. Alors que les membres de la Stationers' Company pétitionnaient pour l'instauration d'une nouvelle loi régulant la censure de la presse ainsi qu'un nouveau système d'encadrement du marché du livre, leurs opposants souhaitaient que leur monopole soit officiellement aboli[442]. Ainsi, la source principale de la rédaction du Statute of Anne fut constituée de deux branches: la question du monopole de la Stationers' Company et l'obligation de réinstaurer un cadre légal au marché du livre. Lors de la rédaction des premières ébauches de la loi de 1710, la question de la censure fut volontairement éludée et le problème du monopole devint central.

Nécessité d'un nouveau paradigme juridique. Face au vide juridique existant depuis la fin du Licensing Act et la nécessité de trouver un compromis entre les deux positions défendues par les différents imprimeurs-libraires anglais, le Parlement anglais décida de trancher la question du monopole de la Stationers' Company et du droit de copie perpétuel anglais en légiférant. Dès 1704 et l'essai de Defoe "*Essay on the regulation of the press*", des arguments s'élevèrent pour la création législative d'une protection des publications afin de prévenir la contrefaçon (« *press-piracy* ») des œuvres littéraires. Cet auteur y voyait un intérêt notamment pour la promotion des arts, la diffusion de la connaissance et la nécessité de réintroduire une alternative au Licensing Act de 1662 tout en prenant en considération l'intérêt du public lors de la création d'un nouveau système de régulation de la Stationers' Company[443].

Nécessité d'une protection. Dans les "*Reasons Humbly Offer'd for the Bill for the Encouragement of Learning"*[444], "*More Reasons Humbly Offer'd for the Bill for the Encouragement of Learning"*[445] et "*Reasons Humbly Offer'd to the Consideration of the*

[440] Stars Chambers Decrees de 1586 et 1637, les Ordonnances de 1643 et 1649, et le Licensing Act de 1662
[441] L. R. PATTERSON, *The Statute of Anne: copyright misconstrued, 3* Harvard Journal of Legislation,1965-1966, p. 227-228
[442] *Ibid.*, p.234
[443] DEFOE, *Essay on the Press, London (1704),* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[444] *Reasons Humbly Offer'd for the Bill for the Encouragement of Learning, London (1709),* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[445] *More Reasons Humbly Offer'd for the Bill for the Encouragement of Learning, London (1709),* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

Honourable House of Commons"[446], datant tous les trois de 1709, plusieurs arguments furent exprimés pour la protection de la propriété littéraire et la création d'un régime commun du copyright tels que: la nécessité de protéger le fruit du travail de l'auteur, de l'imprimeur et les investissements temporels et financiers ayant permis la création de l'œuvre; éviter les contrefaçons et particulièrement les copies de mauvaises qualités; et favoriser la commercialisation de l'œuvre (du travail de l'auteur) afin de lui « garantir » un gain financier. La nature de la protection que le législateur se devait d'établir était étroitement liée à celle du droit de l'auteur sur son œuvre (2).

2) Débat théorique concernant le droit de l'auteur sur son œuvre

Débat sur un droit naturel de l'auteur sur son œuvre. Le débat sur un copyright propre à l'auteur fut porté par les membres de la Stationers' Company eux-mêmes afin de servir leurs intérêts; comme le firent d'ailleurs les imprimeurs-libraires parisiens. En proclamant l'existence d'un droit naturel de l'auteur sur ses œuvres, les membres de la Stationers' Company souhaitaient réaffirmer un copyright perpétuel dont ils auraient été les premiers à profiter. Ceci s'inscrivait dans la ligne d'arguments qu'ils avaient déjà tenue dès le milieu du XVIIème siècle. Afin d'appuyer leur lobbying en faveur d'une législation sur la censure ils faisaient de nouveau usage de l'intérêt de l'auteur.

Théorie lockéenne. Ils basèrent leur argumentaire sur la pensée lockéenne. Enfield, Pasteur unitarien, résuma parfaitement celle-ci: "*[l]abour gives a man a natural right of property in that which he produces: literary compositions are the effect of labour; authors have therefore a natural right of property in their works*"[447]. L'ordre naturel veut que chacun soit libre de disposer de son corps, de mobiliser ses efforts pour créer de ses mains une propriété, et soit également libre de disposer de cette propriété comme il l'entend. Il était dès lors inconcevable pour eux qu'il en fut autrement pour les auteurs d'œuvres littéraires. Ainsi, selon les imprimeurs-libraires de l'époque, si le copyright n'existait pas, les auteurs ne seraient pas payés par les imprimeurs-libraires et "*many Pieces of great worth and excellence will be strangled in the womb, or never conceived at all for the future*"[448]. La même logique fut appliquée dans leurs pétitions de 1706 et 1709 adressées au Parlement anglais et il était donc peu étonnant que la place de l'auteur lors de la rédaction de la loi de 1710 eut été aussi importante[449]. Il est particulièrement intéressant d'observer comment le statut de l'auteur fut utilisé par la Stationers' Company et le législateur pour atteindre leur but. Les premiers pour justifier un copyright perpétuel, les seconds pour mettre un terme au monopole des imprimeurs-libraires de la guilde londonienne.

La place centrale de l'auteur. Malgré tout, cet argument eût un impact positif sur le contenu de la nouvelle législation, l'auteur étant replacé au centre du débat sur le copyright lors de la rédaction de celle-ci. Pourtant, cette vision naturaliste de la propriété littéraire basée sur les droits individuels se heurta aux besoins de la société, le public étant tout spécialement concerné par la circulation effective des idées et de la connaissance. Or, si ni l'un ni l'autre (auteur et société) ne pouvait prétendre à l'obtention totale de ses revendications, un juste

---

[446] *Reasons Humbly Offer'd to the Consideration of the Honourable House of Commons, London (1709),* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[447] W. EINFIELD, *Observations on Literary Property*, London 1774, p.21
[448] L. R. PATTERSON, *The Statute of Anne: copyright misconstrued, 3* Harvard Journal of Legislation,1965-1966, note de l'auteur n° 56: "*from a petition of the Stationer's Company to Parliament in 1643 (?), I Arber 584,* 587", p. 235
[449] *Ibid.*, note de l'auteur n°57 et 58, p.236

équilibre devait être déterminé et appliqué dans la balance des attentes des auteurs, des imprimeurs-libraires et du public afin d'approcher le plus possible du bien-être commun sur le marché du livre. Ce challenge d'un équilibre entre les attentes du titulaire d'un copyright et du public fut analysé dès 1774 par Samuel Johnson qui proposa une durée limitée du copyright pour une période de trente ans à compter de la mort de l'auteur, bien avant que cette durée limitée du copyright ne soit légalement basée sur la vie de l'auteur[450] (B).

B. La fin du monopole de la Stationers' Company

La création du premier copyright anglais (1) fut marquée par l'application d'une durée limitée de celui-ci et en conséquence, par la naissance d'un domaine public (2).

1) Première loi portant sur le copyright

Durée perpétuelle et intérêt de la société. Ce cadre théorique orienta le législateur, lors de la rédaction de la loi, vers trois axes principaux: une nouvelle régulation du marché du livre, la création d'un statutory copyright et la fin certaine du monopole de la Stationers' Company. Alors que les membres de la Stationers' Company souhaitaient que leurs privilèges soient reconnus comme une propriété à part entière, et donc obtenus pour une durée perpétuelle, les autres imprimeurs-libraires (souvent des contrefacteurs) revendiquèrent que la fin du Licensing Act de 1662 signifiait l'autorisation unilatérale d'imprimer – ou réimprimer – librement toutes les œuvres existantes. La bataille fit rage entre la Stationers' Company, fervent défenseur d'un droit naturel perpétuel de l'auteur et les autres imprimeurs-libraires, avocats de l'intérêt du public et d'un copyright limité dans le temps.

Loi moderne et remise en cause des privilèges. L'Angleterre fut donc le premier état au monde à promulguer une loi sur le droit d'auteur, ou plutôt le copyright, en remplacement d'un régime de privilèges royaux. Motivé par la volonté de supprimer le système de censure prépublication, le Parlement anglais remis en cause tout le système d'attribution des privilèges dès la fin du XVIIème siècle[451]. En 1710, la loi « *Statute of Anne* » fut votée et la question de la censure définitivement détachée de la propriété littéraire[452], ce qui en fit une loi réellement « moderne » pour l'époque. Le titre et le préambule du Statute of Anne énonçaient clairement les motivations de ce changement radical. Le copyright était une incitation à la création afin que le public puisse accéder et s'enrichir de ces travaux[453]; le titre de cette loi présentait explicitement la dimension utilitariste du texte: « *[a]n Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies* ». Cette dimension utilitariste influença largement le choix d'une durée limitée du délai de protection (2).

[450] M. ROSE, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship,* note de l'auteur n°29 Representations, No. 23. (Summer, 1988), p. 53
[451] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, p. 37
[452] *Ibid.*, p.37
[453] *Statute of Anne*, 1710, titre et préambule

2) Un copyright temporaire

Durée limitée et nouvelle attribution des droits liés à l'œuvre. Le Statute of Anne de 1710 est également considéré comme la première loi moderne régissant le copyright anglo-saxon, car celle-ci créa un véritable droit limité dans le temps en faveur de l'auteur, ce qui marqua un tournant significatif dans le domaine de la propriété littéraire[454]. Ce texte imposa à l'auteur d'une œuvre ou le titulaire de cette œuvre (l'imprimeur-libraire qui a acheté le manuscrit à son auteur) d'enregistrer le travail concerné dans le registre de la Stationers' Company. Cette condition fut le premier élément constitutif de la protection par le copyright. De plus, si l'auteur survivait au premier délai de quatorze ans, il obtenait un renouvellement de la protection du copyright pour une durée similaire[455]. Au terme du délai de protection, et donc après quatorze ou vingt-huit années, l'œuvre tombait dans le domaine public et tout un chacun pouvait l'imprimer librement et la vendre sans aucune autorisation préalable.

Changements significatifs. Le nouveau copyright (ou « statutory copyright ») comportait ainsi deux changements significatifs: sa durée était limitée, et il pouvait être accordé à n'importe qui tandis que le précédent était exclusivement délivré aux membres de la guilde des imprimeurs-libraires londoniens. Ce texte sonna le glas du monopole des imprimeurs-libraires et de la perpétuité de leurs droits exclusifs de reproduction. Cette loi disposa que les imprimeurs-libraires ayant obtenu un manuscrit d'un auteur étaient titulaires d'un droit exclusif de publier celui-ci pendant quatorze ans. Cette durée était la même, à l'époque, que celle attribuée pour les brevets sur les inventions techniques[456]. La protection par le copyright était toutefois conditionnée par des formalités d'enregistrement et de dépôt de copies du texte concerné par la demande. Il est à noter qu'une section fut tout de même écrite au sein de la loi concernant la règlementation des prix des éditions.

Protection des œuvres classiques. En conséquence, tous les droits exclusifs consentis précédemment aux membres de la Stationers' Company sur les textes dits « classiques » (ou « anciens ») auraient dû être immédiatement caduques et dès lors appartenir au domaine public. Pourtant, en appliquant une durée de protection de vingt et un ans (à partir de la promulgation du Statute of Anne) aux éditions déjà publiées il n'en fut rien : *« ... [t]he 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 or 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,... 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;... »*[457].

---

[454] "*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...*", *Statute of Anne*, Sec. I, 1710

[455] "*Provided always, that after the expiration of the said term of fourteen years, the sole right of printing or disposing of copies shall return to the authors thereof, if they are then living, for another term of fourteen years*", Statute of Anne, Sec. XI

[456] C. HESSE, *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core, p.37

[457] *A Bill for Encouragement of Learning, London*, 1710, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

Un monopole exclusif et temporaire. Cette (r)évolution fut même remarquée par Adam Smith, alors qu'il étudiait la place des privilèges et des monopoles dans l'économie capitaliste. Il admit d'ailleurs que ce modèle de privilège exclusif temporaire relatif aux œuvres intellectuelles étaient utiles et justes, bien qu'il considérait les monopoles extrêmement néfaste: « *[s]ome (monopolies) indeed are harmless enough. Thus the inventors of a new machine or any other invention has the exclusive priviledge of making and vending that invention for the space of 14 years by the law (Statute of Monopolies, 21 James I, c. 3, 1623) of the country, as reward for his ingeniuty, and it is probable that is a equall an one as could be fallen upon. […] For here, if the invention be good and such as is profitable to mankind, he will probably make a fortune by it ; but if it be of no value he also will reap no benefit. In the same manner the author of a new book has an exclusive priviledge of publishing and selling his book (8 Anne, c. 19, 1709) for 14 years. […] These two priviledges therefore, as they can do not harm and may do some good, are not to be altogether condemned. But there are few so harmless. All monopolies are extremely detrimental* »[458]. Mais ce modèle fut vivement contesté par les membres de la Stationers' Company, qui refusaient que soit constitué un domaine public anglais (§II).

§II. Le refus d'un domaine public

Refusant toute création d'un domaine public anglais, et donc le principe même d'une durée limitée du copyright (A'), les imprimeurs-libraires portèrent le débat sur la nature de la protection devant les juges, qui affirmèrent l'existence d'un copyright perpétuel de droit commun (B')

A'. Révolte des imprimeurs-libraires de la Stationers' Company concernant la nature de la protection des œuvres littéraires

Réaction des imprimeurs-libraires. Cette loi sur le copyright, au-delà d'être anti-monopolistique et de replacer l'auteur comme le véritable « propriétaire » de son œuvre, créa une nouvelle forme de propriété : le « *statutory copyright* »[459]. Dès sa création, les imprimeurs-libraires s'engagèrent dans un énième processus de lobbying dans le but d'obtenir une nouvelle législation. En 1734, ils déposèrent au Parlement anglais de nouvelles pétitions afin de pouvoir renouveler les copyrights échus[460]. En effet, de nombreuses œuvres protégées par statutory copyright, notamment les œuvres dites « classiques », tombèrent dans le domaine public anglais dès 1731, soit à l'échéance du délai supplémentaire de protection de vingt-et-un ans accordé par la loi de 1710. De nombreuses affaires furent également portées devant la Cour de la Chancellerie afin que soit étendue la durée du copyright issu de la loi de

[458] A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 83, cité par P-E. MOYSE, *La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?*, 43 McGill Law Journal 507, 1998, p. 544

[459] L. R. PATTERSON, *The Statute of Anne: copyright misconstrued, 3* Harvard Journal of Legislation*,1965-1966*, p. 239

[460] L. R. PATTERSON, *The Statute of Anne: copyright misconstrued, 3* Harvard Journal of Legislation*,1965-1966*, note n°83, p.245, voir aussi *A Bill for the better Encouragement of Learning and the more effectual securing of the Copies of Printed Books and to the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*, 1735, Bodleian Library M.S. Carte 114 391-396; et *A Bill for the Better Encouragement of Learning by the more Effectual Securing the copies of printed Books to the Authors or Purchasers of such Copies*, 1737, BL B.S. 68/16 (1)

1710[461]. Mais si leurs efforts ne furent pas récompensés par le Parlement, ils décidèrent de présenter leurs requêtes devant les juridictions anglaises, arguant qu'au-delà du statutory copyright il existait un copyright perpétuel de droit commun propre à l'auteur et que celui-ci leur était transmissible. Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'aucun auteur ne se constitua partie dans ces affaires judiciaires, seuls des imprimeurs-libraires étant représentés. C'est pourquoi, bien que cette loi ait eu pour but premier la fin du monopole des imprimeurs-libraires de la Stationers' Company, par le biais de la création d'un droit de l'auteur sur son œuvre[462], il n'en fut rien avant 1774 et le célèbre arrêt *Donaldson vs Beckett*[463], qui limita définitivement la durée du copyright.

Durée limitée ou perpétuité du copyright, une question de nature. Le conflit concernant la nature du copyright et sa source (droit naturel et/ou droit positif) était la conséquence d'un débat acharné portant sur l'éventuelle perpétuité de celui-ci. Ce débat était composé de quatre théories qui pouvaient être résumées ainsi: (a) les productions intellectuelles constituent une forme de propriété fondée sur le droit naturel et reconnue par le droit commun. Cette propriété ne se perd ni à la publication de l'œuvre ni par l'application de la loi positive (en l'occurrence en Angleterre et aux États-Unis par l'application des Statuts); (b) un auteur, selon le droit commun, possède un droit de contrôler son travail avant toute publication de ce dernier, mais plus après; (c) ce droit de contrôle sur l'œuvre n'est pas perdu par la publication mais est détruit par le droit positif (les Statuts); (d) le copyright est un monopole d'une durée limitée, créé et entièrement défini et contrôlé par le législateur, et l'auteur n'a aucun droit ou pouvoir sur son œuvre publiée autre que celui ou ceux conféré(s) par la loi (le droit positif et donc les Statuts)[464].

Propriété de droit commun ou *sui generis*. Ainsi, la question majeure portant sur le copyright et/ou la propriété littéraire fut de savoir si celle-ci était régie par les mêmes principes universels que ceux qui gouvernaient la propriété perpétuelle de droit commun, ou si elle était une propriété *sui generis* et pouvait donc être totalement annihilée par le droit positif. Les réponses à ces questions ont été obtenues et définitivement arrêtées par la voie judiciaire, et ceci, aussi bien en Angleterre dès la fin du XVIIIème siècle (affaire *Donaldson v. Beckett*[465] en 1777) qu'aux Etats-Unis au début du XIXème (affaire *Wheaton v. Peters*[466] de 1834). Finalement, il fut convenu que le copyright portant sur les œuvres publiées était limité par le droit positif, et donc le législateur. Limité à différents niveaux mais principalement dans sa durée, en terminant ainsi avec la théorie d'un copyright perpétuel de droit commun dont la source serait le droit naturel. Mais cette solution ne fut pas consacrée sans rebondissement (B').

---

[461] Voir par exemple : *Eyre v. Walker*, 1735, 1 Black W. 331, *Motte v. Faulkner* (1735), 1 Black W. 331, *Walthoe v. Walker*, 1737, 1 Black W. 331

[462] Comme le souligne le professeur L.R. PATTERSON dans *Copyright in an historical perspective*, Vanderbild University Press, 1968, p. 147 : « *The monopolies at which the statute was aimed were too long established to be attacked without some basis for change. The most logical and natural basis for the changes was the author. Although the author had never held copyright, his interest was always promoted by the stationers as a means to their end. Their arguments had been, essentially, that without orrder in the trade provided by copyright, publishers would not publish books, and therefore would not pay authors for their manuscripts, The draftmen of the Statute of Anne put these arguments to use, and the author was used primarily as a weapon against monopoly* »

[463] *Donaldson vs Beckett*, 2 Brown's Parl. Cases (2d ed.) 129, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257, 1774, voir plus loin dans le texte

[464] E. S. DRONE, *Is copyright perpetual? An examination of the origin and nature of literary property*, 10 Am. L. Rev. 16 1875, p. 16, et E. S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States: embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Little, Brown, & Co., 1879, p.2

[465] *Donaldson vs Beckett*, 2 Brown's Parl. Cases (2d ed.) 129, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257, 1774

[466] *Wheaton v. Peters*, 33 US (8 Pet.), 657, 1834

B'. Affirmation par la jurisprudence d'une protection perpétuelle de droit commun

Au milieu du XVIIIème siècle, les imprimeurs-libraires décidèrent de soulever la question de la nature du copyright dans les cours de justice anglaise (1), afin que soit reconnu l'existence d'une protection perpétuelle de droit commun (2).

1) Le débat de la durée du copyright porté devant les juges

Affaire *Tonson v. Collins*[467]. La première fois que les juges anglais eurent à juger une affaire au regard du Statute of Anne fut en 1760 dans une affaire opposant deux imprimeurs-libraires, Tonson et Collins. Devant la cour du King's Bench, cour civile de droit commun, les deux parties s'accordèrent sur un différend fictif dans l'unique dessein de tester l'impact de la loi de 1710 devant les juridictions anglaises. Lorsque la Cour s'aperçut de la supercherie, elle refusa de rendre un jugement[468]. Aussi, le débat concernant la nature et la durée du copyright anglais ne reprit seulement que quelques années plus tard, en 1769, lors de l'affaire *Millar v. Taylor*[469].

Affaire *Millar v. Taylor*. Robert Taylor, un imprimeur de Berwick, publia une édition de « *The Seasons* », œuvre écrite par James Thomson, alors qu'Andrew Millar, un libraire de Londres, avait acheté ce manuscrit à l'auteur en 1729. Thomson étant mort en 1748, la durée de protection (quatorze ans avec un potentiel renouvellement de la même durée) appliquée selon le Statute of Anne était sans discussion expirée lorsque le cas fut porté devant la cour du King's Bench en 1767. L'enjeu de cette affaire fut explicité par M. Justice Willes: « *[i]f the copy of the book belonged to the author, there is no doubt but that he might transfer it to the plaintiff. And if the plaintiff, by the transfer, is become the proprietor of the copy, there is as little doubt that the defendant has done him an injury, and violated his right: for which, this action is the proper remedy. But the term of years secured by 8 Ann. c. 19 is expired. Therefore the author's title to the copy depends upon two questions – 1st. Whether the copy of a book, or literary composition, belongs to the author, by the common law; 2nd. Whether the common-law right of authors to the copies of their own works is taken away by 8. Ann. c. 19.* »[470]. Des réponses à ces questions dépendaient ainsi la durée de la protection des œuvres de l'esprit (2).

2) Le retour à un copyright perpétuel

Un copyright de droit commun perpétuel. Les juges à ces deux questions furent "yes" and "no", consacrant dès lors un copyright de droit commun appartenant à l'auteur qui surpassait les termes mêmes de la loi de 1710. Les opinions de M. Justice Aston et de Lord Mansfield présentèrent le copyright comme contenant deux droits appartenant à l'auteur d'une œuvre littéraire: un droit à rémunération pour le fruit de son travail (le droit économique), et un droit

[467] *Tonson v. Collins*, 1 Black W 321, 1 Black W 329, Mich. Term 2 Geo 3 K.B. , p. 321, disponible sur Tonson v. Collins, London (1762), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[468] M. ROSE, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship,* Representations, No. 23. (Summer, 1988), pp. 53
[469] *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 1769, disponible sur Millar v. Taylor, London (1769), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[470] *Millar v. Taylor*, Eng. Rep. 837, 838, 1769

de protéger sa réputation et sa renommée (le droit créatif). M. Justice Aston expliqua: « *[…][a] man may have property in his body, life, fame, labours, and the like ; and, in short, in any thing that can be called his* »[471], tandis que M. Justice Edward Willes exprima ses considérations liberales: « *[i]t is certainly not agreeable to natural justice, that a stranger should reap the beneficial pecuniary produce of another man's work* »[472]. Lord Mansfiel justifia, lui, l'application à l'œuvre d'un copyright de droit commun par la protection inexistante auquel l'auteur de celle-ci faisait face: « *[t]he author may not only be deprived of any profit, but lose the expense he has been at. He is no more master of the use of his own name. He has no control over the correctness of his own work. He can not prevent additions. He can not retract errors. He can not amend; or cancel a faulty edition. Any one may print, pirate, and perpetuate the imperfections, to the disgrace and against the will of the author; may propagate sentiments under his name, which he disapproves, repents and is ashamed of. He can exercise no discretion as to the manner in which, or persons by whom his work shall be published* »[473] (ces arguments auraient très bien pu être exprimés pour défendre la creation d'un droit moral tel que nous le connaissons aujourd'hui en France!) et conclut, s'appuyant sur l'argumentaire de M. Justice Aston, « *[f]rom this argument – because it is just, that an author should reap the pecuniary profits of this own ingenuity and labours. It is just, that another should not use his name, without his consent. It is fit he should not only choose the time, but the manner of publication; how many; what volume; what print. It is fit, that he should judge when to publish, or whether he ever will publish. It is fit, he should choose to whose honesty he will confide, not to foist in additions; with other reasonings of the same effect* »[474]. Lord Mansfield affirma dans sa décision que l'auteur, en plus d'être en droit de prétendre à un droit pécuniaire sur ses créations, possédait en parallèle un droit incontestable de protéger l'intégrité de celles-ci.

Une décision non unanime. Pourtant, la propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre fut contestée par certains juges lors de cette affaire, notamment M. Justice Joseph Yates, qui expliqua qu'une propriété doit être de nature à faire l'objet d'une possession distincte et séparée[475]: « *[b]ut the property here claimes is all ideal ; a set of ideas which have no bounds or marks whatever, nothing that is capable of a visible possession, nothing that can sustain any one of the qualities or incidents of property. Their whole existence is in the mind alone; incapable of any other modes of acquisition or enjoyment, than by mental possession or apprehension; safe and invulnerable, from their own immateriality: no trespass can reach them; no tort affect them; no fraud or violence diminish or damage them. Yet these are the phantoms which the author would grasp and confine to himself: and these are what the defendant is charged with having robbed the plaintiff of* »[476].

Création judiciaire d'un troisième type de copyright. Seul un juge (sur quatre) s'éleva donc contre la décision rendue dans l'arrêt *Millar v. Taylor*. Cet arrêt marqua la création d'un 3ème copyright: après le privilège et le statutory copyright issu de la loi de 1710, les juges décidèrent dans cette affaire de l'existence d'un copyright de droit commun, issu du droit naturel de l'auteur, dont la durée était perpétuelle et ne pouvait être réduite par le droit positif.

Retour au monopole de la Stationers' Company. Cette création d'une propriété littéraire de droit commun et d'un copyright perpétuel et absolu permit dès lors à la Stationers' Company

[471] 4 Burr. At 2338, 98 Eng. Rep. at 220
[472] *Millar v. Taylor*, English Reports, 98 :218
[473] 4 Burr. At 2398, 98 Eng. Rep. at 252
[474] 4 Burr. At 2398, 98 Eng. Rep. at 252
[475] Ce qui ne peut être le cas pour le fond d'une œuvre littéraire, considéré comme une compilation d'idées
[476] Justice J. Yates, *Millar v. Taylor*, English Reports, 98:233

de retrouver son monopole en passant totalement outre les dispositions de la loi de 1710. Pour la première fois, une cour civile délimita les contours du copyright, en se basant sur les intérêts économiques et créatifs de l'auteur[477]. Et bien que cette décision ne fît jurisprudence qu'un laps de temps assez court, elle eut le mérite de définir clairement le copyright comme une propriété pleine et entière issue d'un travail créatif[478] (Section II).

Section II. Création d'un modèle de protection fondé sur la vie de l'auteur

Car ce retour au monopole de la Stationers' Company participa au revirement de jurisprudence opérée dans l'affaire *Donaldson v. Beckett*[479] quelques années plus tard, et l'affirmation définitive d'un domaine public, la décision rendue dans *Millar v. Taylor* n'ayant pas fait l'objet d'un appel[480] (§I). Il fallut toutefois attendre le milieu du XIXème siècle pour que soit consacrée une durée de protection basée sur la vie de l'auteur (§II).

§I. Affirmation définitive d'un domaine public anglais

Suite à l'affaire *Millar v. Taylor*, le débat sur la durée du copyright fut de nouveau porté devant les juges (A), qui décidèrent cette fois de mettre un terme définitif à la théorie d'une protection perpétuelle de droit commun (B).

A. Nouveau débat sur l'existence d'une protection perpétuelle de droit commun

Revirement: l'affaire *Donaldson v. Beckett*. Certainement l'arrêt concernant le copyright le plus célèbre de l'histoire, car ce jugement marqua l'application incontestée et définitive du Statute of Anne de 1710 ainsi que la consécration finale d'une durée limitée du copyright. Par cette décision datant de 1774, l'auteur, une fois son œuvre publiée, avait pour seule protection de son écrit le statutory copyright. L'affaire mobilisa un public très large et nombreux (beaucoup de personnes se virent refuser l'accès aux débats faute de place suffisante) et fît les gros titres dans la presse nationale[481].

Cadre de l'affaire. Les circonstances de cette affaire sont très proches de l'affaire *Millar v. Taylor*[482]. Alexander Donaldson était un libraire d'Edimbourg dont la spécialité était la

[477] L. R. PATTERSON, *The Statute of Anne: copyright misconstrued, 3* Harvard Journal of Legislation,1965-1966, p. 226
[478] *Ibid.*, p. 246
[479] *Donaldson vs Beckett*, 2 Brown's Parl. Cases (2d ed.) 129, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257, 1774
[480] M. ROSE, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship,* Representations, No. 23. (Summer, 1988), note de l'auteur n°54, p. 81: certainement par peur que la Chambre des Lords ne cassa l'arrêt Millar, les imprimeurs-libraires prirent les devants et trouvèrent un arrangement avec la partie perdante
[481] *Ibid.*, p. 53
[482] Voir précédemment

réimpression de classiques littéraires. En 1763, il installa une boutique à Londres où il vendait ses éditions 30 à 50 % moins cher que les prix appliqués par la concurrence. Suite à la mort de Millar en 1767, Thomas Beckett et quatorze membres de la Stationers' Company s'empressèrent d'acquérir, pour cinq cent cinq pounds, les copyrights de Millar lors d'une vente aux enchères. Donaldson fut d'ailleurs évincé de cette vente. Un an plus tard, Donaldson, par provocation, publia une nouvelle édition de l'œuvre de Thomson, « *The Seasons* ».

Revendication d'un copyright perpétuel. En 1772, Beckett et ses partenaires obtinrent une injonction contre Donaldson qui vendit, supposément, plusieurs milliers de copies de « *The Seasons* » imprimées à Edimbourg. Cette injonction se basait sur la conception du copyright de droit commun telle qu'elle était définie dans la décision rendue dans l'arrêt Millar. Soit un droit perpétuel d'imprimer, copier et vendre une œuvre littéraire que son auteur pouvait céder à un imprimeur-libraire, le copyright de droit commun étant perçu comme contenant tous les droits de l'auteur associés à son œuvre, sans qu'aucune séparation (technique) ne soit envisagée entre les droits propres à l'auteur, et ceux obtenus par les imprimeurs-libraires lors de l'achat du manuscrit ou du copyright délivré à ce même auteur. La difficulté venait de cette confusion : le copyright se composerait à la fois du droit d'imprimer, copier, vendre une œuvre littéraire et des droits propres à l'auteur définis par l'arrêt Millar.

Un débat uniquement centré sur l'éventuelle perpétuité du copyright. Donaldson fit appel de cette décision devant la Chambre des Lords (son cas fut entendu le 22 février 1774) afin que soit donnée une réponse finale et potentiellement définitive à l'importante question de la propriété littéraire[483]. Trois questions principales furent posées aux juges de l'affaire: l'auteur a-t-il un copyright de droit commun pour contrôler la première publication de son travail ? Ce droit de l'auteur survit-il à la publication de ce travail ? Si ce droit survit à la publication, est-il annihilé par le Statute of Anne de 1710 ? Lord Camden, fervent opposant à la perpétuité du copyright, ajouta les deux questions subsidiaires suivantes: l'auteur ou ses cessionnaires ont-ils un droit exclusif perpétuel sur l'œuvre concernée ? Ce droit est-il, sous quelque forme que ce soit, restreint ou annulé par le Statute of Anne ? Les questions de Lord Camden, si elles peuvent paraître peu différentes des trois premières, présentaient clairement sa volonté d'attirer l'attention des Lords sur l'impact qu'auront leurs verdicts concernant les droits accordés, par ricochet, aux imprimeurs-libraires (et donc à une potentielle confirmation de leur monopole). Il compléta ces questions par ces termes directs: « *the common law right now claimed at your bar is the right of a private man to print his works for ever, independant of the crown, the [stationers'] company, and all mankind* », « *[a]ll our learning will be locked up in the hands of the Tonsons and the Lintots of the age, [which could set upon books whatever price] their avarice choses to demand, till the public became as much their slaves, as their own hackney compilers are* »[484], exprimant ainsi sa radicale opposition à tout éventuelle notion d'un copyright de droit commun (B).

[483] "*In order to obtain a final determination of this great question of literary property*", Donaldson v. Beckett, 2. Bro. 129, 130-32, 1. Eng. Rep. 837-839
[484] Lord CAMDEM, *Donaldson v. Beckett*, 17 PARL. HIST. ENG. (1774), 994 et 999-1001

B. Refus d'une protection perpétuelle affirmée par la jurisprudence

Le choix d'un copyright temporaire. La décision rendue dans l'affaire *Donaldson v. Beckett* réaffirma que le copyright était un droit créé et limité dans sa durée par statut, et non une source de revenu infinie pour les Stationers londoniens, sous le régime des intérêts perpétuels de l'auteur exercés par les propriétaires attitrés. Certains juges, tels que Lord Chief Justice DeGrey, considérèrent les arguments du lobby des imprimeurs-libraires comme artificiels et seulement intéressés: « *[t]he truth is [that] the idea of a common-law right in perpetuity was not taken up till after that failure in procuring a new statute for an enlargement of the term. If (say the parties concerned), the legislature will not do it for us, we will do it without their assistance; and then we begin to hear of this new doctrine, the common law right, which, upon the whole, I am of opinion, cannot be supported upon any rules or principles of the common law of this kingdom*"[485], et rejetèrent ainsi toute notion de copyright de droit commun. En conséquence de cette décision, les œuvres dites « classiques » de Shakespeare, Milton, Bacon (et tant d'autres), sources de revenus conséquents et permanents pour les imprimeurs-libraires qui en détenaient les droits de copie, étaient définitivement libres de droits et appartenaient dorénavant officiellement au domaine public anglais.

Fin définitive du copyright perpétuel de droit commun. De fait, la place de l'auteur dans la société anglaise changea drastiquement. Cet arrêt mit fin au patronage et les créateurs d'œuvres littéraires purent se professionnaliser et exercer leur activité de manière indépendante, au grand dam de certains qui ne pouvaient concevoir qu'un auteur puisse écrire dans le but de gagner sa vie[486]. Un article du *Monthly Review* de l'époque, définit ce qu'il appelait « *l'Age d'Or des Auteurs* ». Leur dépendance à l'égard du patronage des puissants était finie, et ils eurent enfin le pouvoir d'obtenir une rétribution pour le fruit de leurs travaux, sans l'humiliante sensation de recevoir une faveur, en ayant la possibilité et le droit de réclamer une dette[487]. La décision des Lords dans *Donaldson v. Beckett* fut interprétée comme l'affirmation que le Statute of Anne surpassait et résiliait le copyright de droit commun appartenant aux auteurs. Mais il sembla que les Lords ne se prononcèrent qu'en fonction de leur volonté d'en terminer avec un copyright perpétuel. L'une des conséquences directes de cet arrêt fut la légalisation des réimpressions d'ouvrages dits classiques, qui permit l'augmentation substantielle du nombre de leurs copies sur le marché et donc le développement significatif de l'accès aux œuvres pour les lecteurs.

Controverses sur l'interprétation de cette décision. Pour certains auteurs, notamment Howard Abrams[488] et John Whicher[489], le copyright anglais n'avait qu'une unique source: le droit positif (et donc les statuts). Selon eux, la Chambre des Lords a soutenu et affirmé lors de l'arrêt *Donaldson* qu'il n'existait aucune forme de copyright de droit commun post-

[485] DE GREY Lord Chief Justice, *Donaldson v. Beckett*, 17 PARL. HIST. ENG. (1774), 991-992
[486] M. ROSE, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship,* Representations, No. 23. (Summer, 1988), p. 54
[487] *Ibid.*, note n°13 de l'auteur, p. 54 : *« [authors had] in their power to repay themselves for theirs labours, without the humiliating idea of receiving a favour, where they had the right to claim a debt »,* Monthly Review 51 (1774):81
[488] H. B. ABRAMS, *Originality and Creativity in Copyright Law*, 55 Law and *C*ontemporary Problems 3-44, 1992, disponible sur http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol55/iss2/2
[489] J. F. WHICHER, *The ghost of Donaldson v. Beckett*, Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A. 9, 1961-1962

publication. Ronan Deazley[490] allait encore plus loin, arguant que la Chambre jugea également que les auteurs ne détenaient aucun copyright de droit commun pré-copyright. Comme le résume Lysander Spooner: « *[Donaldson] does not stand as a decision that an author had not a perpatual copyright at common law; but only as a decision that, if he had such a right at common law, that right had been taken away by the statute. The diversity of opinion, both among the judges and the lords, deprive this decision of all weight as an authority. The only things really worthy of consideration are the arguments urged on the one side and the other* »[491]. Finalement, si tout a été dit sur l'existence (ou non) d'un copyright de droit commun pré-publication, personne n'a réellement su trouver et apporter les arguments permettant de trancher cette question. Mais une chose est sûre, la Chambre des Lords n'a, à aucun moment, reconnu un copyright de droit commun post-publication à l'auteur.

Conclusion. Mark Rose résuma le débat sur la propriété littéraire et le copyright en trois échanges principaux entre les différentes parties impliquées et opposées: les partisans d'un copyright perpétuel affirmèrent le droit naturel de l'auteur sur son œuvre du fait de son travail personnel créatif; les opposants à ce copyright perpétuel répondirent que les idées ne pouvaient être traitées comme une propriété de droit commun et que le copyright n'était qu'un droit personnel du même ordre que le brevet d'invention; les partisans clamèrent alors que la propriété revendiquée ne concernait ni le livre (bien physique), ni les idées communiquées par celui-ci mais consistait en la combinaison d'un style et d'un sentiment[492]. Ainsi, selon Mark Rose, le développement légal de la propriété littéraire et artistique se concrétisa en parallèle de l'émergence du concept d'auteur romantique: « *the representation of the author as a creator who is entitled to profit from his intellectual labour came into being through a blending of the literary and legal discourses in the context of the contest over perpetual copyright* », le copyright étant « *[a] specifically modern formation produced by printing technology, marketplace economics, and the classic liberal culture of possessive individualism* »[493].
Néanmoins, si la decision rendue dans *Donaldson v. Beckett* mit définitivement un terme à l'application d'une durée de protection perpétuelle aux œuvres, elle n'empêcha pas les imprimeurs-libraires de promouvoir une durée plus longue que celle appliquée à l'époque (§II).

§II. Une protection temporaire post mortem auctoris

Cette volonté des imprimeurs-libraires anglais d'obtenir une prolongation substantielle des délais de computation (A') eut toutefois le mérite d'aboutir à la création d'un modèle de protection dont le calcul de la durée était basé sur la vie de l'auteur (B').

[490] R. DEAZLEY, *Privilege and Property, Essays on the History of Copyright*, Ronan Deazley, Martin Kretschmer et Lionel Bently, 2010
[491] L. SPOONER, *The law of intellectual property,* Boston, B. Marsh 1855, p. 212, citée par H. T. GOMEZ-AROSTEGUI, *Copyright at Common Law in 1774*, 47 Conn. L. Rev. 1 2014, p. 46
[492] M. ROSE, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship,* Representations, No. 23. (Summer, 1988), p.65
[493] M. ROSE, *Authors and Owners. The Invention of Copyright,* London, 1993, p. 30 et p. 142, cité par R. DEAZLEY, *The myth of copyright at common law*, 62 Cambridge L.J. 106 2003, p. 111

A'. Volonté des imprimeurs-libraires anglais de prolonger la durée légale de protection du copyright

Projet de loi et extension de la durée du copyright. Seulement quelques mois suivant l'arrêt *Donaldson v. Beckett*, le 29 avril 1774, un projet de loi fut présenté (Col. G. Onslow) pour une prolongation des copyrights existants de quatorze années supplémentaires en faveur des auteurs et de leurs cessionnaires (les imprimeurs-libraires). Les imprimeurs-libraires, une nouvelle fois, tentèrent de justifier cette démarche par leur soi-disant détresse économique issue de l'application de la loi de 1710: « *[a]nd whereas it hath lately been adjudged in the House of Lords* [cf. arrêt *Donaldson v. Beckett*] *that no such Copy Right in Authors or their Assigns doth exist at Common Law ; in consequence whereof Purchaser of such Copy Rights must be great Sufferers by their Misapprehension of the Law in respect thereof, and many of them likely to be involved in Ruin, unless they shall obtain the Aid and Assistance of Parliament […]That from and after the Fourth Day of June One thousand seven hundred and seventy-four, every Author of any Book or Books already printed and published, who hath not transferred to any other the Copy Right of such Book or Books, or Share or Shares thereof, and his Executors, Administrators, and Assigns, or the Person or Persons, Bodies Politic or Corporate, who hath or have purchased, or otherwise acquired the Whole Interest of the Author in the Copy Right of any such Book or Books, or any Share thereof, from the Author or Authors of the same, or his, her, or their respective Executors, Administrators, or Assigns of such Purchaser or Purchasers respectively, shall have the sole and exclusive Right and Liberty of printing such Book or Books for the Term of Fourteen Years to commence from the said Fourth Day of June, and no longer…*»[494]. Si celle-ci passa l'étape de la Chambre des Commons, elle fut retoquée par la Chambre des Lords.

Application à l'Irlande. Le 2 juillet 1801, une nouvelle loi sur le copyright fut promulguée qui établissait l'application du Statute of Anne de 1710 à l'Irlande, suivant ainsi la signature en 1800 de l'Act of Union et l'unification de la Grande-Bretagne et de l'Irlande. La durée du copyright fut conservée, celle-ci étant toujours de quatorze ans, complétée par une seconde durée de quatorze ans dans le cas où l'auteur serait toujours vivant à l'issu du premier terme[495].

Projet de loi et extension de la durée de protection. Une éventuelle extension de la durée du copyright fut évoquée de nouveau le 16 juin 1808 dans un projet de loi intitulé « *[a] Bill for the further Encouragement of Learning in the United Kingdom of Great Britain and Ireland, by securing to the Libraries of the Universities, and other public libraries, copies of all newly printed books, and books reprinted with additions, and by further securing the copies and Copyright of printed books to the authors of such books or their assigns, for a time to be limited* ». Afin de promouvoir et encourager la création, il fut considéré que l'augmentation de la durée de protection accordée par le copyright était une nécessité. Aussi, lors de la seconde lecture du projet, il fut précisé que plus de temps devait être accordé à la protection des œuvres « *for the due consideration of a subject in which the interests of the*

---

[494] *Booksellers' Bill*, London (1774), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[495] *An Act for the further Encouragement of Learning in the United Kingdom of Great Britain and Ireland, by securing the Copies and Copyright of printed Books, to the Authors of such Books, or their Assigns for the Time herein mentioned*, " *Authors of Books already composed, and not printed or published, and of Books to be hereafter composed, and their Assigns, shall have the sole Right of printing them for 14 Years […] Authors shall have a Second 14 Years Terms if living*", Copyright Act, 1801, 41 *Geo.III, c.107*, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

most meritorious, although perhaps not the most opulent class of the community were so seriously concerned »[496]. Différentes propositions de prorogation furent évoquées lors des débats afin que la durée du terme du copyright fut portée à vingt ou encore vingt-huit années. Les imprimeurs-libraires de Londres et Westminster prirent rapidement part aux débats. Ils se plaignèrent qu'une période de protection supplémentaire de quatorze ans était dépendante du fait que l'auteur fut toujours en vie à la fin de premier terme, ce qui selon eux « *is a distinction in many cases productive of great hardships to the families of authors, and is not founded on just principles* »[497]. Dès le 11 mars 1813, une nouvelle pétition fut déposée par les imprimeurs-libraires de Londres et Westminster[498] et un comité fut constitué afin d'étudier les enjeux de la législation portant sur le copyright et les éventuelles modifications à y apporter. Le 18 juin de la même année, le comité rendit son rapport. Celui-ci préconisait plusieurs changements et concluait: « *[l]astly, your committee have taken into their consideration the subject of Copyright, which extends at present to 14 years certain, and then to a second period of equal duration, provided the author happens to survive the first. They are inclined to think that no adequate reason can be given for this contingent reversion, and that a fixed term should be assigned beyond the existing period of 14 years* »[499]. Des suites de ce rapport fut déposé un projet de loi par M. Giddy, intitulé « *[a] Bill to amend several acts for the encouragement of learning, by securing the copies and Copyright of printed books to the authors of such books and their assigns* ». Ce projet préconisait notamment que « *[…] the term of Copyright be extended from 14 years certain, and another 14 years if the author was living at the end of the first term, to 28 years certain* »[500]. Malgré quelques amendements, ce projet de loi reçut l'accord royal le 29 juillet 1814[501] et la durée du copyright fut désormais de vingt-huit ans à compter de la première publication de l'œuvre, et dans le cas où l'auteur fut toujours vivant à l'expiration du terme, celui-ci continuerait de courir jusqu'à sa mort[502]. Ce nouveau terme ne fut applicable que dans l'intérêt des auteurs et de leurs héritiers, confirmant ainsi l'orientation législative prise à l'époque en leur faveur[503]. Mais la véritable révolution du

[496] J. J. LOWNDES, *Historical sketch of the law of copyright; with remarks on serjeant talfourd's Bill; and an appendix of the copyright laws of foreign countries*, London: Saunders and Benning, 43, Fleet Street, 1842, p. 65
[497] *Ibid.*, p. 68
[498] *Petition of the Printers of London and Westminster respecting Copyright*, 11 March 1813, Hansard, 2nd Series, vol.25, 10-16, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[499] *Report of the Acts Respecting Copyright*, 18 June 1813, Hansard, 2nd Series, vol.26, 708-710, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[500] *A Bill [as amended by the Committee] to Amend the several Acts for the Encouragement of Learning, by securing the Copies and Copyright, of printed Books, to the Authors of such Books, or their Assigns*, 18 May 1814, (1813-14), Paper No.184, II., 673-80, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[501] *An Act to amend the several Acts for the Encouragement of Learning, by securing the Copies and Copyright of Printed Books, to the Authors of such Books or their Assigns*, 54 Geo. III, 29 juillet 1814, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[502] *An Act to amend the several Acts for the Encouragement of Learning, by securing the Copies and Copyright of Printed Books, to the Authors of such Books or their Assigns*, 54 Geo. III C 156, 29 juillet 1814: "*[…] in future the term of copyright shall be for twenty-eight years certain, and if the author be living at the expiration of that time, till his death […]*",disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[503] *Ibid.*, p. 820; voir aussi J. J. LOWNDES, *Historical sketch of the law of copyright; with remarks on serjeant talfourd's Bill; and an appendix of the copyright laws of foreign countries*, London: Saunders and Benning, 43, Fleet Street, 1842, p. 72: "*[i]n 1818, a question arose as to the construction of these clauses; and it was decided by the Court of King's Bench, (Brooke v. Clarke, 1 B & A. 396) that these clauses gave authors who had published their works less than fourteen years before the passing of that act, an absolute term of fourteen years, after the expiration of the first fourteen years; and to authors who had published their works less than twenty-eight years before that act, the copyright for their life. But where the interest was not in the author, or his assigns, by the existing law, at the passing of the act, then it did not re-create a term, for the whole intention of the act was merely to extend it. And this decision was agreeable to common justice; for where the author's right had expired before the passing of the act, some third parties might have undertaken to print it, and it would have been hard upon them revive the copyright, which they had concluded as ended*"

modèle de protection anglais survint lorsque fut entériné une protection limitée post mortem auctoris (B').

B'. Création d'une protection limitée post mortem auctoris

Nécessité d'amender la loi de 1814. Le 18 mai 1837, Sergent Talfourd décida de présenter devant la Chambre des Lords les raisons pour lesquelles amender la loi sur le copyright était nécessaire: « *[w]hen the opponents of literary property speak of glory as the reward of genius, they make an ungenerous use of the very nobleness of its impulses, and show how little they have profited by its high example. When Milton, in poverty and in blindness, fed the flame of his divine enthusiasm by the assurance of a duration coequal with his language, I believe with Lord Camden that no thought crossed him of the wealth which might be amassed by the sale of his poem ; but surely some shadow would have been cast upon 'the clear dream and solemn vision' of his future glories, had he foreseen that, while booksellers were striving to rival each other in the magnificence of their editions, or their adaptation to the convenience of various classes of his admirers, his only surviving descendant – a woman – should be rescued from abject want only by the charity of Garrick, who, at the solicitation of Dr. Johnson, gave her a benefit at the theatre which had appropriated to itself all that could be represented of Comus. […] There is something peculiarly unjust in bounding the term of an author's property by his natural life, if he should survive so short a period as twenty-eight years. It denies to age and experience the probable reward it permits to youth – to youth sufficiently full of hope and joy, to slight its promises. It gives a bounty to haste, and informs the laborious student who would wear away his strength to complete some work, which 'the world will not willingly let die', that the more of his life he devotes to its perfection, the more limited shall be his interest in its fruits. Its stops the progress of remuneration at the moment it is most needed, and when the benignity of nature would extract from her last calamity a means of support and comfort to survivors. […] The term allowed by the existing law is curiously adapted to encourage the lightest works, and to leave the noblest unprotected* »[504]. Le 6 juin de la même année fut déposé un projet de loi qui proposait l'instauration d'une durée du copyright égale à la vie de l'auteur plus soixante ans à compter de la date de sa mort[505].

Nécessité d'une durée de protection post mortem significative. Le 25 avril 1838, lors de la seconde lecture du projet de loi, M. Sergent Talfourd revint sur ce sujet: « *[i]s there any magic in the term of twenty-eight years ? Is there any conceivable principle of justice which bounds the right, if the author survives that term, by the limit of his natural life ? As far as expediency shall prevail – as far as the welfare of those for whom it is the duty and the wish of the dying author to provide, may be regarder by Parliament ; the period of his death is precisely that when they will most need the wordly comforts which the property in his work would confer. And as far as analogy may govern, the very attribute which induces us to regard with pride the works of intellect, is, that they survive the mortal course of those who framed them – that they are akin to what is deathless. Why should that quality render them worthless to those in whose affectionate remembrance their author still lives, while they attest*

[504] J. J. LOWNDES, *Historical sketch of the law of copyright; with remarks on serjeant talfourd's Bill; and an appendix of the copyright laws of foreign countries*, London: Saunders and Benning, 43, Fleet Street, 1842, p. 80 à 82

[505] *A Bill to consolidate and amend the laws relating to copyright in printed books, musical compositions, acted dramas, and engravings, to provide remedies for the violation thereof, and extend the term of its duration,* 1837, Paper No.380, I, p. 573, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

a nobler immortality ? »[506]. Dans ce nouveau projet de loi, une clause prévoyait que dans le cas où l'auteur (avant la promulgation de la loi) aurait cédé l'intégralité de la protection portant sur son œuvre, le cessionnaire pourrait jouir de cette cession jusqu'à la mort de l'auteur, les soixante ans supplémentaires revenant directement au bénéfice des héritiers de ce dernier[507].

Opposition à la prorogation du terme du copyright. L'argument principal au refus d'une protection du copyright de soixante années post mortem était que les imprimeurs-libraires, se comportant comme des marchands, avaient pour seul souci le remboursement de leurs investissements (et bien entendu l'espoir d'une plus-value). Peu leur importait de savoir ce qu'il en serait de l'oeuvre soixante ans après la mort de l'auteur, et la rémunération offerte lors de la cession des droits selon la loi de 1818 ne serait donc aucunement augmentée suite à la prorogation de soixante ans. Ainsi, l'apport de la nouvelle loi ne serait qu'au bénéfice exclusif des imprimeurs-libraires[508]. Pour d'autres, l'extension du terme serait sans intérêt pour l'auteur, indifferent pour l'imprimeur-libraire, et insultant pour le public[509].

Durée du copyright basé sur la vie de l'auteur. Sur ordre du Roi, il fut présenté le 19 janvier 1841 un nouveau projet de loi afin que la durée du terme du copyright soit augmentée à trente ans à compter de la mort de l'auteur. Néanmoins, il fut arrêté par la loi du 1er juillet 1842 (« *[a]n Act to amend the Law of Copyright* ») que la durée du terme du copyright était augmentée à la vie de l'auteur plus sept ans, ou quarante-deux ans à compter de la publication post-mortem de l'œuvre. De plus, si la durée d'exploitation était inférieure à quarante-deux ans dans le cas du premier calcul (vie de l'auteur plus sept ans) alors la durée de protection était accordée jusqu'au terme de ce délai de quarante-deux ans à compter de la première publication[510].

---

[506] *Parliamentary Debates on the Copyright Bill: Hansard*, 3rd Ser., 42 (1838): 555-597 (25 April), disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[507] *A Bill to amend the Law of copyright*, 29 janvier 1841, House of Commons Parliamentary Papers Online, p. 2 et 3: "*[i]n cases of subsisting Copright, the extended Term to be enjoyed, except when it shall belong to an Assignee for other consideration than natural love and affection; in which case it shall cease at the expiration of the present term; unless its extension shall be agreed to between the Proprietor and the Author*", disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[508] J. J. LOWNDES, *Historical sketch of the law of copyright; with remarks on serjeant talfourd's Bill; and an appendix of the copyright laws of foreign countries*, London: Saunders and Benning, 43, Fleet Street, 1842, p. 90: "*The only argument of any seeming weight used by the opponents of this measure,was that publishers act like merchants, whose principle it always is to replace their capital with profit as soon as possible; that they do not care what is to take place 60 years hence, and that at the same time that they would seek to have an absolute assignment of the whole term, they would not give the author any more for the 60 years extra than they would do under the existing state of law; and therefore the benefit of this Bill would be solely to the publishers*"

[509] *Ibid.*, p. 100-101: "*[t]he arguments against Seargent Talfourd's Bill are: that the proposed extension of term will be profitless to the author, indifferent to the publisher, and injurious to the public. It will be profitless to the author, because it will affect only one case out of five hundred; and it that one case the author will most likely have parted with his whole interest to the bookseller. It will be indifferent to the publisher, for he will make his calculations either with or without reference to the future term; and either way, on the principles on which his present trade is conducted, will only have to blame his own want of foresight or fortune. And it will be injurious to the public, because the only works that it will affect, will be those which it is most desirable should be circulated in a cheap form; namely, works of sterling merit, which outlive the ephemeral productions of the day, and by the perusal of which, mankind become wiser and more useful members of society*"

[510] *An Act to amend the Law of Copyright*, 1er juillet 1842, 5° & 6° Victoriae, C. 45., p. 406: "*III. And be it enacted, That the Copyright in every Book which shall after the passing of this Act be published in the Lifetime of its Author shall endure for the natural Life of such Author, and for the further Term of Seven Years, commencing at the Time of his Death, and shall be the Property of such Author and his Assigns: Provided always, that if the said Term of Seven Years shall expire before the End of Forty-two Years from the first Publication of such Book, the Copyright shall in that Case endure for such Period of Forty-two Years; and that the Copyright, in every Book which shall be published after the Death of its Author shall endure for the Term of Forty-two Years from the first Publication.*

Suite à la création des Etats-Unis d'Amérique et malgré l'influence de la loi anglaise[511] dans le processus de construction législative du copyright américain, les Pères Fondateurs décidèrent de ne pas baser la durée du copyright sur la vie de l'auteur mais plutôt de démarrer le calcul du terme de protection à partir de la première publication de l'œuvre. A la fin du XVIIIème siècle, alors que les Pères Fondateurs rédigeaient la Constitution américaine, la question de la création et de la diffusion du savoir se posa. Ce sujet fut considéré comme si important pour le pays qu'une « *copyright clause* » fut insérée dans la constitution américaine (Chapitre II).

Chapitre II. Le modèle américain

Le processus de création du modèle actuel de protection américain, dès l'origine fondé sur l'existence d'un domaine public (Section I), fut particulièrement long. La durée de protection du copyright américain, initialement calculée à partir de la date de publication des œuvres (Section II), ne fut définitivement basée sur la vie de l'auteur qu'à compter de 1976 (Section III).

Section I. Création d'un modèle de protection fondé sur l'existence d'un domaine public

Malgré la reconnaissance immédiate de la nécessité de créer un domaine public américain (§I), le législateur connu plusieurs échec quant à la création d'un modèle de protection des œuvres de l'esprit d'une durée post mortem auctoris (§II).

§I. Un copyright américain fortement influencé par le modèle anglais

Si la première forme de protection fut le privilège (A), à l'instar de l'Angleterre, les Etats américains choisirent rapidement le système du copyright pour protéger les œuvres de leurs concitoyens (B). Ce choix fut consacré dans la Constitution américain par la rédaction d'une *Copyright clause* (C).

[511] Il fallu toutefois attendre le Copyright Act de 1911 pour que soit aboli le copyright de droit commun anglais ("*common law copyright*") portant sur les oeuvres non publiées. A partir de cette date, la plupart des oeuvres littéraires et artistiques furent protégées par un copyright dont le terme était la durée de vie de l'auteur plus cinquante ans. Les formalités obligatoires pour l'obtention de la protection furent également abandonnées à partir de cette date. Voir L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Second Edition, Oxford, p. 31

A. Première forme de protection américaine, les privilèges

Alors que les premiers privilèges américains furent uniquement délivrés à des imprimeurs dès le milieu du XVIIème siècle (1), les auteurs acquirent le droit d'en obtenir en leurs noms seulement à partir de la fin du XVIIIème (2).

1) Nouveau marché et premiers privilèges américains

Origines. La première machine à imprimer des colonies britanniques Nord-Américaine fut apportée du Vieux Continent par le Révérend Jose Glover à Cambridge (Massachussetts) fin 1638[512]. Ceci, tout comme en Europe précédemment, imposa une réaction gouvernementale reposant sur trois axes bien précis : le contrôle et la censure des contenus imprimés, le maintien d'une régulation du marché du livre et l'encouragement du public à se procurer les publications les plus riches et intéressantes. Avant la Révolution il n'existait aucun régime établi du copyright dans les colonies d'Amérique et le Statute of Anne ne s'appliquait pas dans ces territoires. Le seul outil législatif concernant les publications d'œuvres littéraires était le privilège, délivré localement. Celui-ci offrait aux imprimeurs-libraires un droit exclusif d'imprimer une œuvre spécifique pour une durée limitée (généralement l'œuvre concernée intéressait particulièrement le public, comme les textes de lois de la colonie par exemple)[513].

Premières formes de protection. Au milieu du XVIème siècle, un système permanant de licence fut mis en place au Massachusetts afin d'exercer un meilleur contrôle des contenus publiés, ceux-ci étant soumis à une autorisation préalable délivrée par un comité spécial nommé par la Cour. C'est l'heure du patronage et de la régulation gouvernementale[514]. Le système appliqué aux colonies américaines reposait sur le modèle anglais du monopole d'impression, basé sur la censure et les prérogatives royales, et fut imposé aux colonies américaines par James II, Roi d'Angleterre, en 1685, qui communiqua ses instructions à Thomas Dongan, Gouverneur de New York à l'époque : « *[a]nd for as much a great inconvenience may arise by the liberty of printing within our province of New York, you are to provide by all necessary orders that noe person keep any press for printing, nor that any book, pamphlet or other matters whatsoever bee printed without your special leave & license first obtained* »[515]. Les privilèges américains restèrent en place jusqu'au milieu du XVIIIème, tandis qu'en Angleterre le système de licences ne résista pas à la fin annoncée dès 1695 du Licensing Act de 1662.

Privilèges américains et durée limitée. Le premier privilège américain fut accordé au libraire John Usher, par la colonie du Massachussetts. Usher fit en effet une offre

[512] O. BRACHA, *Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America,* Privilege and Property, Essays on the History of Copyright, Ronan Deazley, Martin Kretschmer et Lionel Bently, 2010, p. 91
[513] O. BRACHA, *The Statute of Anne: an American Mythology*, Houston Law Review, 47 Hous. L. Rev. 877 2010-2011, p. 879
[514] O. BRACHA, *Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America,* Privilege and Property, Essays on the History of Copyright, Ronan Deazley, Martin Kretschmer et Lionel Bently, 2010, p. 93
[515] H. B. ABRAMS, *The historic foundation of American copyright law: exploding the myth of common law copyright*, 29 Wayne L. Rev. 1119 1982-1983, p. 1171

particulièrement intéressante à la colonie, celle de publier à ses propres frais les lois de celle-ci. Il obtint de la General Court un privilège l'autorisant exclusivement à imprimer et vendre les textes de loi du Massachussetts : « *In ansr to the petition of John Vsher, the Court judgeth it meete to order, & be it by this Court ordered & enacted, that no printer shall print any more copies then are agreed & pajd for by the ouuner of the sajd coppie or copies, nor shall he nor any other reprint or make sale of any of the same, wthout the sajd ouners consent, vpon the forfeiture an penalty of treble the whole charges of printing, & paper,&c, of the whole quantity payd for by the ouner of the coppie, to the sajd ouner or his assignees* », completé un an plus tard à la demande de Usher qui supposait que son imprimeur imprimait et vendait des exemplaires sans son accord: « *Mr John Vsher hauing binn at the sole chardge of the impression of the booke of laws […] the Court judgeth it meete to order, that for at least seven yeares, vnless he shall haue sold them all before that tjme, there shallbe no other or further impression made by any person thereof in this jurisdiction* »[516]. Le privilège d'Usher fut donc accordé pour une durée limitée de sept ans (« *at least* »), et ne concernait que le stock que possédait Usher, non les futures impressions. Ce privilège était identique à ceux accordés par le pouvoir anglais au début du XVIème siècle. Il s'agissait d'un privilège exclusif dont la durée économique était limitée afin de réduire le risque de l'investisseur et d'encourager la diffusion d'une œuvre littéraire ciblée. Ce privilège était clairement discrétionnaire (« ad hoc ») et n'était aucunement l'outil juridique d'un régime légal général, celui-ci ne présentant aucune différence avec les privilèges accordés dans d'autres secteurs tels que l'industrie ou les travaux publics[517].

Un marché limité et jeune. Le marché des livres étant limité à cette époque à chaque territoire colonial et à un nombre très restreint d'acteurs économiques (le nombre d'imprimeurs et de libraires est particulièrement limité dans chaque colonie) une régulation officielle par les pouvoirs en place était assez simple. De plus, à cette époque, deux dispositifs permettaient une auto-régulation du marché : les accords privés inter-imprimeurs et libraires de ne pas imprimer les œuvres détenues par la concurrence, et une norme sociale non officielle appelée « *an enlightened self interest* »[518]. Ces deux dispositifs, dans un marché économique particulièrement étroit, ont eu le mérite d'être particulièrement efficaces dans la lutte contre la publication d'œuvres non autorisées.

Expansion du modèle des privilèges. En 1747, la Caroline du Nord reprit le système des privilèges utilisé au Massachussetts[519] sous les encouragements de son Gouverneur, Gabriel Johnson, et nomma James Davis (venu de Virginie à cette fin) imprimeur de la colonie afin qu'il publie un recueil de lois pour la colonie. Par statut, la Caroline du Nord créa le titre de « Commissioner » qui qualifiait les imprimeurs-libraires des livres de droit nommés officiellement par la colonie. Ceux-ci se voyaient accorder un droit exclusif d'imprimer et de vendre ces livres pendant cinq ans (« *the Benefit and Advantage of the sole Printing and Vending the Books of the said Laws, for and during the space or Term of Five Years* »)[520].

Des privilèges fondés sur l'intérêt économique. D'autres colonies, sans légiférer explicitement sur des droits d'impression, utilisèrent des arrangements afin de promouvoir

[516] O. BRACHA, *Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America,* Privilege and Property, Essays on the History of Copyright, Ronan Deazley, Martin Kretschmer et Lionel Bently, 2010, p.96
[517] *Ibid.*, p.97
[518] *Ibid.*, note n°34 de l'auteur, p.98
[519] voir précédemment le privilège attribué à Usher
[520] O. BRACHA, *Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America,* Privilege and Property, Essays on the History of Copyright, Ronan Deazley, Martin Kretschmer et Lionel Bently, 2010, note n°34 de l'auteur, p.99

l'imprimerie sur leurs territoires. Ce fut le cas par exemple du Maryland qui accorda à William Bladen, dès 1696, le droit d'importer à ses frais une machine à imprimer, puis quelques années plus tard, le droit (exclusif même si cette caractéristique n'est pas explicite) d'imprimer et vendre une compilation des lois du Maryland[521]. Il en fut de même à New York. Ainsi, les colonies accordèrent au compte-gouttes des privilèges d'impression et de vente strictement discrétionnaires, ces privilèges s'apparentant à des privilèges purement économiques n'ayant aucun lien avec la qualité d'auteur. Ces privilèges étaient justifiés par l'intérêt économique, culturel et social du public que représentaient les différents projets d'entreprises de publication. Il fallut néanmoins attendre la fin du XVIIIème siècle pour que les auteurs puissent se voir attribuer directement des privilèges (2).

2) Premier privilège américain accordé à un auteur

L'avènement d'un droit d'auteur américain. En 1770, et pour la première fois dans une colonie américaine, un auteur demanda qu'un privilège lui soit accordé sur une de ses œuvres. William Billings, compositeur, professeur de chant, alors au pic de sa notoriété, venait tout juste de publier un recueil de mélodies appelé « *New England psalm Singer* ». Souhaitant publier une seconde édition, il s'inquiéta que certains murmuraient que son travail allait être réimprimé et vendu par d'autres à grande échelle. Il décida de réagir face à cette situation et déposa en novembre 1770 une requête à la Chambre des Représentants du Massachussetts afin de se voir accorder un privilège exclusif sur la vente de son œuvre durant plusieurs années (« *praying that he may have the exclusive Privilege of selling a Book of Church-Musick compos'd by him self, for a certain Term of Years* »)[522]. En 1772, Billings déposa de nouvelles requêtes auprès du Gouverneur, du Conseil et de la Chambre des Représentants.

Première demande de privilege par un auteur américain. Billings se vit finalement accorder le droit de présenter une proposition de loi intitulé: « *[a]n Act for granting to William Billings of Boston the Sole Privilege of printing and vending a Book by him compos'd, consisting of a great veriety of Psalm Tunes, Anthems and Cannons, in two Volumes*" dont la lecture eut lieu le 14 juin de la même année devant la Chambre des Représentants et prévoyant que Billings "*be and hereby is impower'd soley to print and vend his said Composition consisting of Psalm-tunes Anthems and Canons and have and receive the whole and only benefit and emolument arising therefrom for and during the full term of seven years*"[523].

Un projet de loi retoqué. Même si ce projet de loi n'aboutit pas (le privilège demandé ne fut pas accordé à Billings, certainement pour des raisons politiques), sa démarche ne fut pas anecdotique dans l'histoire du copyright et du droit d'auteur américains. Pour la première fois, un auteur revendiqua un privilège exclusif sur l'une de ses créations. Pour appuyer cette démarche, Billings présenta de nouveaux arguments (sur le continent américain): le coût de sa création, le temps passé et la peine occasionnée lors de la production de son œuvre, et le besoin de rémunérer le fruit de son travail intellectuel[524].

Reconsidération du statut de l'auteur. Peu de temps après la Révolution et la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis du 4 juillet 1776, le système de droits d'impression et vente

[521] *Ibid.*, p.100
[522] *Ibid.*, p.101
[523] *Ibid.*, p.102
[524] *Ibid.*, p.103

d'œuvres s'orienta de plus en plus vers une plus forte considération de la place de l'auteur. En 1781, le Connecticut accorda à Andrew Law ce qui s'apparentait au premier copyright d'auteur américain. Andrew Law, dont l'occupation première était sa carrière musicale, se fit connaître en compilant, arrangeant et publiant des compositions d'autres artistes. Fin commercial et connaisseur du marché musical (il a d'ailleurs ouvert plusieurs écoles de musique dans le pays et signé des accords avec de nombreux professeurs de musique afin que soit utilisés exclusivement ses livres d'enseignement), Law s'empressa de demander au pouvoir législatif du Connecticut « *an exclusive patent for imprinting and vending the Tunes following for the term of five years* »[525], qui lui accorda un privilège exclusif de cinq années portant sur l'impression, l'édition et la vente de plusieurs retranscriptions de mélodies et hymnes nommément citées.

Le premier copyright temporaire et exclusif accordé à un auteur. Ce privilège s'apparentait dès lors à un copyright d'auteur classique. Néanmoins, le fait que Law ne fut pas l'auteur de l'ensemble des mélodies protégées, mais plutôt un « compilateur » de celles-ci, souleva certaines interrogations. Que protégeait clairement le privilège accordé à Law ? Chaque mélodie répertoriée ou plutôt la façon dont l'ensemble a été compilé ? Selon le descriptif officiel de son privilège, celui-ci interdisait « *all the Subjects of this State, to reprint the same, & each & every of the sd. Tunes and Anthems, in the like, or in any other Volume, Form whatsoever* »[526]; et il était aisé de conclure que Law devint ainsi le titulaire d'un privilège portant sur des œuvres dont il n'était aucunement l'auteur. Car il semblait que c'était bien sur les œuvres musicales individuelles que portait le privilège et non l'ensemble de celles-ci (et donc dans l'ordre présenté par Law), ce qui rapprochait ce privilège de ceux accordés jusque-là aux imprimeurs-libraires. En effet, Law n'eut pas à prouver la paternité de ces œuvres mais seulement qu'il était effectivement le premier à chercher à les publier en Amérique. Malgré cette aberration, la délivrance de ce copyright eut le mérite de sensibiliser les différents Etats sur la question du copyright, et les poussa à légiférer (B).

[525] Andrew Law's Petition, 1781, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[526] *Andrew Law's Privilege*, 1781, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

B. Création de copyrights temporaires propres à chaque Etat

Les Etats américains, grandement influencés par le modèle anglais (2), décidèrent dès 1783 de rédiger des lois encadrant la protection par le copyright (1).

1) Premières lois étatiques créant une protection par le copyright

Intérêt de légiférer sur le copyright. En janvier 1783, John Ledyard, ancien marin de la British Navy, et auteur du récit de ses voyages « *Journal of Captain Cook's Last Voyage* », présenta une requête au pouvoir legislatif du Connecticut et demanda « *the exclusive right of publishing the said Journal or history in this State for such a term as shall be thot fit* »[527], ce qui était selon lui un bienfait pour le public. Mais, de manière assez surprenante, le comité d'étude de la requête, plutôt que de se pencher sur la délivrance d'un privilège personnel, souleva la question de passer une loi concernant un copyright général : « *[y]our Honours committee appointed to take into consideration the Memorial of John Ledyard [presented] to this Assembly, take leave to report that in their Opinion a publication of the Memorialist's Journal on his Voyage round the Globe may be beneficial to these United States & to the world, & it appears reasonable & just that the Memorialist should have an exclusive right to publish the same for a Reasonable Term, and as it appears that Several Gentlemen of Ge-nius & reputation are also about to make Similar Applications, for the exclusive right [to] publish works of their Respective Compositions, Your Committee are of Opinion that it is expedient to pass a general bill, for that purpose and Whereupon report the annexed Bill* »[528]. Cette orientation eu pour conséquence la rédaction de la première loi concernant un copyright général en janvier 1783, le Connecticut Copyright Statute. Cette transition fut assez ironique car les deux particuliers ayant favorisé la création d'un copyright américain, Law et Ledyard, n'étaient pas à proprement parler les véritables auteurs de leurs œuvres. En effet, Ledyard plagia (au mot près) de nombreux passages d'un livre anonyme de 1781 portant sur le 3ème voyage du capitaine Cook, sans que personne ne parût concerné ou choqué par cela. Ainsi, si les titulaires de privilèges à la fin du XVIIIème étaient plus souvent des auteurs que des imprimeurs-libraires, il semble que concrètement, comme Law et Ledyard, certains individus devenus titulaires de privilèges se situaient plus entre ces deux qualités.

Le choix des Etats de légiférer individuellement. Or, dès la fin du XVIIIème siècle, les doctrines utilitariste et naturaliste furent débattues dans les colonies britanniques d'Amérique, qui ne savaient à l'époque sur laquelle des deux s'appuyer lors de l'élaboration puis la rédaction de leurs lois sur le copyright. De nombreux Etats décidèrent donc de légiférer en s'appuyant fortement sur le Statute of Anne anglais. Ce choix fut d'ailleurs certainement motivé par la résolution du Congrès américain du 2 mai 1783 recommandant l'adoption d'une loi sur le copyright afin de protéger « *new books, not hitherto printed* »[529]. Ce fut chose faite

[527] *Petition of John Ledyard*, 1783, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[528] *Ledyard Petition Committee Report*, Connecticut , 1783, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[529] B. W. RUDD, *Notable dates in American Copyright 1783-1969*, Quaterly Journal of the Library of Congress, April 1979, p.137; H. B. ABRAMS, *The historic foundation of American copyright law: exploding the myth of common law copyright*, 29 Wayne L. Rev. 1119 1982-1983, p. 1173: "*Resolved, that it be recommended to the several States to secure to the authors or*

par Le Connecticut, le Massachussetts, le Maryland, le New Jersey, le New Hampshire, le Rhode Island en 1783, la Pennsylvanie, la Caroline du Sud en 1784, la Caroline du Nord en 1785, la Virginie, la Géorgie, l'Etat de New York en 1786[530], tous reprenant dans leur préambule respectif (de manières plus ou moins différentes) les trois principales raisons de légiférer sur le copyright: le devoir du gouvernement de promouvoir la connaissance et le progrès, la promotion de l'intérêt du public à l'apprentissage produit par le copyright et un droit naturel de propriété aux auteurs sur le fruit de leur travail intellectuel[531]. Sans d'ailleurs se soucier concrètement d'une potentielle dissonance issue de la juxtaposition, voire de l'association, d'arguments issus des doctrines naturaliste et utilitaire[532]. Seul l'Etat du Delaware n'adopta pas de loi sur le copyright[533]. Ces lois, largement influencées par le modèle établi en Angleterre, comportaient une forte dimension utilitariste (2).

2) Influence anglaise, dimension utilitariste et protection à durée limitée

Des législations fondées sur la jurisprudence anglaise. Néanmoins, la plupart de ces lois s'appuyèrent sur une analyse originale de la jurisprudence anglaise, et notamment de l'arrêt *Donaldson v. Beckett*, interprétant celui-ci non comme la fin du copyright de droit commun mais plutôt comme la combinaison d'un droit naturel et de principes économiques[534]. Ceci se caractérisait dès la lecture de la plupart des préambules de ces lois, qui faisaient allusion à cette combinaison. Par exemple, la loi du New Hampshire disposait: « *[a]s the improvement of knowledge, the progress of civilization, and the advancement of human happiness, greatly depend on the efforts of learned and ingenious persons in the various arts and sciences; as the principal encouragement such persons can have to make great and beneficial exertions of this nature, must consist in the legal security of the fruits of their study and industry to themselves; and as such security is one of the natural rights of all men, there being no property more peculiarly a man's own than that which is produced by the labor of his mind…*"[535].

Des copyrights à durées limitées. Déjà dans ces Etats, la durée du copyright était limitée: sept Etats (le Connecticut, le Maryland, le New Jersey, la Pennsylvanie, la Caroline du Sud, la Géorgie et New York) établirent une durée de quatorze années à compter de la date de première publication avec une éventuelle prorogation de la même durée dans le cas où l'auteur serait toujours vivant à l'issue de la première période; appliquant très clairement le format du copyright défini dans le Statute of Anne anglais. Mais les autres Etats, encore plus concernés par la protection de l'intérêt du public (et donc du domaine public), appliquèrent des durées plus courtes à leurs territoires respectifs: la Caroline du Nord décida d'une durée

---

publishers of any new books not hitherto printed, being citizens of the United States, and to their executors, administrators, and assigns, the copy right of such books for a certain time no less than fourteen years from the first publication...such copy or exclusive right of printing, publishing and vending the same, to be secured to the original authors, or publishers, their executors, administrators, and assigns, by such laws and under such restrictions as to the several States may seem proper", Resolution of May 2, 1783, *Journals of the Continental Congress, 1774-1789,* at 326-27 (1922); Copyright Office, Copyright Enactments, 3 copyright Off. Bull. 1 (1973)

[530] B. W. RUDD, *Notable dates in American Copyright 1783-1969*, Quaterly Journal of the Library of Congress, April 1979, p.137-138

[531] O. BRACHA, *The Statute of Anne: an American Mythology*, Houston Law Review, 47 Hous. L. Rev. 877 2010-2011, p. 891

[532] *Ibid.*, p. 892

[533] H. B. ABRAMS, *The historic foundation of American copyright law: exploding the myth of common law copyright*, 29 Wayne L. Rev. 1119 1982-1983, p. 1173

[534] A. C. YEN, *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, 51 Ohio St. L.J. 517 1990, p. 528

[535] *Act of Encouragement of Literature*, 1783 N.H. Laws 305, pour plus d'exemples, voir A. C. YEN, *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, 51 Ohio St. L.J. 517 1990, note n°79, p. 529

de quatorze années non renouvelable, le New Hampshire de vingt années, le Massachussetts, le Rhode Island et la Virginie de vingt-et-une années. Les copyrights des Etats « *fondateurs* » se présentaient donc très clairement comme des copyrights limités dans plusieurs de leurs caractéristiques principales. Ils étaient limités quant à l'objet sur lequel ils portaient (seuls les travaux imprimés étaient susceptibles d'être protégés par le copyright), quant aux individus titulaires (seuls les auteurs), quant aux droits acquis (exclusivement le droit d'imprimer et de vendre), et quant à sa durée (vingt-huit ans au maximum); certains Etats ayant même imposé des restrictions en rapport avec la nationalité de l'auteur et le prix de vente de la publication[536].

Des copyrights fondés sur l'intérêt de l'auteur et du public. La rédaction de ces différents textes présentait deux caractéristiques majeures : la première était que pour la première fois dans l'histoire de l'Amérique, le copyright était considéré explicitement comme un droit de l'auteur, la seconde, que ce droit était perçu comme la source d'un bénéfice pour le public, participant ainsi à l'accès au plaisir de la société américaine. Cette notion était d'ailleurs clairement exprimée dans le préambule du New Jersey copyright act de 1783: « *Whereas learning tends to the embellishment of human nature, the honour of the nation, and the general good of mankind; and as it is perfectly agreeable to the principles of equity, that men of learning who devote their time and talents to the preparing of treatises for publication, should have the profits that may arise from the sale of their works secured to them…*»[537]. Ainsi, le copyright était considéré comme un monopole participant au bénéfice de la société dans son ensemble, car il encourageait les auteurs à créer.

Le refus d'une durée illimitée du copyright. Les Etats fondateurs, à l'instar des rédacteurs du Statute of Anne de 1710, appréhendaient la législation sur le copyright comme des textes de loi permettant le contrôle et la régulation du commerce des publications sur un territoire géographique déterminé, afin que l'auteur puisse en tirer un bénéfice temporaire tandis que le public en profiterait sur le long terme[538]. Accorder une durée illimitée du copyright aux auteurs présenterait plusieurs dangers, préalablement constatés et soulevés en Angleterre, telle que la possibilité pour un titulaire de copyright de vendre indéfiniment une œuvre à un prix excessivement élevé ou encore de faire disparaître purement et simplement l'œuvre du marché, ce qui in fine, aurait abouti à l'annihilation de l'intérêt du public quant à son accès à la connaissance et donc à l'entrave significative de la circulation des idées au sein de la communauté. La régulation du copyright était (et est toujours) un enjeu majeur, qui plus qu'encourager à la création littéraire, permettait d'éviter la paupérisation de la pensée commune d'une société civilisée. C'est en partie pour cette raison qu'une *Copyright clause* fut insérée dans la Constitution américaine lors de sa rédaction (C).

C. *Copyright clause* et création d'un copyright américain temporaire fondé sur l'intérêt social

Afin d'harmoniser la durée de protection du copyright à l'ensemble du territoire, le législateur américain fit le choix de créer un copyright fédéral (1). Ce copyright était d'une durée limitée afin que soit également consacré un domaine public américain (2).

[536] L. RAY PATTERSON et C. JOYCE, *Copyright in 1791 : An Essay*, 52 Emory L.J. 909 2003, p. 935
[537] *Act of May 27, 1783* (New Jersey), Copyright Office
[538] L. RAY PATTERSON et C. JOYCE, *Copyright in 1791 : An Essay*, 52 Emory L.J. 909 2003, p. 936

1) Rédaction de la *copyright clause* et création d'un copyright fédéral temporaire

La nécessité d'une loi applicable à tous les Etats. Rédiger une loi applicable à tous les Etats fut nécessaire, afin que le régime du copyright ne soit pas différent d'un Etat à un autre, ce qui occasionnerait des difficultés quant à la circulation des œuvres protégées sous ce régime. Ce qu'avait soulevé certains commentateurs de l'époque et notamment James Madison qui, dans le numéro vingt-trois du Federalist Paper, expliquait: « *the states cannot separately make effectual provision for [copyright]* ». Il fut donc logique que le Congrès (branche législative du pouvoir fédéral) se vit conférer le rôle de régulateur du copyright américain.

Création d'une copyright clause. Ainsi, après que la Convention Constitutionnelle des Etats-Unis se soit réunie et concertée de mai à septembre 1787, la « copyright clause » de la Constitution Fédérale du 5 septembre de la même année fut adoptée à l'unanimité: « *Congress shall have the power* […] *to promote the progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writtings and Discoveries*"[539].

Une protection encadrée. Cette clause présentait donc les quatre limitations principales associées au copyright, et qui étaient déjà les mêmes dans les textes des Etats fédéraux, à savoir : une limitation de durée (« *for a limited Time* »), une limitation des potentiels titulaires (« *Authors* »), une limitation des droits associés et accordés (« *exclusive Right* ») et une limitation des supports concernés (« *Writings* »)[540]. En restreignant la titularité du copyright aux auteurs sur leurs œuvres, le législateur américain a ainsi évité les potentielles dérives qui ont eu lieu précédemment en France ou en Angleterre. Aucun droit d'impression, de réimpression ou encore de vente d'une œuvre littéraire délivré aux Etats-Unis ne pouvait se faire sans l'accord express de son auteur.

Une durée limitée du copyright. La limitation temporelle du copyright exprima très nettement la volonté du législateur de faciliter l'accès aux œuvres et ainsi à la connaissance, tout en permettant aux auteurs de tirer profit de leur travail. Cette démarche s'inscrivit dans la détermination du législateur de promouvoir la circulation des idées au sein de la société américaine. Comme l'expliqua très justement William Crosskey: « *those limitations were expressed, first, because the Convention did not desire that Congress should have any power to grant perpetual copyrights; and, second because it did desire, by restricting congress to the creation of limited rights, to extinguish, by plain implication of 'the supreme Law of the Land', the perpetual rights which authors had, or were supposed by some to have, under the Common Law* »[541].

Inquiétudes concernant cette forme de copyright. D'autres commentateurs, contrairement aux théoriciens modernes qui ne relevèrent qu'une motivation économique, observèrent dans la copyright clause le spectre de la décision rendue dans l'affaire *Millar* et l'application d'un droit naturel combiné à des considérations économiques: « *[t]he utility of [the copyright power] will scarcely be questioned. The copyright of authors has been solemnly adjudged in*

[539] *United States Constitution*, Art. I, s. 8, cl. 8, 1787
[540] L'interprétation de ces limitations pouvaient varier d'un auteur à l'autre, par exemple selon L. RAY PATTERSON: « *The limitations are manifest in three basic policies expressed in the copyright Clause: the promotion of learning, because the language so states; the protection of the public domain, because Congress can grant copyright only for a limited time (and only for new writings); and the benefit for the author, who is the person entitled to copyright*", dans *Copyright and "the exclusive right" of authors*, 1 J. Intell. Prop. L. 1, 1993-1994, p. 4
[541] W. CROSSKEY, cité par L. RAY PATTERSON, *Copyright and "the exclusive right" of authors*, 1 J. Intell. Prop. L. 1 1993-1994, p. 19

Great Britain, to be a right at common law. The right to useful inventions, seems with equal reason to belong to the inventors. The public good fully coincides in both cases, with the claims of individuals"[542]. Pourtant, le législateur américain, emprunt d'une logique utilitariste, fit le choix de limiter la durée de protection du copyright afin de consacrer un domaine public (2).

2) Dimension utilitariste et consécration d'un domaine public américain

Accès du public à la connaissance. Selon certains spécialistes[543], au regard des différentes limitations du copyright et notamment celle concernant la durée, c'était plus le droit des américains d'apprendre des œuvres sous copyright qui fut protégé par la copyright clause et le Copyright Act de 1790 que le droit du détenteur du copyright d'exploiter son travail. Or, la connaissance du public passait obligatoirement par l'accès aux textes, vecteurs principaux de celle-ci. Cet accès du public à la connaissance fut garanti par l'une des conditions préalables à l'obtention du copyright pour une œuvre donnée : la publication. En effet, une fois une œuvre littéraire publiée et protégée par le copyright, le détenteur de celui-ci ne pouvait empêcher le public d'atteindre et de prendre connaissance de cette œuvre. La durée limitée du copyright aboutissait également à la consécration et la protection d'un domaine public américain. En garantissant le développement perpétuel et infini d'un domaine public, le législateur enlevait toute possibilité aux imprimeurs-libraires de « verrouiller » le marché des publications littéraires, voire de faire de la rétention intellectuelle et/ou culturelle (au sens où ceux-ci n'avait pas le pouvoir d'empêcher la diffusion d'une œuvre sur laquelle ils détiendraient un copyright). Cette orientation allait au-delà de la dimension culturelle et sociale, elle était également d'ordre politique: une population éduquée et informée, ayant un accès large à la connaissance était la source même d'une société libre[544], voire heureuse[545].

United States Copyright Act. La copyright clause devint ainsi la base du United States Copyright Act du 31 mai 1790, « *[a]n act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned* »[546]. Le United States Copyright Act se basait sur le Statute of Anne et l'application qui en fut faite en Angleterre suite à la décision rendue dans l'affaire *Donaldson v. Beckett*. L'esprit utilitariste de cette décision prédomina en toute logique lors des débats sur la création d'un copyright américain: celui-ci fut accordé pour une durée de quatorze ans à compter de la date d'enregistrement (renouvelable une fois, sous

[542] MADISON, *The Federalist*, N°43, 1976, p. 279, cite par A. C. YEN, *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, 51 Ohio St. L.J. 517 1990, p. 529
[543] L. RAY PATTERSON et C. JOYCE, *Copyright in 1791 : An Essay*, 52 Emory L.J. 909 2003, note n°83 des auteurs, p. 940
[544] *Ibid.*, p. 949
[545] President G. WASHINGTON, dans un message au congrès du 8 janvier 1790 et qui conduisit à la rédaction du Copyright Act de la même année : « *Knowledge is, in every country, the surest basis of public happiness* », cité par L. RAY PATTERSON, *Copyright and "the exclusive right" of authors*, 1 J. Intell. Prop. L. 1 1993-1994, p. 20-21
[546] *United States Copyright Act of 1790*, Preamble

conditions[547]), obligation d'enregistrement auprès de l'administration compétente, et dans la limite des actes spécifiques d'impression, réimpression, publication et de vente[548].

Légalisation de la contrefaçon des œuvres étrangères. La section 5 du Copyright Act est particulièrement intéressante car elle ouvrait explicitement la possibilité d'une contrefaçon des publications issues d'un marché autre que celui de la juridiction des Etats-Unis (sous réserve que les œuvres concernées ne soient pas réalisées par des citoyens américains)[549]. Cette disposition fut d'ailleurs affinée par le Copyright Act de 1831, qui dans sa section 8, précisa que toute personne pouvait importer de l'étranger toute sorte de travaux sans exception, sous réserve que les œuvres concernées ne soient pas réalisées par des citoyens ou résidents américains[550]. Il faudra attendre 1891 et l'International Copyright Act pour que le domaine public américain regroupant toutes les œuvres étrangères prenne fin. La première œuvre étrangère à être enregistrée sous le régime de cette loi fut la pièce de Henry Arthur Jones, « *Saints and Sinners* »[551]. Le domaine public (général) américain fut quant à lui menacé par les défenseurs de la théorie du copyright perpétuel de droit commun (§II).

§II. Nécessité d'une durée limitée de la protection et échec d'une durée basée sur la vie de l'auteur

Si l'idée de l'existence d'un copyright perpétuel de droit commun fut rapidement écartée (A'), le législateur fit toutefois le choix d'augmenter à plusieurs reprise la durée de protection, sans toutefois parvenir à établir un modèle fondé sur la vie de l'auteur (B').

A'. Conception utilitariste et refus d'un copyright perpétuel de droit commun

La théorie du copyright perpétuel de droit commun fut présentée aux juges lors de la célèbre affaire *Wheaton v. Peters* (1) et les débats qu'elle souleva permis d'affirmer définitivement le caractère temporaire de la protection (2).

---

[547] *United States Copyright Act of 1790*, "*And if, at the expiration of the said term, the author or authors, or any of them, be living, and a citizen or citizens of these United States, or resident therein, the same exclusive right shall be continued to him or them, his or their executors, administrators or assigns, for the further term of fourteen years; Provided, He or they shall cause the title thereof to be a second time recorded and published in the same manner as is herein after directed, and that within six months before the expiration of the first term of fourteen years aforesaid*", Sect. 1

[548] *United States Copyright Act of 1790*, Sect. 1: "*shall have the sole right and liberty of printing, reprinting, publishing and vending such map, chart, book or books, for the term of fourteen years from the recording the title thereof in the clerk's office*"

[549] *United States Copyright Act of 1790*, Sect. 5: "*That nothing in this act shall be construed to extend to prohibit the importation or vending, Reprinting or publishing within the United States, of any map, chart, book or books, written, printed, or published by any person not a citizen of the United States, in foreign parts or places without the jurisdiction of the United States*"

[550] *United States Copyright Act of 1831*, Sect. 8: "*Privilege restricted to citizens or residents*"

[551] L. RAY PATTERSON et C. JOYCE, *Copyright in 1791 : An Essay*, 52 Emory L. J. 909 2003, note n°83 des auteurs, p. 940

1) Affaire *Wheaton v. Peters* et débat judiciaire concernant l'existence d'une propriété perpétuelle de l'auteur sur son œuvre

Question du copyright de droit commun: *Wheaton v. Peters*. En Angleterre, la nature du copyright fut définie dès 1774 dans l'arrêt *Donaldson v. Beckett*[552] quand les juges de la Chambre des Lords décidèrent que le copyright anglais était une création de droit positif (par statut) et qu'ainsi, toutes les œuvres publiées non protégées par le copyright ou dont le terme de protection avait expiré faisaient partie du domaine public sans qu'aucune théorie d'un droit naturel de l'auteur sur son œuvre ne puisse changer cela. En 1834, il n'en était rien aux Etats-Unis et le pouvoir judiciaire n'avait pas encore eu à se prononcer sur ce choix juridique théorique mais néanmoins décisif.

Cadre de l'affaire. L'affaire *Wheaton v. Peters* fut la première ayant donné lieu à un jugement de la Cour Suprême des Etats-Unis concernant le copyright. Elle concernait l'impression et la publication des opinions de la Cour Suprême des Etats-Unis. Henry Wheaton, « *reporter of decisions* »[553], compilait les opinions de la Cour Suprême, y ajoutant de nombreuses annotations et résumés des arguments tenus devant Celle-ci. Les éditions publiées par Henry Wheaton, bien que particulièrement intéressantes (surtout pour les avocats), étaient difficilement accessibles au public du fait de leur coût considérablement élevé. Le successeur de Wheaton, Richard Peters, en plus de publier ses volumes, s'intéressa aux travaux de son prédécesseur. Il décida d'abréger ceux-ci et de réduire vingt-quatre volumes en six en évinçant les argumentaires des avocats et tout contenu divergeant des opinions et décisions rendues. A l'époque, le salaire des « *Reporters of opinions* » n'était pas suffisant pour couvrir les coûts de réalisation de leurs éditions et ceux-ci s'appuyaient sur les recettes issues des publications vendues. En créant des éditions résumées et de fait beaucoup moins chères, Richard Peters s'accapara facilement et rapidement le marché commercial de ces publications.

Défaut du formalisme légal. Henry Wheaton (associé à son éditeur, Donaldson) décida de poursuivre Richard Peters devant la Circuit Court du District Est de Pennsylvanie, afin d'obtenir une injonction contre lui pour stopper l'impression et la vente de son 3ème volume des « *Peter's Condensed Reports* ». Son recours fut un échec. En effet, Peters justifia la légitimité de son entreprise en expliquant que Wheaton n'avait pas respecté les conditions nécessaires à l'obtention de la protection des œuvres concernées, telles que définies dans la loi de 1790. Le juge Hopkinson opina dans son sens et statua que le copyright était une pure création par Statut et que chacun se devait de respecter les obligations d'enregistrement afin d'en obtenir la protection. Il ajouta qu'aucun droit commun n'existait (reprenant le raisonnement de la décision rendue dans l'affaire *United States v. Worall*[554]) et que cette question ne pourrait être envisagée qu'à l'échelon national, si tant est qu'il existe un droit commun du copyright. Wheaton et Donaldson décidèrent de faire appel de cette décision devant la Cour Suprême.

Droit exclusif. Selon Wheaton, un *Reporter* était un auteur et à ce titre possédait un droit exclusif de copie sur ses *Reports* et ceci ne pouvait être atténué ou annulé par sa nomination à

[552] *Donaldson vs Beckett*, 2 Brown's Parl. Cases (2d ed.) 129, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257, 1774
[553] Les « Reporters of Decisions » ou « *Reporters of opinions* » sont chargés de retranscrire les décisions rendues par la Cour sur toutes les questions de droit débatues par les avocats devant celle-ci, de les préparer à être publiées, de les imprimer ou les numériser, accompagnées de références, tables des matières (listes des affaires) et index.
[554] *United States v. Worall*, 28 F. Cas. 774 (C.C.D. Pa. 1798) (No. 16,766), décision selon laquelle les États-Unis, en tant que gouvernement fédéral, ne peut faire l'objet d'un droit commun

ce poste par les Lords Justice ou l'obtention pour son travail d'un salaire (environ mille dollars par mois) délivré par le Congrès selon les termes du Reporter's Act of 1817. Wheaton considérait que son œuvre, issue du fruit d'un travail long de douze années, se devait d'être protégée par des « *sacred rights* » afin qu'il puisse bénéficier d'un revenu pécuniaire sur l'exploitation de celle-ci, en complément de son salaire de *Reporter*. Néanmoins, il fut incapable d'expliquer clairement la source de ces droits[555].

Inquiétudes d'une potentielle durée perpétuelle du copyright. L'enjeu de cette affaire était très proche de celui du cas *Donaldson v. Beckett*[556] en Angleterre, et certains juges soulevèrent les mêmes arguments concernant l'éventuelle reconnaissance d'un copyright dit « de droit commun »[557], et notamment les dangers d'un monopole perpétuel de l'auteur sur son œuvre. Pour Justice Mc Lean, par exemple, « *an author, at common law, has a property in his manuscript, and may obtain redress against any one who deprives him of it, or by improperly obtaining a copy endeavors to realise a profit by its publication, cannot be doubted ; but this is a very different right from that which asserts a perpetual and exclusive property in the future publication of the work, after the author shall have published it to the world […] A book is valuable on account of the matter it contains, the ideas it communicates, the instruction or entertainment it affords. Does the author hold a perpetual property in these? Is there an implied contract by every purchaser of his book that he may realise whatever instruction or entertainment which the reading of it shall give, but shall not write out or print its contents* »[558]. Le spectre d'un monopole des auteurs sur leurs œuvres, et donc par « ricochet contractuel » aux imprimeurs-libraires qui souhaiteraient acquérir les droits des auteurs, posait le problème de l'accès du public aux œuvres littéraires comme ce fut le cas précédemment en Angleterre.

Refus d'une limitation du droit de l'auteur sur son œuvre. Néanmoins, certains juges se montrèrent favorables à un droit commun du copyright sur les œuvres publiées. Notamment Justice Thompson (et Baldwin), qui reprit les fondements de la théorie du droit naturel de l'auteur, et précisa: « *[t]he great principle on which the author's right rests, is, that it is the fruit or production of his own labour, and which may, by the labour of the faculties of the mind, establish a right of property, as well as by the faculties of the body; and it is difficult to perceive any well founded objection to such a claim of right. It is founded upon the soundest principles of justice, equity and public policy* »[559]. Ainsi, aucune limitation du monopole de l'auteur ne saurait exister, même par le droit positif, du fait de la nature de son acte créateur. Mais cette théorie ne fut pas retenue et la durée limitée du copyright fut confirmée (2).

2) Affirmation d'une protection temporaire de droit positif

Deux visions incompatibles concernant la durée du copyright. Ces deux positions radicalement opposées mettaient explicitement en exergue les deux principales visions du copyright et les principaux arguments les soutenant: la première, défendue par Lors Mc Lean, mettait en balance la reconnaissance, la protection et la rémunération du travail de l'auteur avec l'intérêt de la société vis-à-vis de l'accès à ces travaux. Une balance équitable ne pouvait

[555] C. JOYCE, *A curious chapter in the history of judicature : Wheaton v. Peters and the rest of the story (of copyright in the new republic)*, Houston Law Review, Public Law and Legal Theory Series 2005-A-10, 2005, p. 368
[556] Voir prédédemment
[557] Comprendre de « droit naturel »
[558] *Wheaton v. Peters*, 33 US (8 Pet.), 657
[559] *Ibid.*, 657

être atteinte qu'en limitant le monopole de l'auteur dans sa durée, et cette limitation était imposée par le Congrès. La seconde, défendue par Justice Thompson, reposait sur l'acte de création de l'auteur plus que sur le cadre légal du copyright édicté par le pouvoir législatif, qui selon lui, n'apportait que de simples caractéristiques additionnelles au droit commun de propriété détenu par l'auteur. Ainsi le copyright serait, selon lui, un pur droit de propriété, illimité dans le temps, dont tout transfert de titularité ne saurait atténuer la qualité. Justice Mc Lean fit également un parallèle avec les termes de la protection accordée aux inventeurs à l'époque. Les inventeurs, tout comme les auteurs, participaient à l'évolution et au bénéfice de la société. Pourtant, à cette époque, aucun principe n'a été établi (aux Etats-Unis mais également en Angleterre) selon lequel un droit commun de propriété serait accordé aux inventeurs. Il n'y aurait ainsi aucune raison qu'il en soit autrement pour les auteurs[560]. Justice Mc Lean ajouta également que le copyright de droit commun était historiquement un outil de censure mis en place par les pouvoirs et non un moyen de protéger le travail des auteurs. Ainsi, le copyright de droit commun ne serait pas adapté en l'espèce, car ne correspondant pas au but recherché par le législateur[561].

Refus d'un copyright de droit commun perpétuel pour les œuvres publiées. Wheaton et Donaldson perdirent le procès en appel et la Cour Suprême décida que le copyright américain, en ce qui concernait les œuvres publiées, avait pour source exclusive la loi fédérale, et donc le Copyright Statute. Cette décision sembla sonner le glas d'un copyright perpétuel de droit commun surpassant les dispositions de la copyright clause et du Copyright Act de 1790. Selon la Cour il n'existait pas de copyright de droit commun basé sur un quelconque droit naturel, et l'unique source de la protection par le copyright d'une œuvre publiée était donc le droit positif. De plus, un copyright portant sur une œuvre ne pouvait être accordée qu'à condition que le formalisme et les conditions d'enregistrement requis par le Copyright Statute aient été respectés, ce qui renforçait d'autant l'importance du droit positif concernant la protection accordée par le copyright américain. A titre subsidiaire, les juges affirmèrent que les opinions des membres de la Cour ne pouvaient être détenues par ces derniers ou les *Reporters*, celles-ci étant considérées comme faisant partie intégrante du domaine public[562].

Affirmation d'un copyright de droit positif limité dans sa durée. Cet arrêt a créé le socle définitif du copyright aux Etats-Unis : l'auteur n'avait pas de droit commun perpétuel sur son œuvre suivant la première publication de celle-ci. Les dispositions du Copyright Act et les pouvoirs du Congrès limitèrent le droit exclusif dont bénéficiait l'auteur, notamment avec l'obligation d'enregistrement et la limitation de la durée du droit exclusif de copie, afin de satisfaire l'intérêt du public quant à son accès à la connaissance et son apprentissage intellectuel et culturel[563].

Un droit commun exclusivement au titre de la protection des œuvres non publiées. Le copyright était donc une pure création légale et non une production du droit commun. Ainsi, sans la protection accordée par la loi, tout acheteur d'un manuscrit pouvait l'imprimer, le copier et le vendre sur le marché sans l'autorisation préalable de l'auteur. Le rôle du droit commun se limitant finalement à l'unique protection des manuscrits non publiés : « *[t]hat an author, at common law, has a property in his manuscript […] cannot be doubted ; but this is very different right from that which asserts a perpetual and exclusive property in the future*

[560] *Ibid.*, 657-658
[561] *Ibid.*, 658-660, cité par H. B. ABRAMS, *The historic foundation of American copyright law: exploding the myth of common law copyright*, 29 Wayne L. Rev. 1119 1982-1983, p. 1182
[562] *Wheaton v. Peters*, 33 US (8 Pet.), 667-668
[563] *Ibid.*, 591: "*the limited grant* [copyright is the statutory grant of a monopoly limited in scope as well as time] *is a means by which an important public purpose may be achieved*"

publication of the work, after the author shall have published it to the world […] That every man is entitled to the fruits of his own labor, must be admitted ; but he can enjoy them only, except by statutory provision, under the rules of property which regulate society, and which define the rights of things in general »[564]. Il faut noter que malgré tout, les juges acceptèrent finalement l'idée qu'une personne puisse être libre de profiter du fruit de son travail. Mais ils refusèrent catégoriquement de lui reconnaître un copyright de droit commun car la publication impliquait l'abandon de ce droit de propriété (tel que celui-ci était entendu et existait au sein de la société). L'auteur avait dès lors, par son travail créatif, un droit naturel sur son manuscrit/œuvre. Ce droit était un droit de propriété pur et simple car il possédait le support immédiatement après l'avoir rédigé/créé (on parle de propriété par possession). A cet instant, l'auteur possédait aussi bien ce support que l'immatériel qu'il contenait. Néanmoins, dès la publication (soit la mise en circulation et à disposition de son manuscrit/œuvre), l'auteur était automatiquement dépossédé de ce droit de propriété. Ainsi tout droit portant sur une œuvre publiée ne pouvait être délivré que par le droit positif, comme le précise explicitement la décision de cet arrêt *Wheaton*.

Intérêt des limites de la protection du copyright. Aujourd'hui, il est généralement accepté que la philosophie générale et le but ultime de la copyright clause étaient le bénéfice du public en complément d'une incitation économique aux auteurs qui prenait la forme d'un monopole limité sur l'exploitation commerciale de leurs travaux. L'intérêt de la société américaine passait donc par une limitation formelle des intérêts privés des auteurs américains. Les limitations de ce monopole étant élaborées, définies selon les termes de la Constitution américaine, et donc par le Congrès. Les fondements des dispositions du Copyright Act étaient clairement utilitaristes, les besoins du public supplantant les privilèges accordés à l'auteur d'une œuvre artistique (au même titre que le créateur d'une invention technique à qui un brevet d'invention n'était accordé qu'à titre temporaire). La hiérarchie des valeurs opposant les intérêts du public, des auteurs et des médias que nous connaissons aujourd'hui est l'héritage historique du système américain du copyright[565], héritage qui ne peut être ignoré dans le cadre d'une analyse moderne du droit d'auteur anglo-saxon. Mais ce caractère temporaire du copyright, bien que définitivement affirmé, n'empêcha pas pour autant le législateur d'augmenter régulièrement la durée de protection (B').

B'. Prolongation de la durée de protection et échec d'une durée post mortem auctoris

Si le législateur américain augmenta aisément la durée de protection du copyright (1), l'idée d'une refonte du mode de calcul des délais de computation se solda par un échec (2).

1) Première extension de la durée du copyright de droit positif

Extensions de la durée du copyright. Mais cette dimension utilitariste attachée au copyright n'empêcha pas la volonté de nombreux acteurs du marché de la culture de prolonger les durées de protection des œuvres et donc des périodes d'exploitation exclusive.

[564] *Ibid.*, 657
[565] H. B. ABRAMS, *The historic foundation of American copyright law: exploding the myth of common law copyright*, 29 Wayne L. Rev. 1119 1982-1983, p. 1187

Extension de la durée de protection du copyright. Noah Webster, l'auteur de « *Grammatical Institute of the English Language* », en 1790, décida dans les années 1820 de s'attaquer à une nouvelle œuvre, « *An American Dictionnary of the English Language* » qu'il espérait être une œuvre suffisamment majeure, dont la valeur économique permettrait la sécurité financière de sa famille. Selon lui, la durée de protection du copyright de quatorze ans (potentiellement renouvelable) définie par la loi de 1790, et les revenus associés à cette période d'exploitation économique exclusive étaient beaucoup trop faibles : seule la perpétuité du copyright semblait suffisante selon lui[566].

Revendication d'un droit naturel de l'auteur et d'un copyright perpétuel. En 1826 il encouragea son cousin, Daniel Webster, alors membre de la Chambre des Représentants du Massachussetts et du Judiciary Committee, à initier une proposition de prolongation de la durée de protection du copyright[567]. Dans cette missive adressée à son cousin, Noah Webster reprit d'ailleurs les arguments récurrents du débat sur la propriété littéraire et la défense d'un copyright comme droit naturel: « *[u]pon what principle, let me ask, can my fellow-citizens declare that the productions of the farmer [and] the artisan shall be protected by common law, or the principles of natural or social right ; without a special statute, [and] without paying a premium for the enjoyment of their property ; while they declare that I have only a temporary right to the fruits of my labor [and] even this cannot be enjoyed without a premium ? Are such principles as these consistent with the established doctrines of property [and] of moral right [and] wrong among and enlightened people? Are such principles consistent with the high [and] honorable notions of justice [and] equal privileges, which our citizens claim to entertain [and] to cherish, as characteristic of modern improvements in civil society? How can the recent origin of a particular species of property vary the principles of ownership?* »[568], promouvant ainsi la rédaction d'une nouvelle loi: « *I sincerely wish our legislation would come at once to the line of right and justice on this subject, and pass a new act, the preamble to which shall admit the principle that an author has, by common law, or natural justice, the sole [and] permanent right to make profit by his own labors, [and] that his heirs [and] assigns, shall enjoy the right, unclogged with conditions* »[569]. Daniel Webster, investi dans une campagne pour les élections au Sénat, et pas particulièrement en faveur d'un copyright perpétuel, promit néanmoins de déposer la lettre contenant les revendications de Noah Webster à la prochaine session du Judiciary Committee, mais exposa toutefois ses réserves à cette démarche: « *[m]ost people, I think, are as well satisfied, (or better) with the reasoning of Mr. Justice Yates, as with that of Lord Mansfield, in the great case of Miller and Taylor. But after all, property, in the social state, must be the creature of law; and it is a question of expediency, how and how far, the rights of authorship should be protected. I confess frankly, that I see, or think I see, objections to make it perpetual* »[570].

Une durée doublée et des conditions de prorogation assouplie. Mais Noah Webster n'en perdit pas moins sa fièvre lobbyiste et ce fut alors vers son gendre, William W. Ellsworth of Connecticut, fraîchement élu à la Chambre des Représentants, qu'il se tourna afin qu'il

[566] O. BRACHA, *The Statute of Anne: an American Mythology*, letter de Noah Webster à Daniel Webster, N. Webster considère le copyright comme un droit naturel de propriété: "*your talents may be exerted in placing this species of property, on the same footing, as all other property, as to exclusive right [and] permanence of possession*", note 88 de l'auteur, Houston Law Review, 47 Hous. L. Rev. 877 2010-2011, p. 897

[567] C. JOYCE, "*A curious chapter in the history of judicature : Wheaton v. Peters and the rest of the story (of copyright in the new republic)*", Houston Law Review, Public Law and Legal Theory Series 2005-A-10, 2005, p. 339

[568] Letter from Noah Webster to Daniel Webster, Boston (1826), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[569] *Ibid.*

[570] *Ibid.*

introduise un projet de loi pour que la durée de protection du copyright soit portée à vingt-huit ans, usant lui-même de sa reconnaissance en tant qu'auteur pour faire la promotion de cette loi. Bien lui en pris car le 3 février 1831 le Copyright Act doubla la précédente durée de protection du copyright. Le Copyright Act de 1831 présenta deux changements significatifs concernant la durée de protection du copyright: celle-ci était désormais de vingt-huit ans, et les conditions de prorogation de quatorze ans étaient dorénavant plus souples que celles du Copyright Act de 1790[571]. Cet acte élargit également le champ d'application du copyright en incluant les compositions musicales dans les œuvres susceptibles de protection et diminua les prérequis obligatoires pour l'obtention de la protection. Pour Noah Webster, ces changements constituèrent une bien meilleure perspective financière pour lui et sa femme, dans le cas où elle lui survivrait[572].

Théories naturaliste et utilitariste en débat. L'auteur ou l'inventeur fut reconnu comme ayant un droit exclusif légitime sur ses propres idées et la possibilité d'en tirer un profit pécuniaire, mais l'intérêt du public impliqua que ce droit soit limité dans le temps. Le débat aux Etats-Unis fut sensiblement le même que celui ayant eu lieu en Angleterre concernant la source et les fondements du copyright : est-il un droit naturel justifiant un droit exclusif et perpétuel de copie ou celui-ci doit-il être encadré, et donc être limité dans sa durée, par le droit positif (les Statute) ? Ce débat atteignit son apogée lors de l'affaire *Wheaton v. Peters*[573], de 1834, au cours de laquelle la Cour Suprême dut trancher sur l'existence d'un copyright perpétuel de droit commun.

Première prolongation de la durée. Le premier Copyright Act de 1790 disposait que la protection issue du copyright durait quatorze ans à partir de la date de publication de l'œuvre[574]. Terme potentiellement complété d'un second terme de quatorze années, sous réserve que l'auteur survive à la première période de quatorze ans et respecte les conditions de formalité[575]. En 1831, le Copyright Act de 1790 fut amendé pour la première fois et le premier terme du copyright fut prolongé de quatorze à vingt-huit ans avec toujours la possibilité de renouveler la protection pour une durée supplémentaire de quatorze ans[576]. Il est à noter que l'Angleterre a prolongé dès 1814 la durée de son copyright à vingt-huit années plus la fin de la vie de l'auteur, dans le cas où celui-ci était toujours vivant à l'issue de ce terme[577]. L'application des dispositions du Copyright Act de 1831 concernait les œuvres

---

[571] *United States Copyright Act of 1831*, Sect. 1 & 2, la prorogation de 14 ans pouvait être allouée même dans le cas où l'auteur était déjà mort (nouveau), si ces héritiers (femme ou enfants) en faisaient la demande

[572] C. JOYCE, *A curious chapter in the history of judicature : Wheaton v. Peters and the rest of the story (of copyright in the new republic)*, note n°54 de l'auteur: "*This law will add much to the value of my property, wrote Webster to his son-in-law, and I cannot but hope I may now make dispositions of copyright which will make me comfortable during the remainder of my life, and secure to Mrs. Webster, if she should survive me, a decent independence"*, Houston Law Review, Public Law and Legal Theory Series 2005-A-10, 2005, p. 341

[573] *Wheaton v. Peters*, 33 US. (8 Pet) 591 (1834), Washington D.C. (1834), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[574] *Copyright Act of 1790*, May 31, ch. 15 § 1, 1 Stat. 124

[575] *Copyright Act of 1790*, May 31, ch. 15 § 1, 1 Stat. 124: "*[a]nd if, at the expiration of the said term, the author or authors, or any of them, be living, and a citizen or citizens of these United States, or resident therein, the same exclusive right shall be continued to him or them, his or their executors, administrators or assigns, for the further term of fourteen years; Provided, He or they shall cause the title thereof to be a second time recorded and published in the same manner as is herein after directed, and that within six months before the expiration of the first term of fourteen years aforesaid*"

[576] *Copyright Act of 1831*, Feb., ch. 16 §§ 1-2, 4 Stat. 436

[577] *54 Geo., 3*, c. 156, § 4, 819, 1842, de plus, « *[…] the Copyright Act of 1842 extended the copyright term to forty-two years, or the author's life plus seven years, whichever was longer [5 & 6 Vict., c. 45, 1842]. The Copyright Act of 1842 remained law in Great Britain until 1911* », cité par S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, p. 1194. Le remaniement de la loi anglaise en 1911 correspond à la transcription d'une majeure partie des dispositions de la Convention de Berne de 1880 (dans sa forme révisée –à Berlin- de 1908), et notamment la durée de protection : cinquante ans post mortem auctoris

créées après la promulgation de la loi et les œuvres existantes qui étaient toujours dans leur terme initial de protection du copyright au moment de sa promulgation[578].

Harmonisation internationale et famille de l'auteur. La loi de 1831 fut instaurée, notamment, afin d'harmoniser le droit du copyright américain avec les législations d'autres pays au bénéfice des auteurs américains[579], et d'assurer à la famille de l'auteur la jouissance du copyright de son aïeul. En cas de décès de l'auteur avant la fin du premier terme, sa veuve et/ou ses héritiers pouvaient renouveler eux-même le copyright[580]: « *[t]he intent of these changes appears to have been to prohibit the author from making a binding 'inter vivos' transfer of both the original and renewal term, and to prohibit the author from conveying the renewal term to anyone other than his family* »[581]. Néanmoins, aucune précision ne portait sur les cessionnaires des droits de l'auteur (« *assigns* ») en tant que bénéficiaires du second terme[582].

Nécessité d'une augmentation de la durée. Dès le début du XXème siècle, les auteurs firent un intense lobbying auprès du Congrès américain pour que soit augmentée la durée de protection du copyright. Ils expliquèrent leur démarche par le fait qu'il était injuste qu'ils puissent perdre le bénéfice de leurs copyrights de leur vivant[583], et que la tendance internationale de plus en plus importante d'accorder des droits d'auteur d'une durée de cinquante ans post mortem auctoris justifiait une extension de la protection du copyright américain[584]. James Brander Matthews, premier professeur de littérature dramatique à temps plein dans une université américaine, expliquait l'incohérence de cette situation en s'appuyant sur l'exemple d'auteurs américains particulièrement connus à l'époque: « *[t]here is no need to dwell on the disadvantages of the existing American law, and on the injustice which it works. It may take from an author the control of his book at the very moment when he is at the height of his fame and when the infirmities of age make the revenue from his copyrights most necessary. An example or two from contemporary American littérature will serve to show the demerits of the existing law. The first part of Bancroft's'History of the United States', the history of the colonization, was published in three successive volumes in 1834, 1837, and 1840 ; and although the author, before his death, revised and amended this part of his work, it has been lawful, since 1882, for any man to take the unrevised and incorrect first edition and to reprint it, despite the protests of the author, and in competition with improved version which contains the results of the author's increased knowledge and keener taste. At this time of writing (1890) all books published in the United States prior to 1848 are open to any reprinter ; and the reprinter has not been slow to avail himself of this permission. The children of Fenimore Cooper are alive, and so are the nieces of Washington Irving ; but they derive no income from the rival reprints of the 'Leatherstocking Tales' or of the 'Sketch Book', reproduced from the earliest editions without any of the author's later emedations…*

---

[578] *Copyright Act of 1831*, Feb., ch. 16 §§1, 4 Stat. 436
[579] J. GUINAN, *Duration of copyright,* Copyright Office study N° 30, 1957, réimprimé dans *1 Studies on copyright 473 (Copyright Soc'y of U.S.A.* ed., 1963): « *to enlarge the period for the enjoyment of copyright, and thereby to place authors in this country [U.S.] more nearly upon an equality with authors of other countries* », cité par S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, p. 1196
[580] *Copyright Act of 1831*, Feb., ch. 25 §§2, 4 Stat. 436
[581] W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 670
[582] S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, p. 1196
[583] Par exemple les cas d'Emerson, Longfellow, Lowell, Whittier, Holmes… BOWKER, *Copyright, its history and its law*, 4, 1912, cité par R. E. YOUNG, *The copyright term*, 7 Copyright L. Symp. 139, 1954, p. 162
[584] J. L. DIXON, *The copyright term extension act: is life plus seventy too much?*, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J., 945, 1995-1996, p. 957 (source de l'auteur : *The copyright term extension act, Hearings on S. 483 Before the Senate Judiciary Comm., 104th Cong., 1st Sess. 1995, 168 – statement of Marybeth Peters, Register of Copyrights and Associate of Librarian for Copyright Services*)

Half a dozen volumes were published by Mr. Whittier and by Dr. Holmes before 1848, and these early, immature, uncorrected verses are now reprinted and offered to the public as 'Whittier's Poems' and 'Holmes's Poems.' Sometimes the tree of poesy flowers early and bears fruit late. So it is with Lowell, whose 'Heartsease and Rue' we received with delight only a year or two ago, but whose 'Legend of Brittany', 'Vision of Sir Launfal', 'Fable for Critics' and first series of 'Biglow Papers' were all published forty-two years ago or more, and are therefore no longer the property of their author, but have passed from his control absolutely and forever »[585].

Formalités et statutory copyright. Il a été reconnu dès le début du XXème siècle que les charges et formalités à accomplir et respecter pour sécuriser le statutory copyright étaient inutilement nombreuses et coûteuses. Le Président Roosevelt, dans un message adressé au Congrès en décembre 1905, déclarait « *[o]ur copyright laws urgently need revision. They are imperfect in definition, confused and inconsistent in expression; they omit provision for many articles which, under modern reproductive processes, are entitled to protection; they impose hardships upon copyright proprietor which are not essential to the fair protection of the public; they are difficult for the courts to interpret and impossible for the Copyright Office to administer with satisfaction to the public* » [586]. Ceci poussa le Congrès à légiférer sur ce sujet quelques années plus tard.

Refus d'un nouveau mode de calcul du terme. Néanmoins, malgré le peu d'opposition à une augmentation de la durée du copyright, « '*congress was not willing to accept such a radical departure from what it saw as the American Copyright tradition :' a definite number of years plus a renewal feature* »[587]. Le législateur n'était donc pas prêt à définir un nouveau mode de calcul de la durée du copyright, et certainement pas une durée de protection basée sur la vie de l'auteur. Surtout, le projet de loi « *[t]he 1909 report from the Senate Committee on Patents S. 9440* » avait dès son origine décidé de conserver une approche du copyright au bénéfice du public tout en évitant les travers des monopoles limités : « *[c]ongress must consider […] two questions : [f]irst, how much will the legislation stimulate the producer and so benefit the public ; and, second, how much will the monopoly granted be detrimental to the public. […] [Congress must use copyright to confer] a benefit upon the public that outweights the evils of the temporary monopoly* »[588]. Cette décision correspondait toujours à la tradition « philosophique » originairement utilitariste du copyright américain (2).

2) Seconde extension, échec de la mise en place d'une durée de protection fondée sur la vie de l'auteur et nouveau point de départ du calcul de la durée

Prolongation du second terme. Dès 1909 et le nouveau Copyright Act de la même année, la durée du copyright fut prolongée une seconde fois. Le premier terme conserva sa durée de vingt-huit ans mais le second fut augmenté de quatorze à vingt-huit ans[589]. Selon cette loi, la

[585] PUTNAM, *The question of copyright,* 446, 1896, cité par R. E. YOUNG, *The copyright term*, 7 Copyright L. Symp. 139, 1954, p. 163
[586] E. F. BRYLAWSKI, *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, note n°34 de l'auteur, p. 512
[587] J. L. DIXON, *The copyright term extension act: is life plus seventy too much?*, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J., 945, 1995-1996, p. 957 (même source)
[588] *Comm. on Patents, to amend and consolidate acts respecting copyright*, *H.R. Rep. N° 2222*, 1909, p. 6-7 cité par KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, Commonlaw conspectus, vol. 23, 2014, p. 64
[589] *Copyright Act of 1909*, March 9, Pub. L. 60-349, 35 Stat. 1075

durée maximale du copyright était dès lors de cinquante-six ans, sous réserve que le renouvellement du terme du copyright concerné soit exécuté dans le formalisme défini par la loi américaine[590]. Ce choix du Congrès de prolonger le second terme du copyright plutôt que le premier se fondait sur le constat qu'un grand nombre de copyrights n'étaient pas renouvelés à l'issue du premier terme. L'œuvre tombait ainsi dans le domaine public au bout de vingt-huit ans, ce qui était à l'avantage du public qui accédait plus « tôt » aux œuvres concernées[591]. De plus, l'obligation de renouvellement pour continuer de profiter de la protection du copyright, permettait à l'auteur qui avait cédé ses droits pour le premier terme de redevenir « maître » de son œuvre et ainsi renégocier ses droits pour le second terme[592]. Etant donnée la position de faiblesse dans laquelle se trouvaient les auteurs face aux éditeurs lors des négociations de cette époque, il était évident que seule une réelle situation d'inégalité pouvait impliquer qu'ils puissent céder volontairement leurs droits originairement pour une durée si longue et équivalente aux deux termes du copyright[593]. En effet, la logique économique voulait que l'auteur cède son copyright pour la durée du premier terme, puis, dans le cas d'un succès de l'œuvre, renégocie à la hausse la cession du second terme. Ainsi l'obligation de renouvellement du premier terme par l'auteur fut un moyen pour le Congrès de palier ce déséquilibre entre l'auteur et son éditeur[594].

Cession globale des deux termes. Malheureusement pour les auteurs, cette soit-disante opportunité n'est plus vraie depuis 1943 et l'arrêt de la Cour Suprême rendu dans l'affaire *Fred Fischer Music Company v. Witmark*[595]. En effet, la Cour décida que selon les termes du Copyright Act de 1909, les auteurs pouvaient céder globalement les deux termes de leur copyright en donnant simplement pouvoir à un avocat de le renouveller en leurs noms, ce qui mit un terme définitif à une potentielle revalorisation contractuelle de l'auteur à l'entre deux termes: « *the bargaining power of publishers is normally greater than that of authors (especially if they are unknown), and, consequently, most outright sale contracts in the publishing field are apt to include such a power of attorney. Under these circumstances, the renewal term is an empty gift to authors, especially since even under a single term an author can assign only half of the copyright term (or any fraction for that matter) if he so desires and the publisher agrees* »[596].

---

[590] *Copyright Act of 1909*, March 9, "*SEC. 23. […] the proprietor of such copyright shall be entitled to a renewal and extension of the copyright in such work for the further term of twenty-eight years when application for such renewal and extension shall have been made to the copyright office and duly registered therein within one year prior to the expiration of the original term of copyright, […] [a]nd provided further, That in default of the registration of such application for renewal and extension, the copyright in any work shall determine at the expiration of twenty-eight years from first publication*"

[591] J. L. DIXON, *The copyright term extension act: is life plus seventy too much?*, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J., 945, 1995-1996, p. 957, citant R. A. REESE, *Reflections on the intellectual commons: two perspectives on copyright duration and reversion*, 47 Stan. L. Rev. 707, 1995, 716-717, 727: « *[t]he drafters of the 1909 Act decided 'to retain the bipartite term' because only a small percentage of copyrights were renewed and the structure achieved the appropriate balance between providing authors with the incentive to create and the public with creative works* »

[592] J. L. DIXON, *The copyright term extension act: is life plus seventy too much?*, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J., 945, 1995-1996, p. 957, citant R. A. REESE, *Reflections on the intellectual commons: two perspectives on copyright duration and reversion*, 47 Stan. L. Rev. 707, 1995, 716-717, 727: « *Authors who wanted 'continued protection could obtain it by filing for the renewal term'. […] This renewal provision allowed the author who 'had sold her copyright to a publisher for the original term… [to] regain ownership of the copyright to the exclusion of the publisher, by filing for the renewal term* »

[593] W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 674

[594] Le House Patent Committee expliqua dans son rapport accompagnant le Copyright Act de 1909 que: '*distincly to the advantage of the author to preserve the renewal period. It not infrequently happens that the author sells his copyright outright to a publisher for a comparatively small sum. If the work proves to be a great success and lives beyond the term of twenty-eight years, your committee felt that it should be the exclusive right of the author to take the renewal term […]* », H.R. Rep. No. 2222, 60th Cong., 2d Sess. 14, 1909, cité par W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 671

[595] *Fred Fischer Music Company v. Witmark*, 318 U.S. 643, 1943

[596] R. E. YOUNG, *The copyright term*, 7 Copyright L. Symp. 139, 1954, p. 169

Cession caduque du second terme. La décision rendue dans l'affaire *Fred Fisher* fut toutefois nuancée et atténuée dans l'arrêt *Miller Music Corp v. Charles N. Daniels, Inc.*[597]. La Cour Suprême précisa que dans le cas où l'auteur serait mort avant la fin du premier terme (et donc avant le renouvellement) du copyright, la cession du second terme et le mandat de renouvellement devenaient caduques. Les héritiers de l'auteur obtenaient automatiquement et gratuitement la titularité du second terme, sans toutes les conditions prévues lors du premier terme[598].

L'échec d'une durée post-mortem auctoris. Cette loi de 1909 fut le grand échec de l'application d'une durée de protection du copyright basée sur la vie de l'auteur. Cet échec fut d'ailleurs souligné dans l'étude des renouvellements de copyright de Ringer, en 1960[599] : « *On its face the development of the 1909 duration-renewal provision appears to comprise an extraodinary 'non sequitur'. Most of the bills and almost all of the discussion assumed a life-plus term and the abolition of renewals, yet the law as enacted retained a publication-plus term with a rather elaborate reversionary renewal system. A careful analysis of the spotty, confusing, and extremely complex history of the provision shows pretty clearly why this happened, and the reasons are important today: (1) The opponents of renewals agreed so thoroughly among themselves that they became complacent. They failed to make an effective case against renewals in the first instance, to answer the arguments presented on the other side, and to recognize the growing congressional sentiment in favor of renewals. (2) Congressional hostility to a long, indeterminate term for all works was evident from the beginning. Provisions requiring registration of a renewal claim during the twenty-eighth year and recordation of the author's death date appeared in almost all the bills. These provisions were aimed at putting ephemeral works in the public domain after 28 years, and at making it easy for the public to determine when a copyright would expire. (3) It was also obvious that some of those responsible for the legislation in Congress gradually became convinced that authors needed protection against publishers ; renewals appeared to provide a convenient device for insuring that at least some of the benefits of the copyrights should revert to the author and his family, and this provision furnished a springboard for extending the reversionary principle to all future copyrights* »[600]. Ces raisons expliquent que le Congrès préféra refuser l'application d'une durée post mortem auctoris au copyright et décida, en lieu et place, l'instauration d'un nouveau point de départ du calcul de la durée de protection : la date de première publication de l'œuvre protégée.

Un nouveau point de départ de la protection. Le point de départ du terme du copyright fut toutefois changé. A partir de 1909, ce fut la date de première publication qui fut prise en compte et non plus la date d'enregistrement du titre de la prépublication à la librairie du Congrès. Si le Congrès fût très proche d'adopter une durée du copyright post mortem auctoris, il préféra, au dernier moment, conserver la structure « deux termes de vingt-huit années » sous condition du respect du formalisme du renouvellement. Ainsi, la publication devenait l'élément essentiel du calcul des délais de computation (Section II).

---

[597] *Miller Music Corp v. Charles N. Daniels, Inc.*, 362 U.S. 373, 1960

[598] W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 671: « *the author's statutory successors took the renewal term free and clear of all assignments made during the original term* »

[599] B. RINGER, *Renewal of copyright, Copyright Office study N° 31*, 1960, réimprimé dans 1 Studies on copyright, 503 (Copyright Soc'y of U.S.A. ed., 1963)

[600] B. RINGER, *Renewal of copyright, Copyright Office study N° 31*, 1960, réimprimé dans 1 Studies on copyright, 503 (Copyright Soc'y of U.S.A. ed., 1963), 121-122, cité par S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, note n° 72 de l'auteur, p. 1199

Section II. Importance de la publication dans le cadre de la protection par le copyright américain

Avant la promulgation du Copyright Act en 1978 et l'instauration d'un terme du copyright fondé sur la vie de l'auteur, la durée de protection des œuvres aux Etats-Unis était basée sur l'acte de première publication (§I). La publication, action nécessaire dans l'optique d'une exploitation commerciale, était donc le principal critère de calcul des périodes de protection des œuvres, ce qui impliquait qu'une définition claire et précise de cette notion soit rédigée par le législateur américain (§II).

§I. Une propriété perpétuelle de l'auteur abandonnée dès la publication de l'œuvre

La première publication étant le point de départ des délais de computation, elle marquait la frontière entre la propriété perpétuelle de l'auteur (A) et la période temporaire de protection du copyright (B).

A. Propriété de l'auteur sur son œuvre

L'auteur était donc titulaire d'une propriété (1) perpétuelle (2) sur son œuvre, jusqu'à ce qu'il décide de la publier.

1) Définition de la propriété

Publication et protection de l'œuvre. Pendant de nombreuses années, la loi américaine a obligé les auteurs (ou les détenteurs de droits communs) à apposer une notice de copyright sur leurs œuvres, afin d'obtenir la protection par le copyright de droit positif sur celles-ci avant leur publication[601]. Si la date exacte de publication et les formalités afférentes étaient particulièrement importantes dans le calcul (et l'existence) d'une durée de protection d'une œuvre publiée jusqu'en 1989, il est étonnant de constater qu'une définition n'ait pas été apportée par les textes de loi américains avant le Copyright Act de 1976 (qui fut mis en force le 1er janvier 1978)[602], obligeant ainsi les juridictions à développer et appliquer elles-mêmes des définitions de ce concept jusqu'à la fin de l'année 1977.

Création et propriété. La propriété était considérée comme créée par la production. Production de tout type d'ailleurs, car celle-ci pouvait tout aussi bien être un travail physique

[601] *Act of Mar. 4, 1909*, ch. 320, § 9, 35 Stat. 1075, 1077 : « *any person entitled thereto by this Act may secure copyright for his work by publication thereof with the notice of copyright required by this Act* »
[602] *Copyright Act of 1976*, Pub. L. No. 94-553, § 101, 90 Stat. 2541, 2543: « *"Publication" is the distribution of copies or phonorecords of a work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending. The offering to distribute copies or phonorecords to a group of persons for purposes of further distribution, public performance, or public display, constitutes publication. A public performance or display of a work does not of itself constitute publication* »

ou intellectuel dont le producteur devenait le propriétaire. Les productions intellectuelles étaient soumises à toutes les règles fondamentales gouvernant le principe de l'acquisition, la possession et la transmission de la propriété. Elles pouvaient être acquises par le travail, une succession, un don, un achat; être transmises par vente, donation, legs, et perdues par abandon. Elles pouvaient être détériorées, volées, empruntées, prêtées, hypothéquées et gagées. Elles pouvaient être sujettes à un contrat, une négociation, un marché ou une fraude. Publiées, elles pouvaient être saisies par des créanciers[603].

Définition juridique de la propriété. La définition au sens légal du mot « *propriété* », du latin juridique « *exproprias* », est « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue " (article 544 du Code civil). […] Ce droit s'applique aux biens de toute nature, aux meubles comme aux immeubles. Ce droit comprend celui d'user de la chose, d'en remettre l'usage à une personne, le droit de la modifier, de la détruire ou d'en disposer. L'action tendant à l'action qui est introduite devant un tribunal à l'effet de faire reconnaître son droit à la propriété lorsque ce droit est dénié par un tiers, se nomme une "action en revendication"* »[604]. La propriété comporte ainsi trois droits réels véritables: le fructus (profit), l'usus (usage) et l'abusus. Ainsi, l'auteur qui possédait un droit de propriété de droit commun sur ses productions artistiques, pouvait exclure autrui de toute jouissance de celles-ci, et il en disposait comme il lui plaisait. Il était donc le seul maître de leur première diffusion et choisissait leur date de publication (2).

2) Propriété prépublication de l'auteur sur son œuvre issue de la création

Fondement d'une propriété prépublication de l'auteur. Historiquement, il était assumé que l'auteur avait, avant toute publication et de par son travail intellectuel, une propriété inviolable sur l'ensemble de ses créations[605]. Cette propriété de l'auteur sur son œuvre était caractérisée par sa possession du premier support de celle-ci. Les théoriciens du droit naturel du XVIIème s'accordaient pour placer les origines de la propriété dans cette possession (« *the* (*pre)occupancy* »). La possession était caractérisée chez l'auteur car le créateur était logiquement le premier détenteur de ce qu'il avait créé. L'occupation impliquait le travail à l'origine, car la possession serait impossible sans effort physique corporel et/ou intellectuel. Le travail était donc le fondement de la propriété car elle était obtenue par l'acte de production. La création (qui implique le travail) était donc un moyen original d'acquérir une propriété selon l'avocat romain Paulus. Grotius, lui, s'appuyant sur cette analyse, considérait que ce moyen d'acquisition revenait au principe d'occupation seulement[606].

---

[603] E.S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States*: *embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879, p. 5, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[604] S. BRAUDO*, Dictionnaire du droit privé*, http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/propriete.php

[605] Le concept d'une propriété sur un contenu intellectuelle semble avoir été pour la première fois évoqué dès 567 après JC dans l'affaire *Finnian v. Columba*, alors qu'une copie de Psalter était réclamée au titre de « *à chaque vache son veau* » : E. F. BRYLAWSKI, *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, p. 507, note n° 5 de l'auteur: BOWKER, *Copyright and its history and its law 9* (1912), voir les droits de propriété liés au travail tels qu'ils sont revendiqués dans la Bible par Abraham et Isaac: Genesis xxi 30, xxvi 15-18

[606] E.S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States*: *embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879, p. 4, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

Occupation et possession. Pufendorf, penseur du XVIIème siècle à l'instar de Grotius, expliquait que ce droit de propriété reposait sur le « *social compact* » qui impliquait un accord préalable ou un consentement tacite social stipulant que le premier possesseur était de fait le propriétaire[607]. Pour Barbeyrac, Titius, Locke, Balckstone et d'autres spécialistes, ce type d'accord n'était pas nécessaire, et le droit de propriété était créé par la possession (« *occupancy* ») seulement, car elle était le fruit légitime du travail. Tous ces penseurs s'accordaient néanmoins à dire que la chose commune pouvait être détenue pour son usage personnel exclusif par la première occupation (possession), car cet acte créait un droit respecté par ses pairs (donc équivalente à une forme de reconnaissance sociale) et donnait naissance à la propriété privée.

Travail et propriété. Le principe du travail comme source de la propriété était historique et fondamental: ce qu'un homme crée par son propre travail, avec ses propres outils, était sien pour sa propre jouissance et donc à l'exclusion de celle des autres. Ceci était basé non seulement sur le droit naturel mais également sur les besoins de la société, essentiels à la promotion du développement de l'industrie. Comme le revendiquait Locke : « *the grass my horse has bit, the turfs my servant has cut, and the ore I have digged, in any place where I have a right to them in common with others, become my property, without the assignation or consent of anybody. The labor that was mine removing them out of that common state they were in hath fixed my property in them* »[608], et Rutherforth: « *[t]he most natural claim to a thing […] seems to arise from our having made it; for no one appears to have so peculiar a right in it as he who has been the immediate cause of its existence* »[609]. Le droit du copyright était ainsi le droit de chacun de récolter les fruits de son travail[610]. Principe reconnu également par la jurisprudence américaine du milieu du XIXème siècle: « *[t]he origin of the property is in production. As to works of imagination and reasoning, if not of memory, the author may be said to create; and, in all departments of mind, new books are the product of the labor, skill, and capital of the author. The subject of property is the order of words in the author's composition: not the words themselves, they being analogous to the elements of matter, which are not appropriated unless combined; nor the ideas expressed by those words, they existing in the mind alone, which is not capable of appropriation. The nature of the right of an author in his work is analogous to the rights of ownership in other personal property* »[611], et « *[a] production of the mind is property in every essential sense in which a production of the hands is the producer's property* »[612]. Mais une fois la publication effective, l'auteur perdait le bénéfice de cette propriété perpétuelle (B).

B. Une propriété abandonnée dès la publication

L'abandon de la propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre (1) était automatique dès la publication de celle-ci, par consentement tacite (2). Néanmoins, afin de lui assurer une juste

[607] *Ibid.*, p. 2
[608] Civil Gov. C. 5 § 28
[609] E.S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States*: *embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879, cité par l'auteur p. 5
[610] Judge L. YANKWICH, *Echevarria v. Warner Bros. Pictures*, 12 F. Supp. 632, 634, S.D. Cal., 1935: « *[The copyright law] is the right to everyone to the fruit of his labor* ».
[611] *Erle, J., Jefferys v. Boosey*, 4 H.L.C. 867, 1854
[612] *Grigsby v. Breckinridge*, 2 Bush (Ky.), 485, 1867

rémunération, il était nécessaire qu'une période d'exploitation exclusive post publication lui soit accordée (3).

1) L'abandon du copyright de droit commun

Protection perpétuelle. Le droit d'un auteur de contrôler la première publication de ses travaux n'a jamais été remis en cause. Cette protection de droit commun sur son œuvre fut affirmée dès lors qu'une manifestation d'idée eut été créée (comprendre dès qu'une création originale fut fixée sur un support), et cette protection existait perpétuellement jusqu'à ce que sa première publication soit effective[613]. La perpétuité de ce droit fut d'ailleurs expressément reconnu par la jurisprudence (« *[t]he owner of the common-law copyright has a perpetual right of property and the exclusive right of first general publication [...]* »[614]) puis par la loi américaine dès le milieu du XXème siècle: « *[n]othing in this title shall be construed to annul or limit the right of the author or proprietor of an unpublished work, at common law or in equity, to prevent the copying, publication, or use of such unpublished work without his consent, and to obtain damages therefor* »[615]. Cette protection perpétuelle, aussi dénommé « copyright de droit commun » (« *common law copyright* »), fut d'ailleurs défini dans l'arrêt *Van Dusen v. Southeast First Nat. Bank of Miami*: « *[c]ommon law copyright has been defined as `that right which an author has in his unpublished literary creations — a kind of property right — whose extent is to give him control over the first publication of his work, or to prevent its publication* »[616].

Abandon du copyright de droit commun. Néanmoins, et malgré la reconnaissance d'une propriété de droit commun sur son œuvre, et ce dès sa création[617], l'auteur avait l'obligation dès la publication de celle-ci de l'abandonner au public. Par l'acte de publication l'œuvre devenait « *publici juris* » et en conséquence, la propriété de droit commun de l'auteur sur son œuvre était perdue, purement et simplement. Le seul remède envisageable à cet abandon définitif étant la protection proposée par le droit positif[618], toujours sous réserve que les formalités de son obtention soient strictement respectées[619]. Ainsi, publier une œuvre sans respecter les formalités conditionnelles revenait à un double abandon (ou sanction): celui des droits communs portant sur l'œuvre, puis celui de la protection par le statutory copyright[620].

Publication sans formalité et abandon de l'œuvre. La publication d'une œuvre, sans qu'aient été remplies les conditions d'octroi du copyright, impliquait donc que celle-ci fut « offerte » au public car tout droit exclusif de copie sur celle-ci était automatiquement perdu ou considéré comme abandonné par l'auteur. L'œuvre pouvait ainsi être librement copiée, reproduite et distribuée par tout un chacun. Cela était d'autant plus établi que la protection par le copyright n'accordait pas un droit positif de copier l'œuvre mais était concrètement une

---

613 *Werckmeister v. American Lithographic Co*., 134 Fed. 321, 2d Cir. 1904
614 *Bobbs-Merill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339, 347, 1908, voir aussi *Edgar H. Wood Associates, Inc. v. Skene*, 197 N.E. 2d. 886, 890, 1964: "*[c]ommon law copyright protection is perpetual [...]*"
615 17 U.S.C. §2, 1947
616 *Van Dusen v. Southeast First Nat. Bank of Miami*, 478 So.2d 82, 87, 1985
617 *Caliga v. Inter Ocean Newspaper Co.*, 215 U.S. 182, 188, 1909 ; *Nat'l Comics Publ'ns, Inc. v. Fawcett Publ'ns, Inc.*, 380 F.3d 624, 632-33, 2d Cir., 2004 ; *Martha Graham Sch. & Dance Found., Inc. v. Martha Graham Ctr. Of Contemporary Dance, Inc.,* 380 F.3d 624, 632-33, 2d Cir., 2004
618 E.S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States*: *embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879, p. 8-9
619 *Thompson v. Hubbard*, 131 U.S. 123, 149-50, 1889 ; *Callaghan v. Myers*, 128 U.S. 617, 651-52, 1888
620 *Nat'l Comics Publ'ns, Inc. v. Fawcett Publ'ns, Inc.*, 191 F.2d 599, 2d Cir. 1951

interdiction imposée à autrui de le faire. Le détenteur du copyright sur une œuvre déterminée possédait le droit, selon la loi, d'empêcher quiconque de copier et de reproduire celle-ci[621].

Protection et formalités obligatoires. Ainsi, dès la publication, le respect des formalités obligatoires fut donc l'unique moyen de continuer à protéger l'œuvre publiée par le biais du copyright de droit positif (ou statutory copyright)[622] suite à l'abandon des droits communs portant sur l'œuvre. La notice de copyright, l'une des formalités d'obtention de cette protection, était également un moyen de prévenir le public que les droits de propriété littéraire n'avaient pas été abandonnés lors de la publication[623]. Ce processus de respect des formalités d'obtention de la protection était parfois interprété comme la volonté explicite de l'auteur d'abandonner ses droits communs et de revendiquer publiquement son statutory copyright. Si cette notice de copyright n'était pas effectuée de manière valide, la conséquence en était que l'auteur serait considéré comme abandonnant définitivement et volontairement ses droits sur son œuvre, qui faisait dès lors partie intégrante du domaine public[624].

Droit de première publication. Cette date de publication était d'une importance considérable, aussi bien pour l'auteur que pour le public, car elle marquait la fin (l'abandon) du copyright de droit commun et le début de la protection de l'œuvre par le statutory copyright[625]. La publication, lançait donc le compte à rebours de la période d'exploitation exclusive de l'œuvre précédant sa tombée dans le domaine public. Le copyright de droit commun portant sur une œuvre dès sa création était donc régulièrement assimilé à un droit de première publication. Cette notion de « *droit de première publication* » était d'ailleurs activement défendue par certains penseurs de la fin du XIXème siècle, notamment C.P. Phillips[626], et était explicitement évoquée par les tribunaux américains[627]. Par la publication, l'auteur actait l'abandon de sa propriété de droit commun, et ceci, de manière implicite (2).

---

[621] *State v. State Journal Co., 75 Neb 275, 106 N.W.*

[622] *Washingtonian Publishing Co. v. Pearson*, 306 U.S. 30, 1939

[623] *Burrows-Giles Lithographic Co. v. Sarony,* 111 U.S. 53-55, 1884, "*[T]he object of the [copyright] statute is to give notice of the copyright to the public, by placing upon each copy, in some visible shape, the name of the author, the existence of the claim of exclusive right, and the date at which this right was obtained*"

[624] J. C. GINSBURG, *The U.S. Experience with Mandatory Copyright Formalities: A Love/Hate Relationship*, 33 Colum. J.L. & Arts 311, 2009-2010, p. 330, à noter : "*The general rule that developed, through judicial decisions and Copyright Office regulations, was that an inaccurately early date was not fatal, but the beginning of the statutory term would be reckoned from that year (so as to shorten the term of protection, for the benefit of the public)*"

[625] *Bobbs-Merill Co. v. Straus*, 210, 347, U.S. 339, 1908 210 U. S.: "*As the law is now expounded, there are important differences between the statutory and the common law light. The former exists only in works which have been published within the meaning of the statute, and the latter only in works which have not been so published. In the former case, ownership is limited to a term of years; in the latter, it is perpetual. The rights do not coexist in the same composition; when the statutory right begins, the common law right ends. Both may be defeated by publication. Both may be defeated by publication. Thus, when a work is published in print, the owner's common law rights are lost, and, unless the publication be in accordance with the requirements of the statute, the statutory right is not secured*", voir également, *Zachary v. Western Publishing Co.*, 143 Cal. Rptr. 34, 37, 1977: « *[a] statutory copyright exists only for the statutory term and only in a work that has been 'published' within the meaning of the statute. A common law copyright is perpetual and exists only in a work that has not been 'published' within the meaning of the statute. The two rights do not coexist in the same work ; the common law right ends when the statutory right begins (Stanley v. Columbia Broadcasting System, 35 Cal. 2d. 653, 660-661, 1950)* »

[626] 1863 Charles Palmer Phillips The Law of Copyright in Literature and Art and in the Application of with the Statutes Relating Thereto 1 1863, p. 2 : « *[The copyright pre-publication] is the exclusive privilege of first publishing any original and material product of intellectual labour. Its basis is property ; a violation of it is an invasion of property, and it depends entirely upon the Common Law ; the privilege is simply a right of user, incidental to the property exclusively vested in the absolute and lawful possessor of the material product [...] It is certain every man has a right to keep his own sentiments if he pleases. He has certainly a right to judge whether he will make them public, or commit them only to the sight of his friends : in that state a manuscript is in every sense his peculiar property, and no man can take it from him, or make any use of it which he has not authorised, without being guilty of a violation of his property. And as every author or proprietor of a manuscript has a right to determine whether he will publish it or not, he has a right to first publication, and whoever deprives him of that privilege is guilty of a manifest wrong, and the Court have a right to stop it* »

2) Consentement implicite de l'auteur à l'abandon de sa propriété

Consentement de l'auteur nécessaire. Un autre élément qui rendait la question de la publication imprévisible fut le rôle incertain joué par l'intention ou le consentement de l'auteur ou du propriétaire dans l'abandon des droits communs lors de la publication. Pour Drone, aucun principe de loi n'était plus marqué dans le marbre que le fait qu'un abandon de propriété ne pouvait se faire sans le consentement du détenteur[628]. De nombreux penseurs s'accordaient sur ce principe que la propriété ne pouvait s'abandonner sans volonté du propriétaire. Grotius soutenait: « *[a] thing is understood to be abandoned, when it is cast away ; unless it appears that it was so cast away only for a time, and with intention to reclaim it* ». Et Pufendorf précisait: « *[t]o make a thing completely abandoned or forsaken, two points are necessary: first, that the person refuse to own it for the future; and, secondly, that he divest himself of the possession by leaving the thing or casting it away. If either of these conditions be wanting, the property is not vacated. Thus, if I throw a thing by, yet without intention to quit my right in it, I do not prejudice myself by that action. And, on the other hand, though I am resolved utterly to quit my title to a thing, yet, unless I actually cast it off, I am still the proprietarior* »[629]. La volonté de l'auteur devait donc être un élément de cet abandon car il paraissait logique et fondamental de croire qu'un auteur était plus à même de souhaiter conserver ses droits (ou tout du moins de sauvegarder une protection sur son œuvre) que de les abandonner lors de la publication. Aussi, l'abandon des droits de propriété littéraire devrait être une défense positive dans le cadre d'une action pour contrefaçon et seule la personne alléguant cette défense (l'abandon des droits) devrait avoir la charge de la preuve de celui-ci. L'acte de publication serait considéré comme la volonté de l'auteur de tirer un profit économique de son œuvre, et le contrefacteur qui tenterait de vivre de l'exploitation frauduleuse du travail d'autrui serait légalement obligé d'apporter la preuve de l'abandon afin de pouvoir justifier de sa démarche, ou être strictement interdit de copier[630]. Pour constituer l'abandon, l'intention du détenteur serait donc nécessaire et sans cette volonté, l'abandon ne pourrait effectivement exister. Et ceci, que la propriété porte sur un bien matériel ou intellectuel. Or cet abandon était, depuis toujours, expressément nié par les auteurs, qui n'ont eu de cesse de revendiquer leur droit de propriété sur leurs œuvres. La théorie de l'abandon devait donc être elle-même écartée pour un autre principe prenant en considération la volonté de l'auteur ou de son cessionnaire.

Indifférence du consentement à l'abandon. Néanmoins, la vision souvent préférée (et la plus simple) sur ce point était que la publication, qui détruisait automatiquement la protection de droit commun, n'imposait aucune intention subjective de l'auteur d'abandonner ses droits, mais plutôt un renoncement implicite et automatique qui suivait une distribution générale ou la mise à disposition de copies au public[631]. Ainsi, lorsque l'auteur cherchait à obtenir un copyright de droit positif, il démontrait clairement par sa démarche son intention de renoncer à ses droits communs sur l'œuvre pour profiter d'une nouvelle forme de protection, cette fois-ci issue des textes de loi (ce résultat est affirmé depuis *Donaldson v. Beckett* et *Peters v. Wheaton*). L'abandon n'avait pas, semble-t-il, à être explicitement formalisé. Cette

---

[627] « *[T]he right of first publication* », *Palmer v. De Witt*, 47 N.Y.532, 1872; *Werckmeister v. American Lithographing Co.*, 134 Fed. 321, 2d Cir., 1904; *Chamberlain v. Feldman*, 300 N.Y.135, 89 N.E.2d 863, 1949; *Stanley v. CBS*, 35 Cal. 2d 653, 221 P.2d 73, 1950; *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F. 2d 90, 95, 2d Cir., 1987

[628] E.S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States: embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879, p. 9

[629] De Jure Nat. et Gent. Lib. Iv. c. 6, §12

[630] A. M. NATHANIELSZ, *Copyrights: abandonment by publication*, 39 Dicta 236, p. 248

[631] E. F. BRYLAWSKI, *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, p. 521

caractéristique de l'abandon a été confirmée dans l'affaire *Holmes v. Hurst*[632] alors que la Cour avait soutenu que si un auteur autorisait la publication de son œuvre sans préalablement remplir les conditions statutaires d'obtention du copyright, son droit exclusif de la copier était automatiquement et définitivement perdu, quand bien même il n'aurait pas souhaité l'abandonner.

Inutilité du consentement confirmée par la jurisprudence. Cette logique fut affirmée dans l'arrêt *Washingtonian Publishing Co. v. Pearson*, de 1938: « *[t]he Act of 1909 is a complete revision of the copyright laws, different from the earlier Act both in scheme and language. It introduced many changes and was intended definitely to grant valuable, enforceable rights to authors, publishers, etc., without burdensome requirements; 'to afford greater encouragement to the production of literary works of lasting benefit to the world'. Under the old Act deposit of the work was essential to the existence of copyright. This requirement caused serious difficulties and unfortunate losses[…] The present statute (§9) declares –'Any person entitled thereto by this Act may secure copyright for his work by publication thereof with the notice of copyright required by this Act [§18];[…]' And respondents rightly say 'It is no longer necessary to deposit anything to secure a copyright of a published work, but only to publish with the notice of copyright'* »[633], puis confirmée dans l'arrêt *King v. Maestro*[634], dont l'enjeu était de savoir si le célèbre discours de Dr. Martin Luther King « *I Have A Dream* » avait perdu sa protection de droit commun suite à sa publication sans notice de copyright. Dans cette affaire, il semblait que tous les éléments caractérisant une première publication étaient présents, notamment une large distribution du discours, parallèlement à une très large diffusion. Cette diffusion générale constatée sans aucune objection de la part de l'auteur, la cour conclut à une volonté tacite de l'auteur de renoncer à ces droits communs, et l'abandon par la publication fut déclaré. Le droit à la protection du statutory copyright pouvait ainsi être perdu si la publication était réalisée sans observer les formalités imposées par la loi.

Abandon et volonté de l'auteur. La volonté de l'auteur n'était donc pas prise en compte dans ce processus d'abandon de la propriété de droit commun. Au mieux il était présumé que l'auteur souhaitait renoncer à son copyright de droit commun portant sur son œuvre, et ce, dès l'acte de première publication. Selon Drone[635], les effets de la théorie de l'abandon par la publication revenaient à refuser à l'auteur toute propriété préalable hormis celle qu'il avait sur le papier, soit le contenant de ses idées et pensées : tant qu'il possédait le manuscrit il contrôlait l'avenir de son contenu, mais dès qu'il s'en dessaisissait, il perdait toute propriété sur celui-ci. D'autres admettaient que l'existence de la propriété allait au-delà du simple papier et concernait également le contenant, mais une fois le contenu publié il était retiré du patrimoine de l'auteur comme le prévoyait la loi. Or, et toujours selon Drone, si ce type de propriété était perdue par la simple publication, cela devait être exclusivement par abandon explicite ou par contrat, car cet abandon de propriété ne pouvait être valide sans l'intention du possesseur[636]. La publication ne pouvait toutefois pas aboutir à un abandon total de l'œuvre, il était nécessaire, afin que l'auteur puisse se rémunérer, qu'une protection post publication lui soit accordée (3).

[632] *Holmes v. Hurst*, 174 U.S. 82, 1899
[633] *Washingtonian Publishing Co. v. Pearson*, 306 U.S. 30, 1939
[634] *King v. Maestro*, 224 F. Supp. 101, S.D.N.Y., 1963
[635] E.S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States*: *embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879
[636] *Ibid*., p. 9

3) Nécessité d'une protection post publication

Publication et protection temporaire. Le seul moyen d'accepter cet abandon imposé par la loi américaine fut de considérer que la copyright clause de la Constitution protégeait les écrits des auteurs pour une durée limitée certes, mais supplémentaire, suivant l'abandon par la publication. Si le droit de prévenir autrui de toute reproduction sur l'œuvre se terminait définitivement dès sa publication, l'auteur perdrait alors un actif de valeur (ses droits de propriété littéraire), ce qui s'opposait clairement à la logique de la protection des droits de l'auteur et à la nécessaire récolte des fruits de son labeur[637]. C'est pourquoi une fois l'acte de publication annihilant les droits communs protégeant l'œuvre prépublication, une seconde protection issue de la loi positive fut instaurée, afin de sauvegarder les intérêts de l'auteur sur son travail, et donc sur ses œuvres[638]. Cette protection temporaire et exclusive de l'exploitation de l'œuvre permettait ainsi la réalisation d'un bénéfice économique pouvant potentiellement pallier et compenser cette perte du copyright de droit commun tout en permettant à l'auteur de se rémunérer pour son labeur. La raison d'être du droit du copyright serait donc d'accorder à l'auteur une propriété matérielle et intellectuelle encourageant le développement de son art en autorisant celui-ci à faire profit en vendant des copies de son travail et en régulant parallèlement ce droit exclusif sur le long terme.

Copyright Act de 1909. La loi de 1909 accorda un statutory copyright automatique dès la première publication reconnue, avec néanmoins pour condition le copyright notice[639]. Mais, bien que la publication devint dès lors la clé de la protection par le copyright, aucune définition du terme « *publication* » ne fut rédigée dans la loi, apparemment parce que les différents rédacteurs de la loi ne purent s'accorder sur ce sujet[640]. Néanmoins, comme la base de calcul de la durée du terme de la protection du copyright était la date de première publication selon les textes, le législateur rédigea toutefois une définition de la « *date of publication* »: « *[t]hat in the interpretation and construction of this Act 'the date of publication' shall in the case of a work of which copies are reproduced for sale or distribution be held to be the earliest date when copies of the first authorized edition were placed on sale, sold, or publicly distributed by the proprietor of the copyright under his authority* » [641]. Cette section ne définissait finalement aucunement la publication elle-même mais seulement la date à laquelle la protection du copyright débutait[642]. Ainsi, la date de publication pourrait être assimilée à la date de naissance de la diffusion et certainement au début de l'exploitation économique de l'œuvre. Mais il semblait que l'acte de publication avait des conséquences plus complexes quant à son impact sur le copyright.

Ironie de la propriété prépublication. Ainsi, ceux qui s'accordaient à donner toutes les qualités d'une véritable propriété à une œuvre prépublication, et qui considéraient que cette propriété serait dissoute par l'acte même de publication, ont eu un raisonnement totalement

---

[637] Ce qui annihilerait également toute motivation à la creation

[638] *Holmes v. Hurst*, 174 U.S. 82 et 84-85, 1899: "*The right of an author, irrespective of statute, to his own productions and to a control of their publication, seems to have been recognized by the common law, but to have been so ill-defined that from an early period legislation was adopted to regulate and limit such right […] While the property of these decisions has been the subject of a good deal of controversy among legal writers, it seems now to be considered the settle law of this country and England that the right of an author to a monopoly of his publications is measured and determined by the copyright act – in other words, that while a right did exist by common law, it has been superseded by statute*".

[639] 17 U.S.C. § 9, 1909 : « *That any person entitled thereto by this Act may secure copyright for his work by publication thereof copy with the notice of copyright'required by this Act; and such notice shall be affixed to each copy thereof published or offered for sale in the United States by authority of the copyright proprietor, except in the case of books seeking ad interim protection under section twenty-one of this Act* »

[640] *Hearings on S. 6330 and H.R. 19853 Before Comm. On Patents, 59th Cong.* 71 (1906)

[641] 17 U.S.C. §62, 1909

[642] *Cardinal Film Corp v. Beck*, 248 Fed. 368, S.D.N.Y. 1918

« *burlesque* » selon Drone. Pour lui, cela reviendrait à considérer que la propriété de l'auteur sur son œuvre existait avant toute publication, du fait de la possession de son travail intellectuel personnel, puis que la tentative de valorisation commerciale de ce travail (logiquement le seul moyen existant d'en tirer un profit économique), qui passe obligatoirement par la publication, impliquerait la perte de cette propriété et causerait ainsi la ruine du travail et des investissements financiers fournis. Conséquence qui était totalement illogique et absurde selon lui[643]. Pourtant, avec le temps, il apparaissait que la diffusion d'un travail par le biais de la publication fut acceptée comme un abandon de la protection de droit commun[644]. Toute théorie de l'abandon des droits communs sur une production intellectuelle par l'acte de publication était donc difficile à concevoir dans sa dimension économique, car les droits de propriété associés à l'œuvre n'avaient en effet aucune valeur sans la commercialisation de celle-ci, et dans le contexte classique du livre par exemple, la publication était clairement requise. Aussi, si la publication détruisait la propriété par don ou abandon, alors les droits de propriété étaient perdus par le véritable acte qui leur donnait de la valeur.

Théorie du contrat (social). Donc, si la propriété était transférée par la publication de l'auteur au public, avec son accord, express ou tacite, un certain contrat existait (même moral). Pour Pufendorf, « *the concurrence of two wills is required, […] the giver's and the receiver's* »[645]. L'accord pourrait donc être résumé ainsi: l'auteur offrait la possibilité au public de payer une faible somme d'argent afin d'acquérir une copie de son œuvre dont il pouvait disposer à sa guise de manière perpétuelle. Néanmoins, le contenu intellectuel de cette publication n'entrait pas dans la propriété obtenue par l'acquéreur, celle-ci étant clairement de beaucoup plus grande valeur que le simple contenant. L'unique propriété cédée par l'auteur était donc le support de son travail intellectuel. La propriété et le droit de multiplier les copies de la création littéraire et artistique étaient ainsi toujours exclusivement réservés à l'auteur. Il est aisé de comprendre cette logique. En effet, l'auteur n'aurait aucun intérêt à céder son droit de propriété intellectuelle ainsi que son droit exclusif de le copier pour une somme peu élevée. Car dès la première vente, l'acheteur désormais en possession de ce contenu intellectuel pourrait le copier et le vendre pour un montant encore plus faible, cannibalisant aisément le marché créé par l'auteur. Dans ce sens, M. Justice Willes, expliquait dans l'affaire *Millar v. Taylor*: « *[a]ll the knowledge which can be acquired from the contents of a book is free for every man's use […] but multiplying copies in print is a quite distinct thing from all the book communicates. […] And there is no incongruity to reserve that right, and yet convey the free use of all the book teaches*"[646]. Il en irait de même pour une place de concert ou de théâtre, dont l'exemple permet d'appréhender encore plus facilement cette logique[647].

---

643 E.S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States*: *embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879, p. 13 : "*It is a ridiculous doctrine which recognizes the existence of a species of property, and yet pronounces its only use unlawful and self-destructive*"

644 E. F. BRYLAWSKI, *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, p. 511

645 De Jure Nat. et Gent. Lib. Iv.c. 9,§2

646 *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2331, 1769

647 E.S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States*: *embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879, p. 12: "*The rights which vest in the purchaser of a book have been aptly compared with those acquired by the buyer of a ticket to a place of public amusement. The latter is entitled to all the enjoyment, instruction, and information to be derived from witnessing the performance. He may, perhaps, give or sell his ticket to another, who may enjoy the same advantages in his stead. He has paid for one seat in the theatre, and he may claim the right to use it. But no one will argue that the privilege of using one ticket carries the right of admission vests in any right of property in the theatre or the play. In this case, the ticket-holder is entitled to just what he pays for. So the buyer of a book is entitled to just what he pays for, and no more; and nothing can be clearer than that, in paying for a copy of the book, he does not pay for the copyright*"

Certains allèrent néanmoins trop loin en considérant l'abandon comme une simple mesure temporaire. Dans l'affaire *Beckford v. Hood*[648], la cour statua que le statutory copyright procurait bel et bien un remède (cumulatif) par le biais d'une exclusivité accordée pour la durée limitée imposée par la loi mais au terme de laquelle la protection de droit commun prévalait de nouveau, ce qui ne réglait aucunement le problème, car la protection du copyright n'était finalement jamais limitée selon cette décision.
L'acte de publication avait des conséquences si importantes pour l'auteur, l'exploitant de l'œuvre mais aussi le public, qu'il fut nécessaire que le législateur américain en fasse une définition précise et claire, afin que les délais de computation soient sereinement calculés (§II).

§II. Volonté de créer une définition générale de la publication

Etonnamment, malgré l'importance juridique de la publication eut égard aux délais de protection des œuvres, il n'existait pas explicitement dans la loi de définition de la « publication ». Ainsi, nombreuses furent les tentatives de définition de cette notion (A'). Une hiérarchisation de l'acte de publication fut d'ailleurs pendant des années l'unique moyen de juger si l'abandon du copyright de droit commun était réalisé et le délai de computation débuté (B').

A'. Tentative de définition juridique de la publication

Alors qu'aucune définition légale officielle de la publication n'existait (1), il était nécessaire, pour des raisons de sécurité juridique, que des précisions soient apportées sur ce point (2).

1) La publication, un élément fondamental de la protection sans définition officielle

Malgré l'importance de la notion (a), le législateur américain a attendu 1976 pour en rédiger une définition (b).

a) Importance de la publication

Publication et perte du copyright. Historiquement, la conséquence primordiale suivant la publication d'une œuvre était la perte du copyright de droit commun et l'obtention, à partir de la date de celle-ci, d'un statutory copyright (si et seulement si les formalités d'obtention de cette protection étaient respectées à la lettre)[649]. La date de publication était primordiale car elle déterminait le point temporel à partir duquel la durée de la protection du statutory copyright débutait. Elle était également le marqueur des délais pour se conformer aux formalités nécessaires à l'obtention de ce copyright.

[648] *Beckford v. Hood* 7 T.R. 616, 1798
[649] *Bobbs-Merill Co. v. Straus*, 210, 347, U.S. 339, 1908 210 U. S et *Zachary v. Western Publishing Co.*, 143 Cal. Rptr. 34, 37, 1977, voir précédemment

La publication, une frontière entre deux droits. Le concept de publication selon le droit du copyright américain était donc primordial car la publication était l'acte qui marquait la ligne de démarcation entre deux systèmes de protection : le copyright de droit commun[650], qui s'apparentait à un droit de première publication[651], du copyright de droit positif (ou « *statutory copyright* »)[652]. La publication avait donc deux effets principaux: elle mettait fin aux droits communs du créateur sur son œuvre (la protection de droit commun associée à l'œuvre était perdue (ou abandonnée)[653] par renoncement imposé par la loi[654] et elle définissait la condition nécessaire à l'obtention d'un statutory copyright afin d'acquérir la protection accordée par le droit positif[655]. Le concept de publication a tout d'abord évolué au fil de la jurisprudence pour pallier les lacunes législatives, puis les titulaires américains de copyright, face au développement des régulations internationales, ont dû s'adapter à ces nouvelles normes pour mieux protéger leurs œuvres à l'échelle internationale et reconnaître une juste protection des œuvres étrangères sur leur territoire[656].

Constitution de l'acte de publication. Selon la jurisprudence, afin que l'acte de publication fût constitué, les copies de l'œuvre devaient être accessibles à tous, sans aucune discrimination (« *all comers and not only a class* »[657]). Lorsqu'un auteur cédait à autrui le droit de publier son œuvre, cette cession ne valait pas (en elle-même) publication tant que cette personne n'exerçait pas ce droit[658]. La publication ne résultait pas non plus de la délivrance d'un manuscrit à un éditeur, quand bien même cette communication aurait pour but son impression et sa diffusion pour le rendre accessible au public. Comme la simple impression de l'œuvre ne constituait pas non plus une publication de celle-ci[659]. Ainsi, la perspective, même certaine, d'une future publication de l'œuvre ne valait pas publication et

---

[650] *Copyright Act of 1909*, Section 2: "*That nothing in this Act shall be construed to annul or limit the right of the author or proprietor of an unpublished work, at common law or in equity, to prevent the copying, publication, or use of such unpublished work without his consent, and to obtain damages therefor*"

[651] M. B. NIMMER, *Copyright publication*, 56 Colum. L. Rev. 185, 1956, p. 185: « *When a work is first published, the owner's common law protection therein is lost through a forfeiture imposed by law. For this reason, common law copyright is sometimes more accurately referred to as the right of first publication* », voir également: *Palmer v. De Witt*, 47 N.Y., 532, 536, 1872: "*[t]he author of a literary work or composition has, by law, a right to the first publication of it. He has the right to determine whether it shall be published at all, and if published, when, where, by whom, and in what form. This exclusive right is confined to the first publication*"; *Bobbs-Merill Co. v. Strauss*, *Stanley v. Columbia Broadcasting System,* 35 Cal.2d 653, L. A. No. 20686. In Bank. Aug. 4, 1950: "*[…] the common law confers on the owner of an intellectual production the exclusive right to make first publication of it, that is, the right to copy it in the first instance […]*"

[652] La publication d'une œuvre marquait le passage entre le droit commun établi par le pouvoir étatique et la potentielle protection fédérale (ou *statutory copyright*)

[653] *Bobbs-Merill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339, 1908 ; *G. Ricordi & Co. v. Haendler*, 194 F.2d 914, 2d Cir., 1952 ; *White v. Kimmell*, 193 F.2d 744, 9th Cir., 1952 ; *Clemens v. Belford*, 14 Fed. 728, C.C.N.D. Ill., 1883; *Hill and Range Songs Inc. v. London Records, Inc.*, 142 N.Y.S. 2d 311, Sup. Ct., 1955

[654] M. B. NIMMER, *Copyright publication,* 56 Colum. L. Rev. 185, 1956, note n°4 de l'auteur: « *The loss of common law rights upon publication is referred to by many courts and writers as 'dedication' or 'abandonment'. However, as was pointed out by Judge Learned Hand in National Comics Publications, Inc. v. Fawcett Publications, Inc., 191 F. 2d 594, 2d Cir., 1951, these words connote an international surrender when actually the surrender is imposed as a matter of law regardless of intent. Therefore the word 'forfeit' is more apt »*

[655] L. J. SHALTON *Copyright -the law of publication*, 35 U. Mo. Kan. City L. Rev. 158 1967, p. 159-160 : "*It must be recognized that publication has two effects : A. It 'divest' the creator of his commonlaw copyright and thereby terminates rights thereunder ; and B. It defines the condition precedent necessary to obtain a statutory copyright for 'investing' protection in the artists and, simultaneously, is a basis for forfeiture of the rights of the statutory formalities have not been met*"

[656] Les auteurs voulant obtenir une protection sur leurs œuvres selon les termes de la Convention de Berne, devaient les publier simultanément dans un pays ayant signé cet accord et les Etats-Unis (néanmoins, si la Convention de Berne a évolué elle a été de moins en moins nécessaire aux auteurs américains depuis la signature de l'Universal Copyright Convention de 1955).

[657] *Jewelers' Mercantile Agency, Ltd. V. Jewelers' Weekly Publishing Co.,* 155 N.Y. 241, 49 N.E. 872, 1898

[658] *Press Publishing Co. v. Monroe,* 73 Fed. 196, 2d. Cir., 1896; *Black v. Henry G. Allen Co.,* 56 Fed. 764, C.C.S.D.N.Y, 1893

[659] *Falk v. Gast Lithograph & Engraving Co*., 54 Fed. 890, 2d. Cir., 1893

abandon du copyright de droit commun. La confusion concernant l'acte de publication était d'autant plus importante qu'il n'exista pas de définition légale de la publication avant 1976 (b).

b) Absence d'une définition de la publication

Inexistence de la définition de la « *publication* ». En plus d'une éventuelle protection par la loi fédérale (le copyright Act), l'auteur possédait un copyright de droit commun dès la création de son œuvre. Ce droit existait jusqu'à la première publication de l'œuvre. L'obligation de publier l'œuvre pour prétendre obtenir la protection du copyright de droit positif fut effective dès la loi de 1909[660]. Mais étonnamment, le terme « *publication* » n'a jamais été défini explicitement dans la loi américaine avant la fin du XXème siècle et le Copyright Act de 1976. Le concept de publication dans le droit du copyright pouvait donc être critiquable, car dès l'instant que la publication de l'œuvre était actée, le droit commun de l'auteur sur celle-ci cessait d'exister et l'œuvre tombait automatiquement dans le domaine public. Seul le respect des conditions d'octroi d'un copyright, définies dans le droit positif, permettait à l'auteur de conserver la possibilité d'une exploitation exclusive de son œuvre, néanmoins pour une durée limitée[661].

Définition de la « *date de publication* ». Dans la loi de 1909, seule la définition de la « *date of publication* » était spécifiée, car celle-ci marquait le depart du calcul du délai de protection du statutory copyright: « *[i]n the interpretation and construction of this title 'the date of publication' shall in the case of a work of which copies are reproduced for sale or distribution be held to be the earliest date when copies of the first authorized edition were placed on sale, sold, or publicly distributed by the proprietor of the copyright or under his authority…*»[662]. Cette définition fut interprétée par le Juge A. Hand, en 1918, dans l'affaire *Cardinal Film Corp. v. Beck,* comme « *an enactment to fix the date from which the coyright term should begin to run, and not a general definition of what constituted publication* »[663]. La loi de 1909 présentait donc de sérieuses lacunes concernant la definition de la nature de la publication, bien que l'application et l'utilité de ce concept, dans le cadre de la loi sur le copyright, fussent clairement explicitées.

Critique de l'opacité du terme « *publication* ». Et si l'utilisation de la date de publication comme point de départ du calcul du délai du statutory copyright ne fut pas unanimement critiquée, il en fut tout autrement concernant l'absence d'une définition officielle et claire du terme « *publication* », ce qui créa à l'époque une confusion générale concernant la potentielle appartenance (ou non) des œuvres au domaine public: « *[t]he word 'publication' has no definite and fixed meaning. The word is legally very old, and no one certain meaning. […] The thought, however, running through all the uses of the word is an advising of the public, a making known of something to them for a purpose* »[664]. Le concept de publication,

---

[660] 17 U.S.C. § 9, 1909: « *Section 9. That any person entitled thereto by this Act may secure copyright for his work by publication thereof with the notice of copyright required by this Act; and such notice shall be affixed to each copy thereof published or offered for sale in the United States by authority of the copyright proprietor, except in the case of books seeking ad interim protection under section twenty-one of this Act* »

[661] 17 U.S.C. § 23, 1909

[662] 17 U.S.C. §26, 1909

[663] *Cardinal Film Corp v. Beck*, 248 Fed. 368, S.D.N.Y., 1918

[664] *Associated Press v. International News Service, 2 Cir., 245 F. 244, 250, 2 A.L.R. 317* et A. M. NATHANIELSZ, *Copyrights: abandonment by publication*, 39 Dicta 236, 1962: *Marx v. United States*, 96 F.2d 204, 206, 9th Cir., 1938, "*The court went on to say that the 29 years of copyright protection in cases of copyrighted material not intended for reproduction for sale starts running at the date of deposit. This holding is now codified as 17 U.S.C. §12 (1947)*" note n°21 de l'auteur, p. 239

particulièrement important dans le processus d'attribution et de protection du statutory copyright[665], a donc été nécessairement défini par la doctrine et au fil de la jurisprudence américaine (2).

2) Elaboration du concept juridique de « *publication* »

Définition de la publication par Drone. Drone, dès 1879, a défini très clairement le concept de publication selon la loi positive, évoquant même la caractéristique de la diffusion au public de manière "générale", élément nécessaire selon lui pour valider l'acte de publication: "*WHAT IS PUBLICATION. - In one sense a work of literature or art is published when it is communicated to the public in whatever manner this may be done; whether by the circulation of copies, oral delivery, representation, or exhibition. At common law the word publication may have this comprehensive signification. But to determine its meaning under the statute, it is necessary to ascertain in what sense the legislature used the word. In the case of books, maps, charts, drawings, engravings, photographs, lithographs, and chromos, the only kind of publication recognized by the statute is the circulation of copies. Hence a literary composition is not published within the meaning of the statute, when it is orally communicated to the public; nor a pictorial production, excepting perhaps a painting, when it is publicly exhibited. WHEN A BOOK IS PUBLISHED. - A book is published when printed copies are sold unconditionally to the public. A sale naturally imports publication. But sale is not essential. A work may be published by the gratuitous circulation of copies. The question of publication cannot depend on the number of copies sold because a sale of ten copies or even of one is as clearly a publication as is the sale of ten thousand. Nor can it be essential that a single copy shall be disposed of before the work can be said to be published. The requirements of the law are met when the book is publicly offered for sale. Then the opportunity is given to the public to avail themselves of its advantages and if they fail to do so even to the extent of obtaining one copy it is through no fault of the author or publisher. But to constitute a publication it is essential that the work shall be exposed for sale or gratuitously offered to the general public so that the public without discrimination as to persons may have an opportunity to enjoy that for which protection is granted"*[666].

Définition de la « *publication* » par la jurisprudence. Dès le début du XXème siècle et avant même la loi de 1909, la question des caractéristiques consacrant l'acte de publication d'une œuvre fut portée devant les tribunaux américains. En 1907, la Cour Suprême jugea dans l'affaire *American Tobacco Co. v. Werckmeister* que pour constituer l'acte de première publication, il était nécessaire (mais pas suffisant) de diffuser l'œuvre au public, avec l'intention de rendre cette œuvre disponible à tous[667]. Dans cette affaire, il fut jugé que le fait d'exposer une peinture dans une galerie d'art sans spécifier le moindre copyright ne pouvait

---

[665] E. F. BRYLAWSKI, *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, p. 511: « *[P]ublication has become the Berlin wall between common law protection for unpublished works and statutory protection, if any, thereafter* »

[666] E.S. DRONE, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States: embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879, p. 285, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[667] *American Tobacco Co. v. Werckmeister*, 207 U.S. 284, 1907, *"We do not mean to say that the public exhibition of a painting or statue, where all might see and freely copy it, might not amount to publication within the statute, regardless of the artist's purpose or notice of reservation of rights which he takes no measure to protect. But such is not the present case, where the greatest care was taken to prevent copying"[...] "to constitute publication there must be such a dissemination of the work of art itself among the public, as to justify the belief that it took place with the intention of rendering such work common property"*

s'apparenter et être considéré comme une publication d'ordre général, et ceci, bien que les visiteurs fussent obligés de s'acquitter d'un droit d'entrée (les membres de la galerie pouvaient visiter l'exposition gratuitement). La galerie imposait comme règle principale l'interdiction de prendre en photo les œuvres exposées (des vigiles avaient d'ailleurs été engagés à cette fin). Ainsi, le critère (ou l'acte) de publication de ces œuvres n'ayant pas été reconnu, cette exposition de l'auteur ne fut pas considérée comme un abandon de ses droits de propriété intellectuelle de droit commun. Ce n'est donc pas simplement l'acte commercial en lui-même qui caractérisait la publication, mais bien la volonté (*« consent of the owner* ») de placer l'œuvre sur le marché par le biais de sa diffusion générale[668].

Définition de la publication. Une définition très populaire de la publication fut apportée par Nimmer[669], qui concentra la plupart des décisions juridiques concernant ce concept dans une définition générale: « *publication occurs when by consent of the copyright owner*[670]*, the original*[671] *or tangible copies*[672] *of a work are sold*[673]*, leased*[674]*, loaned*[675]*, given away*[676]*, or otherwise made available to the general public*[677]*, or when an authorized offer is made to dispose of the work in any such manner even if a sale or other such disposition does not in fact occur*[678]». Nimmer élabora que « *the work need not be offered in sufficient numbers to satisfy the public demand and, indeed, may be effected by sale or other distribution of a single copy, such copies as are available must be offered to all members of the public who are interested […] [and] a sine qua non of publication should be the acquisition by members of the public of a possessory interest in tangible copie of the work in question* »[679]. Cette définition a été reprise à de nombreuses reprises par les juridictions américaines[680].
Malgré de nombreuses définitions et précisions apportées par la doctrine et la jurisprudence américaines, il fallut instaurer des degrés à l'acte de publication afin que puisse être clairement caractérisé (ou non) le fait déclencheur du calcul de la protection du statutory copyright. Une sous-catégorie de publications fut également créée et développée par la jurisprudence. La définition de la publication étant particulièrement difficile à appréhender, et son application pas moins lourde de conséquences, les tribunaux américains mirent en exergue deux nouveaux types de publication (B').

---

668 *American Tobacco Co. v. Werckmeister*, 207 U.S. 284, 300 1907: "*where there are bylaws against copies, or where it is tacitly understood that no copying shall take place, and the public are admitted to view the painting on the implied understanding that no improper advantage will be taken of the privilege*"
669 NIMMER, *Copyright publication*, 56 Colum. L. Rev. 185, 1956, p. 187
670 *National Comics Publications, Inc. V. Fawcett Publications, Inc.,* 198 F. 2d 927 2d Cir. 1952
671 *Pierce & Bushnell Mfg. Co. V. Werkmeister,* 72 Fed. 54 1st Cir. 1896
672 *White-Smith Music Publishing Co. V. Apollo Co.,* 209 U.S. 1, 1908
673 *Gottsberger v. Aldine Book Publishing Co.,* 33 Fed. 381, C.C.D. Mass. 1887
674 *Jewelers' Mercantile Agency, Ltd. V. Jewelers' Weekly Publishing Co.,* 155 N.Y. 241, 49 N.E. 872, 1898
675 *Ladd v. Oxnard, 75 Fed. 703, C.C.D. Mass. 1896*
676 *D'ole v. Kansas City Star Co.,* 94 Fed. 840, C.C.W.D. Mo., 1899
677 *Schleman v. Guaranty Title Co.,* 153 Fla. 379, 15 So.2d 754, 1943
678 *Jewelers' Mercantile Agency, Ltd. V. Jewelers' Weekly Publishing Co.,* 155 N.Y. 241, 49 N.E. 872, 1897
679 NIMMER, *Copyright publication*, 56 Colum. L. Rev. 185, 1956, p. 187 et 197
680 T. F. COTTER, *Toward a Functional Definition of Publication in Copyright Law*, 92 Minn. L. Rev. 1724, 2007-2008, p. 1752 note n°128 de l'auteur: *Shoptalk, Ltd. v. Concorde-New Horizons Corp.*, 168 F.3d 586, 590, 2d Cir., 1999 ; *Dolman v. Agee*, 157 F.3d 708, 713, 9th Cir., 1998 ; *Brown v. Tabb*, 714 F.2d 1088, 1091, 11th Cir., 1983

B'. Création d'une hiérarchisation de la publication

Pour compenser l'absence de définition, la jurisprudence établit une hiérarchisation de la publication en deux catégories disctintes (1). Mais cette démarche ne fut pas d'une réelle efficacité en pratique (2).

1) Publications « limitées » et « générales »

Degrés de diffusion de l'œuvre. Dès 1904, dans une affaire *Werkmeister v. American Lithographic Co.*[681], la cour créa les concepts de publications dites « limitées » et « générales »: « *[p] ublication of a subject of copyright is effected by its communication or dedication to the public. Such a publication is what is known as a 'general publication'. There may be also a 'limited publication'. The use of the word 'publication' in these two sense is unfortunate and has led to much confusion* ». La différence de qualification de ces publications reposait essentiellement sur le degré de la diffusion de l'œuvre. Ainsi, la publication qui mettait fin au copyright de droit commun était appelée « *divestitive publication* » ou « *general publication* »[682]. Une définition de ce type de publication fut donnée dans l'arrêt *Burke v. Nat'l Broad. Co.*,: « *['general' publication that was thought to occur when] a work is made available to members of the public at large without regard to who they are or what they propose to do with it* »[683]. A contrario, lorsque la publication était suffisamment restreinte dans sa forme, sa distribution, et/ou son but, les cours de justice américaines ont développé le concept de « *limited publication* » (également appelé une « *investitive publication* »)[684] qui n'entrainait aucunement la perte du copyright de droit commun, ni la chute de l'œuvre dans le domaine public[685]. Néanmoins, ce type de publication était toujours suffisant pour obtenir le statutory copyright si l'auteur (ou le détenteur des droits communs sur l'œuvre) le désirait, en faisait la demande et remplissait scrupuleusement les formalités conditionnelles d'obtention.

Publication générale et volonté de l'auteur. Cette logique fut reprise et appliquée dans l'arrêt *Letter Edge in Black Press, Inc. v. Public Building Commission of Chicago* alors qu'un requérant souhaitait que soit reconnu par la justice que Pablo Picasso avait renoncé à ses droits communs sur son œuvre gigantesque exposée dans le centre de Chicago (devant le Dalay Center) en permettant sa publication générale sans apposer de notice de copyright[686]. A l'appui de ses arguments le requérant indiqua à la cour que Picasso, afin de promouvoir sa future œuvre, avait permis entre autres à l'Institut d'Art de Chicago, d'exposer un modèle

---

[681] *Werkmeister v. American Lithographic Co.*, 134 F. 321-324, 2d Cir., 1904
[682] E. F. BRYLAWSKI, *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, p. 514, voir la note n° 45 de l'auteur pour de nombreux exemples de ce type de publication
[683] *Burke v. Nat'l Broad. Co.,* 598 F.2d 688, 1st Cir., 1979
[684] E. F. BRYLAWSKI, *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, p. 514, voir la note n° 46 de l'auteur pour de nombreux exemples de ce type de publication
[685] D. R. GERHARDT, *Copyright publication: an empirical study*, 87 Notre Dame L. Rev. 135 2011-2012, , p. 171-172, note n°162 de l'auteur: Ladd v. Oxnard, 75 F. 703, C.D.D. Mass., 1896, « *The determinations of various courts that, under some circumstances, the delivery of lectures, or the representation of plays, to such of the public as may attend, do not constitute publication, must be regarded as rather of an incidental character, arising undoubtedly to some extent from tenderness for authors, and not establishing any general rule*»; Keene v. Wheatley, 14 F. Cas. 180, C.C.E.D. Pa., 1861, « *A limited publication of it is an act which communicates a knowledge of the contents to a select few, upon conditions expressly or impliedly precluding its rightful ulterior communication, except in restricted private intercourse* »; White v. Kimmel, 193 F.2d 744, 746-747, 9th Cir., 1952 : « *[limited publication as occuring when one] communicates the contents of a manuscript to a definitely selected group and for a limited purpose, and without the right of diffusion, reproduction, distribution or sale* »
[686] *Letter Edge in Black Press, Inc. v. Public Building Commission of Chicago*, 320 F. Supp. 1303, N.D. I11, 1970

réduit (une maquette) de l'œuvre future sans aucune restriction quant à la possibilité de la copier. Picasso distribua également, personnellement, quatre-vingt-seize brochures commémoratives comprenant des photographies de ladite maquette et publia la déclaration de principe suivante: « *no individuals shall be restricted from full personal enjoyment of the sculpture, including the right to take photographs and make paintings, etchings and models of the same for personal, non-commercial purposes* ». La cour, s'appuyant sur l'arrêt *American Tobacco Co. v. Werckmeister*[687], conclut que l'exposition de la maquette sans notice de copyright constituait une publication générale, précisant que « *the Commission passively and in some cases actively engaged in the distribution of uncopyrighted pictures promoting the Chicago Picasso* »[688]. Ici, la diffusion, combinée à l'absence de restriction sur les possibilités de copie de l'œuvre, et agrémentée de la claire volonté de l'auteur de laisser libre cours à toute utilisation non commerciale de son œuvre eut pour conséquence la qualification de celle-ci en publication générale, l'abandon des droits communs et l'entrée dans le domaine public de l'œuvre étant alors constatés. Néanmoins, seule la preuve d'une publication générale (sans le respect des formalités nécessaires à l'obtention à la protection du copyright de droit positif) ne pouvait aboutir à cette qualification[689].

Nombre de copies diffusées et restrictions d'usage. Logiquement, si une publication était limitée à la fois au niveau des personnes autorisées à utiliser l'œuvre et de l'usage que ces personnes pouvaient en faire, une publication générale ne pouvait pas être constatée[690] et une publication limitée devait être reconnue. Ce principe fut affirmé par le célèbre arrêt *White v. Kimmel*[691] de 1952, certainement l'affaire de référence concernant ce sujet. Dans cette affaire, la neuvième cour de circuit jugea qu'une publication était générale alors que 200 copies ronéotypées d'un livre avaient été distribuées à des personnes intéressées par son contenu, et ceci sans aucune restriction sur leur usage ou leur circulation (néanmoins il restait strictement interdit d'éditer le contenu sous la forme d'un livre)[692]. De nombreuses cours ont cité cette définition depuis[693]. Selon le même principe, dans l'arrêt *Continental Casualty Co. v. Beardsly*[694], la cour considéra que la distribution de 100 polices d'assurance sans aucune mention de copyright était une publication générale, car elle n'était pas limitée aux personnes ou à son but; la seule limitation envisageable de cette publication étant le manque d'intérêt d'un sujet particulièrement spécifique. Dans l'affaire *Hirshon v. United Artists Corp.*[695], à l'inverse, la distribution de 2000 copies d'une chanson diffusée à des radios et des musiciens professionnels dans un but promotionnel fut considérée comme une publication limitée car aucune copie ne fut vendue et aucune autorisation ne fut donnée de jouer ou d'utiliser la chanson, et rien ne fut fait ou dit (au-delà de l'actuelle distribution) qui ait pu laisser entendre

---

[687] *American Tobacco Co. v. Werckmeister*, 207 U.S. 284, 1907

[688] *Letter Edge in Black Press, Inc. v. Public Building Commission of Chicago*, 320 F. Supp. 1303, 1313 N.D. I11, 1970

[689] *American Tobacco Co. v. Werckmeister*, 207 U.S. 284, 1907: " *[…] that it is only in cases where what is known as a general publication is shown, as distinguished from a limited publication under conditions which exclude the presumption that it was intended to be dedicated to the public, that the owner of the right of copyright is deprived of the benefit of the statutory provision"* , disponible sur
http://caselaw.findlaw.com/us-supremecourt/207/284.html#sthash.PlnL9o9x.dpuf

[690] M. B. NIMMER, *Copyright Publication,* 56 Colum. L. Rev. 185, 1956, p. 200, *Allen v. Walt Disney productions, Ltd*, 41 F. Supp. 134, S.D.N.Y., 1941 et *Rushton v. Vitale* 218 F.2d 434, 2d. Cir., 1955

[691] *White v.* Kimmell, 193 F. 2d 744, 9th Cir., 1952

[692] *White v. Kimmell*, 193 F. 2d 744, 9th Cir., 1952 « *A limited publication which communicates the contents of a manuscript to a definitely selected group and for a limited purpose, and without the right of diffusion, reproduction, distribution or sale, is considered 'limited publication', which does not result in loss of the author's common-law right to his manuscript ; but that the circulation must be restricted both as to persons and purpose, or it can not be called a private or limited publication* »

[693] Pour des exemples voir T. F. COTTER, *Toward a Functional Definition of Publication in Copyright Law*, 92 Minn. L. Rev. 1724, 2007-2008, p. 1763 note n°173 de l'auteur

[694] *Continental Casualty Co. v. Beardsly*, 253 F.2d 702, 2d. Cir., 1958

[695] *Hirshon v. United Artists Corp.,* 243 F. 2d 640, D.C. Cir., 1957

que ces copies pouvaient être utilisées sans une autorisation préalable par l'intermédiaire de l'agent cité sur la copie. Il apparait donc clairement que le nombre de copies distribuées avait peu d'importance[696] pour déterminer si une publication devait être qualifiée de « limitée » ou « générale ». Une publication était donc dite « générale » plutôt que « limitée » sauf si « *[the] circulation is restricted both as to persons and purpose* »[697].

Publication limitée. S'il existait des restrictions sur l'utilisation de l'œuvre mais que celle-ci était diffusée de manière générale, alors la publication ne pouvait être qualifiée de limitée[698]. Les deux conditions étaient donc certainement cumulatives. Une publication était souvent qualifiée de limitée dans le but de protéger l'auteur ou le propriétaire du copyright de droit commun d'une application stricte de la loi alors que celui-ci n'avait pas décidé ou accordé une diffusion générale de l'œuvre, et cette qualification de publication limitée était finalement généralement accordée aux diffusions liées aux critiques ou vérifications[699]. La plupart du temps, mettre des copies à dispositions dans le but d'une vérification, d'une critique ou d'une représentation, n'était pas une publication dite générale[700]. De même, fournir des copies à un éditeur pour examen n'était pas une publication. Du moins, tant que le droit de publier ces copies n'était pas exercé[701]. Mais déposer des copies chez le détaillant était une publication, quand bien même les copies ne seraient pas encore dans le magasin[702]. Tout comme distribuer des copies à un groupe de personnes visées que l'auteur considérait comme méritantes était également une publication, sous réserve que les autres critères de la publication générale fussent réalisés[703].

Publication générale. Ainsi l'on pourrait définir une publication générale comme étant tout sauf une publication limitée, qui se caractériserait par une communication / diffusion comportant trois caractéristiques cumulatives: la cible est un groupe limité; son objet est également limité, et aucun droit de diffusion, reproduction, distribution ou de vente n'a été accordé à ceux qui profitaient de cette distribution.

Mais cette hiérarchisation de l'acte de publication, bien que bénéfique en théorie, n'apporta pas les résultats attendus en pratique (2).

---

[696] La vente d'une seule copie pouvait être considérée comme une publication générale, voir *Gottsberger v. Aldine Book Pub. Co.*, 33 F. 381, 1887 : « *[a] sale of the printed work constitutes a publication within the meaning of the statute […]* »
[697] *White v. Kimmell,* 193 F. 2d 744, 9th Cir., 1952
[698] *Larrowe-Loisette v. O'Loughlin* 88 Fed. 896, C.C.S.D.N.Y., 1898; *Ladd v. Oxnard* 75 Fed. 703, C.C. Mass., 1896
[699] *Rushton v. Vitale*, 218 F.2d 434, 2d Cir., 1955
[700] *Kramer v. Newman,* 749 F. Supp. 542, 550, S.D.N.Y, 1990
[701] *Hirshon v. United Artists Corp.,* 243 F.2d 640, 645, D.C. Cir., 1957 (citant *Falk v. Gast Lithograph & Engraving Co.*, 54 F. 890, 893, 2d Cir., 1893: "*the sending of samples to dealers for the purpose of enabling them to give orders [is not a general publication]*"); *Nucor Corp. v. Tenn. Forging Steel Serv., Inc.,* 476 F.2d 386, 390-91, 8th Cir., 1973: "*[A] distribution of plans to potential contractors and subcontractors for bidding purposes does not constitute general* publication"; Schatt *v. Curtis Mgmt. Group, Inc.,* 764 F. Supp. 902, 908, S.D.N.Y., 1991 : « *[i]f an author grants to another the right to publish his work, the grant does not in and of itself constitute a publication unless and until the grantee exercises that right. Furthermore, publication does not result from mere delivery of the manuscript of a work to a publisher, even if delivery is made for the purpose of having the work printed so that it may become available to the public* », jurisprudence citée par T. F. COTTER, *Toward a Functional Definition of Publication in Copyright Law*, 92 Minn. L. Rev. 1724, 2007-2008, p. 1763 note n°175 de l'auteur
[702] *Data Cash Sys. v. JSA Group. Inc.,* 628 F.2d, 1043, 7th Cir., 1980: "*[T]he date of publication was the date of distribution of a book to retailers, not four months later when the retailers actually distributed the books to the public. Thus, the focus would seem to be upon the date when the copyright proprietor sacrificed control of the work such that anyone who wished to view the work could do so, not upon when the public actually viewed the work"*
[703] *William A. Graham Co. v. Haughey,* 430 F. Supp. 2d, 470, 458, E.D. Pa., 2006

2) Inefficacité des nuances apportées à l'acte de publication

Complexité de la définition de la « *publication* ». Dans *Capitol Records v. Mercury Records Corp*[704], Judge Hand pointa que les standards juridiques des différents états étaient si divergents qu'une œuvre pouvait être considérée comme publiée dans l'un, suite à sa commercialisation, alors que dans un autre état la décision contraire aurait été retenue[705]. Ceci rendait d'autant plus difficile une véritable compréhension de ce qu'était la réelle définition de la publication. En effet, il était évident que certaines incohérences existaient concernant cette définition. Tout d'abord les concepts de groupe limité (« *limited group* ») et d'objet limité (« *limited purpose* ») qu'il était clairement très compliqué de délimiter[706]. Ensuite, les interrogations liées à la dimension discrétionnaire du juge lors de la qualification de l'acte de publication. Les multiples tentatives de définition du terme « *publication* » apportées par la jurisprudence n'auront donc pas permis de pallier les omissions de la loi positive. Comme le soutenait Kaplan à propos de la jurisprudence américaine: « *[t]he concept of publication has been seriously distorted and now bedevils much of the law of copyright* »[707], ce qui faisait que le concept de publication américain était plus complexe que dans toute autre juridiction[708].

Nouvelle définition de la publication. Une nouvelle définition de la publication fut ainsi proposée par T. F. Cotter, afin de participer à une meilleure compréhension et application du concept de publication: « *[f]irst, a general publication occurs if the author (or her agent) distributes, or offers to distribute, at least one copy to the general public – that is, to a more-than-limited group (anyone who is interested) or to members of the public indiscriminately. Second, a general publication occurs if (1) the author (a) actually distributes at least one copy to at least one person, and (b) authorizes that person to effect or authorized, or somenone that person himself authorizes, actually distributes or offers to distribute at least one copy to the general public. Third, in certain special cases, perhaps no general publication occurs unless the author also authorizes the recipient to copy the work, and the recipient actually exercises his authority both to copy and distribute (or offer to distribute) copies to the general public* »[709]. Selon lui, cette définition permettrait de réorienter les juges sur les bonnes questions à se poser lors des différends concernant une publication d'œuvre. Notamment si l'auteur (ou le titulaire du copyright de droit commun) a légalement diffusé ou proposé de diffuser une (ou des) copie(s) de son œuvre au public en général, à fin de possession, distribution, performance, exhibition[710]. Mais cette caractérisation de la publication par la diffusion au public de « copies », évinçait de principe deux types de diffusion d'œuvres: les performances publiques qui ne donnaient pas lieu à l'octroi de copies, et les enregistrements de phonogramme, qui étaient considérés comme de simples captations de performances. Ceci poussa le législateur a repenser le modèle de la durée de protection du copyright (Section III).

---

[704] *Capitol Records v. Mercury Records Corp.*, 221 F. 2d at 666-667, 1955

[705] L. J. SHALTON *Copyright - the law of publication*, 35 U. Mo. Kan. City L. Rev. 158 1967, p. 162

[706] Voir jurisprudence citée à ce sujet par T. F. COTTER, *Toward a Functional Definition of Publication in Copyright Law*, 92 Minn. L. Rev. 1724, 2007-2008, p. 1772, notes n°216 et 217 de l'auteur

[707] B. KAPLAN, *Publication in Copyright Law: The Question of Phonograph Records*, 103 U. Pa. L. Rev. 469, 1955, p. 488-489

[708] M. B. NIMMER, *Copyright Publication*, 56 Colum. L. Rev. 185, 1956, p. 185: *"[T]he concept of publication has acquired an importance and complexity in the American law of copyright far greater than in any foreign jurisdiction. It has, indeed, become a legal word of art, denoting a process much more esoteric than is suggested by the lay definition of the term."*

[709] T. F. COTTER, *Toward a Functional Definition of Publication in Copyright Law*, 92 Minn. L. Rev. 1724, 2007-2008, p. 1784

[710] *Ibid*., p. 1784

Section III. Nécessité de repenser le modèle de la durée de protection du copyright

Les difficultés d'application d'une durée de protection basée sur l'acte de publication (§I) ont imposé au législateur de repenser le modèle du copyright américain, et notamment de choisir pour point de départ du calcul des délais de computation la date de décès de l'auteur (§II).

§I. Difficultés d'appliquer *in concreto* la définition de la publication

Fondé sur la date de première publication, le calcul des délais de protection américain a rapidement présenté des limites pratiques (A), alors même qu'une distinction avait été opérée entre les publications dites « limitées » et « générales » (B).

A. Inapplicabilité de la règle de la publication aux enregistrements de phonogramme et aux performances publiques

Ces limites ont en premier lieu été observées au niveau des enregistrements de phonogramme et des performances publiques (1), qui n'intégraient pas le cadre du modèle de protection. L'apport d'une hiérarchisation de la notion de publication par la jurisprudence ne permit pas de combler ces lacunes (2).

1) Les enregistrements de phonogramme

Les enregistrements de phonogramme[711]. Au début du XIXème siècle, l'enregistrement de phonogramme n'était pas considéré comme une « copie » de l'œuvre au sens du Copyright Act et ne pouvait donc pas faire l'objet d'une protection par le statutory copyright. Dans *White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*[712], Justice Holmes critiqua d'ailleurs vivement que le terme « *copy* » tel qu'il apparaissait dans la loi puisse être utilisé d'une manière « *to give to copyright less scope than its rational significance* ». Selon les termes de la loi, un enregistrement de phonogramme n'étant pas susceptible d'être protégé par le copyright de droit positif, sa vente ne pouvait dès lors pas constituer une publication[713] et

[711] Le phonogramme est « *un caractère graphique représentant un son ou une suite de sons;* [ou] *un produit résultant de la fixation, sur tout support, de sons créés et composés par un auteur* », *Dictionnaire Larousse*, http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/phonogramme/60342

[712] *White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1, 1908, voir aussi *Corcoran v. Montgomery Ward & Co.,* 121 F. 2d 572, 9th Cir., 1941

[713] J. C. GINSBURG, *The U.S. Experience with mandatory copyright formalities*, 33 Colum. J. L. & Arts, 2010, p. 323: « '*Unpublished', however, did not mean unexploited or undivulged. Public performance of a work did not 'publish' it, and therefore did not subject it to formalities, even if the performed work had been widely seen. Borrowing from old English decisions holding that a public performance was not a 'publication', U.S. courts elaborated a parallel universe of 'unpublished' works. The rather strained notion of publication was motivated in large part by courts' awareness that, were the work to be deemed 'published', and had the author not complied with all applicable federal statutory formalities, the work would go into the public domain, and all protection, state or federal, would be lost* »

l'abandon des droits communs ne pouvait donc avoir lieu[714]. Cette situation juridique impliquait qu'un enregistrement de phonogramme était susceptible d'être protégé indéfiniment, car le copyright de droit commun ne serait jamais abandonné et l'œuvre n'appartiendrait donc jamais au domaine public.

Confusion. La jurisprudence était d'ailleurs particulièrement confuse sur ce sujet: trois cours fédérales de district décidèrent que la vente d'un enregistrement de phonogramme constituait une publication et impliquait la perte de la protection de droit commun[715]. Une conclusion également retenue par une cour d'Etat de juridiction inférieure[716]. Mais ces décisions qui indiquaient que la vente d'enregistrements de phonogramme détruisait la protection de droit commun, ne furent pas réellement persuasives. Et la décision contraire rendue par la Cour Fédérale d'appel dans l'affaire *Capitol Records, Inc. v. Mercury Records Corp.*[717], qui statua que la vente publique d'un enregistrement de phonogramme ne détruisait pas la protection de droit commun (au moins dans l'Etat de New York) le fut encore moins selon Nimmer[718].

Nécessité de protéger les enregistrements de phonogramme. Face à cette situation particulièrement illogique, le Congrès décida toutefois de délimiter une protection par copyright pour les enregistrements de phonogramme afin que personne ne pût les copier sous réserve qu'avant leur publication la composition musicale (« *musical composition* ») de l'enregistrement fût déposée au Copyright Office en tant qu'œuvre non publiée (ou valablement publiée avec une notice de copyright en règle)[719].

Les bandes originales de films. Il fallut un peu plus de temps pour que soit reconnu la publication de tous les éléments d'un film lors de sa distribution (problème lié à la notion de « copie »), et notamment la bande originale. Le Copyright Office considérait qu'il n'y avait pas de copie de l'œuvre, donc pas de distribution possible et ainsi aucun acte de publication. Néanmoins, en 1975, le Copyright Office adopta une régulation[720] qui stipulait que la bande son musicale d'un film était dès lors considérée comme publiée au même moment que le film, dont elle faisait partie intégrante. La bande originale du film devenait donc passible de copyright en tant qu'élément de celui-ci : « *[i]n excluding 'the sounds accompanying a motion picture' from the scope of this legislation the Committee does not intend to limit or otherwise alter the rights that exist currently in such works. The exclusion reflects the Committee's opinion that soundtracks or audio tracks are an integral part of the 'motion pictures' already accorded protection under subsections (1) and (m) of Section 5 of Title 17, and that the reproduction of the sound accompanying a copyrighted motion pictures is an*

---

[714] Ce raisonnement est d'autant plus affirmé depuis la rédaction de l'article VI de l'Universal Copyright Convention qui dispose qu'une œuvre doit être perceptible visuellement pour être passible de reproduction. Le raisonnement implicite est donc que la définition de ce qu'est une « copie » dans la détermination d'une publication et donc l'obtention d'un copyright de droit positif permet également la constitution d'une « copie » dans le but de déterminer si une œuvre non publiée a été publiée et ainsi si la protection de droit commun a été perdue/abandonnée (note n°36 de l'auteur, p. 188)

[715] *Shapiro, Berstein & Co. V. Miracle Record Co.,* 91 F. Supp. 473-475, N.D. III., 1950: « *[P]ublication is a practical question and does not rest on any technical definition of the word « copy ». Nor do the notice and registration provisions of the Copyright Act […] determine the issue here. Modern recording has made possible the preservation and reproduction of sound which theretofore has disappeared immediately upon its creation. When phonograph records of a musical composition are available for purchase in every city, town and hamlet, certainly the dissemination of the composition to the public is complete, and is as complete as by sale of a sheet music reproduction of the composition. The Copyright Act grants a monopoly only under limited conditions. If plaintiff's argument is to succeed here, then a perpetual monopoly is granted without the Copyright Act* »; voir aussi : *Mills Music, Inc. V. Cromwell Music, Inc.,* 126 F. Supp. 54, S.D.N.Y., 1954; et *Biltmore v. Kittinger,* 29 Copy. Dec. 32, S.D. Cal., 1954

[716] *Blanc v. Lantz,* 83 U.S.P.Q. 137, Cal. Super. Ct., 1949

[717] *Capitol Records, Inc. v. Mercury Records Corp.*, 221 F. 2d 657, 2d. Cir. 1955

[718] NIMMER, *Copyright Publication*, 56 Colum. L. Rev. 185, 1956, p.193-194

[719] *Aeolian Co. V. Royal Music Co.*, 196 Fed. 926, W.D.N.Y., 1912

[720] *Regulations of the Copyright* Office, Section 202 .15 Chap. II Titre 17, 12 mai 1975

infringement of copyright in the motion picture »[721]. Mais les enregistrements de phonogramme n'étaient pas les seules formes de diffusion d'une œuvre dont la publication n'était pas reconnue par la loi et la jurisprudence : les performances, même à un très large public, n'étaient pas considérées à l'époque comme un acte de publication (2).

2) Les performances publiques

Performances publiques. Au milieu du XXème siècle, le principe, basé sur d'anciennes décisions anglaises[722], selon lequel les performances publiques ne constituaient pas de publication de l'œuvre, était très installé dans la loi américaine sur le copyright et n'était d'ailleurs pas sujet à débat. Que ces performances publiques fussent d'ailleurs une lecture ou un sermon[723], l'interprétation d'une composition musicale[724], la représentation d'une œuvre dramatique[725], la projection d'un film[726], ou la radiodiffusion d'un script[727]. Certains tribunaux et certains commentateurs conclurent que cette règle suivait la logique selon laquelle le copyright reflétait la balance entre intérêts privés et publics : alors que l'intérêt de l'auteur est d'obtenir et d'exploiter un potentiel copyright perpétuel de droit commun jusqu'à la publication de son œuvre, une fois cet acte réalisé la balance des intérêts s'inverse en faveur d'une protection limitée via le statutory copyright[728]. Comme les œuvres dramatiques (et d'autres types d'œuvres) non publiées pouvaient recevoir la protection d'un statutory copyright selon la section 102 du U.S.C., certains commentateurs ont conclu que les interprétations publiques de ces œuvres devraient être considérées comme un renoncement au copyright de droit commun. Ceux qui considéraient que la vente d'un enregistrement de phonogramme ne devait pas être catégorisée comme une publication s'appuyaient sur l'argument que cet enregistrement était une « *capture performance* » (la reproduction d'une performance), et à ce titre devait être sujette à la règle générale selon laquelle une performance ne constituait pas une publication[729]. Mais cette logique était particulièrement fragile car une performance impliquait la fin de la « vie privée ou secrète » de l'œuvre, celle-ci devenant clairement publique et cette performance pouvait potentiellement rapporter économiquement autant, voire plus, que la vente de copies tangibles[730].

Expositions. Dans l'affaire *New York World's Fair 1964-1965 Corp. v. Colourpicture Publishers, Inc.*[731], la Cour d'appel décida que dans le cadre de la World's Fair, universellement acclamée comme l'une des plus grandes expositions payantes de photos d'immeubles et de structures des années 1964-65, les photographes du « show » avaient un droit de propriété sur leurs œuvres. Ainsi chaque jour d'exposition pouvait être considéré comme une nouvelle performance protégeable par le droit commun du copyright. La cour la

[721] E. F. BRYLAWSKI, *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, p. 519-520
[722] *Macklin v. Richardson*, 27 Eng. Rep. 451 (Ch.), 1770 ; *Coleman v. Walthen*, 101 Eng. Rep. 137 (K.B.), 1793 ; *Morris v. Kelly*, 37 Eng. Rep. 451 (Ch.), 1820
[723] *Nutt v. National Institute*, 31 F. 2d 236, 2nd Cir., 1929
[724] *Heim v. Universal Pictures Co.,* 154 F.2d 480, 2nd Cir., 1946; *Mc Carthy & Fischer v. White*, 259 Fed. 364, S.D.N.Y., 1919
[725] *Ferris v. Frohman,* 223 U.S. 424, 1912
[726] *De Mille v. Casey,* 121 Misc. 78, N.Y. Sup. Ct., 1923
[727] *Uproar Co. v. NBC*, 8F. Supp. 358, D. Mass., 1934
[728] T. F. COTTER, *Toward a Functional Definition of Publication in Copyright Law*, 92 Minn. L. Rev. 1724, 2007-2008, p. 1756
[729] NIMMER, *Copyright Publication*, 56 Colum. L. Rev. 185, 1956, p. 195
[730] T. F. COTTER, *Toward a Functional Definition of Publication in Copyright Law*, 92 Minn. L. Rev. 1724, 2007-2008, p. 1756, note n°142 : voir *Blanc v. Lantz*, 83 U.S.P.Q. (BNA) 137, 139-40, Cal. Super. Ct., 1949
[731] *New York World's Fair 1964-1965 Corp. v. Colourpicture Publishers, Inc.*, 248 N.Y.S. 2d 809, Sup. Ct., 1964

plus basse fit néanmoins quelques commentaires qui pourraient limiter les effets de l'arrêt : « *[n]o attempt is being made in this case to give 'perpetual protection' to an article in trade 'too lacking in novelty to merit any patent at all' but to give protection for a brief two-year period to the valuable property rights of the spectacular and unique educational effort of a non profit organization […] The short duration of the Fair renders meaningless any charge that plaintiff seeks to create a monopoly* »[732].

Nouvelle définition de la publication. Tenant compte du refus du Congrès d'autoriser l'acte de publication aux performances et enregistrements de phonogramme, une définition logique de la publication serait: « *no publication occurs unless members of the public are able to exercise over copies of the work in question either complete proprietary rights (by virtue of sale or gift) or at least the right of possession, a qualified proprietary right that may be claimed by licensees or lessees. Unless members of the public are able to obtain such a right in the work, the author has not lost the physical ability to control the dissemination and enjoyment of his work, and hence the work has not been acquired by the public. Purchasers of phonograph records acquire an absolute proprietary right in the tangible record, but no comparable proprietary or possessory rights are acquired by members of an audience viewing the performance of a dramatic, musical, or other work. This analysis suggests that a sine qua non of publication should be the acquisition by members of the public of a possessary interest in tangible copies of the work in question* »[733]. Pourtant, la jurisprudence fit le choix de graduer l'acte de publication en deux niveaux. Mais cette distinction n'apporta pas les solutions espérées et la confusion règna, au point qu'il était particulièrement difficile de juger si l'acte de première était véritablement effectif, laissant ainsi libre cours à une réelle insécurité juridique (B).

B. Application disparate des concepts de publications « limitée » et « générale »

Bien qu'une distinction entre publications « limitée » et « générale » fut définie par la jurisprudence, il était toujours compliqué d'appréhender in concreto si l'acte de première publication était effective (1). Cette situation de confusion juridique fut particulièrement évidente dans le cadre de l'affaire concernant la protection du discours de Martin Luther King (2).

1) Difficultés de distinguer la frontière entre publications « limitée » et « générale »

Application in concreto de la qualification de publication. Après avoir défini la notion de « *publication* », la jurisprudence américaine a donc différencié de façon significative les conséquences d'une publication générale et d'une publication limitée ou non réalisée. Dans le premier cas, le copyright de droit commun accordé à l'auteur sur son travail créatif était abandonné dès l'acte de première publication réalisé et constaté; dans le second, ce même droit n'était pas affecté. Néanmoins, il était difficile de connaître clairement les

[732] *New York World's Fair 1964-1965 Corp. v. Colourpicture Publishers, Inc.*, 141 U.S.P.Q. 942
[733] NIMMER, *Copyright Publication*, 56 Colum. L. Rev. 185, 1956, p.196-197

caractéristiques d'une publication dite « *générale* » car celles-ci étaient déterminées par la cour in concreto selon les faits de l'affaire portée à sa connaissance[734].

Publication et diffusion du support. La philosophie générale inscrite dans *Donaldson v. Beckett*[735] et *Wheaton v. Peters*[736] était que diffuser (« *going public* ») commercialement son œuvre devait consécutivement mettre un terme au copyright de droit commun portant sur celle-ci et limiter la nouvelle protection légale selon les termes du copyright statute. Pourtant, de nombreux tribunaux ont autorisé l'exploitation commerciale d'œuvres sans que cela n'implique automatiquement la perte du copyright de droit commun, et ceci, dans une grande variété de cas. Par exemple, lorsque le public ne recevait pas de copie tangible de l'œuvre, dans le cas d'une performance publique et notamment d'un concert sur scène, d'une lecture publique, d'un programme de radio ou encore d'un film cinématographique[737]. Il semblait que cette logique était due à la temporalité (ou plutôt l'instantanéité) de la diffusion de l'œuvre (et donc de l'exploitation économique restreinte) de celle-ci.

Publication et location. Une œuvre pouvait également être exploitée économiquement par le biais de la location et/ou du système de licence sans que le copyright de droit commun ne fût perdu si certaines conditions étaient remplies. Dans une affaire datant de 1903, *F. W. Dodge Co. V. Construction Information Co.*[738], la cour détermina la frontière entre une publication d'ordre général qui mettrait un terme à la protection des droits communs de l'auteur et une divulgation dans un cadre privé qui n'aurait pas d'impact sur ces droits. La société F. W. Dodge avait pour objet social la commercialisation et la distribution de compilations d'informations portant sur des projets de construction. Ces informations étaient communiquées aux consommateurs sous réserve que ceux-ci s'engagent à les conserver confidentielles. Le défenseur dans cette affaire passa outre cette clause de confidentialité, copia lesdites informations puis les commercialisa. La cour statua que la société F. W. Dodge possédait un droit de propriété sur ces compilations de données, sujettes ou non au statutory copyright, et que la communication qu'elle en avait faite ne s'apparentait pas à une publication générale qui mettrait un terme à son copyright de droit commun[739].

Publication et communication. Pourtant, dans une affaire précédente, *Jewelers Mercantile Agency v. Jewelers Weekly Publishing Co*[740], la cour conclu qu'une location ou une licence de copies d'une œuvre, même accordée à un groupe limité de personnes, était une publication générale (ou « *divestitive* ») et qu'il en résultait que le copyright de droit commun était ainsi terminé. La société en question louait des livres contenant des informations commerciales. Le contrat de location spécifiait que les informations contenues dans les livres loués étaient strictement confidentielles. La cour décida que ce processus s'apparentait à une publication d'ordre général car le fait que les livres contenant les informations aient été loués plutôt que vendus ne changeait en rien les caractéristiques de la publication: « *our examination leads us to the conclusion that the present state of the law is that, if a book be put within reach of the general public, so that all may have access to it, no matter what limitations be put upon the use of it by the individual subscriber or lessee, it is published, and what is known as the*

[734] A. M. NATHANIELSZ, *Copyrights: abandonment by publication*, 39 Dicta 236, p. 242
[735] *Donaldson v. Beckett*, 98 Eng. Rep. 257, 1774
[736] *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591, 1834
[737] E. F. BRYLAWSKI, *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, p. 517, voir les notes n° 58 à 63 de l'auteur
[738] *F. W. Dodge Co. V. Construction Information Co.*, 183 Mass. 62, 66 N.E. 204, 1903
[739] *F. W. Dodge Co. V. Construction Information Co.*, 183 Mass. 62, 64-65, N.E. 204, 1903
[740] *Jewelers' Mercantile Agency v. Jewelers' Weekly Pub. Co.*, 155 N.Y. 241, 49 N.E. 876, 1878, arrêt d'ailleurs cite dans *F. W. Dodge Co. V. Construction Information Co.*, 183 Mass. 62, 64-65, N.E. 204, 1903

common-law copyright, or right of first publication, is gone »[741]. Solution reprise dans l'arrêt *Werckmeister v. American Lithographic Co.*[742] et appliquée au système de location de copies de films cinématographiques dont le but était la diffusion publique dans des cinémas (*American Vitagraph Inc. v. Levy*[743] et *Paramount Pictures v. Rubinowitz*[744]).

Des décisions aléatoires. Cette difficulté de compréhension de la véritable définition (et son application) de la publication et les incohérences, voire les injustices, qui en découlaient furent explicitement soulevées et dénoncées par Nimmer : « *'[p]ublication', perhaps the most important single concept under the present law, also represents its most serious defect. Although at one time, when works were disseminated almost exclusively through printed copies, 'publication' could serve as a practical dividing line between common law and statutory protection, this is no longer true. With the development of the 20th-century communications revolution, the concept of publication has become increasingly artificial and obscure. To cope with the legal consequences of an established concept that has lost much of its meaning and justification, the courts have given 'publication' a number of diverse interpretations, some of them radically different. Not unexpectedly, the results in individual cases have become unpredictable and often unfair* »[745]. La conséquence principale de cette définition particulièrement opaque fut l'interprétation et l'application qui en fut faite par les juges. Ceci transparaissait clairement dans la jurisprudence américaine: dans l'affaire du discours de Martin Luther King par exemple, des cours de justice ont considéré que ce texte, diffusé mondialement et retranscrit dans de nombreux médias de la presse écrite avait ou n'avait pas fait l'objet d'une publication[746]; tandis que l'exposition d'une pièce unique d'art telle qu'une sculpture ou un tableau dans une galerie d'art avait été qualifiée de publication de celle-ci[747].

Confusion autour de la définition de la publication. L'affaire du discours de Martin Luther King fut un bon exemple de la confusion qui régnait toujours concernant la définition de la publication, tout particulièrement sur la qualification des enregistrements de phonogramme et des performances. Il est à noter également que les tribunaux continuent toujours aujourd'hui de classifier une éventuelle publication en « *générale* » ou « *limitée* »[748] ce qui ne participe pas à clarifier le problème (2).

2) Exemple d'une application hétérogène du concept de publication, l'affaire Martin Luther King

Affaire Martin Luther King. Le cas du discours de Martin Luther King et la question de savoir si celui-ci devait être considéré comme publié est particulièrement important et

[741] *Jewelers' Mercantile Agency v. Jewelers' Weekly Pub. Co.*, 155 N.Y. 241, 49 N.E. 876, 1878
[742] *Werckmeister v. American Lithographic Co*., 134 Fed. 321, 2d Cir. 1904
[743] *American Vitagraph Inc. v. Levy*, 659 F. 2d 1023-1028, 1981
[744] *Paramount Pictures v. Rubinowitz*, 217 U.S.P.Q. 48, E.D.N.Y., 1981 : dans l'affaire « *Star Trek* », il a été considéré dans le cadre d'un accord de location que l'octroi de licences de films télévisés n'impliquait pas de « *divestitive publication* »
[745] M. B. NIMMER & D. NIMMER, *Nimmer on copyright*, Ed. 2011
[746] *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. CBS, Inc.,* 194 F. 3d 1211, 11th Cir., 1999 et *King v. Mister Maestro*, 224 F. Supp. 101, S.D.N.Y, 1963
[747] *Pierce & Bushnell Mfg. v. Werkmeister,* 72 F. 54, 58-59, 1st Cir., 1896 ; et *Scherr v. Universal Match Corp.,* 297 F. Supp. 107, 112, S.D.N.Y., 1967
[748] *Aerospace Servs. Int'l v. LPA Group, Inc.*, 57 F.3d 1002, 11th Cir. 1995; *Logicom Inclusive, Inc. v. W.P. Stewart & Co.*, 72 U.S.P.Q.2d (BNA) 1632, 1638, S.D.N.Y, 2004; *Bouchat v. Champion Prods., Inc.*, 327 F. Supp. 2d 537, 549-51, D. Md., 2003, cités par T. F. COTTER, *Toward a Functional Definition of Publication in Copyright Law*, 92 Minn. L. Rev. 1724, 2007-2008, p. 1771, note n°214 de l'auteur

représentatif des difficultés rencontrées par les tribunaux américains concernant le concept de publication dans le cadre du copyright. Le discours de Martin Luther King, « *I Have a Dream* », a été prononcé en août 1963 devant plus de 200.000 personnes, a également été diffusé à la télévision à des millions de personnes et a été publié en intégralité dans des journaux sans que soit obtenu au préalable une notification de copyright. Sa diffusion a donc été particulièrement vaste, mais cela équivalait-il à une publication au sens du droit américain du copyright ?

Enjeu de la caractérisation de la publication. L'enjeu principal de cette question était la détermination des conditions et les modalités d'accès du discours par le public et les conséquences qui en découlaient. Il y avait deux solutions possibles: soit le texte du discours avait été « *publié* » sans la notice de copyright obligatoire selon la loi positive et le discours était donc dans le domaine public (avec tout ce que cela implique quant à sa future exploitation)[749], soit il était considéré comme non publié et était donc toujours protégé par le copyright de droit commun.

Trois décisions différentes pour une même affaire. Dans cette affaire, trois cours différentes ont abouti à trois conclusions distinctes: dans *King v. Mister Maestro, Inc.*[750], une cour fédérale de New York considéra que le discours n'était pas publié, et était de fait protégé par le droit commun du copyright. Elle imposa donc une injonction interdisant aux défenseurs de vendre des enregistrements du discours. Dans *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc.v. CBS, Inc.*[751], la CBS, qui en 1963, fut la seule chaîne de télévision à couvrir le discours de Martin Luther King, décida au cours des années 90 d'intégrer ses captations visuelles dans un documentaire historique. La chaîne fut assignée par les descendants de King pour violation de copyright. CBS soutint que le discours « *I Have a Dream* » faisait partie intégrante du domaine public et était donc libre de droits, car Dr. King avait publié le discours sans remplir les formalités nécessaires à l'obtention du statutory copyright. En l'occurrence la chaîne soulevait le défaut de notice de copyright lors de la publication. Cette fois-ci, une cour fédérale de district de Georgie conclut que le discours fut effectivement publié et appartenait donc de fait au domaine public « *[a]s one of the most public and most widely disseminated speeches in history, it could be the poster child for general publications* »[752]. En 1999, dans l'arrêt *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. CBS, Inc.*[753], la onzième cour de circuit renversa la décision de la cour fédérale de Georgie, considérant que le discours de King n'était qu'une performance, n'avait pas été publiée ultérieurement, et renvoya l'affaire devant la cour de district. Chief Judge R. Lanier Anderson III conclut que « *[the] performance of a work is not a general publication* » car une publication existerait « *if tangibles copies of the work are distributed to the general public in such a manner as allows the public to exercise dominion and control over the work […] [or] if the work is exhibited or displayed in such a manner as to permit unrestricted copying by the general public* »[754]. Le Chief Judge alla même plus loin en précisant que « *[the] distribution to the news media, as opposed to the*

[749] 17 U.S.C. § 10, 1976 et 17 U.S.C. § 405, 2006
[750] *King v. Mister Maestro, Inc.*, 224 F. Supp. 101, S.D.N.Y., 1963
[751] *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc.v. CBS, Inc.*,13 F. Supp. 2d 1347, N.D. Ga., 1998
[752] *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc.v. CBS, Inc.* 13 F. Supp. 2d 1347, 1353-54, N.D. Ga., 1998 ; et 1352-53-54: « *[while] merely showing the general public a work through a public performance or exhibition is not necessarily a general publication, such action is treated as a general publication if it is shown to the public under such conditions that ite vinces a 'dedication without reservation of rights' rather than just the right to view or inspect […] while performance itself may not be sufficient to constitute publication, performance coupled with such wide and unlimited reproduction and dissemination as occured concomitant to Dr. King's speech during the March on Washington can be seen only as a general publication which thrust the speech into the public domain* ».
[753] *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. CBS, Inc*., 194 F.3d 1211, 11th Cir. 1999
[754] *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. CBS, Inc.*, 194 F.3d 1211, 1215, 11th Cir. 1999

general public, for the purpose of enabling the reporting of a contemporary newsworthy event, is only a limited publication » car sinon un auteur serait obligé « *to choose between obtaining news coverage for his work and preserving his common-law copyright* »[755].

Accord amiable. Suite à ce retournement, CBS et les descendants de King trouvèrent un arrangement amiable afin de mettre un terme à cette procédure[756]. Néanmoins, il sera intéressant de s'interroger sur les conséquences temporelles (et donc économiques[757]) de ces décisions.

Conclusion. Au regard du traitement accordé aux enregistrements de phonogramme et aux performances, eu égard à l'acte de publication, il était une nouvelle fois intéressant de se questionner sur l'appropriation d'un tel marqueur entre la protection de droit commun et de droit positif. Il semblait que la publication n'était pas le critère le plus adapté comme base de calcul de la protection du statutory copyright. Néanmoins, lors de l'exploitation de l'œuvre, que celle-ci fut à titre gratuit ou payant, l'auteur ou son cessionnaire avait le choix entre la protection par le statutory copyright ou l'abandon de l'œuvre dans le domaine public, et ce, dès la première présentation de celle-ci au public. Ceci était particulièrement favorable au public qui pouvait connaître dès la première diffusion officielle de l'œuvre si celle-ci appartenait au domaine public ou non. L'insécurité juridique liée à ce modèle de la durée de protection du copyright, et l'exclusion de certain type d'œuvres du cadre de ce système influença donc le législateur à repenser les termes de l'application des délais de computation (§II).

§II. Adoption d'une durée de la protection basée sur la vie de l'auteur

Les incohérences liées à un modèle de protection basée sur l'acte de première publication suscita l'émergence de nombreux projet de réforme du cadre légal du copyright, et tout particulièrement le choix du point de départ du calcul de la durée des délais de computation (A'). Malgré de nombreux échecs de ces propositions, la loi de 1976 promulga l'application d'une protection temporaire post mortem auctoris dont le terme était unique (B').

A'. Nécessité de créer un standard uniforme de protection

Pour palier les difficultés d'application du modèle de protection fondée sur la première publication, le législateur américain proposa un nouveau point de départ du délai de protection (2) ; délai dont la durée serait un terme unique (3). Mais ces propositions se soldèrent par de nombreux échecs (1).

[755] *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. CBS, Inc.*, 194 F.3d 1211, 1216, 11th Cir. 1999
[756] D. R. GERHARDT, *Copyright publication: an empirical study*, 87 Notre Dame L. Rev. 135 2011-2012, p 137
[757] On pense notamment à la sortie du film « SELMA », réalisé par Ava DuVernay et sorti en mars 2015 en France, dont le sujet est Martin Luther King, et qui n'a pu comporter des images du discours de ce dernier, faute d'accord avec les ayants-droit et descendants de Martin Luther King

1) Nombreux échecs des projets de réforme de la protection par le copyright

Nécessité d'un standard uniforme. Quand la Cour Suprême nota que les Etats détenaient le pouvoir sur la publication, elle ne précisa pas selon quel standard, fédéral ou étatique, la publication était déterminée, et ainsi les cours de première instance appliquèrent le droit du copyright selon leur bon vouloir. Il semblait nécessaire qu'un standard uniforme eut été établi pour déterminer la publication de toutes les œuvres concernées par la clause constitutionnelle plutôt que donner une protection perpétuelle dans certains secteurs tels que ceux des performances ou de la théorie de l'appropriation (*unfair competition*). De plus, des conditions d'enregistrement plus souples auraient pu faciliter les choses et alléger le fardeau de la notification du copyright. Un standard intéressant et utile aurait été que la publication fut avérée lorsqu'une œuvre était commercialement exploitée ou était diffusée sans notice d'un abandon du copyright tel que défini par la loi (précédente). Ce système aurait également empêché l'exploitation perpétuelle de certaines œuvres[758]. Mais les tentatives d'évolution du droit du copyright concernant le concept de publication ont pris un certain temps avant d'aboutir. La faute à une opposition tenace aux éventuels changements que pourrait apporter une nouvelle loi sur ce sujet.

Projets de révision. Entre 1924 et 1974, plusieurs tentatives ont été faites pour réviser la loi de 1909[759], mais tous les projets de loi élaborés durant cette période se soldèrent par des échecs[760]. Pourtant, les nombreux progrès technologiques[761] de cette période impliquaient la nécessité de moderniser les régulations concernant le copyright[762]. Et ce, d'autant plus que la plupart des pays européens avaient, à cette époque, ratifié les termes de la Convention de Berne qui établissait une durée imposée et minimale des droits des auteurs sur leurs œuvres de cinquante années post mortem auctoris[763]. Ces différents projets se heurtèrent à de fortes résistances. Les opposants à ce potentiel nouveau calcul de la durée de protection soulevaient de nombreuses justifications à leur rejet: une durée du copyright de cinquante ans post mortem auctoris était considérée comme trop longue; il était trop compliqué à l'époque d'affirmer et vérifier qu'un auteur était vivant ou mort; la date de décès d'un auteur était trop

---

[758] L. J. SHALTON *Copyright - the law of publication*, 35 U. Mo. Kan. City L. Rev. 158 1967, p. 173

[759] Notamment *The Dallinger Bill* (H.R. 8177, 68th Cong., 1st Sess., 1924; H.R. 9137, 68th Cong., 1st Sess., 1924), *The Perkins Bill* (H.R. 11258, 68th Cong., 2d Sess., 1925; S. 4355, 68th Cong., 2d. Sess., 1925 ; H.R. 5841, 69th Cong., 1st. Sess., 1925), *The Vestal Bill* (H.R. 10434, 69th Cong., 1st Sess., 1926) et *The Shotwell Committee* (S. 3043, 76th Cong., 3d Sess. 1940), ces différents projets de loi proposaient tous des durées de protection du copyright basées sur la vie de l'auteur (pour rendre possible une eventuelle adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne), mais d'autres projets de loi fondait la durée du copyright sur un terme fixe démarrant à partir de « *the date of completion of the work* » (*The Dill Bill*, S. 3985, 72d Cong., 1st Sess. 1932, S. 342, 73d Cong., 1st. Sess., 1933), « *from creation, to expire 56 years from the date of first public representation* » (*The Sirovich Bills*, Hearings on general revision of the copyright law before the House Committee on Patents, 72d. Cong., 1st. Sess., 1932, Hearings on H.R. 10976 before the House Committee on Patents, 72d. Cong., 1st. Sess., 1932, Hearings on H.R. 11948 before the House Committee on Patents, 72d. Cong., 1st. Sess., 1932), « *from publication or, if unpublished, from creation* » (*The Duffy, Daly, and Sirovich Bills*, S. 2465, 74th. Cong., 1st. Sess., 1933, S. 3047, 74th Cong., 1st Sess., 1935, H.R. 10632, 74th Cong., 2d Sess., 1936, H.R. 11420, 74th Cong., 2d Sess., 1936), cités dans *Copyright Law Revision, Studies prepared for the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary U.S. Senate,* 86th Cong., 2nd Ed., S. res. 240, Studies 29-31, 1961, p. 191 à 201

[760] J. L. DIXON, *The copyright term extension act: is life plus seventy too much?*, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J., 945, 1995-1996, voir note n° 81 de l'auteur, p. 958

[761] Notamment les inventions de la radio, la television, du photocopieur, de l'ordinateur, du disque, ou encore du magnétoscope

[762] J. L. DIXON, *The copyright term extension act: is life plus seventy too much?*, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J., 945, 1995-1996, p. 958

[763] Convention de Berne, 1886, Article 7(1): « *la durée de la protection accordée par la présente Convention comprend la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort* »

difficile à déterminer; ce type de durée était injuste pour un auteur âgé (lors de la création de son œuvre) car il profiterait d'un terme plus court qu'un jeune auteur; et cette durée de protection était également injuste pour le public car celle-ci était plus longue que nécessaire à la protection économique de l'auteur et de sa famille[764].

L'échec du projet de loi de 1925. Au cours des années vingt, nombreux furent les défenseurs d'un rapprochement des Etats-Unis avec les normes internationales concernant le droit d'auteur international et tout particulièrement de la Convention de Berne. En 1925, un projet de loi[765] fut déposé au Congrès par T. Solberg (alors à la tête du Copyright Office), la Ligue des Auteurs et la Société américaine des Auteurs Compositeurs et Editeurs. La principale disposition (et donc révolution) de ce projet de loi était l'attribution automatique de la protection du statutory copyright, dès la création de l'œuvre, et ceci sans formalité (rapprochant ainsi le système du copyright de celui du droit d'auteur). Ce texte impliquait ainsi la fin du critère de la date de publication dans l'octroi de la protection du copyright de droit positif. Néanmoins, ce projet rencontra de nombreux détracteurs parmi les législateurs et une ferme opposition de la part de la Ligue des propriétaires de cinémas[766], et les producteurs d'enregistrements de phonogramme et de rouleaux de piano, pour qui les formalités combattaient les revendications grandissantes concernant les droits des auteurs et formaient un rempart contre la responsabilité non anticipée[767]. Ce projet n'aboutit pas et il fallut attendre 1976 pour voir les Etats-Unis accepter de se rapprocher de manière significative des principes établis par la Convention de Berne.

De nombreux projets de loi. Durant l'année 1932, Representative Sirovich introduisit six différents projets de loi. Le premier proposait un terme de protection du copyright d'une durée de cinquante-six ans à partir de la première présentation de l'œuvre au public. Ce projet fut d'ailleurs révisé pour inclure la provision selon laquelle si l'œuvre n'était pas diffusée publiquement, le terme continuerait de courir jusqu'à la troisième année suivant la mort de son auteur[768]. D'autres propositions de loi furent déposées jusqu'en 1940, ces projets comportant différentes dispositions relatives à la durée du copyright telles qu'un terme « *flat* » de cinquante-six ans, un autre de vingt-huit années renouvelable pour une seconde durée de vingt-huit ans, ou encore une durée de cinquante ans post-mortem auctoris[769]. Aucun de ces projets n'ayant abouti à la rédaction d'un amendement de la loi américaine sur le copyright, de nouvelles propositions de réforme du modèle virent le jour (2).

2) Proposition d'un nouveau point de départ du terme du copyright, la diffusion de l'œuvre

Nouvelle proposition de prolongation de la durée. En 1961, Abraham Kaminstein, alors Directeur du Copyright Office américain, proposa un certains nombres de recommandations

[764] S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, p. 1200
[765] *Copyright Act*, H.R. 11258, 68th Cong., 2d Sess., 1925, « *To amend and consolidate the acts respecting copyright and to permit the United States to enter the International Copyright Union* »
[766] Le Président de l'association des "Motion Picture Theater Owner" déclara: "*Congress […] should grant no copyright privilege which would have any tendency to inhibit tha activities or interfere with the progress of great agencies like the motion-picture screen and the newspaper that are of such consequence to the general welfare of the people of the United States*" cité par J. C. GINSBURG, *The U.S. Experience with Mandatory Copyright Formalities: A Love/Hate Relationship*, 33 Colum. J. L. & Arts 311, 2009-2010, p. 333, note n°81
[767] *Ibid*., p. 332 (*Copyrights: Hearings Part I on H.R. 11258 Before the H. Comm. On Patents,* 68th Cong. 14, 1925)
[768] S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, p. 1201
[769] *Ibid*., p. 1201

afin que la loi sur le copyright soit amendée[770]. Ce rapport du Copyright Office fut considéré comme l'apogée du débat sur la réforme du copyright américain[771], suite à la rédaction par le Copyright Office de trente-cinq rapports[772]. La même année, le Registre des copyrights déposa un rapport contenant de nombreuses recommandations dans l'optique de réformer la loi sur le copyright. Si le rapport prônait la conservation du double système de protection du copyright en vigueur à l'époque[773], nombreuses étaient les propositions de changements. Concernant la durée du copyright pour les œuvres nouvelles, il fut proposé le maintien d'un terme renouvelable. Le premier terme continuerait d'être d'une durée de vingt-huit ans mais le second serait porté à quarante-huit ans, impliquant ainsi une durée maximale du copyright de soixante-seize années. Le renouvellement du terme pourrait être demandé durant les cinq dernières années du premier terme, plutôt que lors de la dernière année seulement, ce qui permettait plus de flexibilité. Tous les termes dureraient jusqu'à la fin de l'année calendaire durant laquelle ils expireraient[774]. Pour les œuvres non publiées et non enregistrées, non publiées et n'appartenant pas au domaine public, le rapport précisait qu'elles seraient assujetties à la nouvelle loi si leur première publication était réalisée après la date de promulgation de la nouvelle loi. Pour les œuvres déjà protégées par le copyright à la date de promulgation, celles-ci continueraient d'être protégées à partir de la date de première publication (ou d'enregistrement si opéré précédemment) pour une durée de vingt-huit ans, mais le second terme (si correctement renouvelé) serait de quarante-huit ans.

Proposition d'un nouveau point de départ du calcul. Abraham Kaminstein proposa également dans son rapport que la date de départ de calcul du terme initial de vingt-huit ans soit la date de première présentation/ diffusion (« *dissemination* »[775]) au public, et non plus la date de première publication[776]. Il fût également proposé que pour les œuvres créées à partir de la promulgation de la nouvelle loi, et durant les cinq dernières années de leur terme initial, toute personne ayant un intérêt dans le copyright puisse déposer une demande de renouvellement pour un terme complémentaire de quarante-huit ans. La durée globale du copyright serait donc de soixante-seize ans selon ce système[777]. Malgré cette approche plus libérale concernant le renouvellement du terme[778], le principe selon lequel une absence (ou un non-respect du formalisme) de renouvellement impliquerait une chute automatique de l'œuvre dans le domaine public fut maintenu. Pour les œuvres déjà publiées à la date de promulgation

---

[770] *Copyright law revision : report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law,* 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961), cité par W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995 : or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 662 et voir aussi du même auteur *Copyright law and practice*, The Bureau of National Affairs, Inc., 1994, réimprimé en 2000

[771] *Copyight Law Revision, Hearings Before the Subcomm. On Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Comm. on the Judiciary on H.R. 2223*, 94th Cong., 1st Sess., 1976, p. 101: "*The culmination of this effort was the publication, in 1961, of the 1961 Report of the Register of Copyrights on General Revision of the Copyright Law. The Register's report was the first of many major contributions to the general revision program by Abraham L. Kaminstein, Mr. Fisher's successor as Register of Copyrights*"

[772] W. F. PATRY, *Copyright law and practice*, The Bureau of National Affairs, Inc. 1994, réimprimé en 2000, p. 1

[773] La protection des œuvres non publiées par le droit commun et celle des œuvres publiées par la loi fédérale

[774] *Copyright law revision : report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law,* 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961), p. 56: "*[a]ll terms should run to the end of the calendar year in which they would otherwise expire*"

[775] *Ibid*., p. 56: "*[t]he copyright should endure for an original term of 28 ears from the first public dissemination of the work (i.e., publication of copies, registration, public performance, or public distribution of sound recordings*"

[776] Ceci diffère du Copyright Act de 1909 qui basait le calcul de la durée de protection du copyright sur la date de première publication ("*date of first publication*")

[777] *Copyright law revision : report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law,* 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961), p. 56: "*[s]hould extend all rights in the copyright to endure for a total of 76 years from first public dissemination*"

[778] Under the 1909 Act, there was only one proper renewal claimant and the renewal application had to be filed within the final year of the first 28 year period of protection

de la nouvelle loi, les copyrights associés à ces œuvres devaient également être prolongés pour la même période[779].

Proposition de limiter la durée des cessions de droit. Le rapport précisa également qu'à la vue de la jurisprudence de la Cour Suprême, l'intention première du Congrès d'offrir le renouvellement du terme aux seuls auteurs et à ses héritiers a été contrecarrée[780]. Afin de contrebalancer cette perte pour les auteurs et leurs héritiers, le Directeur du Copyright Office proposa que toutes les cessions de copyright soient limitées à vingt ans. Du moins toutes les cessions n'impliquant pas des royalties en continue, et ceci afin que les auteurs et leurs héritiers puissent être « *in a position to bargain for remuneration on the basis of the [then present] economic value of their works* »[781].

Avantages des différents systèmes de calcul de la durée. Que la durée du copyright soit basée sur la première diffusion de l'œuvre au public ou sur la vie de l'auteur, le rapport lista trois avantages pour chaque système:

- Si la durée du copyright eût été basée sur la diffusion (« *dissemination* »): la date de départ de la protection pouvait être précisée sur l'œuvre elle-même et la durée de cette protection pouvait donc être aisément calculée (ce qui n'était pas forcément le cas concernant une durée post mortem auctoris); toutes les œuvres pourraient ainsi être protégées pendant la même durée (ce qui n'était pas le cas, par exemple, si l'on prenait les œuvres anonymes, collectives ou de work made for hire, dans le cas d'un système général de calcul basé sur la date de la mort de l'auteur); peu d'ajustements seraient nécessaires dans le cas de la mise en place de ce système de calcul[782].

- Si la durée du copyright eût été fondée sur la vie de l'auteur plus un certain nombre d'années, avec une durée différente pour les œuvres spéciales (anonymes, collectives et work made for hire): cela permettrait d'harmoniser le système du copyright américain avec la plupart des autres pays accordant déjà une protection aux œuvres de leurs auteurs et dont les systèmes de calcul des termes étaient basés sur une période fixe post mortem auctoris; cela assurerait un revenu à l'auteur durant sa vie et permettrait à sa famille de profiter de l'exploitation commerciale de l'œuvre après la mort de ce dernier[783]; toutes les œuvres d'un même auteur tomberaient dans le domaine public à la même date[784].

Critique d'une durée basée sur la diffusion. Selon le rapport et l'évaluation de ces divers avantages, le facteur décisif concernant le choix du point de départ du calcul de la durée était la capacité du public de connaître la date de cet évènement. Or, il était considéré que la date

---

[779] *Copyright law revision : report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law*, 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961), p. 56: "*[…] the term provisions of the new law should be applied to subsisting copyrights* "

[780] *Ibid*., p. 56: "*[w]e believe that the provision of the present law for reversion of the renewal right to the author or specified heirs should be eliminated*"

[781] *Ibid*., p. 93: "*[w]e believe this last approach –placing a time limit on transfers that do not provide for continuing royalties- would afford a practical measure of assurance that authors or theirs heirs will be in a position to bargain for remuneration on the basis of the economic value of their works*"

[782] *Copyright law revision : report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law,* 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961), p. 48

[783] Un terme basé sur la diffusion de l'œuvre, s'il était trop court, pourrait aboutir à la chute de l'œuvre dans le domaine public du vivant de l'auteur

[784] *Copyright law revision : report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law,* 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961), p. 48

de la mort des auteurs était particulièrement difficile à déterminer[785]. Cette analyse était critiquable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, et comme précisé dans ce rapport, de nombreux pays ont déjà adopté à l'époque un calcul de la protection basé sur la vie de l'auteur et aucune étude ne prouve qu'à l'époque la datation du décès des auteurs posait de tels problèmes qu'il en devenait compliqué de savoir quand leurs œuvres feraient partie du domaine public. Dans le cas de l'application d'un système basé sur l'auteur, seule l'année de la mort de l'auteur était nécessaire: en effet, la protection post mortem démarrait le 1er janvier de l'année suivant la mort de celui-ci. De plus, il était de notoriété publique aux Etats-Unis que l'application d'un système de calcul basé sur la publication ou la diffusion de l'œuvre posait problème, ne serait-ce que par le manque de clarté et de précision de la définition de l'acte générateur[786] dans les textes de loi. Encore, l'avantage d'une protection basée sur la vie de l'auteur permettait de démarrer la protection de l'œuvre dès la création de celle-ci tandis que la date de publication pouvait être erronée lorsqu'elle dépendait d'un enregistrement ou même d'une apposition sur l'œuvre. Ce qui pouvait fausser totalement le calcul de la protection accordée par le copyright. Néanmoins, cet argument serait à nuancer aujourd'hui vu l'évolution des technologies des moyens de diffusion et la facilité avec laquelle on peut dater une œuvre et sa première « publication » ou « diffusion ». Sous réserve qu'une définition précise de ces termes accompagne ces avancées technologiques. De plus, le rapport précisait qu'une durée de protection démarrant à partir de l'acte de diffusion de l'œuvre au public était préférable. Car ce choix pourrait s'appliquer à tout type d'œuvre, ce qui permettrait un point de départ du calcul de la durée plus simple et uniforme[787]. Ceci est critiquable au même titre que l'argument précédent: si la date de publication ou de diffusion était parfois difficilement identifiable (ne serait-ce que par la nature même de l'acte), un régime post mortem auctoris, alors que l'année du décès de l'auteur était aisément identifiable[788], permettait quant à lui d'arrêter définitivement la date à laquelle toutes les œuvres de cet auteur allaient appartenir au domaine public. Il n'était donc pas nécessaire, suivant ce système, de faire un calcul pour chaque œuvre d'un même auteur pour connaître la date d'entrée dans le domaine public.

C**hoix de la première diffusion au public.** Les rédacteurs du rapport conclurent toutefois qu'une durée de protection basée sur la diffusion était plus avantageuse pour le public et que les principaux objectifs d'une durée post mortem auctoris pouvaient être atteints avec une durée démarrant à partir de la diffusion suffisamment longue[789]. Le rapport appuya cette

---

[785] *Ibid.*, p. 48: "*[…] [t]he most important factor in deciding the base point for computing the term is the ability of the public to determine the date of that event. From this standpoint, basing the term on dissemination seems preferable. The death date of authors who are not well known would often be difficult to ascertain*"

[786] Date de première diffusion ou date de première publication comme point de depart du calcul du délai de protection

[787] *Copyright law revision: report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law,* 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961), p. 49: "*term based on dissemination also seems preferable from the standpoint of uniformity and simplicity. It would be applicable to all works, while a term based on the author's death would not be applied to the large volume of corporate and anonymous works*"

[788] Selon M. D. Goldberg, il était également intéressant de considérer que les fichiers du fisc américain puissent aider à connaître les dates de décès des auteurs: « *It is not inconceivable, for example, that the electronic marvels to be utilized by the Internal Revenue Service in storing information on every taxpayer in the country could be utilized to inform the Copyright Office of the year in which an author, because of his death, ceased to file returns. […] It would indeed be ironic if a copyright law revised to cope with technological progress did not itself utilize the benefits of such progress* », M. D. GOLDBERG, *Promoting the progress of science and useful arts : a commentary on the copyright office report on general revision of the United States*, 47 Cornell L. Q. 549, 1961-1962, p. 569. D'autres moyens de connaître la date de décès étaient d'ailleurs envisageables : enregistrements au Copyright Office, connaissance des descendants de l'auteur ou encore de son éditeur par exemple (même auteur, mêmes références)

[789] *Copyright law revision : report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law,* 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961) , p. 49 : "*[…] a term based on dissemination has the greater advantages for the public, and that the principal purposes of a term based on the death of author can be achieved by a sufficiently long term based on dissemination*"

affirmation par une étude réalisée par le Copyright Office portant sur l'âge des auteurs et la publication de leurs œuvres. Cette étude démontrait qu'un terme de soixante-dix ans après la première publication de l'œuvre revenait approximativement à un terme d'environ cinquante ans post mortem auctoris[790]. Cela permit aux rédacteurs du rapport de conclure, en tenant compte de l'augmentation régulière de l'espérance de vie et du fait que la diffusion (« *dissemination* ») de l'œuvre était parfois réalisée plus tôt que sa publication, qu'un terme de soixante-seize ans à compter de la première diffusion serait équivalent à la plupart des durées de protection adoptées dans les pays étrangers[791].

Conservation du renouvellement du terme. La seconde grande question du rapport était le maintien ou non du renouvellement du copyright. Malgré la réticence de nombreux juristes[792], les rédacteurs du rapport souhaitaient que la durée de protection fût découpée en deux termes distincts. Ainsi, dans le cas où les copyrights ne seraient pas renouvelés à l'issue du premier terme, l'œuvre ferait partie du domaine public dès vingt-huit années après la première publication ou diffusion[793]. Ce choix de conserver le principe du renouvellement du terme était fondé sur l'important nombre d'œuvres qui tombaient dans le domaine public au terme de la première durée de protection. Le fait que seulement 15% des œuvres protégées voyaient leurs termes renouvelés justifiait, selon le rapport, que le renouvellement soit maintenu dans la nouvelle loi. Ce taux de renouvellement dépendait des types d'œuvres concernées : pour les films, le taux était de 75%, pour la musique 35%, pour les périodiques 11%, pour les livres 7%, et moins de 1% pour les dessins techniques[794].

Limitation de la durée des cessions. Néanmoins, si la conservation du renouvellement du terme pouvait être vue de manière positive dans le cadre de négociations entre l'auteur et son cessionnaire, celle-ci perdait toute sa valeur car le rapport spécifiait que la disposition selon laquelle l'auteur (ou ses héritiers) redevenai(en)t titulaire du copyright à la fin du premier terme devait être écartée[795]. Le rapport proposait que toutes les cessions des seconds termes expireraient à l'issue de la vingt-huitième année du second terme, et la prolongation de vingt ans serait accordée seulement en faveur de l'auteur ou de ses héritiers, « *unless it provides for the continuing payment of royalties based on the uses made of the work or the revenue derived from it* »[796]. Ceci dans le but de contrebalancer le déséquilibre économique existant entre les auteurs et les cessionnaires de copyrights. Aussi, il fut proposé l'application d'un terme unique (3).

---

[790] *Ibid.*, p. 50

[791] *Ibid.*, p. 51: "*[a] term of 76 years from first public dissemination would be equivalent to the term most prevalent in foreign countries. […] This term would achieve the main purposes of those who have advocated a term of 50 years from the death of the* author"

[792] Prof. H. HENN : « *[a]nyone who has struggled with our present statutory renewal provisions can hardly favor their continuation in their present form* », cité par J. GUINAN, *Duration of copyright, Copyright Office study N° 30*, 1957, p. 96, S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, p. 1205

[793] *Copyright law revision : report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law,* 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961) , p. 53: "*[…] [t]he copyright term should continue to be divided, so that copyrights not renewed would terminate 28 years after first publication or other dissemination. Copyright owners should have the privilege of extending their protection to the maximum term of 76 years from first public dissemination, by filing an application for renewal during the last 5 of the initial 28 years*"

[794] *Ibid.*, p. 51

[795] *Ibid.*, p. 54: "*We believe that the provision of the present law for reversion of the renewal right to the author or specified heirs should be eliminated. […] This is in contrast with the present law, under which the copyright can be renewed only in the name of the particular claimant specified in the statute. Our proposal would mean that the renewal becomes a mere extension of term without affecting ownership of rights under existing contracts*"

[796] *Ibid.*, p. 94: "« *[…] any assignment by an author or his representatives or heirs shall not be effective for more than 20 years from the date of its execution […]*"

3) Volonté de créer une protection dont le terme serait unique

Un rapport vivement critiqué. Ce rapport fut très mal reçu lors des débats devant le Congrès, et de nombreuses voix s'élevèrent pour promouvoir la mise en place d'une durée du copyright commençant dès la création de l'œuvre et s'achevant cinquante ans après la mort de l'auteur[797]. De nombreuses critiques accompagnèrent les réactions particulièrment hostiles à ce projet de loi. Notamment des éditeurs de contenus et des entreprises de production cinématographiques. Si certains critiquaient l'absence de proposition d'une durée de protection de cinquante ans post mortem auctoris[798], l'industrie du cinéma et les éditeurs de contenu s'insurgeaient de la possibilité énoncée qu'un auteur puisse mettre un terme à une cession de copyright au bout de vingt ans (« *termination right* »), arguant que la liberté contractuelle devait être respectée[799]. A leur appui, les éditeurs de musique soutenaient que la potentielle valeur de nombreuses compositions ne pouvait être estimée avant que les œuvres ne soient publiées[800].

Inquiétude et opposition des auteurs concernant le rapport. Les groupes d'auteurs et quelques professeurs, tel que Melville Nimmer, supportaient le « *termination [ou 'reversion'] right* », soutenant que cette possibilité devrait s'appliquer à tous les types de cessions, sans considération d'une eventuelle obligation de payer des royalties sans interruption[801]. D'autres s'inquiétèrent de la direction prise par le Congrès concernant la durée du copyright et des réelles motivations liées à cette prolongation: « *[w]hy would duration extension get a second glance from an overburdened legislator ? The cynic in me immediately concluded that this is simply another example of legislative capture by a wealthy constituency, specifically the publishing and motion picture industries* »[802]. Ces inquiétudes concernaient également l'argument selon lequel l'extension permettrait une rétribution plus longue des héritiers de l'auteur : « *[…] [t]he monopoly grant could extend over seven generations. Fifty years after that, the author's children or grandchildren would be grandparents. Adding another twenty years to that would likely mean that the children or grandchildren of the author's grandchildren would have children of high school or college age* »[803]. Les auteurs s'opposèrent à ce rapport et présentèrent leurs propres demandes concernant la durée du copyright. Tout d'abord, un unique terme de protection (que ce soit soixante-quinze ou cent

---

[797] *Supplementary Register's Report on the General Revision of the U.S. Copyright Law,* 1965, 89th Cong., 1st Sess., "*[t]he focal point of opposition to the Report was its proposal on the start and length of the copyright term, which lay at the heart of the entire revision program. We had recommended that copyright begin with the 'public dissemination' of a work […] and that it last for a first term of 28 years, renewable for a second term of 48 years. There was very little support for these recommandations, and there was strong sentiment favouring copyright from creation of the work, and the term most common in foreign copyright laws, based on the life of the author and a period of 50 years after his death*"

[798] *Ibid*., "*[t]here was practically no support for these recommendations, and the overwhelming (though not unanimous) sentiment favoured a copyright term based on the author's life plus 50 years*" et *Copyright Law Revision, Hearings Before the Subcomm. On Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Comm. on the Judiciary on H.R. 2223*, 94th Cong., 1st Sess., 1976, p. 97: "*[i]n particular, the Register's proposal for copyright to begin with "public dissemination" and to last for a first term of 28 years, renewable for a second term of 48 years, provoked a flood of opposition ; there was strong support for a single Federal copyright system with protection commencing upon the creation of a workand ending 50 years after the author's death*"

[799] W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 672 et 674

[800] W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 674

[801] *Ibid*., p. 672-673

[802] M. A. HAMILTON, *Copyright duration extension and the dark heart of copyright*, 14 Cardozo Arts & Ent. L.J. 655, 1996, p. 655

[803] Hon. H. BROWN et D. MILLER, *Copyright term extension : sapping American creativity*, 44 J. Copyright Soc'y, U.S.A., 94, 1996-1997, p. 95

ans ou encore la vie de l'auteur plus cinquante ans), placerait les auteurs dans une position plus défavorable que les lois existantes, sauf dans le cas où un « *termination right* » serait appliqué, car selon la loi actuelle les contrats de cession du terme original et du terme renouvelé (second terme) n'était pas censé avoir force exécutoire (« *enforceable* »). Ainsi, même si la Cour Suprême avait contrecarré le Congrès sur ce point dans l'arrêt *Fred Fisher*[804], dans le cas où l'auteur mourrait avant le renouvellement de son copyright, ses héritiers recevraient néanmoins ce copyright, libre de toute cession existante[805].

Contrats d'édition et prorogation. Finalement, la limitation des durées de cession fut également critiquée. Les éditeurs expliquèrent que les termes génériques des contrats d'édition littéraire étaient les mêmes partout et l'unique raison pour laquelle les auteurs cédaient leurs droits pour des durées si longues (premier et second termes) était leur position d'infériorité dans les négociations face aux cessionaires[806]. Cette conclusion fut d'ailleurs évoquée par un célèbre éditeur de l'époque: *« I have never in my entire publishing experience accepted a grant of rights to publish a book for only one term. I hope I never have to. I know of no other publisher who has ever accepted a grant of only a single term. We all accept grants of only the original and renewal terms* »[807]. Ces contrats d'édition prévoyaient d'ailleurs l'éventualité d'une prorogation du copyright et disposaient que celles-ci soient cédées automatiquement. Les termes suivants étaient, dès 1919, insérés de manière courante dans les contrats conclus avec les artistes: « *[i]f the copyright law of the United States now in force shall be changed or amended so as to provide for an extended or longer term of copyright, then the writer hereby sells, assigns, transfers, and sets over unto the publisher, its successors and assigns or designees, all his right, title, and interest in and to said musical compositions covered by this agreement, for such extended or longer term of copyright* »[808]. Ainsi, la proposition de Copyright Office concernant les cessions de droit des auteurs étaient obsolètes.

Prorogation au bénéfice des auteurs. Pourtant, il fut défendu que les auteurs, plutôt que les éditeurs, dûssent bénéficier de toute extension ajoutée à la durée existante de protection de cinquante-six ans, car les éditeurs ne les avaient rémunérés que pour cette durée. Cette position fut tenue par la « Authors Guild of America » qui déclara, concernant l'éventuelle prorogation instituée par la nouvelle loi sur le copyright: « *[Book publishers] sit down and carefully estimate what their 50 percent share of those 28 years of earnings will be, and they pay a modest portion of it as an advance. I don't see how they'd be hurt one iota if they don't get the next 19 years… [T]hey haven't paid for it or bargained for it. They've had a full and fair opportunity to recover that and a profit as well* »[809]. De la même manière, l'American Guild of Authors and Composers constatait que « *[the music publishers] aren't bargaining for any more than 28 years. They're not giving an advance of 15,000 dollars saying, 'Well, 13,000 dollars for 28 years and 2,000 dollars if we get a few more years if [Congress] extend[s] the law'. They are bargaining for 28 years, and they have thrown in the other*

[804] *Fred Fischer Music Company v. Witmark*, 318 U.S. 643, 1943
[805] W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 674
[806] *Ibid*., p. 674
[807] *Copyright Law Revision Part 5: 1964 Revision Bill with Discussions and Comments,* 89th Cong., 1st. Sess. 161 (House Comm. Print 1965), p. 155-156, cité par W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 675
[808] W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 675-676
[809] *Copyright Law Revision Part 5: 1964 Revision Bill with Discussions and Comments,* 89th Cong., 1st. Sess. 161 (House Comm. Print 1965), p. 43, cité par W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 675

wording[810] *on the theory that 'if we can get it good ; if we can't well then we have lost just a few words. We haven't lost a single dollar* »[811]. Mais la véritable révolution de la modernisation du modèle de protection du copyright fut l'affirmation d'un calcul du délai de protection fondé sur la vie de l'auteur (B').

B'. Affirmation d'une protection temporaire post mortem auctoris

Suite aux nombreux débats concernant le mode de calcul des délais du copyright, le Copyright Office décida de proposer que soit appliquée une durée de protection fondée sur la vie de l'auteur (1), et dont le point de départ serait la création de l'œuvre (2). Ce système de calcul des délais de computation fut retenu dans la loi de 1976.

1) Proposition d'une durée de la protection fondée sur la vie de l'auteur

Proposition de deux nouveaux systèmes de calcul de la durée. Face à ces réactions et dès 1964, le Copyright Office accepta de revenir sur plusieurs points exposés dans ces précédents rapports et deux nouveaux systèmes de calcul de la durée du copyright furent proposés. La première possibilité était l'application d'un copyright qui démarrerait dès la création de l'œuvre et se poursuivrait pour une durée de soixante-quinze ans à compter de l'enregistrement dans le cas d'une œuvre non publiée ou de la première publication, ou pour une durée de cent ans à compter de l'année de création, quelle que soit celle qui expirerait la première. Une précision fut toutefois apportée au terme « *publication* » qui était dès lors défini « *as the sale or other transfer of ownership, or the rental, lease, or lending, of copies or records of the work to the public at large. It would not include public performance or exhibition* »[812]. La date de publication marquant ainsi le début de l'exploitation économique de l'œuvre. L'intérêt de ce choix était que cette durée aurait été applicable à tous les types d'œuvres, que l'auteur fut connu ou non, et même dans le cas où l'œuvre serait une œuvre « *made for hire* ». La seconde proposition était une durée de protection de cinquante ans post mortem auctoris. Pour les œuvres collectives, le terme de cinquante ans démarrerait à la mort du second auteur, quelque fut le nombre total d'auteurs de l'œuvre. Pour les œuvres anonymes, pseudonymes ou made for hire le copyright s'étendrait de l'enregistrement ou la publication de l'œuvre et durerait soixante-quinze ans, ou cent ans à partir de la date de création, quelque fut la durée la plus courte[813].

Œuvres non publiées/enregistrées. Concernant les œuvres non publiées et non enregistrées à la date de promulgation de la future loi, le projet de loi prévoyait un terme de cinquante ans post mortem auctoris, avec la provision que quelque furent les évènements, même si l'auteur

---

[810] Ici, les mots *« other wordings* » font référence à la clause citée dans le paragraphe précédent

[811] *Copyright Law Revision Part 5: 1964 Revision Bill with Discussions and Comments,* 89th Cong., 1st. Sess. 161 (House Comm. Print 1965), p. 42, cité par W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 675

[812] *Copyright Law Revision, Part 3, Preliminary Draft for Revised U.S. Copyright Law and Discussions and Comments on the Draft*, 88th Cong., 2d Sess. 18 n.14, cité par S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, p. 1208

[813] *Copyright Law Revision, Part 3, Preliminary Draft for Revised U.S. Copyright Law and Discussions and Comments on the Draft*, 88th Cong., 2d Sess. 19 n.14, cité par S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, p. 1208: "*[w]ith respect to 'joint works', the term would expire fifty years after the death on the second of the author to die (regardless of how many more than one there were). The term for 'anonymous' and 'pseudonymous' works and works 'made for hire' was seventy-five years from registration or publication or one hundred years from creation, whichever expired first*"

était mort depuis plus de cinquante ans, le terme du copyright continuerait pendant vingt-cinq ans après la date effective de publication ou d'enregistrement[814].

Adoption d'une durée post mortem auctoris. Néanmoins, après de nombreux comités et débats avec les parties concernées par la réforme[815], une nouvelle refonte du projet fut opérée. Le *Supplementary Report* conclu que le système existant, basé sur une ligne de démarcation entre droit commun et droit fédéral n'était pas satisfaisant[816]. Finalement, le dernier projet conclu que les différentes recommandations exposées précédemment ne rencontraient aucun soutien et que la tendance générale était en faveur d'une durée du copyright de cinquante ans post mortem auctoris[817]. Ainsi, la phase législative débuta le 20 juillet 1964, lorsque le Representative Celler et le Sénateur McClellan[818], introduisirent les premiers projets de révision de loi (« *identiques* »)[819] basé sur le *Supplementary Report*, rapport qui prônait une durée du copyright de cinquante ans post mortem auctoris. Suite au dépôt de ces projets, il fallut attendre 1976 pour que soit enfin rédigé et validé le texte qui deviendra le Copyright Act of 1976 (2).

2) Une protection limitée post mortem auctoris débutant dès la création de l'œuvre

Copyright Act de 1976[820]. Malgré de nombreuses difficultés[821] le Copyright Act fut finalement amendé la 19 octobre 1976 par signature du Président Gerald Ford, puis

---

[814] *Copyright Law Revision, Part 3, Preliminary Draft for Revised U.S. Copyright Law and Discussions and Comments on the Draft*, 88th Cong., 2d Sess. 20 n.14, cité par S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977, p. 1208: "*[w]ith respect to works which were unpublished and not registered on the effective date of the proposed act, the 1964 preliminary draft provided for a term of life of the author plus fifty years, with the proviso that in any event, even if the author had been dead for over fifty years, the term of copyright would continue for twenty-five years after the effective date*"

[815] J. D. LITMAN, *Copyright, compromise, and legislative history*, Cornell L. Rev. 72, 857, 1987, p. 881 : « *the negociating bargains in the 1976 Act were struck not between legislators and lobbyists [indeed, the parties to these bargains included representatives of many interests that lacked the funds to hire lobbyists and that made no campaign contributions] but among representatives of opposing interests precisely because Congress publicly and on the record demanded that they sit down and agree* »

[816] Supplementary Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law 89th. Cong., 1st. Sess., 1965, "*At one time "publication" furnished a practical boundary line between common law and statutory protection, but during the past half century is has become less and less satisfactory for this purpose. Today, to take only one example, a work could be thrown into the public domain or subjected to the limitations of the Federal copyright statute if one copy of it is sold, whereas it could continue to be protected under common law copyright, perpetually and without limitations, if it is performed before 50 million people on television. The concept of "publication" has not only been outstripped by the revolution in communications during the past 50 years, but its meaning has also become increasingly obscure. The word is used in several different senses in the present statute, but is left undefined. The courts have evolved different concepts of "limited" and "general" publication and of "investitive" and "divestitive" publication, all with different consequences. Whether "publication" results from the sale of phonograph records, the exhibition of art works, or the deposit of copies in a public office, is unclear. The present situation is chaotic, and it is becoming worse all the time*"

[817] Supplementary Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law 89th. Cong., 1st. Sess., 1965, "*[o]ne of the most frequent criticisms of the Report's recommendations on duration was directed to their "appalling complexity," which was partly the result of the difficulties of conforming a straight-term copyright systemwith our treaty obligations under the Universal Copyright Convention. There seems little point now in outlining those recommendations in detail or in reviewing the specific arguments for and against them. It is enough to say that, in general, the Report recommended lengthening the present maximum term of 56 years from publication to a total term of 76 years from "public dissemination." It would have kept the present initial term of 28 years and lengthened the second period to 48 years, retaining the requirThere was practically no support for these recommendations, and the overwhelming (though not unanimous) sentiment favored a copyright term based on the author's life plus 50 years*"

[818] Respectivement « *chairman of the House Committee on the Judiciary* » et « *chairman of the Senate Committee on the Judiciary* » à cette époque

[819] 88th Cong., 1st Sess. (1964); 110 Cong. Rec. 16256, 16341 (H.R. 11947); 110 Cong. Rec. 16260-261 (S. 3008), W. F. PATRY, *Copyright law and practice*, The Bureau of National Affairs, Inc. 1994, réimprimé en 2000, p. 1

[820] Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, § 302, 90 Stat. 2541, 2572-73

promulgué le 1er janvier 1978. Pour la toute première fois aux Etats-Unis, la durée du copyright fut basée sur la durée de vie de l'auteur, ce qui fut un changement radical[822] de philosophie concernant l'encadrement légal du copyright américain et marqua la fin du système dualiste (droit commun / droit fédéral). Selon cette loi, le copyright durait le temps de la vie de l'auteur plus cinquante ans[823]. Les œuvres anonymes, pseudonymes et « made for hire » étaient quant à elles protégées pendant soixante-quinze ans suivant la publication (ou cent ans suivant la date de création, quelle que soit la durée la plus courte), tout comme les œuvres publiées avant 1978 qui n'étaient pas encore dans le domaine public)[824]. Pour les œuvres déjà existantes, et qui ne faisaient pas encore partie du domaine public (la loi de 1976 n'étant pas rétroactive), la durée de leur copyright fut prolongée de quarante-sept années. Ainsi, toutes les œuvres créées avant 1923 restèrent dans le domaine public et celles créées en 1923, les plus anciennes à être encore sous copyright, devaient ainsi devenir libres de droits seulement à partir de 1998.

Opposition entre l'intérêt des ayants droit et l'objectif de la copyright clause. Cette éventualité de voir une grande partie de leurs œuvres appartenir au domaine public fut considérée comme désastreuse pour les titulaires de droits et ceux-ci décidèrent de promouvoir auprès du Congrès la nécessité de légiférer sur une nouvelle extension de la durée du copyright. Pourtant la Constitution américaine et tout particulièrement la copyright clause n'avait pas pour but de promouvoir et d'assurer l'enrichissement des créateurs et des auteurs. Car s'il était évidemment nécessaire de créer une motivation à la création pour ces derniers, l'objectif principal et ultime de la législation sur le copyright était sans conteste la promotion et le progrès des sciences et des arts[825].

---

[821] A. KAMINSTEIN, *Copyright Law Revision: Hearings on S. 1006 before the Subcomm. on Patents, Trademarks and Copyrights of the Senate Comm. on the Judiciary,* 89th Cong., 1st Sess. 1, 1965, note 52, p. 66, « *[i]n the hearings on this bill held before Subcommittee No. 3 pf the House Judiciary Committee earlier this year a question was raised as to why, in view of the fast-evolving communications technology, there have not been more frequent revisions of the copyright law. If there is a single answer to this question, I believe it is that there are so many interrelated creator-user interests in the copyright field, and they present such sharp conflicts on individual issues, that the consensus necessary for any general revision is extremely difficult to achieve. […] It took us 10 years, but the program he* [Arthur Fisher, his predecessor] *planned has been carried out to the best of our ability* » cité par J. D. LITMAN, *Copyright, compromise, and legislative history*, Cornell L. Rev. 72, 857, 1987, p. 865

[822] B. RINGER, *First Thoughts on the Copyright Act of 1976*, 22 N.Y.L. Scn. L. Rev. 477, 1977, p. 479: « *[t]he revisions contained in the New Act are certainly 'general' in scope ; they substantially revise the provisions of that antiquated law under which we have been struggling to operate for sixty years… But the New Act is not a 'general revision' in the same sense that the 1909 Act was, i.e., a bringing together of scattered statutory provisions with relatively few changes or innovations. The New Act is rather a completely new copyright statute, intended to deal with a whole range of problems undreamed of by drafters of the 1909 Act. Even more important, the new statute makes a number of fundamental changes in the American copyright system, including some so profound that they may mark a shift in direction for the very philosophy of copyright itself. Properly designated, the New Act is not a 'general revision', but is as radical a departure as was our first copyright statute, in 1790* »

[823] Copyright Act of 1976, 17 U.S.C § 302, ce point est le fondement de la nouvelle loi, voir A. S. KATZ, *The 1976 Copyright Revision Act and author's rights : a negative overview*, 4 Pepp. L. Rev. 171, 1976-1977, p. 193 (citant le House Report (Judiciary Committee) No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. at 129, Congressional Record Vol. 122, 1976) : « *The Register of Copyrights regarded this term "... as the foundation of the entire bill [the present Act]"* » ; voir aussi Senate Report (Judiciary Comittee), N° 473, 94th Cong., 1st Sess. 117, 1975 : « *[t]his change in the term of copyright is] by far [the authors'] most important legislative goal in copyright law revision* »

[824] Copyright Act of 1976, 17 U.S.C § 302

[825] M. D. GOLDBERG, *Promoting the progress of science and useful arts : a commentary on the copyright office report on general revision of the United States*, 47 Cornell L. Q. 549, 1961-1962, p. 626: « *[t]he Constitution does not indicate that it is the prime purpose of the Copyright Act to promote the welfare of creators or users. It is of course necessary to provide incentives to creators to create literary and artistic works and to users to disseminate these works. But the lesson of history is that creators and users must avoid the philippics of the past if copyright law revision is to be achieved. Thus it becomes necessary to belabor the obvious in order to admonish both creators and users that the Constitution does not choose sides between them but aims only to achieve the greater public good : the progress of science and useful arts* »

Apports significatifs. Le Copyright Act de 1976 changea considérablement la donne et apporta des nouveautés majeures: dans une volonté de rapprocher les Etats-Unis des dispositions de la Convention de Berne[826], la loi de 1976 innova en rassemblant les œuvres publiées et non publiées sous l'unique régime fédéral, créant ainsi un nouveau point de départ de la protection du statutory copyright en lieu et place de la publication accompagnée d'une notification de copyright. Ce nouveau point de départ fut la création de l'œuvre et sa fixation sur une copie tangible. Un manuscrit ou un livre non publié était ainsi protégé par la loi fédérale dès l'instant où l'expression originale de l'auteur fut fixée sur un support quel qu'il soit[827]. Le copyright de droit commun (« *state law* ») était donc tout simplement éliminé et remplacé par un statutory copyright général (« *federal law* »)[828]. Ensuite, l'obligation de se conformer à certaines formalités, bien que conservée dans cette loi (et ceci perdura jusqu'en 1989), fut adoucie. Les œuvres devaient être marquées d'une notification de copyright lors de leur publication pour être toujours protégées par le copyright[829], mais la règle selon laquelle la publication sans notification de copyright résultait en une perte du statutory copyright fut nuancée. En effet, cette perte du statutory copyright pouvait ne pas avoir définitivement lieu dans plusieurs cas: si la notification de copyright n'était pas présente sur un nombre relativement petit de copies distribuées au public; si le détenteur du copyright enregistrait son œuvre auprès du Copyright Office dans les cinq années suivant la publication sans notification; s'il faisait tous les efforts réalisables pour ajouter la notification de copyright sur les copies distribuées au public aux Etats-Unis dès la découverte de l'omission; et si le distributeur de l'œuvre avait réalisé cette omission en violation d'une condition expresse imposée par le détenteur du copyright[830].

Public défavorisé. Ces provisions, favorables aux auteurs et titulaires de copyright de droit commun, furent néanmoins peu avantageuses pour le public, qui face à une œuvre ne comportant aucune notification de copyright, devait attendre cinq ans et une réponse du Copyright Office pour savoir si celle-ci faisait effectivement partie du domaine public. Ces dispositions furent maintenues jusqu'à l'adhésion en 1988 des Etats-Unis à la Convention de Berne pour la protection de la Propriété Littéraire et Artistique de 1886[831].

La fin du renouvellement obligatoire. En appliquant une nouvelle durée de protection égale à la vie de l'auteur plus cinquante ans le Copyright Act de 1976 mis ainsi un terme à l'obligation de renouvellement du copyright suite à l'expiration du premier terme de protection[832]. Néanmoins, la loi de 1976, préserva l'obligation de renouvellement de

---

[826] H.R. REP. No. 94-1476, 135-136, 1976

[827] Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, §101: « *A work is 'created' when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time; where a work is prepared over a period of time, the portion of it that has been fixed at any particular time constitutes the work as of that time, and where the work has been prepared in different versions, each version constitutes a separate work* »

[828] Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, §§ 102 (a), 301(a), 302(a), 90 Stat. 2541, 2572-73, il est à noter que la protection de droit commun existe toujours, mais seulement pour les œuvres non fixées telles que les improvisations musicales ou les chorégraphies, voir *U.S. v. Rodriguez Ramirez*, 291 F. Supp. 2d 266, 269 n.2, S.D.N.Y, 2003 (et les enregistrements de phonogramme réalisés avant 1972, voir *Capitol Records, Inc. v. Naxos of Am., Inc.*, 830 N.E. 2d 250, 262-64, N.Y, 2005)

[829] 17 U.S.C. § 405, 1976

[830] *Copyright Act of 1976*, Pub. L. No. 94-553, §§ 405(a)(1), 405(a)(2) et 405(a)(3), 90 Stat. 2541, 2572-73

[831] Dans sa version amendée de 1971. A partir de 1988, les formalités conditionnelles à l'obtention du statutory copyright furent abandonnées par la loi américaine.

[832] A. S. KATZ, *The 1976 Copyright Revision Act and author's rights: a negative overview*, 4 Pepp. L. Rev. 171, 1976-1977, p. 176 (citant le House Report (Judiciary Committee) No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. at 129, Congressional Record Vol. 122, 1976): « *Section 301, one of the bedrock provisions of the bill, would accomplish a fundamental and significant change in the present law. Instead of the dual system of 'common law copyright' for unpublished works and statutory copyright for published works, which has been in effect in the United States since the first copyright statute in 1790, the bill adopts a single system of Federal statutory copyright from creation. Under Section 301 a work would obtain statutory protection as soon as*

l'enregistrement pour toutes les œuvres qui étaient dans leur premier terme de statutory copyright (depuis la loi de 1976, toutes les œuvres créées à partir du 1er janvier 1978 sont protégées par le copyright le temps de la vie de leurs auteurs plus cinquante ans). Ainsi un auteur qui a publié son œuvre en 1963 devra enregistrer son œuvre et renouveler cet enregistrement pour obtenir le bénéfice de la seconde protection du statutory copyright. Cette formalité fut abrogée par la loi de 1992, quand le Congrès ordonna le renouvellement automatique de la protection pour les œuvres dans leur première période de protection. Ainsi, les œuvres publiées pour la première fois entre 1964 et 1977 ne nécessitaient pas de demande de renouvellement, et le manquement à celui-ci n'aboutissait plus à une chute dans le domaine public de l'œuvre[833].

Une qualification toujours décisive. Avant 1989 et le passage des amendements issus de la Convention de Berne, la qualification d'une publication comme « *générale* » ou « *limitée* », avait néanmoins toujours de lourdes conséquences. Cette qualification pouvait impliquer qu'une œuvre était considérée comme protégée par le copyright (ou non), et donc, si elle faisait partie (ou non) du domaine public. Mais cette distinction paraissait de moins en moins importante selon certains théoriciens (notamment Nimmer) car les œuvres publiées et non publiées étaient toutes éligibles à la protection par le copyright de droit positif à cette période.

Fin du copyright de droit commun. Néanmoins, si avant 1976, les cours d'Etat décidaient ponctuellement si une œuvre était considérée comme publiée afin de déterminer si la loi fédérale (statut) ou si le droit commun de l'état s'appliquait concernant l'éventuelle protection par copyright, depuis le 1er janvier 1978, date de son entrée en vigueur, la loi fédérale a exclu virtuellement toutes les questions concernant le droit du copyright de droit commun et notamment celles concernant les conséquences de la publication[834].

Première véritable définition officielle de la publication. Ironiquement, si les lois de 1909 et de 1976 ne distinguaient pas clairement la différence entre publication générale et limitée, la loi de 1976 disposait malgré tout que la publication était une distribution exercée envers le public. Cette loi présentait donc, pour la première fois, une véritable définition officielle de la publication: « *"[p]ublication" is the distribution of copies or phonorecords of a work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending. The offering to distribute copies or phonorecords to a group of persons for purposes of further distribution, public performance, or public display, constitutes publication. A public performance or display of a work does not of itself constitute publication* »[835], bien que ce critère de calcul des durées de protection fût considéré dès la rédaction de la loi comme très peu pertinent[836].

---

it is 'created' or, as that term is defined in Section 101, when it is 'fixed in a copy or phonorecord for the first time.' Common law copyright projection for works coming within the scope of the statute would be abrogated, and the concept of publication would lose its all-embracing importance as a dividing line between common law and statutory protection and between both of these forms of legal protection and the public domain ». « By substituting a single Federal system for the present anachronistic, uncertain, impractical, and highly complicated dual system, the bill would greatly improve the operation of the copyright law and would be much more effective in carrying out the basic constitutional aims of uniformity and the promotion of writing and scholarship (emphasis supplied)»

[833] J. C. GINSBURG, *The U.S. Experience with Mandatory Copyright Formalities : A Love/Hate Relationship*, 33 Colum. J. L. & Arts 311, 2009-2010, et 17 U.S.C. § 304(a)(2), 1992

[834] 17 U.S.C. § 301, 1976

[835] 17 U.S.C. § 101, 1976, voir également House Report (Judiciary Committee) No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. at 138, Congressional Record Vol. 122, 1976) : « *Under the definition in section 101, a work is 'published' if one or more copies or phonorecords embodying it are distributed to the public-that is, generally to persons under no explicit or implicit restrictions with respect to disclosure of its contents-without regard to the manner in which the copies or phonorecords changed hands. The definition clears up the question of whether the sale of phonorecords constitutes publication, and it also makes plain that any form or [sic] dissemination in which a material object does not change hands-performances or displays on television, for example-is not a publication no matter how many people are exposed to the work. On the other hand, the definition also*

Conclusion. Pendant plus d'un siècle et pour les œuvres créées avant 1976, la publication fut l'évènement à partir duquel l'œuvre pouvait être protégé par le statutory copyright qui permettait à son propriétaire de contrôler l'exploitation de celle-ci[837]. Si la nouvelle définition de la « *publication* » avait été appliquée aux œuvres pré-1978, nombreuses auraient été celles qui seraient de fait tombées dans le domaine public. Pour exemple, la pièce classique de Brandon Thomas, « *Charley's Aunt* ». Cette pièce fut largement jouée sur scène (sous licence et « *leasing arrangements* ») par de nombreuses troupes aux Etats-Unis et en Angleterre à partir de 1892, mais la version en trois actes de la pièce n'a pas été qualifiée de publiée jusqu'à ce que des copies aient été distribuées et vendues à partir de 1935. Or, si la nouvelle définition de la loi de 1976 avait été appliquée à cette pièce, les licences accordées aux fins de représentations de la pièce auraient constitué une publication. Dès lors, sans demande et obtention d'un copyright sur la pièce puis d'un renouvellement de celui-ci vingt-huit ans plus tard, la pièce aurait été dans le domaine public depuis de nombreuses années[838]. Pour certains, le contenu de la nouvelle loi restait toujours beaucoup trop opaque, complexe et obscur[839], voire inapproprié dans son résultat[840].

Des questionnements et interrogations sur la nature de la propriété littéraire et artistique, du droit d'auteur et du copyright, les débats se sont rapidement portés sur la protection d'œuvres nouvelles (logiciels et bases de données) et sur la sécurisation des investissements. Les enjeux du droit d'auteur et de la durée de sa protection, en France ou à l'échelle internationale, ont également changé de cadre: la dimension économique de la matière est devenue primordiale tandis que la recherche de la source de la protection s'est peu à peu effacée avec le temps (Seconde Partie).

---

makes clear that, when copies or phonorecords are offered to a group of wholesalers, broadcasters, motion pictures, etc., publication takes place if the purpose is 'further distribution, public performance, or public display »

[836] A. S. KATZ, *The 1976 Copyright Revision Act and author's rights : a negative overview*, 4 Pepp. L. Rev. 171, 1976-1977, p. 188 (citant le House Report (Judiciary Committee) No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. at 129-130, Congressional Record Vol. 122, 1976) : *« 'Publication,' perhaps the most important single concept under the present law, also represents its most serious defect. Although at one time, when works were disseminated almost exclusively through printed copies, 'publication' could serve as a practical dividing line between common law and statutory protection, this is no longer true. With the development of the 20th century communications revolution, the concept of publication has become increasingly artificial and obscure. To cope with the legal consequences of an established concept that has lost much of its meaning and justification, the courts have given 'publication' a number of diverse interpretations, some of them radically different. Not unexpectedly, the results in individual cases have become unpredictable and often unfair. A single Federal system would help to clear up this chaotic situation* »

[837] 17 U.S.C. §§ 302-304, 1976

[838] E. F. BRYLAWSKI, *Publication: its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, p. 531

[839] A. S. KATZ, *The 1976 Copyright Revision Act and author's rights: a negative overview*, 4 Pepp. L. Rev. 171, 1976-1977, p. 197 : « *Too much of the Act's critical language is opaque, convoluted and unclear* »

[840] *Ibid*., p. 200: « *The tension between the creator of a work and the commercial exploiter of that work has existed since that fateful day, many millennia ago, when the first transaction took place between an author and the person acquiring rights in his work. The "love-hate" relationship engendered by such tension will continue: each party needs the other. However, an American copyright act misconceives its constitutional purpose when it exascerbates the tension between author and user by favoring, even by one jot or tittle, the user over the author. And of this vice the 1976 Copyright Revision Act stands condemned!* »

Seconde partie : La recherche d'un nouvel équilibre du modèle de protection

Aujourd'hui, l'équilibre du modèle de protection est mis à mal. Les causes de ce déséquilibre sont nombreuses (Titre I) et semblent être guidées par la logique mercantile des ayants droit, qui ont désormais les moyens financiers, économiques et politiques d'influencer le législateur ou de trouver des solutions (toujours plus originales) afin de proroger la durée de leurs droits. Il est donc nécessaire de s'interroger sur ces récentes évolutions et d'envisager la refonte ou l'élaboration d'un nouveau modèle de protection (Titre II).

Titre I. Les causes du déséquilibre

Les causes du déséquilibre sont multiples. Que ce soit l'extension temporelle (Chapitre I) ou substantielle (Chapitre II) du modèle, la conséquence est la même : la dénaturation profonde de la protection apportée par le droit d'auteur ou le copyright, et une diminution significative du domaine public. Cette dénaturation est notamment fondée sur la volonté des ayants droit de conserver le plus longtemps possible un droit d'exploitation exclusive sur leurs œuvres, et ceci malgré les conséquences qui en découlent pour le public. A savoir, une diminution de l'accès aux œuvres et la réduction significative d'une des sources essentielles de la création : le fonds commun des œuvres libres de droit.

Chapitre I. L'extension temporelle du modèle de protection

L'extension temporelle du modèle de protection est manifeste aussi bien au sein de l'Union européenne (section I) qu'aux Etats-Unis (section II), ce qui implique une remise en cause systématique et récurrente du domaine public. Les différentes prorogations de la durée du modèle de protection ont en effet pour première conséquence la diminution (actuelle et future) du domaine public.

Section I. Une remise en cause systématique du domaine public

Les différentes harmonisations européennes de la durée de protection des droits d'auteur et des droits voisins (§I) ainsi que l'existence de prorogations exceptionnelles (§II) ont réduit considérablement le nombre d'œuvres appartenant au domaine public, pilier principal de la construction du modèle de protection arrêté au XXème siècle.

§I. L'extension de la durée de protection au sein de l'Union européenne

Influencée par les revendications des ayants droit et dans un souci d'harmonisation législative, l'extension de la durée de protection au sein de l'Union européenne a concerné autant les droits d'auteur (A) que les droits voisins (B).

A. Harmonisation « à la hausse » de la durée des droits d'auteur et des droits voisins

La volonté du législateur européen d'harmoniser la durée des droits d'auteur et des droits voisins a conduit à la mise en place, pour l'ensemble des Etats membres, de durées de protection respectives de soixante-dix ans post mortem auctoris pour les auteurs (1) et cinquante ans à compter de la première publication dans le cadre des droits voisins (2). L'application de ces nouvelles durées reste toutefois couvertes par le principe de la comparaison des délais (application du délai de protection le plus court dans le cas où l'origine de l'œuvre serait extérieure à la Communauté européenne) (3).

1) L'augmentation à une protection de 70 ans post mortem auctoris des droits d'auteur à tous les pays européens

L'augmentation de la durée de protection des droits d'auteur à soixante-dix ans post mortem auctoris est issue des disparités nationales (a). Le législateur communautaire décida que cette augmentation serait faite par le haut (c) et donc que la durée de protection minimale au sein de la Communauté européenne serait supérieure aux minimas internationaux (b).

a) Minimas internationaux de durées de protection imposés par les Conventions de Berne et Rome

Harmonisation internationale du modèle de protection. La Convention de Berne, adoptée en 1886, est la première convention internationale multilatérale à avoir instauré une harmonisation de la durée des droits d'exploitation. Elle a pour but d'uniformiser et élargir la protection internationale des œuvres de l'esprit. Au fil de ses nombreuses révisions[841], la Convention a su élaborer le cadre d'un modèle de protection applicable par de nombreux pays. Aujourd'hui, le nombre d'adhérents à la convention est de cent soixante-treize[842]. La Convention de Berne porte sur la protection des œuvres et des droits des auteurs sur leurs œuvres. Elle repose sur trois principes fondamentaux et contient une série de dispositions définissant le minimum de protection qui doit être accordé. Les trois principes fondamentaux de ladite convention sont les suivants:

[841] 1896, 1908, 1914, 1928, 1948 et 1971
[842] http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?treaty_id=15

- le principe du « *traitement national* » : les œuvres ayant pour pays d'origine l'un des États contractants[843] bénéficient dans chacun des autres États contractants de la même durée de protection que celle octroyée par celui-ci aux œuvres de ses propres nationaux,

- le principe de la « *protection automatique* » : la protection des œuvres ne doit en aucun cas être conditionnée à l'exécution d'une formalité,

- les principes « *d'indépendance* » et de « *l'application de la durée la plus courte* » de la protection : la protection est indépendante de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Mais, si un État contractant prévoit une durée de protection plus longue que le minima définit par la convention et si l'œuvre appartient au domaine public dans le pays d'origine, la protection peut être refusée une fois que la protection a cessé dans le pays d'origine[844].

Durée de protection. En ce qui concerne la durée de protection, la règle générale est que la protection doit être accordée jusqu'à l'expiration de la cinquantième année après la mort de l'auteur[845]. La durée minimale de protection imposée par la Convention de Berne est donc cinquante ans post mortem auctoris. Mais cette règle générale connaît des exceptions. Pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, la protection expire cinquante ans après que l'œuvre ait été licitement rendue accessible au public, sauf si le pseudonyme ne laisse aucun doute sur l'identité de l'auteur ou si celui-ci révèle son identité pendant la période en question, auquel cas c'est la règle générale qui s'applique. Pour les œuvres audiovisuelles (cinématographiques), la durée minimale de protection est de 50 ans après que l'œuvre ait été rendue accessible au public ou, à défaut, à compter de la création de l'œuvre. Pour les œuvres des arts appliqués et les œuvres photographiques, la durée minimale est de 25 ans à compter de la création de l'œuvre. Néanmoins, ces durées définies dans la convention ne sont que des minimas à respecter. La durée établie par un pays adhérent peut être supérieure à cinquante ans post mortem auctoris[846].

Convention de Rome. Depuis 1961[847], dans un souci d'harmonisation internationale la Convention de Rome protège les prestations (interprétations ou exécutions) des artistes interprètes ou exécutants, les phonogrammes des producteurs de phonogrammes et les émissions radiodiffusées des organismes de radiodiffusion. Ces droits accordés par la convention sont appelés « *droits voisins* » du droit d'auteur, car ils concernent une protection complémentaire à celui-ci pour des intervenants autres que le ou les auteurs de l'œuvre.

Durée de la protection. Selon la convention, la durée de protection des droits voisins ne peut être inférieure à une période de 20 années à compter a) de la fin de l'année de la fixation, pour les phonogrammes et les prestations fixées sur ceux-ci; b) de la fin de l'année où la prestation a eu lieu, pour les prestations qui ne sont pas fixées sur phonogrammes; c) de la fin de l'année où l'émission a eu lieu, pour les émissions de radiodiffusion[848]. Toutefois, les législations nationales prévoient souvent une protection d'une durée de 50 ans, au moins pour les phonogrammes et les prestations des artistes interprètes. Ces obligations de minima de durées

[843] C'est-à-dire dont l'auteur est un ressortissant d'un tel État ou qui ont été publiées pour la première fois dans un tel État
[844] Résumé de la Convention de Berne, disponible sur http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/summary_berne.html
[845] Article 7 de la Convention de Berne
[846] Article 7 de la Convention de Berne
[847] Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 26 octobre 1961
[848] Article 14, Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 26 octobre 1961

de protection entrainairent logiquement des disparités entre les Etats membres, ce qui poussa le législateur communautaire à harmoniser le modèle européen de la protection (b).

b) Harmonisation communautaire à la hausse des durées de protection et choix d'une durée supérieure aux minimas internationaux

Disparité des durées de protection. Malgré l'harmonisation internationale et la création d'un modèle de protection du droit d'auteur et des droits voisins, le Parlement européen évoque officiellement, et ce dès 1974[849], sa volonté d'harmoniser le droit d'auteur dans les Etats membres de la Communauté européenne. Dans cette résolution, le Parlement demande à la Commission européenne « *de proposer les mesures qui devraient être décidées par le Conseil pour rapprocher les législations nationales sur la sauvegarde du patrimoine culturel, ainsi que sur le droit d'auteur et les droits voisins* », se basant, dès le préambule, sur un concept de « *patrimoine culturel européen* »[850]. Cette volonté d'harmonisation est notamment liée aux distorsions de concurrence, aux entraves à la libre circulation et aux discriminations à raison de la nationalité issues des différences plus ou moins importantes de législation des Etats membres[851]. En effet, à cette époque la durée de protection des droits d'auteur de cinquante ans post mortem auctoris était la plus couramment utilisée par les Etats membres. Néanmoins, l'Espagne et l'Allemagne (comme l'Autriche) appliquaient des délais de protection respectifs de soixante et soixante-dix ans post mortem auctoris. De plus, certains pays tels que l'Italie, la Belgique et la France offraient des prorogations de durée pour raison de guerre[852]. Les différences entre Etats membres concernaient également la durée appliquée nationalement aux droits voisins. Par exemple, si à la fin des années quatre-vingt la Belgique ne reconnaissait aucune protection de ce type, la France quant à elle prévoyait une protection de cinquante années à partir du fait générateur. Ces variances dans le choix des durées de protection, tant pour les droits d'auteur que pour les droits voisins, impliquaient des difficultés commerciales pour les œuvres littéraires et artistiques sur le marché unique communautaire. Deux arrêts majeurs de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE, aujourd'hui la CJUE) ont mis en exergue ces difficultés : les affaires Patricia[853] et Phil Collins[854]. Si ces arrêts portent initialement sur la question de l'application du principe de liberté de circulation des marchandises, le lien avec la durée de protection des œuvres communautaires est étroit. En effet, l'application de diverses durées de protection nationales peut aboutir à des difficultés concernant les principes directeurs (notamment la liberté de circulation) du marché communautaire.

Arrêt *Patricia*. Dans cette affaire, il était question de savoir si un disque enregistré au Danemark et appartenant au domaine public pouvait être commercialisé en Allemagne où l'œuvre était encore protégée. Cette situation impliquait une discussion entre les restrictions concernant la protection des droits d'auteur en Allemagne (où l'œuvre était toujours protégée) et la liberté de commerce et de service sur le marché communautaire. Le disque concerné était

[849] Résolution du 13 mai 1974, Journal officiel, n° C62 du 30 mai 1974, p. 5

[850] A. DIETZ, *A propos de l'harmonisation des législations nationales dans les pays de la CEE*, RIDA juillet 1983, n° 117, p. 49, celui-ci a d'ailleurs proposé que la CEE mette en place un domaine public payant tout en conservant une durée de cinquante ans post mortem auctoris, mais cette solution n'a pas été retenue par les organes de la Communauté

[851] F. POLLAUD-DULIAN, *La durée du droit d'auteur*, RIDA, avril 1998, n° 176, p. 83

[852] Ces prorogations complémentaires peuvent atteindre, respectivement, six, dix et quinze ans supplémentaire à leurs durées de protection initiales

[853] Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 24 janvier 1989, *EMI Electrola GmbH contre Patricia Im- und Export et autres*, affaire 341/87

[854] Arrêt de la Cour du 20 octobre 1993, *Phil Collins contre Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul contre EMI Electrola GmbH*, affaires jointes C-92/92 et C-326/92

légalement commercialisé au Danemark où l'œuvre appartenait au domaine public, puis était importé en Allemagne alors que des droits d'exploitation exclusifs existaient toujours sur ce territoire du fait d'une période de protection plus longue. La Cour devait ainsi trancher un différend causé par la disparité des législations nationales concernant le délai de la protection assurée par le droit d'auteur et par les droits assimilés, disparité relative à la durée de protection elle-même, ou ses modalités, tel le moment où le délai de protection commence à courir[855]. La réflexion était délicate car quel que soit le parti prit par la Cour, le résultat impliquait la violation d'une des deux lois nationales. En effet, si le droit danois est appliqué le droit allemand n'est alors plus respecté, et inversement. De la disparité des délais nationaux de protection résultait de fait des restrictions (voire des interdictions) au libre commerce intracommunautaire.

Si la Cour trancha le litige sur la base que l'ayant droit n'avait pas donné son consentement à la commercialisation sur le marché danois, lors de l'audience, le gouvernement français rappela que « *dans son livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion, la Commission a analysé le droit d'auteur comme 'la base du développement de l'économie des biens culturels' et une institution servant les 'intérêts de la collectivité' dont le régime de protection 'ne doit faire l'objet d'aménagements que dans la mesure où la finalité du droit communautaire impose de tels changements'* »[856]. La Cour ayant encouragé la Commission à harmoniser les durées de protection des Etats membres, ainsi que certaines de leurs modalités (tel le point de départ du calcul de la durée de protection), celle-ci considéra que « *l'harmonisation des durées de protection d[evait] être totale si l'on v[oulait] créer le marché intérieur* »[857].

Arrêt *Phil Collins*. Dans cette affaire, Phil Collins, artiste de nationalité britannique, revendiqua auprès des juridictions allemandes son droit de faire interdire la diffusion sur le territoire allemand d'un disque contenant l'enregistrement non autorisé d'une prestation scénique réalisée aux Etats-Unis. Mais selon la loi allemande, seuls les artistes allemands sont protégés pour des prestations artistiques réalisées hors territoire, les artistes étrangers ne pouvant faire valoir des droits que sur les performances réalisées sur le territoire allemand. Cette affaire souleva donc l'application d'une discrimination fondée sur la nationalité contraire à l'article 7 du traité de la Communauté. La Cour statua que « *le droit d'auteur et les droits voisins entrent dans le domaine d'application du traité, au sens de l'article 7, […] [et que cet article] doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une législation d'un Etat membre exclue les auteurs et les artistes-interprètes ou exécutants des autres Etats membres, et leurs ayants droit, du droit qui est reconnu par cette même législation aux ressortissants nationaux* »[858]. Ainsi, tout artiste ou auteur d'un Etat membre pouvait invoquer le même régime que celui dont bénéficiait les artistes ou auteurs nationaux sur le territoire d'un autre Etat membre. Dans l'attente d'une harmonisation au sein de la Communauté, les législations nationales des Etats membres ne pouvaient donc pas, selon cet arrêt, réserver une protection plus favorable à leurs artistes ou auteurs nationaux.
Il fut donc nécessaire pour la Commission de fixer pour tous les Etats membres une durée de protection uniforme du droit d'auteur (soixante-dix ans post mortem auctoris) et des droits voisins (cinquante ans à compter du même point de départ). Ce choix se fit à la hausse, au

[855] Affaire *Patricia*, 24 janvier 1989, n° 341/87, p. 96
[856] Rapport d'audience présenté dans l'affaire 341/87, p. 85
[857] *Proposition de directive du Conseil relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins*, 24 janvier 1991, COM (90) 586 final, pp. 32-33, cité par F. DESSEMONTET, *1ère conférence : le droit d'auteur européen*, juin 1993
[858] Affaire *Phil Collins*, C-92/92, 20 octobre 1993

sens où il fut calqué sur les durées de protection les plus longues pratiquées par certains Etats membres, notamment l'Allemagne (c).

c) Harmonisation à la hausse des durées de protection

L'Union européenne, afin d'harmoniser les législations de ses Etats membres concernant le droit d'auteur, notamment la durée, fit le choix de s'inspirer du premier accord international ayant émis des règles en ce domaine : la Convention de Berne. Si l'harmonisation portait sur la durée de protection des droits d'auteur et droits voisins, le point de départ du calcul de la protection devait également être déterminé[859], car il était évident que la liberté d'exploiter des œuvres de l'esprit dépendait de l'établissement d'une durée de protection objective et mesurable[860]. Il était à l'époque évident que cette harmonisation communautaire de la durée de protection des droits d'auteur et droits voisins « *répond[ait] à un besoin de sécurité juridique et au souci de faciliter la gestion des droits* »[861].

Une protection plus longue. Dans une volonté d'harmoniser les différentes durées des droits patrimoniaux des auteurs (la question de la durée des droits moraux ne sera pas tranchée et restera libre pour chaque état membre), une prorogation de la durée minimale de vingt ans imposée par les traités internationaux a été opérée par le biais de la Directive 93/98/CE du 29 octobre 1993. Cette directive ne fut transposée qu'en 1997 en France. Dans les considérants de la directive, les raisons de cette prorogation de vingt années supplémentaires[862] sont explicites (pour la Commission du moins): les disparités au niveau des législations nationales concernant la durée de protection des droits d'auteur remettaient en cause le bon fonctionnement du marché intérieur[863] ; la durée de vie moyenne ayant augmenté et la durée de protection étant établie dans le but de couvrir deux générations de descendant de l'auteur[864] ; le fait que certains Etats membres aient accordé une durée supérieure à cinquante ans post mortem auctoris[865] ; que suivant le principe du respect des droits acquis une harmonisation de la durée de protection ne pouvait impliquer une diminution de la durée de

[859] Considérant (3), *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* : « *l'harmonisation doit porter, non seulement sur les durées de protection en tant que telles mais également sur certaines de leurs modalités, telle que la date à partir de laquelle chaque durée de protection est calculée* »

[860] D. BECOURT, *La directive n° 93-98 du 29 octobre 1993, harmonisation des durées de protection des droits d'auteur et des droits voisins*, D. 1994, p.125

[861] P.-A. MAIER, *L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, Rev. Mar. Un. Eur., 1994, n° 2, pp. 49 à 81.

[862] Considérant (11), *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* : « *considérant que, pour instaurer un niveau de protection élevé, répondant à la fois aux exigences du marché intérieur et au besoin de créer un environnement juridique propice au développement harmonieux de la créativité littéraire et artistique dans la Communauté, il convient d'harmoniser la durée de protection du droit d'auteur sur une période de soixante-dix ans après la mort de l'auteur ou de soixante-dix ans après que l'œuvre a été licitement rendue accessible au public et la durée de protection des droits voisins sur une période de cinquante ans après le fait générateur* »

[863] *Ibid*., Considérant (2): « *considérant qu'il s'ensuit des disparités entre les législations nationales régissant les durées de protection du droit d'auteur et des droits voisins, disparités qui sont susceptibles d'entraver la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services et de fausser les conditions de concurrence dans le marché commun; qu'il convient, dès lors, pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, d'harmoniser les législations des États membres de manière que les durées de protection soient identiques dans toute la Communauté* »

[864] *Ibid*., Considérant (5): « *considérant que la durée minimale de protection prévue par la convention de Berne, à savoir la durée de vie de l'auteur plus cinquante ans après la mort de celui-ci, était destinée à protéger l'auteur et les deux premières générations de ses descendants; que l'allongement des durées de vie moyennes dans la Communauté est tel que ladite durée n'est plus suffisante pour couvrir deux générations* »

[865] Ibid., Considérant (6): « *considérant que certains États membres ont accordé des prolongations de la durée au-delà de cinquante ans après la mort de l'auteur afin de compenser les effets des guerres mondiales sur l'exploitation des œuvres* »

protection déjà appliquée par certains Etats membres[866], la nécessité d'accorder une protection élevée aux auteurs afin de favoriser la création intellectuelle[867]. Il faut toutefois soulever que le choix d'harmoniser par le haut la durée de protection du droit d'auteur au sein de la Communauté était donc principalement motivé par des considérations économiques liées à l'instauration d'un marché unique ; notamment la libre circulation des marchandises, la libre prestation de service et la libre concurrence, éléments essentiels de la construction de ce marché économique communautaire.

Renaissance des droits. La renaissance des droits posa le problème de la sortie du domaine public d'œuvres libre de droits. Cette circonstance peut être considérée comme une « *reprivatisation* » d'œuvres appartenant à tous. Mais si cette situation n'avait pas été envisagée lors de la proposition de directive[868], l'article 10 de la directive de 1993 disposait effectivement que *« 1. Lorsqu'une durée de protection plus longue que la durée de protection correspondante prévue à la présente directive a déjà commencé à courir dans un Etat membre [...] la présente directive n'a pas pour effet de la raccourcir dans cet Etat membre. 2. Les durées de protection prévues à la présente directive s'appliquent à toutes les œuvres et à tous les objets qui, à la date visée à l'article 13, paragraphe 1 [1er juillet 1995], sont protégés dans au moins un Etat membre dans le cadre de l'application des dispositions nationales relatives au droit d'auteur ou aux droits voisins ou qui répondent aux critères de protection énoncés dans la directive 92/100/CEE* »[869]. Il est évident que sans l'application d'une renaissance des droits sur certaines œuvres appartenant au domaine public, les conséquences pourraient être aussi dommageables que sous l'ancien régime des droits d'auteur et droits voisins. En effet, une œuvre appartenant au domaine public en France en 1994, suite à l'application d'une protection de cinquante ans post mortem auctoris, serait toujours protégée en Allemagne qui a une durée de soixante-dix ans post mortem auctoris[870].

Droits acquis. La renaissance des droits fut confirmée par la CJCE dans un arrêt Butterfly[871] du 29 juin 1999. Selon elle, « *il ressort clairement de l'article 10, paragraphe 2, de la directive que l'application des durées de protection prévues par celle-ci peut avoir pour conséquence, dans les États membres dont la législation prévoyait une durée de protection moins longue, de protéger à nouveau des œuvres ou objets tombés dans le domaine public* » [872]. La Cour conclut donc que le fait d'autoriser les personnes qui reproduisaient et commercialisaient des supports de sons dont les droits d'utilisation avaient expiré en vertu de

---

[866] *Ibid*., Considérant (9): « *considérant que le respect des droits acquis constitue l'un des principes généraux du droit protégés par l'ordre juridique communautaire; que, en conséquence, une harmonisation des durées de protection du droit d'auteur et des droits voisins ne peut avoir pour effet de diminuer la protection dont jouissent actuellement les ayants droit dans la Communauté; que, pour limiter à un minimum les effets des mesures transitoires et permettre au marché intérieur de fonctionner en pratique, il y a lieu de faire porter l'harmonisation des durées de protection sur des périodes longues* », c'est le principe du « *respect des droits acquis* »

[867] *Ibid*., Considérant (10): « *considérant que, dans sa communication du 17 janvier 1991 intitulée 'Suites à donner au Livre vert - Programme de travail de la Commission en matière de droit d'auteur et droits voisins', la Commission souligne que l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit s'effectuer sur la base d'un niveau de protection élevé, étant donné que ces droits sont indispensables à la création intellectuelle, et souligne aussi que leur protection permet d'assurer le maintien et le développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des industries culturelles, des consommateurs et de la collectivité tout entière* »

[868] B. EDELMAN, *Une première décision de la CJCE sur l'interprétation de la directive relative à l'harmonisation de la durée de protection des droits d'auteur et droits voisins*, Recueil Dalloz 2000, p. 277

[869] Article 10 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

[870] B. EDELMAN, *Une première décision de la CJCE sur l'interprétation de la directive relative à l'harmonisation de la durée de protection des droits d'auteur et droits voisins*, Recueil Dalloz 2000, p.277

[871] En l'espèce la société Butterfly commercialisait des œuvres musicales dont les droits du producteur appartenaient au domaine public. Du fait de l'application de la directive de 1993 ces droits renaissaient et la société s'est vu demander de stopper l'exploitation de ces œuvres

[872] Arrêt *Butterfly*, 29 juin 1999, C-60/98, points 18 et 19

la législation antérieure à distribuer ces supports pendant une période limitée à compter de son entrée en vigueur, répondait aux prescriptions de la directive et satisfaisait à la protection des droits acquis des tiers. Certes, seule une période limitée de trois mois pour la distribution des supports de sons était accordée, mais un tel délai pouvait être considéré comme raisonnable au regard de l'objectif poursuivi. Cette décision, particulièrement contraignante pour les sociétés spécialisées dans l'exploitation d'œuvres appartenant au domaine public n'en était toutefois pas moins logique et « *satisfaisante* »[873]: la mise en place d'une harmonisation des durées à tous les Etats membres impliquant de facto une renaissance des droits qui ne peut souffrir de nombreuses exceptions. Sinon l'harmonisation n'en serait que retardée et inopérante pendant un délai bien trop long. Pourtant, l'application de l'article 10 paragraphe 2, retranscrit codifié dans la Directive 2006/116/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins[874] put aboutir à des atteintes fortement marquées au domaine public. Notamment dans l'affaire *Bob Dylan* de 2009.

Affaire Bob Dylan[875]. Cette affaire opposait la société Sony Music Entertainment Germany, cessionnaire des droits de l'artiste-interprète Bob Dylan et titulaire des droits voisins en qualité de producteur de phonogrammes pour l'Allemagne, à la société Falcon, exploitante de deux des compact-disque du chanteur. La société Falcon distribuait sur le territoire allemand des enregistrements de phonogrammes de chansons interprétées par Bob Dylan. Ces enregistrements ayant été préalablement publiés aux États-Unis avant 1966. Or, avant la loi allemande du 9 septembre 1965, applicable à compter du 1er janvier 1966, les enregistrements de phonogrammes n'étaient pas protégés en Allemagne. Interrogée sur l'interprétation de l'article 10 paragraphe 2 de la Directive 2006/116/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, combiné avec l'article 7 de ladite directive[876], la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que des droits voisins pouvaient naître au profit d'un producteur de phonogrammes, par application de l'article 10 paragraphe 2 de la directive dans un État membre (l'Allemagne) où il n'avait jamais été protégé, parce qu'il l'était dans un autre État membre (le Royaume-Uni). En effet, se fondant sur les conclusions de son avocat général, la Cour conclut: « *1. La durée de la protection prévue par la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, est également applicable, en vertu de l'article 10, paragraphe 2, de cette directive, lorsque l'objet en cause n'a été protégé à aucun moment dans l'État membre dans lequel la protection est réclamée. 2. L'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116 doit être interprété en ce sens que les durées de protection prévues par cette directive s'appliquent dans une situation où l'œuvre ou l'objet en cause était, au 1er juillet 1995,*

---

[873] B. EDELMAN, *Une première décision de la CJCE sur l'interprétation de la directive relative à l'harmonisation de la durée de protection des droits d'auteur et droits voisins*, Recueil Dalloz 2000, p. 277

[874] Article 10, § 2 de la Directive 2006/116/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins « *2. Les durées de protection prévues à la présente directive s'appliquent à toutes les œuvres et à tous les objets qui, à la date visée au paragraphe 1, étaient protégés dans au moins un État membre dans le cadre de l'application des dispositions nationales relatives au droit d'auteur ou aux droits voisins ou qui répondent aux critères de protection énoncés dans la directive [92/100/CEE 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] (1)* »

[875] CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-240/07

[876] L'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 2006/116 dispose: « *1. Lorsque le pays d'origine d'une œuvre, au sens de la convention de Berne [pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (acte de Paris du 24 juillet 1971)], est un pays tiers et que l'auteur n'est pas un ressortissant de la Communauté, la durée de protection accordée dans les États membres prend fin à la date d'expiration de la protection accordée dans le pays d'origine de l'œuvre, sans pouvoir dépasser la durée indiquée à l'article 1er. 2. Les durées de protection indiquées à l'article 3 s'appliquent également lorsque les titulaires ne sont pas des ressortissants de la Communauté, pour autant que les États membres leur accordent la protection. Toutefois, sans préjudice des obligations internationales des États membres, la durée de protection accordée par les États membres prend fin au plus tard à la date d'expiration de la protection accordée dans le pays tiers dont le titulaire est ressortissant, sans pouvoir dépasser la durée indiquée à l'article 3* »

protégé en tant que tel dans au moins un État membre en application des dispositions nationales de cet État membre relatives au droit d'auteur ou aux droits voisins et où le titulaire de tels droits sur cette œuvre ou cet objet, ressortissant d'un pays tiers, bénéficiait, à cette date, de la protection prévue par ces dispositions nationales »[877].

Ainsi, la protection va « *naître et non pas renaître* »[878], dans un État membre du simple fait que cette protection existe dans un autre État membre au 1er juillet 1995. De plus, le fait que le titulaire des droits soit un ressortissant d'un État tiers à l'Union n'empêche aucunement l'application de cette règle. Ainsi les phonogrammes réalisés aux États-Unis avant 1965 sont protégés en Allemagne simplement car ils le sont au Royaume-Uni. De nombreux commentateurs[879] ont critiqué cette décision, qui présente peu de considération pour la préservation d'un véritable domaine public européen. Que l'aménagement de la transition nécessitée par l'allongement de la durée de protection justifie la résurrection de droits est une chose, mais de là à aboutir à une naissance totale de ces droits en est une autre. Jugée « *maladroite* »[880] par certains, d'autres y voient « *un alignement indirect de la protection dans tous les Etats membres sur le régime le plus accueillant, […] [soit] une faveur pour la perpétuité* » de la protection[881]. A contrario l'harmonisation européenne de la durée de protection des droits voisins ne provoqua pas le même ressenti que l'allongement de la durée des droits d'auteur (2).

2) Protection de cinquante ans des droits voisins à partir de la « première publication » ou du « fait générateur »

Harmonisation de la protection des droits voisins. Si l'harmonisation à la hausse de la durée du droit d'auteur à soixante-dix ans post mortem auctoris connut son lot de débats et de critiques, l'établissement au sein de la Communauté d'une durée de protection des droits voisins de cinquante années fit moins de remous. Ceci était en partie justifié par les négociations en cours pour une harmonisation internationale des durées de protection[882] et par le fait que la directive de 1993 permit enfin de déterminer un point de départ du calcul de la protection homogène à tous les Etats membres. Cette volonté de déterminer un point de départ de la protection unique selon les titulaires de droits voisins fut exprimée expressément dans le considérant (18) de la directive[883]. Cette prérogative était nécessaire afin que les durées

---

[877] Arrêt de la Cour (grande chambre) du 20 janvier 2009, affaire C‑240/07, *Sony Music Entertainment (Germany) GmbH contre Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH*, disponible sur http://curia.europa.eu

[878] P. TAFFOREAU, *Fasc. 1420: Droits voisins du droit d'auteur.- Durée des droits voisins (CPI, art. L. 211-4 et L. 211-5)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 22

[879] Voir notamment F. POLLAUD-DULIAN, *Durée. Allongement de la durée. Œuvre jamais protégée dans un État. Naissance du droit*, RTD com. 2009, p. 719; Propr. intell. 2009, n° 31, p. 181, obs. V.-L. Benabou; RLDI 2009/48, cité par P. TAFFOREAU, *Fasc. 1420: Droits voisins du droit d'auteur. - Durée des droits voisins (CPI, art. L. 211-4 et L. 211-5)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 22

[880] F. POLLAUD-DULIAN, *Durée. Allongement de la durée. Œuvre jamais protégée dans un État. Naissance du droit*, RTD com. 2009, p. 719

[881] J-M. BRUGUIERE, *Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique*, Prop. Ind. N°10, oct. 2010, dossier 10

[882] L'Uruguay Round qui aboutira aux accords ADPIC signés le 15 avril 1994 et dont l'article 14 préconise une durée de protection des droits voisins de cinquante ans à partir du fait générateur, et le futur article 17 du Traité de l'OMPI (ou Convention de Genève) du 20 décembre 1996 sur les droits voisins qui applique la même durée

[883] Considérant (18), *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*: « *considérant que, pour éviter des différences de durée de protection dans le cas des droits voisins, il est nécessaire de prévoir le même point de départ pour le calcul de la durée dans l'ensemble de la Communauté; que l'exécution, la fixation, la diffusion, la publication licite et la communication licite au public, c'est-à-dire le fait de rendre perceptible à des personnes en général, par tout moyen approprié, un objet sur lequel porte un droit voisin, doivent être prises en compte pour le calcul de la durée de protection, quel que soit le pays où cette exécution, fixation, diffusion, publication licite ou communication licite au public a lieu* »

fussent bien les mêmes dans l'ensemble de la Communauté. Le Conseil rappela également dans son considérant (19) que les droits voisins accordés aux organismes de radiodiffusion sur leurs émissions ne pouvaient être perpétuels[884].

Nécessité d'harmoniser des durées de protection très différentes. Dès la fin des années soixante-dix, un mouvement s'est élevé pour revendiquer la création de droits voisins au droit d'auteur. En 1977, un *"Projet de texte communautaire sur les contrats d'exploitation des droits des interprètes"* avait d'ailleurs été proposé suite à une étude élaborée à la demande de la Commission[885]. Mais cette initiative n'aboutit pas. L'harmonisation des législations nationales concernant les droits voisins ne devint une préoccupation majeure qu'à compter du début des années quatre-vingt-dix. Suivant une proposition de la Commission datant de décembre 1990, le Conseil acta dans une résolution du 14 mai 1992 la volonté des Etats membres d'être tous parties à la Convention de Rome, la Convention de Berne et à l'Acte de Paris du 1er janvier 1995, ce qui constitua dès lors le « socle commun » à une harmonisation de la durée de protection[886]. Dans les années 1990, les durées de protection des droits voisins, tout comme celles des droits d'auteur, étaient différentes au sein de la Communauté. Ces différences étaient parfois très importantes puisqu'elles pouvaient aller du simple au double. Pour la Commission, une « *telle situation ne p[ouvait] subsister dans le grand marché de 1993* »[887]. Tout comme pour les droits d'auteur, les arguments présentés par la Commission étaient d'abord économiques : les entraves à la circulation des produits de la créativité, les distorsions de concurrence et les difficultés issues des délais de protection différents d'un Etat membre à un autre pour les créateurs, les industries du secteur culturel et les consommateurs. L'influence des développements au niveau international tels que les travaux du GATT[888] en matière de propriété intellectuelle (ADPIC[889]) et de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), étaient également à l'origine de la proposition de la Commission[890].

Durée. Finalement l'harmonisation de la durée de protection des droits voisins fut concrétisée par l'article 3 de la directive, qui dispose que « *1. Les droits des artistes interprètes ou exécutants expirent cinquante ans après la date de l'exécution. Toutefois, si une fixation de*

---

[884] *Ibid*., Considérant (19): « *considérant que les droits des organismes de radiodiffusion sur leurs émissions, que celles-ci soient diffusées sans fil ou avec fil, y compris par câble ou par satellite, ne doivent pas être perpétuels; qu'il est donc nécessaire de faire courir la durée de la protection seulement à partir de la première diffusion d'une émission particulière; que cette disposition est destinée à éviter qu'une nouvelle durée de protection ne coure lorsqu'une émission est identique à une précédente* »

[885] F. GOTZEN, *Les contrats d'exploitation des droits de l'artiste interprète ou exécutant: Commission des Communautés Européennes*, dactyl. 1977, ann. I, p. 90, cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1405: Droits voisins du droit d'auteur. – Histoire des droits voisins*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 15

[886] *Journal Officiel des communautés européennes*, 28 Mai 1992, cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1405: Droits voisins du droit d'auteur. – Histoire des droits voisins*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 15

[887] Communiqué de presse de la Commission du 5 février 1992, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_P-92-9_fr.htm

[888] Le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT, en français : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, AGETAC) fut signé le 30 octobre 1947 par 23 pays, pour harmoniser les politiques douanières des parties signataires. Le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT, en français : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, AGETAC) fut signé le 30 octobre 1947 par 23 pays, pour harmoniser les politiques douanières des parties signataires

[889] L'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ou « ADPIC ») dispose que les interprètes ou exécutants doivent avoir le droit d'empêcher pendant au moins 50 ans l'enregistrement, la reproduction et la diffusion non autorisés de leurs prestations en direct. Les producteurs d'enregistrements sonores doivent également avoir le droit d'empêcher leur reproduction non autorisée pendant 50 ans, article 14 alinéa 5: « *La durée de la protection offerte en vertu du présent accord aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes ne sera pas inférieure à une période de 50 ans calculée à compter de la fin de l'année civile de fixation ou d'exécution. La durée de la protection accordée en application du paragraphe 3 ne sera pas inférieure à une période de 20 ans à compter de la fin de l'année civile de radiodiffusion* »

[890] Communiqué de presse de la Commission du 5 février 1992, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_P-92-9_fr.htm

l'exécution fait l'objet d'une publication licite ou d'une communication licite au public dans ce délai, les droits expirent cinquante ans après la date du premier de ces faits. 2. Les droits des producteurs de phonogrammes expirent cinquante ans après la fixation. Toutefois, si le phonogramme fait l'objet d'une publication licite ou d'une communication licite au public pendant cette période, les droits expirent cinquante ans après la date du premier de ces faits. 3. Les droits des producteurs de la première fixation d'un film expirent cinquante ans après la fixation. Toutefois, si le film fait l'objet d'une publication licite ou d'une communication licite au public pendant cette période, les droits expirent cinquante ans après la date du premier de ces faits. Le terme «film» désigne une œuvre cinématographique ou audiovisuelle ou une séquence animée d'images, accompagnée ou non de sons. 4. Les droits des organismes de radiodiffusion expirent cinquante ans après la première diffusion d'une émission, que cette émission soit diffusée sans fil ou avec fil, y compris par câble ou par satellite »[891]. Cette harmonisation à la hausse de la durée de protection des droits voisins eut donc pour conséquence directe de diminuer le domaine public des Etats membres dont la durée de protection était jusque là plus courte. Mais si l'harmonisation de la durée de protection des droits d'auteur et droits voisins fut organisée par le haut, le principe restait toutefois l'application du délai de protection le plus court dans le cas où l'origine de l'œuvre serait extérieure à la Communauté européenne (3).

3) Règle de la comparaison des délais

Durée de protection la plus courte. En vertu de l'article 7 alinéas 1 et 2 de la directive, le principe du délai de protection le plus court s'applique lorsque l'auteur et/ou les titulaires de droits ne sont pas des ressortissants de la Communauté européenne et dont la protection accordée dans leur pays d'origine est plus courte que celle appliquée dans l'Etat membre. De plus, dans le cas où cette protection serait plus longue que celle appliquée au sein de la Communauté, la protection accordée dans l'Etat membre sera au maximum de soixante-dix ans post mortem auctoris. Le même principe s'applique pour les droits voisins[892].

Durée de protection plus longue. Néanmoins, l'application de la durée de protection la plus longue peut être envisagée dans un cas, définit à l'alinéa 3 de l'article 7 : si et seulement si l'Etat membre concerné s'est engagé par un accord international à appliquer une durée plus longue que celle des articles 1 et 2 de la directive. Afin de préserver le bon fonctionnement du marché et de respecter les obligations internationales de l'Etat membre, cette situation pourrait perdurer jusqu'à la conclusion d'un nouvel accord international sur la durée de protection du droit d'auteur et/ou des droits voisins[893].

---

[891] Article 3, *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*

[892] *Ibid*., Article 7: « *Protection vis-à-vis des pays tiers* » : « *1. Lorsque le pays d'origine d'une œuvre, au sens de la convention de Berne, est un pays tiers et que l'auteur n'est pas un ressortissant de la Communauté, la durée de protection accordée dans les États membres prend fin à la date d'expiration de la protection accordée dans le pays d'origine de l'œuvre, sans pouvoir dépasser la durée indiquée à l'article 1er. ; 2. Les durées de protection indiquées à l'article 3 s'appliquent également lorsque les titulaires ne sont pas des ressortissants de la Communauté, pour autant que les États membres leur accordent la protection. Toutefois, sans préjudice des obligations internationales des États membres, la durée de protection accordée par les États membres prend fin au plus tard à la date d'expiration de la protection accordée dans le pays tiers dont le titulaire est ressortissant, sans pouvoir dépasser la durée indiquée à l'article 3* »

[893] *Ibid*., : « *Protection vis-à-vis des pays tiers* » : « *3. Les États membres qui accordent, à la date d'adoption de la présente directive, notamment en exécution de leurs obligations internationales, une durée de protection plus longue que celle qui résulterait des dispositions des paragraphes 1 et 2 peuvent maintenir cette protection jusqu'à la conclusion d'accords internationaux sur la durée de protection du droit d'auteur ou des droits voisins* »

Modifications successives. La directive de 1993 fut modifiée par une directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information puis abrogée et remplacée par une directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins codifiant les directives antérieures à des fins de clarification. Mais les modifications apportées par ces textes n'eurent aucun impact quant aux différentes durées définies dès la directive de 1993. Si la durée des droits d'auteur n'a pas été prolongée depuis 1993 au sein de l'Union européenne, certains droits voisins ont quant à eux connu une prorogation significative (vingt ans) suite aux modifications apportées par la directive 2011/77/UE. En effet, il fut rapidement décidé d'augmenter la durée de protection de certains droits voisins. Dès le 14 février 2008, Charlie McCreevy, le Commissaire européen chargé du marché intérieur, indiqua qu'il souhaitait proposer une augmentation de la durée de protection des artistes-interprètes dans le domaine de la musique[894] (B).

B. Prorogation de la durée de protection de certains droits voisins

Dans le même esprit que la durée des droits d'auteur, il fut relativement rapidement proposé que la protection des droits voisins soit étendue. D'abord évoquée pour une durée de quatre-vingt quinze ans (1), elle fut finalement arrêtée à soixante-dix ans (2).

1) Proposition de porter la durée de certains droits voisins à 95 ans

Proposition controversée. Le 16 juillet 2008, la Commission européenne a adopté une proposition de directive afin d'augmenter la durée de protection des droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes de cinquante à quatre-vingt-quinze ans à partir de la publication de l'enregistrement[895]. Cette proposition fit grand bruit (à juste titre) et suscita l'opposition presque immédiate du public, des médias et du monde académique[896]. De nombreuses études[897], dont la légitimité ne faisait aucun doute, rendirent à l'époque le même verdict : l'intérêt économique et social d'une telle augmentation n'était pas justifié, contrairement à ce que soutenait la Commission. L'une de ces études avait pourtant été commandée par cette dernière[898]! En augmentant la durée de ces droits de quarante-cinq

[894] Http://ec.europa.eu, communiqué du 20 févr. 2008, cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1405: Droits voisins du droit d'auteur. – Histoire des droits voisins*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 17

[895] Proposition de directive modifiant la directive n° 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins COM(2008) 464 final

[896] S. DUSOLLIER, *Les artistes-interprètes pris en otage !*, Auteurs & Média, 2008/5, p. 426

[897] *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, nov. 2006*, disponible sur www.ivir.nl; le rapport présenté au gouvernement britannique: *Gowers Review of Intellectual Property*, Londres, déc. 2006; le rapport du CIPIL de l'université de Cambridge, *Review of the Economic Evidence Relating to an Extension of the Term of Copyright in Sound Recordings*, déc. 2006; la prise de position commune d'un certain nombre d'experts européens: *Creativity stifled? A Joint Academic Statement on the Proposed Copyright Term Extension for Sound Recordings*, EIPR 2008, p. 341; la prise de position commune de quatre grands centres de recherche en propriété intellectuelle [CIPPM/CIPIL/IViR/MPI-IP], *The Proposed Directive for a Copyright Term Extension, A Backward-Looking Package*, 27 oct. 2008 disponible sur http://www.cippm.org.uk; R.M. HILTY, A. KUR, N. KLASS, C. GEIGER, A. PEUKERT, J. DREXL, P. KATZENBERGER, *Comment by the Max Planck Institute on the Commission's proposal for a Directive to amend Directive 2006/116 EC of the European Parliament and Council concerning the Term of Protection for Copyright and Related Rights*, EIPR 2009, p. 59, tous cités par C. GEIGER, M. VIVANT et J. PASSA, *La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins. - Une remise en cause injustifiée du domaine public*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 28 Janvier 2009, act. 46

[898] *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, nov. 2006*, disponible sur www.ivir.nl

années supplémentaires, la Commission faisait une nouvelle fois fi du domaine public. Elle n'a d'ailleurs eu aucun cas de conscience, semble-t-il, à exprimer clairement dans sa proposition « *[qu']il n'a pas été nécessaire de faire appel à des experts extérieurs* » (sic) dans le cadre de cette étude et de l'élaboration de sa proposition. Fait particulièrement surprenant quand on considère l'impact économique et social que peut avoir une telle prorogation de durée.

Objectifs. La proposition de la Commission a été réalisée par rapport à six objectifs opérationnels: (1) harmoniser progressivement la protection des auteurs et celle des artistes interprètes ou exécutants; (2) augmenter la rémunération des interprètes; (3) diminuer les disparités de protection entre l'Union européenne et les États-Unis; (4) augmenter les ressources pour la découverte et le développement de nouveaux talents; (5) garantir la disponibilité d'œuvres musicales à des prix raisonnables; et (6) encourager la numérisation des fonds de catalogue[899]. A l'appui de ces objectifs, la Commission a présenté de nombreuses justifications propres aux artistes-interprètes (a) et aux producteurs de phonogrammes (b).

a) Justifications propres aux artistes-interprètes

Harmonisation. Selon la Commission, sa proposition visait à uniformiser le calcul de la durée de protection qui s'applique à une composition musicale dont le texte résulte des contributions de plusieurs auteurs (une œuvre musicale inclut généralement à la fois des paroles (aussi couramment dénommé « livret ») et une partition musicale. Car d'un État membre à l'autre, certains types de composition musicale coécrite pouvaient être qualifiés d'œuvres de collaboration bénéficiant d'une durée de protection unitaire commençant au décès du dernier coauteur survivant[900], ou d'œuvres distinctes bénéficiant de durées de protection indépendantes commençant chacune au décès de l'auteur ayant contribué à celle-ci. La protection des interprétations, une fois les droits expirés, était également soulevée par la Commission, qui considérait que les interprètes étaient exposés à des utilisations potentiellement contestables de leur exécution qui pourraient nuire à leurs noms ou à leurs réputations[901].

Intérêt social. Du fait de l'accroissement de la durée de vie, les artistes-interprètes voyaient régulièrement leurs interprétations tomber dans le domaine public de leur vivant. Il était donc nécessaire de leur assurer des revenus pour une durée plus longue et d'améliorer leur situation sociale, d'autant que les artistes-interprètes étaient le parent pauvre de la culture européenne[902]. Néanmoins, résoudre l'appauvrissement des artistes-interprètes par une augmentation de quarante-cinq ans de leurs droits est « *au mieux naïf et au pire, mensonger* »[903]. En effet, plusieurs études ont prouvé que l'impact économique et financier en

[899] Proposition de directive modifiant la directive n° 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins COM(2008) 464 final
[900] En France par exemple
[901] Ces justifications ont été reprises dans les considérants de la Directive 2011/77/UE
[902] *Proposition de directive modifiant la directive n° 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, COM(2008) 464 final : « *La présente proposition vise à améliorer la situation sociale des artistes interprètes ou exécutants, en particulier celle des musiciens de studio, étant donné que les interprètes vivent de plus en plus souvent au-delà de la durée de protection de leurs exécutions, actuellement fixée à 50 ans. […] La situation et les conditions professionnelles actuelles de l'artiste interprète ou exécutant européen moyen ne sont pas très gratifiantes. Seuls les interprètes connus, c'est-à-dire les interprètes de renom qui ont signé un contrat de redevances avec une grande maison de disques, peuvent vivre de leur profession. […] Dans l'ensemble, seulement 5 % des interprètes arrivent à vivre de leur profession. Tous les autres doivent chercher un emploi parallèle* »
[903] S. DUSOLLIER, *Les artistes-interprètes pris en otage !*, Auteurs & Média, 2008/5, p. 427

faveur des artistes-interprètes du fait de l'augmentation proposée ne serait que très faible : si la Commission évoque un revenu individuel additionnel annuel de 150 à 2000 euros, d'autres évoquent plutôt un revenu complémentaire de l'ordre de 50 centimes à 27 euros quand les artistes-interprètes de renom toucheront un bonus annuel de 300 à 900 euros[904]. Pas de quoi révolutionner la précarité du statut d'artiste-interprète…alors que l'allongement de la durée de protection impactera directement le droit à rémunération équitable pour la diffusion et l'exécution d'œuvres musicales dans les lieux publics et notamment lors de la radiodiffusion. En effet, ces sommes reversées sont calculées uniquement sur les recettes publicitaires. Dès lors, l'augmentation de la durée des droits voisins impliquera une augmentation du nombre d'ayants droit percevant une quote-part de ces recettes. Il est donc logique de penser que ces revenus risquent de diminuer à titre individuel[905].
Mais c'est réellement l'extension de la durée de protection des droits des producteurs de phonogrammes qui souleva le plus de critiques. S'il est difficile d'appréhender la logique de la Commission concernant les artistes-interprètes pour qui cette extension n'aura que peu d'impact (seuls les artistes-interprètes « *bankable* » augmenteront considérablement des revenus déjà élevés)[906], d'autant plus que la pratique usuelle de cession forfaitaire appliquée par les exploitants restera bien ancrée dans le secteur, il ressort clairement de cette proposition que les réels bénéficiaires de cette « harmonisation » sont les cessionnaires de droits d'exploitation et donc majoritairement les producteurs de phonogrammes (b).

b) Justifications propres aux producteurs de phonogrammes

Compensation des pertes du secteur. Concernant les producteurs de phonogrammes, la Commission soulève les effets de l'évaporation du marché des disques compacts et le niveau insuffisant des revenus de remplacement en provenance des ventes en ligne, causés par l'augmentation significative du piratage depuis l'apparition d'internet et du format numérique. Une durée de protection plus longue permettrait ainsi, selon celle-ci, de compenser les pertes de recettes récentes et de mieux financer de nouveaux talents. On peut s'étonner que seule l'augmentation des recettes puisse permettre un meilleur financement, alors que les charges liées à la reproduction et la distribution des supports (du moins d'un point de vue technique) ont quant à elles chuté pour les mêmes raisons (développement d'internet et apparition du numérique). La Commission insiste également sur le fait qu'une durée plus longue de la rémunération permettrait également aux maisons de disques « *de mieux répartir les risques liés à cette activité* ». Car en raison d'un rendement incertain (seul un enregistrement sonore sur huit serait rentable) et de l'« *asymétrie d'information* », ce type de recettes est souvent indisponible sur les marchés des capitaux. Ce sont les mêmes arguments que ceux évoqués lors de l'augmentation de la durée du copyright aux Etats-Unis en 1998[907]. Cette extension de la durée de protection en faveur des producteurs de phonogrammes s'apparente dès lors plus comme la confirmation d'un modèle de rentes (sur les œuvres les plus populaires) qu'un moyen de parvenir à un rééquilibre économique qui aurait dû être opéré par les maisons de disques elles-mêmes lors de la modification du marché des enregistrements de phonogrammes.

---

[904] *Ibid*., p. 427, citant *Response of the Open Rights Group to the UK Intellectual Property Office*, disponible sur http://www.openrightsgroup.org
[905] *Ibid*., p. 428
[906] C. GEIGER, M. VIVANT et J. PASSA, *La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins. - Une remise en cause injustifiée du domaine public*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 28 Janvier 2009, act. 46, et C. GEIGER, *Vers une propriété intellectuelle éternelle? La contestable extension de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, Recueil Dalloz 2008, p. 2880
[907] Voir section suivante

Harmonisation internationale. Autre souci d'harmonisation, cette fois internationale, l'augmentation de la durée de certains droits voisins à quatre-vingt-quinze ans était vivement demandée par l'industrie du disque qui souhaitait qu'une durée similaire à celle des Etats-Unis soit établie au sein de l'Union[908]. En effet, depuis le Copyright Term Extension Act (« CTEA ») de 1998[909], les enregistrements de phonogrammes américains sont protégés pour une durée de quatre-vingt-quinze ans à partir de la première publication ou cent-vingt ans à compter de leur création, quelle que soit la durée la plus courte. Le secteur de l'industrie du disque plaida pour un alignement des durées de protection afin d'éviter les distorsions de concurrence sur le marché mondiale des phonogrammes[910]. Il est d'ailleurs cocasse de réaliser que l'augmentation de la durée du copyright de vingt années supplémentaires opérée par les pouvoirs américains dans le CTEA avait notamment comme motivation, une harmonisation de la durée de protection américaine avec celle pratiquée en Europe[911]. De plus, le copyright américain sur les enregistrements de phonogrammes évoqué par la Commission européenne a pour équivalent juridique le droit d'auteur, non les droits voisins, et une qualification particulière en ce qui concerne les producteurs de phonogrammes, celle des *work made for hire*, qui ne connaît pas d'équivalent exacte au sein de l'Union[912].

Bénéfice public. Et si la Commission, contrairement aux artistes-interprètes, ne fit aucune allusion chiffrée des retombées économiques en faveur des producteurs de phonogrammes, elle n'hésita pas à énoncer qu'une prolongation de la durée de protection de ces droits aurait une incidence positive sur le choix du consommateur et sur la diversité culturelle. Selon elle, à long terme, cette prorogation favoriserait la diversité culturelle en garantissant la disponibilité de ressources pour financer et développer de nouveaux talents. À court et à moyen terme, elle encouragerait les maisons de disques à numériser et à commercialiser leurs catalogues d'anciens enregistrements. Tandis que l'incidence sur les producteurs du domaine public serait « *infime* » (on pouvait déjà en douter à l'époque !).
La proposition de la Commission semblait donc avoir pour but plus ou moins caché le renforcement des droits des producteurs de phonogrammes. Coup double en perspective pour ces derniers : leurs propres droits sont potentiellement prorogés et, par le biais de la cession des droits des artistes à leur profit, ils bénéficieraient également plus longuement de revenus supplémentaires à ce titre[913]. Si la proposition de la Commission ne fut pas adoptée exactement, la durée des droits voisins concernés fut toutefois prorogée de vingt ans (2).

2) Durée de protection de certains droits voisins portée à 70 ans par la Directive 2011/77/UE

La proposition de la Commission fut adoptée le 12 septembre 2011 par le Conseil des ministres de l'Union européenne (a). Néanmoins, la durée de protection des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes fut augmentée « seulement » de vingt ans (le

[908] E. BESSAULT, *Les artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes voient leurs droits prolongés de vingts ans*, Comm. Comm. électr. N°11, Novembre 2011, alerte 94, voir également S. DUSOLLIER, Les artistes-interprètes pris en otage !, Auteurs & Média, 2008/5, p. 426
[909] Voir section suivante
[910] Réponse du B.P.I. au Staff Working Paper on Copyright Review, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, nov. 2006*, p. 83, cité par S. DUSOLLIER, *Les artistes-interprètes pris en otage !*, Auteurs & Média, 2008/5, p. 429
[911] S'inscrit-on dans une logique de surenchère inarrêtable?
[912] On peut rapprocher les œuvres *work made for hire* américaines des œuvres collectives européennes mais leurs caractéristiques juridiques ne sont pas exactement similaires
[913] C. GEIGER, M. VIVANT et J. PASSA, *La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins. - Une remise en cause injustifiée du domaine public*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 28 Janvier 2009, act. 46

Parlement et le Conseil de l'Union européenne furent moins généreux que la Commission) (b), « oubliant » d'ailleurs les droits voisins relatifs aux œuvres audiovisuelles (c). La Directive n° 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifia la Directive n° 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins qui avait elle-même codifié à droit constant la directive n° 93/98/CEE[914]. Elle s'apparente finalement à une réforme incomplète et décevante (d).

a) Un délai de protection prorogé

Objectifs. Cette Directive n° 2011/77/UE visait à harmoniser, d'après les organes européens, la durée de protection des droits des artistes interprètes sur celle déjà accordée aux auteurs (70 ans post mortem auctoris). Selon la Commission, cette extension permettrait aux artistes interprètes d'obtenir une rémunération pour une période plus longue et surtout pendant toute leur vie. Cette extension est fondée sur le fait que les artistes interprètes n'ont souvent pas d'autre salaire fixe que ceux issus de leurs droits voisins. De plus, les artistes interprètes ou exécutants commençant leurs carrières jeunes, il est fréquent que la durée de protection de cinquante ans applicable à la fixation d'exécutions ne suffise pas à protéger leurs exécutions pendant l'intégralité de leur vie. Certains subissaient donc une perte de revenus à la fin de leur vie. En outre, il était fréquent que les artistes interprètes ou exécutants fussent incapables de se prévaloir de leurs droits pour empêcher ou limiter une utilisation contestable éventuelle de leurs exécutions faites de leur vivant[915]. Toujours selon la Commission, la prorogation de la durée de protection bénéficierait également aux producteurs de phonogrammes en générant des recettes supplémentaires provenant de la vente de musique en magasins et en ligne. Ceci aiderait ainsi les producteurs à s'adapter plus aisément aux mutations rapides du marché et à maintenir leur niveau d'investissement dans de nouveaux talents[916].

Nouvelles durées. En matière de durée de protection, la directive établit l'extension de la durée de protection des droits voisins des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes de cinquante à soixante-dix ans à compter de la publication ou de la communication au public du phonogramme[917], et l'application d'une durée de protection d'une composition musicale comportant des paroles de soixante-dix ans, à compter de la mort du dernier survivant des coauteurs des paroles ou de la musique, sous réserve que leurs contributions aient été spécialement créées pour l'œuvre musicale en question[918]. Cette seconde prérogative était justifiée par les disparités de durées de protection établies par les

[914] *Directive n° 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*
[915] *Ibid*., Considérant (5)
[916] http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/term-protection/index_fr.htm
[917] *Directive n° 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins* : « *2) L'article 3 est modifié comme suit: a) au paragraphe 1, la deuxième phrase est remplacée par le texte suivant: «Toutefois, - si une fixation de l'exécution par un moyen autre qu'un phonogramme fait l'objet d'une publication licite ou d'une communication licite au public dans ce délai, les droits expirent cinquante ans à compter de la date du premier de ces faits, - si une fixation de l'exécution dans un phonogramme fait l'objet d'une publication licite ou d'une communication licite au public dans ce délai, les droits expirent soixante-dix ans à compter de la date du premier de ces faits » b) au paragraphe 2, deuxième et troisième phrases, le nombre «cinquante» est remplacé par le nombre «soixante-dix»* »
[918] *Ibid.* : « *1) À l'article 1er, le paragraphe suivant est ajouté: '7. La durée de protection d'une composition musicale comportant des paroles prend fin soixante-dix ans après la mort du dernier survivant parmi les personnes suivantes, que ces personnes soient ou non désignées comme coauteurs: l'auteur des paroles et le compositeur de la composition musicale, à condition que les deux contributions aient été spécialement créées pour ladite composition musicale comportant des paroles*' »

Etats membres sur ce type d'œuvre[919] et les conséquences négatives qui en découlaient sur la libre circulation des marchandises et des services au sein du marché de l'Union[920]. Ce prolongement n'implique pas de débat particulier en l'espèce, d'autant qu'il rejoint le droit français et particulièrement la durée des œuvres dites de collaboration[921].

Mesures complémentaires. La directive a également édicté des mesures spécifiques afin d'aider les artistes interprètes dans leurs rapports contractuels avec leurs cessionnaires :

- les clauses d'« *exploitation à peine de perte de droits* » (ou clauses « *use it or lose it* ») qui doivent être intégrées dans les contrats entre les artistes interprètes et leurs producteurs, permettant ainsi aux artistes de récupérer leurs droits si le producteur ne commercialise pas leurs enregistrements pendant la période de protection additionnelle. Ceci offrirait à l'artiste la possibilité de trouver un autre producteur qui serait prêt à commercialiser sa musique, soit de le faire lui-même[922];
- un droit à rémunération complémentaire pour les artistes-interprètes ne bénéficiant pas du système de redevances correspondant à 20% des revenus générés pendant la période de protection additionnelle (cette rémunération étant redistribuée par une société de gestion collective)[923] ;
- un droit à rémunération complémentaire pour les artistes-interprètes bénéficiant du système de redevances pendant la période de protection additionnelle (cette rémunération ne pouvant être abandonnée par ceux-ci)[924].

---

[919] *Ibid*., considérant (18): « *Dans certains États membres, les compositions musicales comportant des paroles bénéficient d'une durée de protection unique, calculée à compter du décès du dernier auteur survivant, tandis que, dans d'autres États membres, des durées de protection différentes s'appliquent pour la musique et les paroles. Les compositions musicales comportant des paroles sont très majoritairement des œuvres coécrites. Par exemple, un opéra est souvent le fruit du travail d'un librettiste et d'un compositeur. Par ailleurs, dans des genres musicaux comme le jazz, le rock et la musique pop, le processus créatif est souvent collaboratif par nature* »

[920] *Ibid*., considérant (19): « *Par conséquent, l'harmonisation de la durée de protection des compositions musicales comportant des paroles, dont le texte et la musique ont été créés pour être utilisés ensemble, est incomplète, ce qui constitue une source d'entraves à la libre circulation des marchandises et des services, tels que les services de gestion collective transfrontalière. Afin de garantir la suppression de ces entraves, toutes les œuvres protégées à la date à laquelle les États membres doivent transposer la présente directive devraient jouir d'une durée de protection identique harmonisée dans tous les États membres* »

[921] Article L. 113-2 al. 1er CPI : « *Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* » et article L. 123-2al. 1er CPI : « *Pour les œuvres de collaboration, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs* »

[922] *Directive n° 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*: « *2 bis. Si, cinquante ans après que le phonogramme a fait l'objet d'une publication licite, ou, faute de cette publication, cinquante ans après qu'il a fait l'objet d'une communication licite au public, le producteur de phonogrammes n'offre pas à la vente des exemplaires du phonogramme en quantité suffisante ou ne le met pas à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que les membres du public puissent y avoir accès de l'endroit et au moment qu'ils choisissent individuellement, l'artiste interprète ou exécutant peut résilier le contrat par lequel l'artiste interprète ou exécutant a transféré ou cédé ses droits sur la fixation de son exécution à un producteur de phonogrammes (ci-après dénommé "contrat de transfert ou de cession"). Le droit de résilier le contrat de transfert ou de cession peut être exercé si le producteur, dans un délai d'un an à compter de la notification par l'artiste interprète ou exécutant de son intention de résilier le contrat de transfert ou de cession conformé ment à la phrase précédente, n'accomplit pas les deux actes d'exploitation visés dans ladite phrase. L'artiste interprète ou exécutant ne peut renoncer à ce droit de résiliation. Si un phonogramme contient la fixation des exécutions de plusieurs artistes interprètes ou exécutants, ceux-ci peuvent résilier leurs contrats de transfert ou de cession conformément au droit national applicable. Si le contrat de transfert ou de cession est résilié en application du présent paragraphe, les droits du producteur de phonogrammes sur le phonogramme expirent* »

[923] *Ibid*. : « *2 quater. Le montant global qu'un producteur de phonogrammes doit réserver au paiement de la rémunération annuelle supplémentaire visée au paragraphe 2 ter correspond à 20 % des recettes que le producteur de phonogrammes a perçues, au cours de l'année précédant celle du paiement de ladite rémunération, au titre de la reproduction, de la distribution et de la mise à disposition du phonogramme concerné, au-delà de la cinquantième année après que le phonogramme a fait l'objet d'une publication licite, ou, faute de cette publication, la cinquantième année après qu'il a fait l'objet d'une communication licite au public* »

[924] *Ibid*. : «*2 ter. Lorsqu'un contrat de transfert ou de cession donne à l'artiste interprète ou exécutant le droit de revendiquer une rémunération non récurrente, l'artiste interprète ou exécutant a le droit d'obtenir une rémunération*

Ces mesures sont citées à titre indicatif car elles ne présentent pas d'impact sur les nouvelles durées de protection des droits des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes.

Application temporelle. Cette nouvelle la durée de protection de soixante-dix ans s'applique aux prestations et enregistrements de phonogrammes antérieurs à l'entrée en vigueur de la directive (31 octobre 2011) sous réserve qu'ils soient encore protégés, selon les règles antérieures, au 1er novembre 2013, date limite pour la transposition par les États[925]. Quant aux interprétations, elles pourront bénéficier de la prolongation de vingt ans, sous réserve qu'elles soient protégées au 1er novembre 2013, conformément aux dispositions de la précédente directive n° 2006/116/CE[926] (b).

b) Discrimination à l'égard des artistes-interprètes

Face aux auteurs. Pour la Commission, les interprètes étant aussi importants que les auteurs, car davantage associés au succès commercial d'un enregistrement sonore, elle considérait désavantageux que seuls les auteurs puissent voir leurs les œuvres protégées jusqu'à soixante-dix ans après leur mort. Cet argument, s'il peut être acceptable en soit, est illogique au sens où les deux délais de protection n'ont pas le même point de départ. Ainsi, pour une véritable équité entre auteurs et artistes-interprètes encore faudrait-il que la protection de leurs droits débute à partir de leurs décès respectifs pour une durée identique[927]. L'unique argument contre cet alignement serait d'ordre pratique: il serait en effet difficile de déterminer la durée de protection lorsque la même fixation d'une œuvre met en jeu de multiples interprètes[928]. De plus, ce système ne pourrait être appliqué aux producteurs de phonogrammes, souvent cessionnaires des droits des artistes-interprètes, auxquelles la qualification de « vie » n'a

---

annuelle supplémentaire de la part du producteur de phonogrammes pour chaque année complète suivant directement la cinquantième année après que le phonogramme a fait l'objet d'une publication licite, ou, faute de cette publication, la cinquantième année après qu'il a fait l'objet d'une communication licite au public. Les artistes interprètes ou exécutants ne peuvent renoncer à ce droit d'obtenir une rémunération annuelle supplémentaire » et « *Article 10 bis Mesures transitoires 1. En l'absence d'indication contraire claire dans le contrat, un contrat de transfert ou de cession conclu avant le 1er novembre 2013 est réputé continuer à produire ses effets au-delà de la date à laquelle, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, dans sa version en vigueur le 30 octobre 2011, les droits de l'artiste interprète ou exécutant ne seraient plus protégés. 2. Les États membres peuvent prévoir la possibilité que les contrats de transfert ou de cession en vertu desquels un artiste interprète ou exécutant a droit à des paiements récurrents et qui ont été conclus avant le 1er novembre 2013 soient modifiés au-delà de la cinquantième année après que le phonogramme a fait l'objet d'une publication licite ou, faute de cette publication, la cinquantième année après qu'il a fait l'objet d'une communication licite au public* »

[925] *Ibid*. : « *3) À l'article 10, les paragraphes suivants sont ajoutés: «5. L'article 3, paragraphes 1 à 2 sexies, dans sa version en vigueur le 31 octobre 2011, s'applique aux fixations d'exécutions et aux phonogrammes à l'égard desquels l'artiste interprète ou exécutant et le producteur de phonogrammes sont encore protégés, en vertu desdites dispositions, dans leur version en vigueur le 30 octobre 2011, à la date du 1er novembre 2013, ainsi qu'aux fixations d'exécutions et aux phonogrammes qui sont postérieurs à cette date* »

[926] Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 *relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, L. 372/12 du Journal officiel de l'Union européenne, disponible sur http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:372:0012:0018:FR:PDF

[927] Argument également soulevé par S. DUSOLLIER, *Les artistes-interprètes pris en otage !*, Auteurs & Média, 2008/5, p. 427, qui cite F. BRISON, *Het naburige recht van de uitvoerende kunstenaar*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 94; voir aussi F. POLLAUD-DULIAN, *Directive n° 2011/77 du parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 « modifiant la directive n° 2006/116 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins »*, RTD com. 2011. 736: « *La conclusion qui devrait s'ensuivre serait que la directive dispose que la durée des droits patrimoniaux de l'interprète est calculée sur la durée de sa vie (« au moins »). Mais ce n'est pas la logique du législateur européen, puisqu'il affirme tout aussitôt qu'il convient de porter la durée de 50 à 70 années (consid. n° 7 et art. 1er, § 2). Cette incohérence ne mettra donc pas fin au problème, car il n'y a aucune raison de penser que les mêmes causes ne produiront pas les mêmes effets et qu'un artiste qui a enregistré à 16 ou 18 ans ne vivra pas encore plus de 70 ans... surtout si l'espérance de vie continue à s'améliorer comme on peut l'espérer* »

[928] F. POLLAUD-DULIAN, *Directive n° 2011/77 du parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 « modifiant la directive n° 2006/116 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins »*, RTD com. 2011. 736, dans le même sens: A-E. KAHN, *Directive 2011/77/UE : tout pour la musique !*, Juris, art etc, Dalloz Juris éditions, juin 2012, p. 19

aucun sens.

Selon le support. La directive introduit une nouvelle discrimination, cette fois-ci liée au support de fixation de la prestation. Ainsi l'article 3 de la directive de 2006 est modifié comme suit: au paragraphe 1, la deuxième phrase est remplacée par le texte suivant: «*Toutefois, si une fixation de l'exécution par un moyen autre qu'un phonogramme fait l'objet d'une publication licite ou d'une communication licite au public dans ce délai, les droits expirent cinquante ans à compter de la date du premier de ces faits* », tandis qu'en cas de fixation sur un phonogramme les droits sont prorogés de vingt ans. Ceci « *introduit ainsi entre les artistes-musiciens selon que leur prestation a été fixée sur phonogramme ou d'une autre façon. […] Ce qui remet en cause la cohérence du système mis en place par la directive du 29 octobre 1993* »[929]. Le type de fixation est donc le critère déterminant pour bénéficier de l'allongement de la durée de protection, sans qu'aucune justification n'ait été apportée à ce sujet. Il semble difficile d'ailleurs d'appréhender une quelconque raison à cette différenciation, ce qui rend cette prérogative d'autant plus critiquable[930].

Face aux producteurs de phonogrammes. La directive de 2011 a conservé (hors prorogation de vingt ans) la rédaction de l'article 3 de la directive n° 2006/116/CE et donc les points de départ de calcul des protections accordées aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes, ce qui est dommageable. Désormais, avec l'application des nouvelles durées de protection, cet article dispose que:

> « *1. Les droits des artistes interprètes ou exécutants expirent soixante-dix ans après la date de l'exécution. Toutefois, si une fixation de l'exécution fait l'objet d'une publication licite ou d'une communication licite au public dans ce délai, les droits expirent soixante-dix ans après la date du premier de ces faits.*
>
> *2. Les droits des producteurs de phonogrammes expirent soixante-dix ans après la fixation. Toutefois, si le phonogramme a fait l'objet d'une publication licite pendant cette période, les droits expirent soixante-dix ans après la date de la première publication licite. En l'absence de publication licite au cours de la période visée à la première phrase, et si le phonogramme a fait l'objet d'une communication licite au public pendant cette période, les droits expirent soixante-dix ans après la date de la première communication licite au public* »[931].

Point de départ différent. Il est frappant que la rédaction comporte une différenciation au niveau des points de départ du calcul de la durée de protection des droits voisins selon qu'il s'agisse des artistes-interprètes ou des producteurs de phonogrammes. En effet, concernant les artistes-interprètes, si la fixation d'une interprétation fait l'objet d'une publication et/ou d'une communication au public pendant la durée initiale de protection (soixante-dix ans après la date de l'exécution), le délai de protection est calculé à partir du premier de ces faits. Tandis que pour les producteurs, seule la publication (si elle a lieu) est le point de départ du calcul de la protection de soixante-dix ans[932]. Selon P. Tafforeau, ceci permettrait d'exploiter des enregistrements d'archives, tels des concerts enregistrés mais non vendus dans le commerce,

[929] A-E. KAHN, *Directive 2011/77/UE : tout pour la musique !*, Juris, art etc, Dalloz Juris éditions, juin 2012, p.18
[930] F. POLLAUD-DULIAN, *Directive n° 2011/77 du parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 « modifiant la directive n° 2006/116 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins »*, RTD com. 2011. 736
[931] Article 3 de la Directive n° 2011/77 du parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive n° 2006/116 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins
[932] E. ÉMILE-ZOLA-PLACE, *L'allongement de la durée de certains droits voisins : question d'équilibre*, Légipresse 2011, n° 289, p. 693

que possèdent les entreprises de communication audiovisuelle ou l'Ina[933]. Néanmoins, ceci ne justifie en rien l'application d'un décalage temporel du fait d'un point de départ potentiellement différent en faveur du producteur de phonogrammes.

Exemple. Ainsi, un enregistrement sonore réalisé en 1990, diffusé à la radio en 2000 et publié sous forme de phonogramme du commerce en 2010 est, actuellement, protégé jusqu'en 2080 (2010 + 70 ans) pour le producteur de phonogrammes, alors qu'il ne l'est que jusqu'en 2060 pour les artistes-interprètes (2000 + 60 ans) »[934]. Quelle peut être la justification d'un tel écart de protection entre artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes ? Cette question est d'autant plus importante que la directive 2011 aurait très bien pu revenir sur cette prérogative et la changer, ne serait-ce que dans un souci d'harmonisation. Toutefois les artistes-interprètes ne sont pas les seuls à être discriminés par la directive 2011, le secteur audiovisuel est en effet le grand oublié de cette réforme (c).

c) L'absence de prorogation des droits voisins relatifs aux œuvres audiovisuelles

Désormais il existe au sein de l'Union européenne une différenciation en matière de droits voisins selon le domaine artistique concerné. En effet, la directive s'applique exclusivement au secteur musical, du moins aux interprétations sonores et aux enregistrements de phonogrammes. Ainsi, alors que les artistes-interprètes de ce domaine et les producteurs de phonogrammes vont pouvoir jouir d'une prorogation de vingt années de leurs droits, les acteurs, les comédiens, les producteurs de vidéogrammes et les entreprises de communication audiovisuelle sont laissées sur la touche. Aucune justification n'a d'ailleurs été apportée à ce sujet par les organes de l'Union et « *rien, si ce n'est une forte pression des milieux économiques, ne justifiait que l'on distingue le domaine musical du domaine audiovisuel ou celui de la danse, ni que l'on allonge la durée de certains droits voisins* »[935].

Même l'OMC a rectifié le tir du Traité de l'OMPI (qui opérait la même distinction) du 20 décembre 1996 entre les droits des artistes-interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, en élaborant le Traité de Beijing du 24 juin 2012 relatif à la protection des prestations audiovisuelles et de leur enregistrement sur vidéogramme[936]. Il est peu probable que lors de l'élaboration de la Directive n°2011/77/UE le législateur européen ne fut pas au courant de cette démarche (les négociations du traité ont débuté au début des années 2000). Seule évocation de ce sujet, l'annonce faite par la Commission de la rédaction d'un rapport évaluant la nécessité d'une potentielle prorogation des droits voisins dans le secteur audiovisuel[937]. Mais ceci ne constitue pas la seule déception de cette réforme (d).

d) Une réforme décevante

Un texte peu convaincant. Malgré des intentions louables, telle que l'amélioration de la situation des artistes-interprètes, le législateur européen ne convainc pas avec cette nouvelle

[933] P TAFFOREAU, *Un an de droits voisins*, Comm. comm. électr. N°10, octobre 2012, chron. 9

[934] G. QUERZOLA, *Retour sur la directive n° 2011/77/UE étendant la durée de protection de certains droits voisins du droit d'auteur et les difficultés qu'elle suscite(ra)*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, janvier 2013, n°89, p. 96

[935] A-E. KAHN, *Directive 2011/77/UE : tout pour la musique !*, Juris, art et culture, Dalloz Juris éditions, juin 2012, p.18

[936] P. TAFFOREAU, *Fasc. 1420: Droits voisins du droit d'auteur. - Durée des droits voisins (CPI, art. L. 211-4 et L. 211-5)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p.

[937] Article 3 de la Directive n° 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins : *« 2. Au plus tard le 1er janvier 2012, le Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport évaluant la nécessité éventuelle d'une extension de la durée de protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs dans le secteur audiovisuel. Le cas échéant, la Commission soumet une proposition visant à apporter d'autres modifications à la directive 2006/116/CE* »

directive, qui s'apparente à « *un objet juridique potentiellement infernal* »[938], fait « *preuve d'approximation inquiétante et génère une insécurité juridique non négligeable [...] apportant sans doute de mauvaises réponses à de bonnes questions* »[939]. Les dispositions de la directive de 2011 « *sont insuffisant[e]s et ne paraissent au final pas convaincant[e]s* »[940]. Sous couvert d'améliorer la situation souvent précaire des artistes-interprètes, cette réforme semble finalement avoir été instaurée dans l'unique but de renforcer d'avantage les droits des producteurs de phonogrammes[941].

Une solution aux objectifs de la Commission concernant les artistes-interprètes aurait pu être l'élaboration de nouvelles contraintes contractuelles pour leurs cessionnaires, telle que la mise en place d'une rémunération proportionnelle distincte et obligatoire pour chaque type d'exploitation de l'interprétation, telle qu'elle existe en France pour les auteurs (art. L. 131-4 CPI) et en matière audiovisuelle (art. L. 212-4 al. 2 CPI)[942]. Car la précarité des artistes interprètes ne semble pas liée à la durée des droits voisins mais bien à leur leur faible marge de négociation face aux producteurs de phonogrammes. En effet, la grande majorité d'artistes-interprètes ne perçoit que de faibles rémunérations, la plupart du temps sous forme de cachet unique. De plus, les producteurs étant le plus souvent les cessionnaires de leurs droits voisins, l'allongement de la durée de protection n'implique pas en soi un rééquilibre des retombées commerciales[943].

Lobbying. Il n'est donc pas osé de penser que cette prorogation n'est qu'une réponse au lobbying de l'industrie musicale[944], certain évoquant même une « *instrumentalisation* »[945]. D'ailleurs, comme à l'époque des imprimeurs-libraires, l'allongement des droits voisins se fonde officiellement sur l'intérêt des artistes[946], tandis que celui des exploitants est peu exprimé (dans les considérants) voire sous-évalué. Pour preuve la longue analyse chiffrée du potentiel gain financier des artistes-interprètes apporté par la prorogation tandis qu'aucune donnée de ce type n'est évoquée par la Commission.

Domaine public. Cette prorogation est sans conteste une nouvelle atteinte au domaine public. Sans compter le principe de la renaissance (ou de la naissance) des droits qui aboutit parfois à des résultats critiquables (affaire *Bob Dylan* notamment). Pourtant le domaine public est le principe même du modèle du droit d'auteur et des droits voisins, y contrevenir va à l'encontre de l'intérêt général. On peut s'inquiéter de ces prorogations successives, quelle qu'en soit d'ailleurs la justification, car l'allongement de la durée de protection semble devenir aujourd'hui le principe et la solution à tous les maux du domaine culturel. Aujourd'hui, le message du législateur semble être « *plus c'est long, plus c'est bon !* »[947]. Une grande partie

---

[938] G. QUERZOLA, *Retour sur la directive n° 2011/77/UE étendant la durée de protection de certains droits voisins du droit d'auteur et les difficultés qu'elle suscite(ra)*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, janvier 2013, n°89, p. 95
[939] *Ibid*., p. 101
[940] C. GEIGER, *Vers une propriété intellectuelle éternelle? La contestable extension de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, Recueil Dalloz 2008, p. 2880
[941] *Ibid*., p. 2880
[942] A-E. KAHN, *Directive 2011/77/UE : tout pour la musique !*, Juris, art etc, Dalloz Juris éditions, juin 2012, p.22
[943] *Ibid*., p.21
[944] X. DAVERAT, *Un an de droit de la musique*, Comm. comm. électr. N°4, avril 2012, chron. 4
[945] A-E. KAHN, *Directive 2011/77/UE : tout pour la musique !*, Juris, art etc, Dalloz Juris éditions, juin 2012, p.20
[946] X. DAVERAT, *Un an de droit de la musique*, Comm. comm. électr. N°4, avril 2012, chron. 4: « *Ce régime dérogatoire est d'autant moins justifiable que la raison d'être du texte, la ratio legis, ne réside pas, comme veut le faire croire le législateur européen, dans le souci d'améliorer 'la situation alimentaire' des artistes, mais bien dans la volonté de sauvegarder un secteur musical en crise. Cette directive est le reflet de l'instrumentalisation des droits des musiciens par les producteurs soucieux de ne pas voir tomber dans le domaine public des pans entiers du répertoire musical* »
[947] J-M. BRUGUIERE, *Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique*, Propriété industrielle n°10, octobre 2010, dossier 10

de la doctrine s'insurge de ces atteintes répétées portées par le législateur au domaine public qui au fil du temps se réduit comme « *peau de chagrin* »[948]. Le but premier des droits d'auteur et droits voisins est de protéger les créateurs tout en encourageant la création. Ces deux objectifs semblent rester minoritaires au sein de la réforme européenne[949].

Mauvaise image du droit d'auteur. Par cette nouvelle réforme, le législateur européen « *enfonce en tout cas un clou supplémentaire dans le cercueil du droit d'auteur et des droits voisins, à tout le moins dans celui de son image auprès du public* »[950]. Car cet empiètement injustifié sur le domaine public et les nouvelles prérogatives en faveur de l'industrie musicale constituent un « *très mauvais signal en direction de l'opinion publique, à l'heure où les droits d'auteur et les droits voisins n'ont déjà malheureusement pas bonne presse* »[951], et « *connaissent déjà un certain désamour* »[952]. Ce qui n'était pas le cas des prorogations exceptionnelles de la durée de protection du droit d'auteur (§II), considérées comme une juste compensation des pertes économiques subies par les auteurs pendant les deux guerres mondiales de la première moitié du XXème siècle[953].

§II. Prorogations exceptionnelles de la durée de protection du droit d'auteur

Certains Etats membres ont fait le choix, suite aux deux guerres mondiales ayant eu cours au XXème siècle, de créer des prorogations exceptionnelles de la durée de protection afin de compenser les pertes occasionnées aux auteurs lors de ces conflits (A'). Néanmoins, ces prorogations ont créé de vifs débats doctrinal et jurisprudentiel lors de l'harmonisation des durées de protection au sein de l'Union européenne (B').

A'. Le cas particulier des prorogations de guerre

Il existe en droit français différents cas particuliers de prorogations de guerre : deux sont liés à la Première (1) et Deuxième Guerre mondiale (2), le dernier est associé aux auteurs « *morts pour la France* » (3).

1) Première Guerre mondiale

Par une loi du 3 février 1919, le législateur français a institué une prorogation exceptionnelle de la durée de protection afin de compenser les pertes économiques (le manque à gagner) des auteurs liées à la Première Guerre mondiale. Cette loi permet une augmentation du délai de

[948] *Ibid*.
[949] C. GEIGER, M. VIVANT et J. PASSA, *La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins. - Une remise en cause injustifiée du domaine public*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 28 Janvier 2009, act. 46
[950] S. DUSOLLIER, *Les artistes-interprètes pris en otage !*, Auteurs & Média, 2008/5, p. 433
[951] C. GEIGER, *Vers une propriété intellectuelle éternelle? La contestable extension de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, Recueil Dalloz 2008, p. 2880
[952] C. GEIGER, M. VIVANT et J. PASSA, *La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins. - Une remise en cause injustifiée du domaine public*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 28 Janvier 2009, act. 46
[953] Tout du moins jusqu'à la dernière prorogation de 20 ans du droit d'auteur en France

protection de six ans et cent-cinquante-deux jours, correspondant à la période qui s'était écoulé entre le 2 août 1914 et la « *fin de l'année qui suivra le jour de la signature du Traité de paix*». En raison du nombre important de traités de paix signés en 1919 et 1920, et de dispositions interprétatives ambigües de la loi de 1919, tribunaux et cours d'appel ont pris des décisions divergentes ce sur ce que constitue la « *fin de l'année qui suivra le jour de la signature du Traité de paix* »[954]. Si certains juges ont retenu le 24 octobre 1920 comme *dies ad quem*, date de cessation légale des hostilités[955], c'est bien la période de six ans et cent-cinquante-deux jours (et donc la date du 31 décembre 1920) qui fut finalement retenue[956]. Cette prorogation est accordée aux œuvres publiées avant le 31 décembre 1920 et non tombées dans le domaine public le 3 février 1919, peu importe la date de décès de l'auteur[957]. Cette logique de prorogation des délais est la même en ce qui concerne la Seconde Guerre mondiale (2).

2) Seconde Guerre mondiale

Selon le même esprit, la loi du 21 septembre 1951 fut rédigée afin de créer une prorogation du droit d'auteur correspondant à la durée du second conflit mondial. Cette loi dispose que les droits sont « *prorogés d'un temps égal à celui qui s'est écoulé entre le 3 septembre 1939 et le 1er janvier 1948* », et ceci « *pour toutes les œuvres publiées avant cette date et non tombées dans le domaine public à la date du 13 août 1941* »[958], toujours quelle que soit la date de décès de l'auteur. Cette prorogation correspond donc à un terme supplémentaire de huit ans et cent-vingt jours.

Etats membres. D'autres Etats membres ont également accordé ce type de prorogations pour fait de guerre: l'Italie, par un décret du 20 juillet 1945 prorogeait la durée des droits patrimoniaux de six ans en raison de la Seconde Guerre mondiale tandis que la Belgique, suite à une modification datant de 1921 de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur, offrait une prorogation des droits patrimoniaux de dix ans en raison de la Première Guerre mondiale[959]. En complément de ces prorogations exceptionnelles, une autre catégorie liée aux deux guerres mondiales permettait à certains auteurs d'avoir des œuvres protégées plus longtemps : les auteurs dits « morts pour la France » (3).

---

[954] P. KAMINA, *Un droit d'auteur pour 115 ans post-mortem?*, Prop. Ind. N°1, avr. 2002, comm. 9

[955] T. civ. Seine, 1re ch., 19 janv. 1949 : Gaz. Pal. 1949, 1, p. 67, concl. Gégout ; JCP G 1949, II, 5064, note Plaisant. - CA Versailles, 1re ch., 5 mars 1984 : D. 1986, inf. rap. p. 187, obs. Colombet, cités par C. ALLEAUME, *Fasc 1270 : Droits des auteurs.- Durée de la protection (CPI, art. L. 123-1 à L. 123-12)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 33

[956] T. Seine, 31 mai 1939: Gaz. Pal. 1939, 2, p. 208, CA Paris, 5 déc. 1956 : JCPG 1957, II, 9728, voir également l'article L123-8 CPI : « *Les droits accordés par la loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs aux héritiers et autres ayants cause des auteurs, compositeurs ou artistes sont prorogés d'un temps égal à celui qui s'est écoulé entre le 2 août 1914 et la fin de l'année suivant le jour de la signature du traité de paix pour toutes les œuvres publiées avant cette dernière date et non tombées dans le domaine public le 3 février 1919* »

[957] CA Versailles, 5 mars 1984 : D. 1986, inf. rap. p. 187, obs. Colombet, cité par A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 261 et C. ALLEAUME, *Fasc 1270 : Droits des auteurs.- Durée de la protection (CPI, art. L. 123-1 à L. 123-12)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 33

[958] Article L123-9 CPI : « *Les droits accordés par la loi du 14 juillet 1866 précitée et l'article L. 123-8 aux héritiers et ayants cause des auteurs, compositeurs ou artistes sont prorogés d'un temps égal à celui qui s'est écoulé entre le 3 septembre 1939 et le 1er janvier 1948, pour toutes les œuvres publiées avant cette date et non tombées dans le domaine public à la date du 13 août 1941* »

[959] T. LANCRENON, *Impression, soleil couchant… pour les prorogations de guerre*, Comm. comm. électr. N° 7-8, Juillet 2007, étude 17

3) Les auteurs « morts pour la France »

Toujours d'après la loi du 21 septembre 1951 (article 2), une prorogation complémentaire de trente années fut prévue lorsque l'auteur était « *mort pour la France* ». Cette disposition fut codifiée à l'article L.123-10 du CPI[960]. Il existe toutefois une condition pour faire valoir ce droit : l'acte de décès doit comporter la mention « *mort pour la France* ». Néanmoins, si pour une quelconque raison cette mention n'est pas présente sur l'acte de décès (alors qu'elle aurait dû y figurer), un arrêté du ministre de la Culture peut accorder le bénéfice de cette prorogation aux héritiers ou autres ayants cause de l'auteur décédé (alinéa 2 du même article).

Cumul. A noter que ces délais de protection supplémentaires et exceptionnels peuvent être cumulés lorsque l'exploitation d'une œuvre a été bouleversée par les effets des deux conflits mondiaux et/ou que leur auteur est mort pour la France. Il en résulte une prorogation exceptionnelle complémentaire de quatorze ans et deux cent soixante-douze jours ou de quarante-quatre ans et deux cent soixante-douze jours. Le droit de suite bénéficie également de ces prorogations[961].

Cessionnaires bénéficiaires de la prorogation. Les articles L. 123-8, L.123-9 et L. 123-10 du CPI disposent tous les trois que ces prorogations bénéficient aux « *héritiers et ayants cause* » de l'auteur, ce qui implique également les cessionnaires (personnes ou sociétés) de ces droits[962]. Si l'on peut déceler cette logique à l'article L. 123-11 du CPI, qui dispose que « *[l]orsque les droits prorogés par l'effet de l'article L. 123-10 ont été cédés à titre onéreux, les cédants ou leurs ayants droit pourront, dans un délai de trois ans à compter du 25 septembre 1951, demander au cessionnaire ou à ses ayants droit une révision des conditions de la cession en compensation des avantages résultant de la prorogation* », c'est un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation datant de 1961 qui affirma ce principe : « *[l]'article 1er de la loi du 21 septembre 1951, qui est de portée générale, a prorogé, en raison de l'état de guerre, les droits accordés aux héritiers et ayant cause des auteurs, compositeurs ou artistes. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui refuse le bénéfice de cette prorogation à une société cessionnaire des droits patrimoniaux d'un auteur* »[963].

Auteurs étrangers. Selon le principe de non-discrimination, un auteur ressortissant de l'Union européenne devrait pouvoir se prévaloir des prorogations de guerre[964] car celles-ci lui permettraient de bénéficier d'une durée de protection plus longue de ses œuvres sur le territoire français, tandis qu'un auteur d'un pays tiers à l'Union se verrait appliquer la règle du délai de protection le plus court (et donc celle de son pays d'origine)[965]. Mais cette question

---

[960] Art. L. 123-10 du CPI : « *Les droits mentionnés à l'article précédent sont prorogés, en outre, d'une durée de trente ans lorsque l'auteur, le compositeur ou l'artiste est mort pour la France, ainsi qu'il résulte de l'acte de décès. Au cas où l'acte de décès ne doit être ni dressé ni transcrit en France, un arrêté du ministre chargé de la culture peut étendre aux héritiers ou autres ayants cause du défunt le bénéfice de la prorogation supplémentaire de trente ans ; cet arrêté, pris après avis des autorités visées à l'article 1er de l'ordonnance n° 45-2717 du 2 novembre 1945, ne pourra intervenir que dans les cas où la mention " mort pour la France " aurait dû figurer sur l'acte de décès si celui-ci avait été dressé en France* »

[961] CA Versailles, 5 mars 1984, D. 1986, somm. 187, obs. Colombet ; CA Paris, 5 mars 1974, RIDA 1974, n° LXXXI, p. 131

[962] Civ. 1ère, 15 avr. 1986, n° 84-11. 230, Chanel, Bull. civ. I, n°88 ; JCP Cl 1986, I, 15516, cité par A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 260

[963] Civ. 1ère, 15 avr. 1986, n° 84-11. 230, Chanel, Bull. civ. I, n°88 ; JCP Cl 1986, I, 15516, cité par A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 260

[964] CJCE, 5ème ch., 6 juin 2012, aff. C-360/00, *La Bohème de Puccini*

[965] C. ALLEAUME, *Fasc 1270: Droits des auteurs.- Durée de la protection (CPI, art. L. 123-1 à L. 123-12)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 36, en effet l'article L123-12 du CPI dispose que : « *[l]orsque le pays d'origine de l'oeuvre, au sens de l'acte de Paris de la convention de Berne, est un pays tiers à la Communauté européenne et que l'auteur n'est pas un ressortissant d'un Etat membre de la Communauté, la durée de protection est celle accordée dans le pays d'origine de l'oeuvre sans que cette durée puisse excéder celle prévue à l'article L. 123-1* »

n'est plus d'actualité, la Cour de cassation ayant rendu les prorogations de guerre caduques depuis 2007[966].

Calcul de la protection. Selon Bertrand[967], ces prorogations ne facilitent pas le calcul de la durée de protection des œuvres d'un artiste, car le modèle « classique » de la protection des droits de l'auteur, fondée sur la date de sa mort, n'est plus suffisant et différents calculs doivent être appliqués en fonction de la date de divulgation de l'œuvre. Prenons le cas de Picasso. L'intégralité des tableaux et dessins de l'artiste qui ont été divulgués après le 1er janvier 1948 appartiendront au domaine public dès le 1er janvier 2044. Soit soixante-dix ans après le décès de celui-ci, survenu le 8 avril 1973. Mais les tableaux *Les Demoiselles d'Avignon* et *Guernica*, respectivement réalisés et exposés avant le 2 août 1914 et entre les deux guerres mondiales, n'appartiendront au domaine public du fait des prorogations pour fait de guerre qu'en 2059 et 2052.
Ces prorogations exceptionnelles, ajoutées à la durée de protection d'une durée de soixante-dix ans post mortem auctoris ont été remises en cause suite à l'harmonisation de 1993 des délais de protection au sein de la Communauté (B').

B'. Jurisprudence, caducité et abrogations de ces lois depuis l'harmonisation européenne de la durée de protection

Suite à l'harmonisation des droits d'auteur et droits voisins au sein de la Communauté européenne en 1993, la question a été de savoir si ce prolongement de vingt ans supplémentaires couvrait les prorogations de guerre (1). En France, il fallut attendre 2007 et deux arrêts de la Cour de cassation pour qu'une réponse soit définitivement apportée (2).

1) Remise en cause des prorogations de guerre suite à l'harmonisation européenne

Loi du 27 mars 1997 transposant la Directive 93/98/CEE. La loi du 27 mars 1997[968] marqua la transposition de la Directive n° 93/98/CEE en droit français. Cette loi (tout comme la directive) est restée silencieuse sur les prorogations de guerre et des morts pour la France des articles L. 123-8, 9 et 10 du CPI. Il semble que le législateur, à cette époque, soit ne souhaitait pas se positionner sur cette question, soit considérait que la prorogation de vingt ans apportée par ladite directive n'avait aucun impact sur ces prorogations. Ceci eu pour conséquence un vif débat au sein de la doctrine.

Pro. Il existe différents arguments qui peuvent être soulevés à l'appui du maintien des prorogations de guerre dans le droit positif français. En premier lieu le maintien des articles L. 123-8 et L. 123-9 du CPI, alors que plusieurs révisions de la loi française sur la durée de protection des droits ont eu lieu. Or, alors qu'il en avait la possibilité, aucune abrogation de ces dispositions ne fut réalisée par le législateur français. En se fondant sur ces articles, le

[966] Cass. 1ère civ. 27 février 2007, 04-12.138, publié au bulletin et Cass. 1ère civ., 27 févr. 2007, *ADAGP*, 05-21.962, publié au bulletin
[967] A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 260
[968] Loi n° 97-283 du 27 mars 1997 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des Communautés européennes n° s 93/83 du 27 septembre 1993 et 93/98 du 29 octobre 1993

juge ne ferait donc que trancher le « *litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » comme l'exige l'article 12 du Code de procédure civile[969]. Leur mise à l'écart par le juge français ne pourrait être ainsi envisageable que si celles-ci étaient jugées contraires aux dispositions de la directive de 1993[970].

Le principe du « *respect des droits acquis* », énoncé dans le considérant (9) de la directive 93/98/CEE, est également un argument en faveur du maintien des prorogations de guerre et laisse supposer que l'application de ces délais supplémentaires doit être cumulée à la prorogation de vingt ans supplémentaire. Mais si la directive prône la préservation des droits acquis, ce principe doit s'accorder avec l'objectif d'harmonisation des durées de protection et une distinction doit être réalisée selon que cette harmonisation diminue ou étend la durée de protection au niveau national[971].

D'après le considérant (6) de la directive de 1993, qui précise que « *certains États membres ont accordé des prolongations de la durée au-delà de cinquante ans après la mort de l'auteur afin de compenser les effets des guerres mondiales sur l'exploitation des œuvres* », il paraît évident que le législateur communautaire a souhaité rester neutre concernant les prorogations exceptionnelles pour fait de guerre. Or, l'article 10-1 de la directive dispose que « *lorsqu'une durée de protection plus longue que la durée de protection correspondante prévue à la présente directive a déjà commencé à courir dans un État membre à la date visée à l'article 13 paragraphe 1, la présente directive n'a pas pour effet de la raccourcir dans cet État membre* ». La combinaison de ces dispositions exprime clairement que des durées de protection plus longues que le principe des soixante-dix ans post mortem auctoris peuvent exister au sein de la Communauté, et notamment du fait des prorogations de guerre[972]. F Pollaud-Dulian s'appuie d'ailleurs sur ces arguments et l'application de l'interprétation « *in favorem auctoris* », conformément au principe général qui innerve le droit d'auteur, pour motiver son choix de maintenir les prorogations de guerre en dépit de l'allongement de la durée de protection de vingt ans[973].

Contre. Mais la fin des prorogations de guerre a également été souhaitée par une large partie de la doctrine[974]. Tout d'abord, au regard de l'objectif premier de la directive de 1993 qui est d' « *harmoniser les législations des États membres de manière que les durées de protection soient identiques dans toute la Communauté* »[975]. En effet, ce principe ne peut être respecté du fait du maintien de ces prorogations exceptionnelles car celles-ci impliquent *de facto* des disparités de durées au sein de la Communauté. Or le juge national, tenu par la primauté des objectifs communautaires, se doit d'interpréter le droit interne à la lumière et selon la finalité de la directive[976]. La théorie des normes a également été évoquée par une partie de la

[969] C. CARON, *Mystérieuses prorogations de guerre!*, Comm. Comm. électr. n° 4, Avril 2002, comm. 53
[970] P. KAMINA, *Un droit d'auteur pour 115 ans post-mortem?*, Prop. Ind. N°1, avr. 2002, comm. 9
[971] *Ibid*.
[972] *Ibid*.
[973] F. POLLAUD-DULIAN, *La durée du droit d'auteur*, RIDA avr. 1998, n° 176, p. 83, cité par C. CARON, *Mystérieuses prorogations de guerre!*, Comm. Comm. électr. n° 4, Avril 2002, comm. 53
[974] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 4ème éd., 2001, n° 410-411, p. 428-429; S. DURRANDE, *Brèves observations sur les prorogations de guerre après la loi du 27 mars 1997*, D. 1998, chron.p. 417; A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2e éd., 2001, n° 435 : « *l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur résultant de la directive précitée du 29 octobre 1993 impliqu[ait] l'abandon de ces prorogations* »
[975] Considérant n° 2 de la directive 93/98/CEE
[976] Voir les arrêts *Marleasing*, CJCE, 13 nov. 1991: JCP G 1991, II, 21658, note P Level, et *Facini Don*, CJCE, 14 juill. 1994: RTDeur. 1995, p. 11, obs. F. Emmert et M. Pereira de Azevedo, cités par C. CARON, *Mystérieuses prorogations de guerre!*, Comm. Comm. électr. n° 4, Avril 2002, comm. 53

doctrine[977]. Si la directive fonde le calcul de la protection sur la vie de l'auteur « *quelle que soit la date à laquelle l'œuvre a été rendue accessible au public* »[978], les prorogations pour fait de guerre reposent quant à elles sur la date de divulgation de l'œuvre au public. Ces dispositions étant contradictoires, en vertu de la primauté du droit communautaire, le principe de la directive devrait l'emporter par une intégration des prorogations dans la nouvelle durée de protection communautaire de soixante-dix ans post mortem auctoris[979]. Une lecture attentive des articles L. 123-8 et L. 123-9 participe également à l'idée que les prorogations de guerre devraient être couvertes par le délai complémentaire de vingt ans de la directive de 1993. En effet, ces deux articles débutent par « *[l]es droits accordés par la loi du 14 juillet 1866* »[980]. Or, la loi du 14 juillet 1866 dispose que la protection des droits d'auteur est accordée pour une durée de cinquante ans post mortem auctoris. Ainsi, et malgré l'harmonisation communautaire à soixante-dix ans post mortem, les articles du CPI n'ont pas été changés par le législateur français sur ce point. On peut donc en déduire que les prorogations de guerre sont à additionner exclusivement avec une durée de cinquante ans post mortem auctoris et non le nouveau délai de protection issu de la loi de 1997. Ce renvoi à la loi de 1866 fut toutefois également utilisé comme fondement de l'argument contraire (ajout des prorogations de guerre aux soixante-dix ans post mortem auctoris): les articles L. 123-8 et 9 renvoyant seulement aux « *droits accordés* » et non « *la durée des droits accordés* », certain y voyait un simple lien à la « *volonté* » du législateur de 1866 et signifiait donc que les prorogations s'ajoutaient au monopole d'exploitation de l'auteur (donc soixante-dix ans post mortem auctoris depuis l'entrée en vigueur de la directive 1993)[981].

Calculs. Le refus du maintien des prorogations de guerre est d'autant plus pertinent que les écarter du calcul de la durée de protection ne semble pas porter atteinte aux titulaires des droits en considération du droit antérieur. En effet, les prorogations de guerre n'aboutissant qu'à une durée maximum de quatorze ans et deux-cent soixante-douze jours, la protection totale ainsi offerte est de maximum soixante-quatre ans et deux-cent soixante-douze jours post mortem auctoris (50 ans post mortem auctoris + 14 ans et 272 jours pour fait de guerre) selon les termes de la loi antérieure à la transposition, tandis que la loi du 27 mars 1997 offre une durée supérieure de soixante-dix ans post mortem auctoris. Le maintien de ces prorogations est dès lors « *discutable* », car il implique des incertitudes quant à la durée du droit patrimonial de l'auteur et complexifie une harmonisation efficace au sein de la Communauté européenne[982]. Dans le cas où le total des prorogations dépasserait vingt ans, ce qui n'est possible que dans le cas (minimum) où l'auteur serait « *mort pour la France* » (+ 30 ans), il est toujours possible de cumuler ce délai supplémentaire aux soixante-dix ans post mortem auctoris en retranchant celui de vingt ans accordé par la directive de 1993. Ainsi, dans le cadre d'une prorogation maximale d'environ quarante-quatre ans et deux-cent soixante-douze jours (cumul des trois prorogations) la durée totale de protection accordée serait de quatre-vingt-quatorze ans et deux-cent soixante-douze jours (70 ans + 44 ans et 272 jours – 20 ans) au lieu de cent-quatorze ans (70 ans + 44 ans). Ceci permettrait que le principe des droits acquis soit respecté tout en préservant l'objectif d'harmonisation communautaire[983].

---

[977] C. ALLEAUME, *Fasc 1270: Droits des auteurs.- Durée de la protection (CPI, art. L. 123-1 à L. 123-12)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 34
[978] Article 1er de la Directive n° 93/98/CEE
[979] S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Irpi-Litec, 2002, n° 210, cité par C. ALLEAUME, *Fasc 1270: Droits des auteurs.- Durée de la protection (CPI, art. L. 123-1 à L. 123-12)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 34
[980] Art. L. 123-8 et L. 123-9 du CPI
[981] F. POLLAUD-DULIAN, *La durée du droit d'auteur*, RIDA avr. 1998, n° 176, p. 83, cité par C. ALLEAUME, *Fasc 1270: Droits des auteurs.- Durée de la protection (CPI, art. L. 123-1 à L. 123-12)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 34
[982] C. CARON, *Mystérieuses prorogations de guerre!*, Comm. Comm. électr. n° 4, Avril 2002, comm. 53
[983] P. KAMINA, *Un droit d'auteur pour 115 ans post-mortem?*, Prop. Ind. N°1, avr. 2002, comm. 9

Le débat sur le maintien ou non des prorogations de guerre depuis la directive de 1993 eut également lieu devant les juges. S'ils choisirent tout d'abord d'ajouter les prorogations de guerre à la protection de soixante-dix ans post mortem, la Cour de cassation déclara dans deux arrêts de 2007 la caducité de ces délais supplémentaires exceptionnels (2).

2) Caducité des prorogations de guerre prononcée par le juge

Si la Belgique et l'Italie firent le choix d'abroger leurs prorogations de guerre dès 1994 et 1995 lors de la transposition de la directive 93/98/CEE dans leurs droits nationaux[984], la question de la fin définitive de celles-ci fut incertaine en France (a), mais finalement tranchée par la Cour de cassation en 2007 (b).

a) Une jurisprudence inégale

Les juges, tout comme la doctrine, se partagèrent entre l'idée d'une harmonisation totale de la durée de protection au sein de l'Union européenne et le principe de cumul des prorogations de guerre aux soixante-dix ans post mortem auctoris. L'apogée de cette instabilité fut caractérisée lorsque la Cour d'appel, à moins de deux ans d'intervalle, refusa le bénéfice des prorogations de guerre aux soixante-dix ans post mortem auctoris[985] pour ensuite les accorder dans une autre affaire[986].

Le maintien des prorogations de guerre. Dans une affaire concernant l'exploitation des œuvres de Claude Monet, le TGI de Paris[987] considéra que « *les allongements de la protection tels qu'énoncés aux articles L. 123-8 et L. 123-9 du Code de la propriété intellectuelle, dont le législateur n'a pas modifié le régime, doivent se cumuler avec la protection légale de 70 ans* ». Cette décision fut rendue au motif du « *respect des droits acquis* » qui constitue selon le juge « *l'un des principes généraux du droit protégés par l'ordre juridique communautaire, ainsi que le rappelle la directive de 1993* ». La même logique fut appliquée dans une autre affaire par la Cour d'appel de Paris quelques années plus tard. Celle-ci statua dans le même sens que le TGI de Paris, sur le même fondement du principe du respect des droits acquis, ajoutant comme second argument que « *la loi du 27 mars 1997 n'a pas abrogé les lois des 3 février 1919 et 21 septembre 1951 et les prorogations sont donc acquises aux ayants droit des auteurs, d'autre part, ce cumul ne contrevient pas à l'objectif d'harmonisation de la directive communautaire du 29 octobre 1993 qui, en son considérant 9, rappelle que le respect des droits acquis constitue l'un des principes généraux du droit protégé par l'ordre juridique communautaire* »[988]. On retrouve donc dans ces deux décisions, les arguments en faveur du maintien des prorogations de guerre les plus utilisés en doctrine, à savoir le respect des droits acquis et le fait que les articles L. 123-8 et L. 123-9 du CPI n'aient pas été abrogés lors de la transposition en droit français de la directive 93/98/CEE. Cette décision fut toutefois une

[984] L'Italie par un article 17-1 de la loi du 6 février 1996 abrogea le décret du 20 juillet 1945 qui prorogeait la durée des droits patrimoniaux de six ans en raison de la Seconde Guerre mondiale ; la Belgique abrogea quant à elle par l'article 89 § 1 de la loi relative au droit d'auteur et droits voisins du 30 juin 1994 la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur (modifiée notamment en 1921) qui offrait une prorogation des droits patrimoniaux de dix ans en raison de la Première Guerre mondiale, T. LANCRENON, *Impression, soleil couchant… pour les prorogations de guerre*, Comm. comm. électr. N° 7-8, Juillet 2007, étude 17

[985] CA Paris, 16 janv. 2004, affaire *Monet*, D. 2005, pan. 1493, obs. Sirinelli; RIDA juill. 2004, p. 201, obs. Kerever

[986] CA Paris, 12 oct. 2005, affaire *Boldini*, prop. Ind. 1006, comm. 39, obs. Greffe; RIDA janv. 2006, p. 315, note Kerever

[987] TGI Paris, 1ère ch., 1ère sect., 27 juin 2001, *Sté ADAGP c/ Sté Editions Hazan*, n° 2001-169432

[988] CA Paris, 4ème ch. A, 12 oct. 2005, *Sté des auteurs dans les arts graphiques et al. c/ SA Canal publicité promotion et al.*, n° 2005-285392

surprise et participa à une grande confusion car en 2004 la Cour d'appel de Paris avait pris la position inverse[989].

Non cumul des prorogations de guerre à la durée normale de protection. Le 16 janvier 2004[990], la Cour d'appel considéra en effet qu'additionner les délais exceptionnels pour fait de guerre aux soixante-dix ans post mortem auctoris revenait à « *compter une seconde fois les 'prolongations de guerre'* » qui étaient « *déjà prises en considération* » dans la durée de protection établie par la directive de 1993. Pour la Cour, il s'ensuit donc que le délai de protection est uniquement porté à soixante-dix ans post mortem auctoris. Cette décision venait donc infirmer la position du TGI de Paris du 27 juin 2001 et affirmer que l'allongement de vingt ans opéré par le législateur communautaire couvrait les prorogations de guerre des articles L. 123-8 et L. 123-9 du CPI.

Il fallut donc attendre que la Cour de cassation tranche ces deux affaires (arrêts de la Cour d'appel de Paris de 2004 et 2005) afin qu'une certaine sécurité juridique soit rétablie sur la question des prorogations de guerre, ce qu'elle ne manqua pas de faire en 2007 (b).

b) Principe de caducité des prorogations pour fait de guerre

Fin du cumul. Dans ces affaires qui concernaient les œuvres de Claude Monet et une peinture de Giovanni Boldini, la Cour de cassation, rappela que l'enjeu était de savoir si conformément à ce que sous-entendait la directive 93/98/CEE, la nouvelle durée de protection absorbait les prorogations pour faits de guerre adoptées par certains Etats membres, ou si, au contraire, il était nécessaire de cumuler à la nouvelle période de soixante-dix ans post mortem auctoris lesdites prorogations non abrogées par la loi de transposition française de 1997. C'est par deux arrêts du 27 février 2007[991] que la première chambre civile de la Cour de cassation répondit à la délicate question des prorogations de guerre en droit d'auteur, statuant qu': « *[i]l résulte des dispositions du code de la propriété intellectuelle, interprétées à la lumière de la Directive 93/98 CEE du Conseil du 29 octobre 1993, […] que la période de 70 ans retenue dans le cadre de cette harmonisation couvre les prolongations pour fait de guerre accordés par certains Etats membres, hormis les cas où au 1er juillet 1995, une période de protection plus longue avait commencé à courir, laquelle est alors seule applicable* »[992]. La Cour de cassation estima que les dispositions du CPI devaient s'interpréter à la lumière de la directive et en déduisit que la période de soixante-dix ans établie par la directive de 1993 couvrait les prolongations pour fait de guerre, hormis le cas où à la date d'entrée en vigueur de ladite directive, soit le 1er juillet 1995, les auteurs ou leurs ayants droit pouvaient prétendre à une durée de protection plus longue, laquelle était dès lors applicable. La Cour de cassation se fondait ainsi sur les dispositions du considérant (10) du préambule de la directive.

Calcul définitif de la protection. Ainsi le juge national doit établir si à la date du 1er juillet 1995 les ayants droit de l'auteur pouvaient ou non prétendre à une durée de protection supérieure à soixante-dix ans post mortem auctoris. Deux solutions sont envisageables: si les ayants droit ne peuvent se prévaloir d'une protection supérieure (50 ans post mortem auctoris

[989] CA Paris, 4ème ch. B, 16 janv. 2004, *SA éd. Fernand Hazan c/ ADAGP*, n° 2004-234884
[990] *Ibid.*
[991] Arrêts de la 1ère ch. Civ., du 27 février 2007 (n° 04-12.138 et 05-21.962), RTD Com. 2007 p.360, F. POLLAUD-DULIAN, *Durée des droits patrimoniaux. Lois de prorogation de guerre. Directive CE n° 93/98 du 29 octobre 1993*, (Civ. 1re, 27 févr. 2007 [2 arrêts], Monet et Boldini, Bull. civ. I, n° 86 et 87*;* D. 2007. AJ. 806, obs. J. Daleau; RIDA avr. 2007, p. 287 et 299, et obs. P. Sirinelli, p. 177; Propr. intell. avr. 2007, p. 212, obs. A. Lucas; Légipresse juin 2007. III. 117, obs. S. Choisy)
[992] Arrêts de la 1ère ch. Civ., du 27 février 2007 (n° 04-12.138 et 05-21.962)

+ 14 ans et 272 jours maximum en cas de cumul des prorogations liées aux deux conflits mondiaux), seule la durée de protection de soixante-dix ans post mortem auctoris est applicable ; si les ayants droit peuvent se prévaloir d'une protection supérieure, c'est celle-ci (la plus longue) qui s'appliquera. Cette dernière situation concerne deux cas de figure: d'une part les œuvres musicales pour lesquelles la loi du 3 juillet 1985 a porté à soixante-dix ans la durée de protection normale, de sorte que les bénéficiaires des prorogations de guerre applicables à cette date pouvaient prétendre à une durée de protection excédant soixante-dix ans (au maximum 84 ans et 272 jours suivant l'année civile de la mort de l'auteur[993]); d'autre part, les œuvres d'auteurs morts « *pour la France* », qui impliquent une prorogation complémentaire de trente ans, outre les prorogations susvisées, (au maximum, en additionnant toutes les prorogations possibles, 94 ans et 272 jours post mortem auctoris). Ces décisions mettent ainsi un terme définitif aux incertitudes liées aux prorogations de guerre[994]. De plus, la Cour de cassation, qui a fait preuve ici « *d'une grande bienveillance* »[995], semble avoir réussi le difficile pari de respecter certains droits acquis tout en s'inscrivant dans la démarche d'harmonisation entamée par la Communauté européenne dès 1993. La solution se présente donc comme un compromis que l'on peut définir comme un juste équilibre, à la fois pour les ayants droit et le public, et l'on doit s'en réjouir. Désormais, comme le précise et semble s'en féliciter la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2007, « *la méthode de calcul ainsi posée devrait désormais, en principe, éviter tout problème* »[996].

Exemple de calcul. A titre d'exemple, prenons le *Petit Prince* de Saint-Exupéry. Cet auteur a disparu en vol le 31 juillet 1944 au cours d'une mission et a donc été déclaré « *mort pour la France* ». A ce titre la durée de protection portant sur l'œuvre de l'auteur est donc de cinquante ans post mortem auctoris à laquelle s'ajoutent trente années supplémentaires (L. 123-10 CPI), soit un total de quatre-vingt ans post mortem auctoris. De plus, l'œuvre ayant été publiée pour la première fois en 1943, celle-ci bénéficie d'un délai de protection complémentaire de huit ans et cent-vingt jours au titre de l'article L. 123-9 du CPI. Ces prorogations exceptionnelles ayant été actées avant le 1er janvier 1995, le *Petit Prince* n'appartiendra dès lors au domaine public français qu'en 2033 (1er janvier 1945 + 50 + 30 + 8 et 120 jours). A titre de comparaison, cette œuvre appartient depuis le 1er janvier 1995 au domaine public canadien car ce pays applique une durée de protection de cinquante ans post mortem auctoris[997].

---

[993] Néanmoins, et contrairement à ce que la Cour de cassation explique dans son rapport, on peut se demander si dans le cas des œuvres musicales la durée de protection maximum ne serait pas plutôt de 114 ans et 272 jours dans le cas où l'auteur serait mort pour la France et son œuvre publiée avant le 31 décembre 1920 (la question n'a toujours pas été officiellement tranchée à ce jour); voir à ce propos: F. POLLAUD-DULIAN, *Durée des droits patrimoniaux. Lois de prorogation de guerre. Directive CE n° 93/98 du 29 octobre 1993*, « *On ne peut s'empêcher de trouver la discrimination entre les œuvres musicales et les autres œuvres, que suscite cette interprétation, quelque peu étrange, même si elle peut se réclamer d'une loi antérieure, bien sûr. Il restera aussi la question des œuvres d'auteurs « morts pour la France » (art. L. 123-10 du CPI), qui sont relativement nombreux mais échapperont pendant encore des années à l'unification, par l'effet du cumul du supplément de 30 ans et des prorogations de guerre, qui les a fait échapper à l'entrée dans le domaine public au 1er juillet 1995* » (Paris, 22 mai 2002, RIDA oct. 2002. 320; Propr. intell. 2003. 48, obs. A. Lucas); également A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3e éd., n° 513: « *les prorogations de guerre s'appliquant alors aux seules œuvres qui auraient joui d'un délai plus long encore en cours avant la transposition de la directive (c'est-à-dire essentiellement les œuvres musicales, dont la durée avait été portée à 70 ans post mortem par la loi du 3 juill. 1985* »

[994] Décisions d'ailleurs confirmées par Paris, 4e ch. B, 30 janv. 2009, n° 07/9437, *Sté ADAGP c/ Sté Canal P Publicité Promotion*, Propr. intell. juill. 2009. 270, obs. A. Lucas, voir également F. POLLAUD-DULIAN, *Durée. Prorogations de guerre*, RTD com. 2009, p. 717

[995] J.-M. BRUGUIERE, *Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique*, Prop. Ind. N°10, oct. 2010, dossier 10

[996]https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_2653/activites_economiques_commerciales_financieres_2658/propriete_intellectuelle_11342.html

[997] L.R. (1985), ch. C-42, art. 6; 1993, ch. 44, art. 58: « *6. Sauf disposition contraire expresse de la présente loi, le droit d'auteur subsiste pendant la vie de l'auteur, puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de son décès* »

S'il paraît évident qu'en terme de durée de protection les législateurs nationaux veulent toujours plus (prorogations de guerre notamment), l'application du droit européen (qui néanmoins poursuit cette même logique du toujours plus) vient limiter les potentiels excès d'une durée trop longue au moins sur le principe d'une harmonisation du modèle de protection européen. Mais ces différentes prorogations de la durée du droit d'auteur ne se sont pas seulement limitée à l'Union européenne, le législateur américain ayant également fait le choix de prolonger la durée du copyright afin de se « calquer » sur le modèle européen (Section II).

Section II. La réduction controversée du domaine public américain

Si l'adhésion des Etats-Unis a eu le mérite, notamment, d'aboutir une protection officielle et nouvelle pour les œuvres étrangères exploitées sur le sol américain (§I), le Copyright Term Extension Act de 1998 a quant à lui suscité de nombreuses critiques, principalement pour avoir créé une réduction conséquente du domaine public américain (§II). Cette nouvelle prorogation fut toutefois validée, malgré de nombreuses contestations (notamment quant à l'impact occasionné sur le domaine public), par la Cour Suprême des Etats-Unis par le célèbre arrêt Eldred v. Ashcroft (§III). Cet arrêt, dont l'appliquation est rétroactive, est l'un des exemples les plus célèbres et pertinants de lien entre prorogation des délais de computation et diminution du domaine public.

§I. Les conséquences de l'adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne

Les Etats-Unis, suite à de fortes pressions politiques ou un cynisme diplomatique, décidèrent d'adhérer à la Convention de Berne (A). Cette adhésion aboutit à la sortie de nombreuses œuvres étrangères appartenant de fait au domaine public américain (B).

A. Loi de 1989 et l'impact de l'adhésion américaine à la Convention de Berne

L'adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne marqua un tournant dans la construction du modèle de protection américain. Cette adhésion aboutit à la fin des formalités conditionnelles obligatoires pour obtenir une protection par le copyright sur les œuvres (1). Ce changement drastique s'accompagna également de l'emergence d'une véritable protection légale pour les œuvres étrangères exploitées sur le territoire américain (2).

1) La fin des formalités conditionnelles

Convention de Berne (protection et publication). Le rôle et le sens de la publication hors Etats-Unis sont bien différents. Alors que les industries américaines du divertissement se développaient de plus en plus sur des marchés mondiaux, il était nécessaire d'harmoniser les différents rôles joués par la publication selon les lois nationales des pays hors Etats-Unis, l'Universal Copyright Convention et la Convention de Berne. L'objectif principal de la Convention de Berne de 1886 était que les auteurs puissent jouir dans les autres pays de l'Union des mêmes droits pour leurs œuvres que les nationaux de ces pays où la protection était demandée, soit la création d'une réelle harmonisation internationale de la propriété intellectuelle. La protection issue de la Convention de Berne dépendait en grande partie de comment la jurisprudence concernant la définition d'une « *publication* » serait développée dans les pays membres de la Convention. En effet, la Convention de Berne de 1886 ne définit pas le terme, seule une Déclaration du 4 mai 1896 le fait (largement reprise dans les Révisions de la Convention de Berne du 13 novembre 1908 – Berlin - et du 2 juin 1928 – Rome -), et dans ces termes : « *[b]y published works must be understood works actually issued to the public in one of the countries of the Union. Consequently, the presentation of a dramatic or dramatico-musical work, the performance of a musical work, the exhibition of a work of art, do not constitute publication in the sense of the aforementioned acts* »[998]. Le terme « publication » signifie, selon la Convention de Berne, la première fois que l'œuvre est communiquée ou diffusée au public. Selon la Universal Copyright Convention, la définition (différente de celle de la Convention de Berne) de la « *publication* » est : « *[p]ublication, as used in this Convention, means the reproduction in tangible form and the general distribution of copies of a work from which it can be read or otherwise visually perceived* »[999]. Définition assez limitée, notamment en ce qui concerne les œuvres musicales (ce qui s'accorde avec la conception de la publication aux US à cette époque) et la distribution des films cinématographiques (réalisée sous forme de licence à des distributeurs et exploitants, non au public directement). Les performances « live », les lectures et les expositions ne sont pas non plus couvertes par cette définition (au même titre que les œuvres musicales).

1955. Universal Copyright Convention. Avant l'entrée en vigueur de cette loi les auteurs américains étaient dépendants du fait de publier en premier lieu ou simultanément leur œuvre dans un pays signataire de la Convention de Berne. Le sens de « simultanément » a été quelque peu élargi au fil du temps, ne voulant plus dire « le même jour » mais « *within thirty days of its first publication* »[1000].

BCIA. En 1988, les Etats-Unis votèrent une nouvelle législation qui bouleversa leur système de protection par le copyright: la Berne Convention Implementation Act (ou « BCIA »)[1001]. Comme son nom l'indique, cette convention avait pour but l'intégration des termes de la Convention de Berne dans le droit américain et fait suite à la signature par les Etats-Unis de cette Convention la même année. Cette adhésion à la Convention de Berne par les Etats-Unis était selon certains ironique, car elle ne représentait que la volonté d'affirmer au monde une certaine position morale en adhérant au traité multilatéral concernant le copyright le plus important du monde[1002], sans pour autant s'y conformer pleinement. Mais elle fut un nouveau tournant significatif dans l'évolution du statutory copyright. Cette fois-ci, les Etats-Unis firent

[998] *Déclaration de Paris*, 1896, § 2
[999] *Universal Copyright Convention*, 6 septembre 1952, art. VI
[1000] Convention de Berne révisée de 1948
[1001] *Berne Convention Implementation Act of 1988*, Pub. L. No. 100-568, 102 Stat. 2853, 1988. Cette convention comportait 13 sections dont la plupart amendaient le droit du copyright.
[1002] D. NIMMER, *The impact of Berne on United States copyright law*, 8 Cardozo Arts & Ent. L. J. 27, 1989-1990, p. 29

le choix de se conformer encore un peu plus aux dispositions de la Convention de Berne. Suite à cette adhésion les formalités requises et obligatoires pour l'obtention du copyright furent abandonnées (ces formalités restent toutefois un bon moyen de faire valoir ces droits). Avec ce changement de régime juridique, toute protection par copyright était obtenue dès l'instant que les œuvres susceptibles d'être protégée étaient fixées dans une forme tangible. L'acte de publication (ou son absence) d'une œuvre protégée ne pouvait donc plus remettre en cause la protection du copyright associée à celle-ci telle que cela était le cas avant cette date.

La fin des formalités conditionnelles. L'impact le plus important de cette adhésion fut donc la fin des formalités conditionnelles à toute protection. En effet, si la Convention de Berne n'interdit pas les formalités, elle interdit toutes les formalités conditionnelles à l'obtention et la jouissance d'un copyright. Selon l'article 5(2) de la Convention, « *[l]a 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* »[1003]. Ainsi, les « *remedies* » basés sur des formalités, comme il peut y en avoir aux Etats-Unis, sont autorisés par la convention[1004]. De fait, les Etats-Unis ont dû abandonner leur « *notice of copyright* » et depuis 1988, aucune notice de copyright n'est nécessaire pour satisfaire les termes de la protection par le copyright selon la loi américaine[1005]. Néanmoins, continuer d'apposer une notice de copyright sur l'œuvre n'est pas désuet si l'auteur (ou le détenteur du copyright) souhaite obtenir une protection dans des pays n'appartenant pas à la Convention de Berne[1006].

Notice of copyright. Néanmoins, cette nouvelle conformité avec la Convention ne fut pas appliquée de manière rétroactive, et cela posa un problème. Toutes les œuvres publiées avant 1980, dont la notice de copyright n'était pas valable et n'ayant pas été enregistrée dans les cinq années suivant cette publication faisaient partie du domaine public[1007], quand bien même ce problème ne pourrait pas avoir lieu depuis la BCIA. Cette situation peut donc impliquer de grandes difficultés dans le calcul de la protection du copyright. Depuis la BCIA, il y a 3 niveaux d'analyse gouvernant la notice de copyright : 1/ la BCIA n'impose aucune obligation de notice de copyright pour les œuvres publiées à partir du 1er mars 1989 (fin des formalités conditionnelles); 2/ le Congrès a laissé intact les dispositions concernant la notice « *[w]ith respect to copies and phonerecords publicly distributed by authority of the copyright owner before the effective date [of the BCIA]* »[1008] ; 3/ la loi de 1976 préserve les dispositions concernant la notice de copyright de la loi de 1909[1009]. Ainsi, pour savoir si une œuvre (publiée en 1969 et republiée en 1983) est toujours protégée par le copyright américain, la notice de copyright de cette œuvre doit être étudiée au regard des dispositions des lois de 1909, de 1976, et de la BCIA, ce qui semble un lourd tribut pour une formalité censée avoir disparue du cadre de la loi américaine depuis l'entrée en vigueur de la BCIA[1010]. L'enregistrement de l'œuvre (dans le cadre de l'obtention d'un copyright) est une autre formalité qui a été changée dès l'adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne[1011], tout

[1003] Article 5(2) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886, révisée le 24 juillet 1976 à Paris.
[1004] D. NIMMER, *The impact of Berne on United States copyright law*, 8 Cardozo Arts & Ent. L. J. 27, 1989-1990, p. 30
[1005] 17 U.S.C. §401, 1988
[1006] D. NIMMER, *The impact of Berne on United States copyright law*, 8 Cardozo Arts & Ent. L. J. 27, 1989-1990, p. 31, note n° 32 de l'auteur
[1007] *Ibid*., pp. 32-33
[1008] 17 U.S.C. §§404(b), 405(a)-(b), 406(a)-(c), 1989
[1009] 17 U.S.C., Trans. Supp. Prov., §108, 1976
[1010] D. NIMMER, *The impact of Berne on United States copyright law*, 8 Cardozo Arts & Ent. L. J. 27, 1989-1990, p. 33-34
[1011] *Berne Convention Implementation Act of 1988*, § 109(a), Pub. L. No. 100-568, 102 Stat. 2853, 1988 (ces dispositions amendent les sections 408 et 411 du 17 U.S.C., 1989)

comme l'obligation d'enregistrement des transferts et cessions de copyrights[1012]. Mais ces changements ne concernent pas le cadre de notre étude. Mais au-delà de la fin des formalités conditionnelles à l'obtention du copyright, l'adhésion des Etats-Unis marqua le début d'une protection légale des œuvres étrangères éditées et distribuées sur le territoire américain (2).

2) Le début de la protection des œuvres étrangères éditées et distribuées sur le territoire américain

Domaine public et œuvres étrangères. L'article 18(1) de la Convention de Berne dispose que « *[l]a présente Convention s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de la protection* »[1013]. Ceci posa un problème aux Etats-Unis car cette disposition allait clairement à l'encontre de celles de la Convention Universelle sur le copyright dont les Etats-Unis étaient signataires depuis 1955[1014]. On pourrait s'interroger sur un éventuel problème de rétroactivité dû à l'adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne, mais celui-ci a été réglé par le Congrès. En effet, la BCIA disposait explicitement que toute œuvre appartenant au domaine public le resterait: « *[BCIA] does not provide copyright protection for any work that is in the public domain in the United States* »[1015]. Mais l'intégration du domaine de la propriété intellectuelle aux compétences de l'Organisation Mondiale du Commerce (« OMC ») et la signature, par les Etats-Unis, des Accords de Marrakech en 1994, changea drastiquement la donne.

Transposition de la Convention de Berne. En 1989, l'adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne marqua une étape essentielle du processus d'harmonisation du droit d'auteur et du copyright à l'échelle internationale. En effet, la Convention de Berne dispose dans son article 5(1), que « *[l]es 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* »[1016]. Dès lors, selon la Convention de Berne, les œuvres ayant pour pays d'origine l'un des Etats partie à la convention bénéficient, dans chacun des autres Etats signataires, de la même protection que celle que cet Etat accorde aux œuvres de ses auteurs nationaux.

Non-protection des œuvres étrangères. Pourtant, bien que partie à la Convention de Berne, les Etats-Unis n'accordaient pas, selon les circonstances, la protection de leur copyright sur leur territoire pour certaines œuvres étrangères (jusqu'en 1891, ils n'accordèrent même aucune protection aux œuvres non américaines)[1017]. En effet, aux Etats-Unis, de nombreuses

---

[1012] *Berne Convention Implementation Act of 1988*, § 109(a), Pub. L. No. 100-568, 102 Stat. 2853, 1988

[1013] Article 18 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886, révisée le 24 juillet 1976 à Paris

[1014] D. NIMMER, *The impact of Berne on United States copyright law*, 8 Cardozo Arts & Ent. L. J. 27, 1989-1990, p. 37

[1015] *Berne Convention Implementation Act of 1988*, § 12, Pub. L. No. 100-568, 102 Stat. 2853, 1988

[1016] *Convention de Berne*, article 5 (1)

[1017] *Golan v. Holder*, 132 S. Ct., 2012 : « *Of central importance in this case, Article 18 of Berne requires countries to protect the works of other member states unless the works' copyright term has expired in either the country where protection is claimed or the country of origin. A different system transnational copyright protection long prevailed in this country. Throughout most of the 20th century, the only foreign authors eligible for Copyright Act protection were those whose countries granted reciprocal rights to American authors and whose works were printed in the United States. Despite Article 18, when the United States joined Berne in 1989, it did not protect any foreign works lodged in the U.S. public domain, many of them works never protected here. In 1994, however, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property*

œuvres étrangères protégées dans leurs pays d'origine (par exemple les enregistrements de phonogramme) appartenaient au domaine public américain pour l'une des trois raisons suivantes: (a) le non-respect des formalités américaines d'obtention du copyright imposées par les lois pré-1989; (b) l'œuvre ne jouissait d'aucune protection aux Etats-Unis au moment de sa publication ; ou (c) les enregistrements de phonogramme pré-1972, car les Etats-Unis refusaient la protection fédérale pour les enregistrements de phonogramme américains ou étrangers avant cette date[1018].

Nouvelle compétence de l'OMC en matière de droit d'auteur. Les propositions formulées lors de l'Uruguay Round (1986-1994), ont garanti la pleine mise en œuvre de la Convention de Berne, en intégrant les questions de propriété intellectuelle dans les compétences de l'OMC. Et la signature le 8 décembre 1994 des Accords de Marrakech, qui concluaient les négociations de l'Uruguay Round, ont drastiquement changé la possibilité d'une « *approche minimaliste* »[1019] des dispositions de la Convention de Berne par les Etats-Unis. En faisant officiellement entrer dans une Section 514 la propriété intellectuelle dans l'éventail de compétences de l'OMC, ces accords validaient la mise en vigueur de la Convention de Berne[1020], et tout particulièrement son article 18[1021]. Selon cette section, tout pays signataire se devait d'accorder une protection sur son territoire aux œuvres artistiques étrangères, dès lors que celles-ci étaient protégées dans leur pays d'origine conformément au principe de la reconnaissance mutuelle de la protection[1022].

Accords ADPIC. Le respect des principes de réciprocité de protection et d'assimilation aux auteurs nationaux a été l'un des principaux objectifs de cette réforme d'envergure, et les Etats-Unis n'assurant jusqu'alors qu'une protection limitée pour les œuvres d'auteurs étrangers durent s'adapter à des exigences légales internationales qui n'étaient plus, désormais, facultatives. Car conformément à l'Accord sur les Aspects de la Propriété Intellectuelle touchant au Commerce (Accord « ADPIC » ou « TRIPS » en anglais) entré en vigueur en 1995, le non-respect de ces dispositions impliquerait l'ouverture d'une procédure de règlement des différends à l'encontre de l'Etat défaillant, qui pouvait d'ailleurs aboutir à d'éventuelles sanctions[1023]. Ce changement fut radical pour les Etats-Unis. Jusqu'alors, la

---

Rights mandated implementation of Berne's first 21 articles, on pain of enforcement by the World Trade Organization. In response, Congress applied the term of protection available to U.S. works to preexisting works from Berne member countries »

[1018] *Golan v. Holder,* 132 S. Ct. At 874-875, 2012 : « *The United States did not protect works from the country of origin at the time of publication ; the United States did not protect sound recordings fixed before 1972 ; or the author had failed to comply with U.S. statutory formalities (formalities Congress no longer requires as prerequisites to copyright protection)* »

[1019] *Golan v. Holder,* 132 S. Ct. At 874-875, 2012 : « *The Berne Convention Implementation Act of 1988 [...] made 'only those changes to American copyright law that [were] clearly required under the treaty's provisions* » (BCIA House Report, at 7)

[1020] *Uruguay Round Agreements Act*, Section 514, 1994

[1021] *Golan v. Holder*, 132 S. Ct. At 874-875, 2012

[1022] *Berne Convention*, version révisée de 1967, cité dans l'arrêt *Golan v. Holder* : « *Nationals of a member country, as well as any author who published in one of Berne's 164 member states, thus enjoy copyright protection in nations across the globe. Art. 2(6),3. Each country, moreover, must afford at least the minimum level of protection specified by Berne. The copyright term must span the author's lifetime, plus at least 50 additional years, whether or not the author has complied with a member state's legal formalities. Art. 5(2).7(1). And, as relevant here, a work must be protected abroad unless its copyright term has expired in either the country where protection is claimed or the country of origin. Art. 18(1)-(2)* »

[1023] *Golan v. Holder*, 132 S. Ct. At 873, 880-881, 2012, cité par E.J. SCHWARTZ, *Golan v. Holder : copyright « restoration »*, Landscape, Vol. 4, N°5, May/June 2012: "*The landscape changed in 1994, when the World Trade Organization (WTO) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) was completed and entered into force on January 1, 1996. TRIPS incorporated Articles 1 through 21 of Berne via Article 9 (with the exception of Article 6bis –the droit moral- which had itself been another major Berne implementation 'issue', […]. Most importantly, and the reason for section 514, was the TRIPS dispute settlement mechanism, which meant that retaliation across all WTO trade sectors, and including tariff and other retaliatory measures, could be applied for noncompliant countries. So, in the anticipation of the 'pain of WTO enforcement'*

seule mesure obligeant les pays signataires de la Convention de Berne à se conformer à ses dispositions était la procédure de résolution des différends devant la Cour Internationale de Justice. Mais cette disposition ne spécifiait aucune sanction particulière pour la non-conformité d'un Etat membre à la Convention de Berne et autorisait même les parties à se déclarer à tout moment « non obligée » par celle-ci. Il est donc peu surprenant qu'aucune procédure dans ce sens n'eut été lancée avant 1994.

Protection des œuvres étrangères. Les Etats-Unis furent donc dans l'obligation de réformer leur législation en matière de propriété intellectuelle. Suite à la signature de l'ADPIC, une nouvelle section fut insérée dans le Code des Etats-Unis : la *Section 104A* « *Copyright in restored works* »[1024], afin d'harmoniser la législation américaine avec les prescriptions de la Convention de Berne, spécialement son article 18, qui n'était toujours pas respecté aux Etats-Unis en 1994. Ainsi, depuis l'intégration de la Section 514 dans le droit américain, les Etats-Unis se doivent de garantir une protection identique aux œuvres étrangères et américaines sur son territoire. L'harmonisation découlant des Accords de Marrakech et ADPIC eut pour effet de « rétablir » le copyright sur certaines œuvres qui appartenaient au domaine public américain. Cette renaissance des droits fut confirmée dans le célèbre arrêt *Golan* de 2012, qui officialisa et valida donc la réduction considérable du domaine public américain du fait de l'application rétroactive de l'augmentation des délais de computation (B).

B. Arrêt *Golan* (2012) et application rétroactive de la loi de 1989

La question de la rétroactivité de la loi de 1989 et de son impact sur la qualification des œuvres étrangères appartenant au domaine public américain fut portée devant le juge lors de l'affaire *Golan* (1). La décision rendue fit « ressortir » certaines œuvres étrangères du domaine public américain, prolongeant dès lors leur protection (2).

1) Débat judiciaire sur la protection rétroactive des œuvres étrangères appartenant au domaine public américain

Arrêt *Golan v. Holder*[1025]. La renaissance des droits de protection sur certaines œuvres appartenant au domaine public américain suscita de vives contestations aux Etats-Unis, notamment de la part de nombreux musiciens, chefs d'orchestres et éditeurs de contenus qui exploitaient librement des œuvres désormais « sorties » du domaine public depuis l'entrée en vigueur de la Section 514. L'affaire *Golan v. Holder* fit donc l'objet d'une longue procédure qui débuta en 2001 devant la Cour de District du Colorado[1026], pour continuer devant la Cour d'appel du dixième circuit[1027], puis finalement se clore devant la Cour Suprême en 2012. Selon les requérants, le Congrès avait outrepassé ses pouvoirs issus de la Constitution américaine, notamment en ce qui concerne la copyright clause[1028]. Ils invoquaient également

[1024] Cet amendement correspond à la codification de la Section 514 des Accords de l'Uruguay Round
[1025] *Golan v. Holder*, 132 S. Ct., 2012
[1026] *Golan v. Ashcroft*, 310 F. Supp. 2d 1215 (D. Colo. 2004)
[1027] *Golan v. Gonzales*, No. 05-CV-1259, page 17 (10th Cir. September 4, 2004)
[1028] Copyright clause selon laquelle le Congrès ne peut octroyer aux auteurs que des droits d'exploitation limités (par le biais du copyright) dans le temps (U.S. Const., Art. I § 8, cl. 8): "*The Congress shall have Power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*"

que la Section 514 des Accords de l'Uruguay Round violait le Premier amendement relatif à la liberté d'expression, tout particulièrement la liberté de recevoir des idées et informations. Les juges de la Cour Suprême, rejetèrent l'ensemble des arguments des demandeurs au motif que la limitation des droits dans le temps n'était nullement incompatible avec le rétablissement du copyright, dès lors que celui-ci poursuivait aussi l'incitation à la communication des œuvres concernées. La Cour Suprême participa par cet arrêt à remettre en cause l'accusation longtemps portée à l'égard des Etats-Unis d'autoriser le pillage des œuvres étrangères.

Prolongation de fait du copyright. C'est l'allongement « *indirect* »[1029] de la durée du copyright américain qui fut contesté dans cette affaire, les requérants souhaitant continuer à exploiter des œuvres déjà tombées dans le domaine public américain. Selon eux, l'équivalence de protection du copyright accordée aux œuvres étrangères aux Etats-Unis ne devait être mise en place que pour l'avenir[1030]. Dans leur raisonnement, toute entrée dans le domaine public, quelle qu'en soit la raison, était définitive et aucun retour (par le biais de la protection du copyright) n'était envisageable et possible. Mais cette logique fut balayée par les juges qui, s'inscrivant dans la même tendance que l'Union européenne, décidèrent que la durée du copyright n'était pas immuable et que toute augmentation de celle-ci (malgré ses effets sur le domaine public) pouvait être appliquée rétroactivement, quand bien même la protection devait être « réactualisée » pour certaines œuvres appartenant au domaine public (2).

2) Une prolongation « de fait » de la durée de protection de certaines œuvres

Non immuabilité de la durée du copyright. S'appuyant sur le célèbre précédent *Eldred v. Aschroft*[1031], la Cour Suprême contesta ce raisonnement et affirma que la copyright clause[1032] n'avait pas pour effet de rendre immuable la durée du monopole[1033]. Selon la Cour Suprême, l'expression « *limited* » de la copyright clause excluait seulement la possibilité d'une durée perpétuelle du copyright, pas que cette durée fût prorogée[1034]. De plus, la durée de protection du copyright (et donc la durée des droits d'exploitation exclusive des œuvres protégées) si elle a pour objectif d'inciter à la création, a néanmoins pour but principal l'incitation à la diffusion des œuvres[1035]. Ces droits (droit d'auteur et copyright) répondent donc parfaitement « *aux*

[1029] P. MOURON, *Le rétablissement du copyright sur des œuvres tombées dans le domaine public (commentaire de l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis Golan vs Holder, 18 janvier 2012, n° 10-545)*, Communication Commerce Electronique n°12, Décembre 2012, étude 21, 2

[1030] Et concerner seulement des œuvres créées et publiées après la signature des Accords de Marrakech et ADPIC

[1031] *Eldred v. Aschroft*, n° 01-618, 15 janvier 2003, cet arrêt avait validé la constitutionalité de l'extension de la durée du copyright du Sonny Bono Copyright Term Extension Act de 1998 (extension de 20 années supplémentaires)

[1032] Pour rappel : Article I, Section 8, Clause 8 of the United States Constitution : « *The Congress shall have power […] [t]o promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries* »

[1033] *Golan v. Holder*, 132 S. Ct., 2012, Justice Ginsburg citant l'affaire *Eldred* (537 U.S. 186, 199, 2003): « *we declined to infer from the text of the Copyright Clause the command that a time prescription, once set, becomes forever 'fixed' or 'inalterable'* »

[1034] *Golan v. Holder*, 132 S. Ct., 2012: « *The terms afforded works restored by §514 are no less 'limited' than those the CTEA lengthened. In light of Eldred, petitioners do not here contend that the term Congress has granted U.S. authors- their lifetimes, plus 70 years-is unlimited* »

[1035] *Golan v. Holder*, 132 S. Ct., 2012: « *Congress rationally could have concluded that adherence to Berne 'promotes the diffusion of knowledge' […]. A well-functioning international copyright system would likely encourage the dissemination of existing and future works. […] Full compliance with Berne, Congress had reason to believe, would expand the foreign markets available to U.S. authors and inivigorate protection against piracy of U.S. works abroad, […], thereby benefitting copyright-intensive industries stateside and inducing greater investment in the creative process. The provision of incentives for the creation of new works is surely an essantial means to advance the spread of knowledge and learning* »

besoins de réservation de valeurs économiques nouvelles nées de la seule activité humaine »[1036] et les juges de la Cour Suprême rejetèrent la logique juridique et économique selon laquelle le domaine public était le seul catalyseur de créativité. Elle valida ainsi entièrement le dispositif prévoyant le rétablissement du copyright sur des œuvres tombées dans le domaine public, et confirma le choix du Congrès américain[1037] d'adhérer pleinement à la Convention de Berne, renforçant ainsi la « *standardisation internationale du copyright/droit d'auteur* »[1038].
Mais cette renaissance de certains droits ne fut pas la seule étape dans la réduction du domaine public américain. Suite à un important lobbying des ayants droit américain, le législateur décida d'allonger la durée de protection du copyright (§II).

§II. Nouvelle prorogation du délai de protection du copyright américain

Un nouveau débat concernant un potentiel allongement de vingt années supplémentaires de la durée du copyright américain débuta dès le milieu des années 1990 (A'), et ce furent finalement les pro-prorogations qui l'emportèrent avec la signature du *Copyright Term Extension Act* de 1998 (B'). Cet allongement de vingt ans de la durée des droits fut confirmé définitivement par l'arrêt *Eldred v. Ashcroft*[1039] (C').

A'. Nouveau débat concernant la durée de protection du copyright américain

Alors qu'il fut proposé au législateur américain de proroger la durée du copyright, de nombreux opposants s'indignèrent de la mise en place d'une nouvelle extension de la durée de la protection du modèle américain (1). En réponse à cette levée de bouclier de nombreuses justifications furent présentées (2), mais c'est sûrement l'argument selon lequel les Etats-Unis devaient aligner la durée du copyright sur celle du droit d'auteur européen qui fut la plus vivement défendue (3).

[1036] J-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, Mélanges A. Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 289, cité par P. MOURON, *Le rétablissement du copyright sur des œuvres tombées dans le domaine public (commentaire de l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis Golan vs Holder, 18 janvier 2012, n° 10-545)*, Communication Commerce Electronique n°12, Décembre 2012, étude 21, 2

[1037] *Golan v. Holder*, 132 S. Ct. at Opinion of the Court, IV, 2012: « *Congress determined that U. S. interests were best served by our full participation in the dominant system of international copyright protection. Those interests include ensuring exemplary compliance with our international obligations, securing greater protection for U. S. authors abroad, and remedying unequal treatment of foreign authors. The judgment §514 expresses lies well within the ken of the political branches* »

[1038] P. MOURON, *Le rétablissement du copyright sur des œuvres tombées dans le domaine public (commentaire de l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis Golan vs Holder, 18 janvier 2012, n° 10-545)*, Communication Commerce Electronique n°12, Décembre 2012, étude 21, 2

[1039] *The Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827, 1998, signé par le Président Clinton le 27 octobre 1998

1) Le refus catégorique de toute augmentation du terme du copyright

Opposants à l'extension. Les opposants à cette prolongation de la durée du copyright s'interrogèrent sur la réelle efficience d'une durée additionnelle de vingt années quant à l'incitation à la création des auteurs américains et dénonçaient ce qui semblait pour eux être un outil de rentes plus que de promotion de la créativité (encore plus en ce qui concernait le caractère rétroactif de cette loi)[1040]. En 1995, alors que le CTEA n'avait encore que la forme d'un projet de loi, le professeur Hamilton s'insurgeait à propos de l'argument de l'incitation à la création. Selon lui, aucune étude empirique n'avait jusqu'alors prouvé l'intérêt d'un tel allongement sur la créativité[1041]. B. A. Lehman, alors assistant du Secrétaire au Commerce des Etats-Unis et Commissioner of Patents and Trademarks, souhaitait lui aussi que la décision d'appliquer une augmentation de la durée du copyright soit réalisée après une étude des avantages/inconvénients de celle-ci, considérant que cette prorogation n'était pas aussi urgente que les précédentes[1042]. L'éminent juriste R. A. Posner allait plus loin et considérait que cette extension, quelle qu'en soit la forme, n'aurait aucun impact sur la créativité, vue la durée déjà appliquée par le législateur américain[1043]. De plus, pour de nombreux auteurs opposés au CTEA, le traitement « inégal » appliqué aux auteurs américains au sein de l'Union européenne n'était pas une excuse pour copier ce mauvais système qui favorisait une minorité d'ayants droit sur des œuvres anciennes mais toujours économiquement prolifiques plutôt que le public[1044].

Défense du domaine public. D'autres juristes et professeurs de droit spécialisés s'inquiétèrent également du message qui serait envoyé par le Congrès dans le cas où le CTEA était promulgué, car rien n'empêcherait les titulaires de copyright d'obtenir des extensions futures et successives, dès lors que le risque de voir tomber leurs œuvres dans le domaine se rapprochait. Ceci aboutirait à un terme du copyright pratiquement perpétuel, ce qui irait à l'encontre de la copyright clause et de l'intérêt du public[1045]. De plus, une prolongation de

---

[1040] « *Since the grant of an additional term for these works by definition could not provide incentives for their creation, it could not promote the progress of science* », S. PERLMUTTER, *Participation in the international copyright system as a means to promote the progress of science and useful arts*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 323, Fall 2002, cité par K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 466

[1041] M. A. HAMILTON, *Copyright duration extension and the dark heart of copyright* », 14 Cardozo Arts & Ent. L.J., 655, 1996, p. 657: « *there is no factual study that shows how much incentive is enough to further creative activity, or what kinds of incentives work: money, control, or time. The fact is, we do not really know what difference twenty extra years would make*»

[1042] B. A. LEHMAN, *Copyright Term, Film Labeling and Film Preservation Legislation: The copyright term extension act, Hearings on H.R. 989 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the House Comm. on the Judiciary,* 104th Cong., 1st Sess., 1995, at 215, cité par J. L. DIXON, *The copyright term extension act : is life plus seventy too much ?*, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J., 945, 1995-1996, p. 976: « *each time the term of protection was increased in the past, there appeared to be ample justification for increasing the term […] [T]oday the need to increase the copyright term is not as pressing as it was in 1831, 1909, or 1978 […]* »

[1043] R. A. POSNER, *How long should a copyright last?*, 50 J. Copyright Soc'y U.S.A., 1, 2002-2003: « *further term extensions, whatever their precise form, will not, given the existing term, increase the incentive to create new expressive works, is clearly correct* »

[1044] D. KARJALA, *Copyright Term, Film Labeling and Film Preservation Legislation: The copyright term extension act, Hearings on H.R. 989 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the House Comm. on the Judiciary,* 104th Cong., 1st Sess., 1995, at 291, cité par J. L. DIXON, *The copyright term extension act : is life plus seventy too much ?*, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J., 945, 1995-1996, p. 979: « *mimicking a bad European move that favors the owners of a few old, but economically valuable, copyrights over the interests of the general public* »

[1045] *Eldred v. Ashcroft*, 01-618, *Brief Amicus Curiae of T. T. Ochoa, M. Rose, E. C. Walterscheid, The Organization of American historians, and H-Law : humanities and social sciences online in support of petitioners, in Support of Petitioners on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit,* May 20, 2002, p. 29: « *[t]he Framers were wary about allowing perpetual monopolies, and there is every reason to believe that they would have been as skeptical as the British paphleteer of 1735 who remarked that allowing and endless series of term extensions would establish a de facto perpetual monopoly, 'a Thing deservedly odious in the Eye of the Law'. His warning seems as relevant today as they did then: If the CTEA is upheld, what is to prevent the great copyright holders from obtaining further extensions again*

vingt ans de la durée du copyright représentait autant d'années supplémentaires pendant lesquelles le public n'aurait pas aisément accès à des œuvres qui étaient censées « tomber » dans le domaine public, ce qui allait clairement à l'encontre de la dimension utilitariste du copyright américain. Dès les origines du copyright (fin du XVIIIème), il a toujours été considéré que l'intérêt et les droits du public étaient plus forts et importants que ceux des auteurs et créateurs. La Cour Suprême l'a d'ailleurs rappelé dès 1948 dans une affaire *United States v. Paramount Pictures*[1046].

Coût social. Mais le véritable coût social de cette prolongation concerne les œuvres dérivées d'œuvres existantes. En effet, ces œuvres dérivées ne voient parfois pas le jour, et ceci, pour plusieurs potentielles raisons : l'auteur de l'œuvre dérivée n'a pas obtenu l'autorisation de l'auteur ou des ayants-droits de l'œuvre première, toujours protégée par le copyright[1047]; ou malgré l'autorisation, l'auteur de l'œuvre dérivée n'a pas les moyens de payer une licence d'adaptation. Ainsi, nombre d'œuvres nouvelles, potentiellement bénéfiques socialement, ne voient pas le jour car le copyright peut être une entrave à la création. Si cette barrière à la création est logique car elle permet de garantir un juste revenu aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, elle n'en devient pas moins problématique quand elle ne permet plus de développer la création de nouvelles œuvres et donc l'incitation à la création. De plus, tant qu'une œuvre est protégée par le copyright, son usage est payant. Or, quelqu'un doit payer ces royalties, et il s'agit du dernier maillon de la chaîne d'exploitation commerciale de l'œuvre : le consommateur. Ainsi, l'augmentation de la durée du copyright implique en soit que c'est effectivement le public qui devra s'acquitter des royalties dégagés sur cette période supplémentaire pour jouir de l'usage d'une œuvre.

Opposition de nature. Les opposants au CTEA soulevèrent également que le copyright américain n'avait rien à voir, dans ses fondements, avec la dimension naturaliste du droit d'auteur européen qui avait d'ailleurs influencé le choix d'une durée de soixante-dix ans post mortem auctoris[1048]. Le copyright américain est un droit positif issu de la loi, et non un droit naturel de propriété[1049]. De plus, le domaine public et donc une durée limitée du copyright sont la source nécessaire et incontournable du processus de création selon eux[1050]. Cette extension de la durée du copyright paraît clairement inconsistante avec la tradition américaine

---

and again, as often as the old ones expire? In the words of the pamphleteer, it will be 'a great Cramp to Trade, a Discouragement to Learning, no Benefit to the Authors, but a general Tax on the Publick ; and all this only to increase the private Gain of the Booksellers »

[1046] *United States v. Paramount Pictures, Inc. et al.*, 334 U.S. 131, 158, 77 U.S.P.Q. (BNA) 243, 1948: « *copyright law, like the patent statutes, makes reward to the owner a secondary consideration* », cité par A. PACKARD, *Copyright term extensions, the public domain and intertextuality intertwined*, 10 J. Intell. Prop. L. 1, 2002-2003, note n° 18 de l'auteur, p. 15

[1047] D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 227

[1048] A. PACKARD, *Copyright term extensions, the public domain and intertextuality intertwined*, 10 J. Intell. Prop. L. 1, 2002-2003, p. 8

[1049] *Fox Film Corp. v. Doyal,* 286 U.S. 123, 127, 13 U.S.P.Q. (BNA) 243, 1932, « *As this Court has repeatedly said, the Congress did not sanction an existing right but created a new one* », cité par A. PACKARD, *Copyright term extensions, the public domain and intertextuality intertwined*, 10 J. Intell. Prop. L. 1, 2002-2003, p. 20: « *Although our founding fathers were heavily influenced by the natural rights theory, they recognized perpetual copyright to be a monopoly that they opposed. They justified granted limited exclusive rights to copyright holders on the theory that the public would eventually have access to a greater body of knowledge, now generally understood to be the public domain* »

[1050] *Eldred v. Ashcroft*, 01-618, *On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief of Intellectual Property Law Professors as Amici Curiae supporting petitioners*, p. 12: « *[t]he public domain is the reservoir for the raw material that authors and inventors use to create new writings and discoveries. […] The Framers' understanding of the need for limited terms had been shaped by the disastrous English experience with perpetual copyright. The Stationers' copyright, granted by the Tudor monarchs to the stationer's publishing cartel, functioned to suppress both dissent and competition. The censorship and anticompetitive effects of the Stationers' copyright had led the English Parliament to abolish perpetual copyright and enact in its place a limited, fourteen year exclusive right to print and publish books, subject to a single fourteen year renewal if the author survived the expiration of the initial term* »

de la balance des intérêts entre l'auteur et le public[1051]. Une tradition qui pour certains est à l'origine du fonds mondial de créations culturelles le plus important du monde[1052].

Le faux argument de l'incitation à la création. Penser que l'augmentation de la durée du copyright de vingt années supplémentaires va motiver encore plus les auteurs d'œuvres est considéré comme « *ridicule* »[1053]. Car imaginer que leur processus de création augmentera à l'idée que leurs descendants toucheront des royalties sur plus de générations (que sous le régime du Copyright Act de 1976) paraît absurde. Surtout sachant que généralement, les auteurs cédaient leurs droits en amont de l'exploitation commerciale de l'œuvre. Ainsi, la prolongation bénéficiera finalement plus aux ayants-droits qu'aux auteurs eux-mêmes. L'incitation à la création ne peut donc concerner les œuvres déjà créées. De plus, bon nombre d'auteurs dont les œuvres bénéficieront de cette prolongation (alors que leurs œuvres étaient proches d'entrer dans le domaine public) sont décédés. Tandis que le coût pour la société, est lui, bien réel : l'augmentation de vingt années correspond à autant d'années pendant lesquelles un nombre très important d'œuvres ne tomberont pas dans le domaine public et dont les adaptations ou les œuvres dérivées ne pourront voir le jour sans autorisation et rémunération des ayants-droits[1054]. Il ne faut pas oublier que l'incitation à la création provient également des œuvres du domaine public, qui servent de source d'inspiration ou font l'objet d'adaptations ou de nouvelles interprétations. On ne cite plus le cas Disney qui a largement fondé son empire sur le domaine public.

Défaut de preuves tangibles et réelles. Il n'existe aucune preuve concrète que cette prolongation puisse participer à augmenter l'incitation à la création. La plupart des rapports présentés pendant les débats concernant la rédaction du CTEA stipulaient que l'extension de la durée du copyright permettrait d'inciter les entreprises productrices d'œuvres à la création : la prolongation de vingt ans permettrait de subventionner de nouveaux films. Néanmoins, cela semble plus être une incitation au régime de rentes à l'entreprise qu'une incitation à la création[1055]. Finalement, si l'objet du CTEA était de récompenser les auteurs par le biais de l'incitation à la création, alors ce texte devrait se focaliser uniquement sur la durée des droits de l'auteur, et non ceux des titulaires de copyright[1056]. Ou alors l'on considère officiellement que les nouveaux créateurs sont les investisseurs, car ce sont eux qui offrent les moyens de la création.

Economie. Les pros CTEA appuyant majoritairement leur argumentaire sur la dimension économique de l'enjeu d'une extension de la durée du copyright, les opposants à la loi en firent de même. D'un point de vue économique les opposants à la nouvelle loi soulevaient que le marché de la propriété intellectuelle américaine commercialisée à l'étranger avait plus de chances d'atteindre son pic durant les premières années de la vie économique de l'œuvre

---

[1051] *Sony Corp. v. universal City Studios, Inc.,* 464 U.S. 417, 429, 1984, cité par Hon. H. BROWN et D. MILLER, *Copyright term extension : sapping American creativity*, 44 J. Copyright Soc'y, U.S.A., 94, 1996-1997, p. 99: « *[t]he Constitution erects at least three boundaries around copyright policy : First, the duration of the copyright term must be 'limited' ; second, Congress must secure the right to authors ; third, the copyright policy must promote the 'useful arts'. In 1984, the Supreme Court highlighted this special charge when it noted that, '(a)s the text of the constitution makes plain, it is congress that has been assigned the task of defining the scope of the limited monopoly that should be granted to authors or to inventors in order to give the public appropriate access to their work product'*»

[1052] Hon. H. BROWN et D. MILLER, *Copyright term extension : sapping American creativity*, 44 J. Copyright Soc'y, U.S.A., 94, 1996-1997, p. 99: « *a tradition that has produced perhaps the best body of artistic work on earth* »

[1053] "*Ludicrous*", Hon. H. BROWN et D. MILLER, *Copyright term extension : sapping American creativity*, 44 J. Copyright Soc'y, U.S.A., 94, 1996-1997, p. 98

[1054] Hon. H. BROWN et D. MILLER, *Copyright term extension : sapping American creativity*, 44 J. Copyright Soc'y, U.S.A., 94, 1996-1997, p. 98

[1055] *Ibid*., p. 99

[1056] *Ibid*., p. 99

plutôt qu'au terme de la vie de l'auteur plus soixante-dix ans. Ainsi, le coût social d'une extension de la durée du copyright s'avérait plus grand que le véritable gain obtenu par les auteurs et les ayants-droits[1057].

Prorogations et perpétuité. Gifford accusait même le Congrès de poursuivre une course à l'extension par étapes pour atteindre une protection perpétuelle des œuvres[1058]. Néanmoins, techniquement, cette prolongation de la durée du copyright de 1998 n'était pas « rétroactive ». Le Sonny Bono Act ne « ressortait » aucune œuvre américaine du domaine public (seules des œuvres étrangères étaient concernées) et l'application de cette loi n'aurait pour conséquence que le retardement de l'entrée dans le domaine public de certaines œuvres qui approchaient du terme de leur copyright[1059]. Nimmer, qui avait soulevé certaines inquiétudes concernant la perspective de copyrights perpétuels et de prolongations rétroactives, ne s'opposait néanmoins pas à de potentielles prorogations de durée[1060]. D'ailleurs, vu sous l'angle d'un marché global de la propriété intellectuelle, ces extensions de la durée du copyright apparaissaient selon lui comme logiques, économiquement parlant[1061]. Point de vue défendu par de nombreux acteurs du secteur (2).

2) Les justifications d'une augmentation de la durée de protection du copyright

De nombreuses justifications, plus ou moins pertinentes, ont été portées à l'appui de la prolongation de vingt ans du copyright : l'incitation à la création, le maintien d'un contrôle de l'auteur sur son œuvre, l'allongement de la vie commerciale des œuvres (lié aux évolutions de la technologie), la valeur du domaine public et la préservation des œuvres anciennes, et l'application d'une juste rémunération des auteurs qui passait par l'harmonisation avec le droit d'auteur européen (et l'équilibre de la balance commerciale)[1062].

L'incitation à la création. Les pertes de revenus occasionnées par le passage dans le domaine public d'œuvres peuvent être considérables. Dans le *Brief for the Petitioners in Eldred v. Ashcroft* le manque à gagner des auteurs américains a été estimé à 317 millions de dollars[1063]. L'allongement de la durée de vie (et assurer la rémunération de deux générations d'héritiers de l'auteur)[1064], augmenter l'encouragement créatif (« *incentive-to-create* ») ou encore encourager la préservation des œuvres anciennes sont autant d'arguments soulevés par

[1057] A. PACKARD, *Copyright term extensions, the public domain and intertextuality intertwined*, 10 J. Intell. Prop. L. 1, 2002-2003, p. 8: « *the social costs of depriving the public domain of any new works until the year of 2018 are unlikely to justify the potential benefit to copyright holders who profit from term extensions* »

[1058] C. N. GIFFORD, *The Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, 30 U. Mem. L. Rev. 363, 398, 2000 et p. 385-386 : « *[i]f history repeats itself, the owners of these copyrights will lobby Congress for a third term extension in 2018, just as they did for the first time in the 1970's and again in the 1990's* »

[1059] J. GINSBURG, *Copyright legislation for the « Digital Millennium* », 23 Colum.- VLA J. L. & Arts, 137, 1999-2000, p. 173

[1060] M. NIMMER, *Does copyright abridge the first Amendment guaranties of free speech and the press?*, 17 UCLA L. Rev. p.1195, cité par A. PACKARD, *Copyright term extensions, the public domain and intertextuality intertwined*, 10 J. Intell. Prop. L. 1, 2002-2003, note n° 89 de l'auteur, p. 13

[1061] A. PACKARD, *Copyright term extensions, the public domain and intertextuality intertwined*, 10 J. Intell. Prop. L. 1, 2002-2003, p 13

[1062] D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 222, 224, 225, 227 et 228

[1063] *Eldred v. Ashcroft*, *Brief for Petitioner*, 537 U.S. 186, n° 01-618, 2003, WL 1041928, 2002, p. 7: « *because of CTEA, the public will [...] have to pay an additional 317 million [dollars] annually in royalties* »

[1064] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, 537 U.S. 207 : « *[Members of the Congress had expressed the concern that the pre-CTEA term was inadequate to] secure the right to profit from licensing one's work during one's lifetime and to take pride and comfort in knowing that one's children –and perhaps their children – might also benefit from one's posthumous popularity* »

les pros CTEA[1065]. Cet argument de l'incitation créatrice pour justifier la nécessité d'une prolongation de la durée du copyright reposait sur la logique suivante : une durée du copyright plus longue impliquerait que l'auteur soit plus à-même de générer de l'argent grâce à son travail, ce qui aurait pour conséquence ex ante d'augmenter son désir créatif[1066].

Œuvres déjà créées. Mais il est en premier lieu évident que l'augmentation de l'incitation créatrice n'a pas de raison d'être dans le cas des œuvres déjà créées[1067]. En effet, quelle pourrait être la motivation supplémentaire d'une protection complémentaire pour un auteur dont le travail a déjà été effectué et l'œuvre créée ? La motivation à la création existe en amont du processus de création, et il semble ainsi quelque peu folklorique de croire qu'une prolongation de la durée du copyright sur les œuvres existantes va encourager à la création les auteurs de ces œuvres. Pourtant il a été défendu que l'auteur serait plus incité à créer voyant l'application d'une durée plus longue du copyright sur ses œuvres existantes, car il percevrait le signal que le Congrès pourrait être potentiellement aussi gracieux avec ses futurs travaux qu'avec les œuvres ayant bénéficié de ce « bonus ». Mais avec une durée du copyright égale à la vie de l'auteur plus soixante-dix ans (selon les dispositions du CTEA) l'argument de l'intention supplémentaire (« *added incentive* ») n'a pas été pris de manière très sérieuse[1068].

Maintien d'un contrôle de l'auteur sur son œuvre. Il est aisément compréhensible que la considération de l'auteur pour son œuvre soit élevée, et que celui-ci ne souhaite pas que son œuvre soit adaptée ou utilisée de manière inadaptée ou irrespectueuse. Celui-ci étant le plus à même de savoir quelle utilisation doit être fait de son œuvre ou non. Il est néanmoins plus compliqué de maintenir cet argument dans le cadre d'un copyright détenu par des cessionnaires ou même par les héritiers dudit auteur. En effet, rien ne prouve (ou n'a prouvé) qu'ils sauront préserver les volontés de l'auteur concernant l'usage de son œuvre ou garantiront la préservation du « sens » de l'œuvre définie par son auteur[1069].

L'allongement de la vie commerciale des œuvres. Selon le Sénat américain, du fait de l'avancée technologique concernant les moyens de communication et de diffusion, les œuvres auraient une vie commerciale plus longue qu'auparavant et génèreraient donc des royalties

---

[1065] K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 460 et 461: « *Among the reasons given as to the need for the CTEA were to : 'safeguard the Nation's economic interests and those of America's creators in the protection of copyrighted works abroad ;' 'ensure that profits generated from the sale of U.S. intellectual property abroad will come back to the United States;''ensure adequate protection for American works in foreign nations and the continued economic benfits of a healthy surplus balance of trade in the exploitation of copyrighted works;' to enhance certainty in international business dealings; '[avoid] a loss for American creators and the economy of the benefits of 20 years of international copyright protection that they might otherwise have…and [protect] our Nation's economic interests in copyrighted works, and more importantly, the interests of American authors and their families (emphasis added);' 'provide significant trade benefits by substantially harmonizing U.S. copyright law to that of the European Union while ensuring fair compensation for American creators who deserve to benefit fully from the exploitation of their works ;' and '[insure] European works will have 20 years more security and revenues in the marketplace. The songwriter Carlos Santana summed up the feelings of artists in his statement submitted to the Senate Judiciary Committee : 'As an American songwriter whose works are performed throughout the world, I find it unacceptable that I am accorded inferior copyright protection in the world marketplace'* »

[1066] W. M. POSNER & R. A. POSNER, *Economic structure of intellectual property law 1*, 2003, p. 212, cité par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.3

[1067] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.3, *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, *Amicus Brief in Support of Petitioners on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit,* May 20, 2002, note n° 12, ou encore S. J. LIEBOWITZ & S. MARGOLIS, *Seventeen famous economists weigh in on copyright : the role of theory, empirics, and network effects*, 18 Harv. J. L. & T., 2, 2005, p. 437-438

[1068] L. B. SOLUM, *Congress's power to promote the progress of science: Eldred v. Ashcroft,* 36 Loy. L.A. L. Rev. 1, 77, 2002, citée par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, note n° 5 de l'auteur, p.3

[1069] D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 223

pendant une plus longue période (en application de cet argument les œuvres d'Homère et la Bible devraient toujours être protégées par le copyright)[1070]. Mais aucune proposition n'a été faite pour expliquer en quoi prolonger la durée du copyright des œuvres faisant toujours l'objet d'un intérêt commercial participait à la promotion du progrès de la science[1071].

Valeur du domaine public et préservation des œuvres anciennes. Les partisans du CTEA prônèrent également que l'extension du copyright ne coûterait pas au public, tandis que la durée actuelle du copyright impliquait que certains auteurs et ayants-droits ne touchent plus de royalties alors même que leurs œuvres étaient toujours exploitées économiquement. Selon eux, cette attitude était d'autant plus incongrue que le prix de vente d'œuvres appartenant au domaine public était souvent le même que celui des œuvres toujours protégées par le copyright[1072]. Néanmoins, suivant les exemples étudiés, cet argument pouvait s'avérer totalement fallacieux[1073]. Il est à nuancer : tout d'abord il n'est pas dit que la quote-part du prix correspondant aux royalties ne sera pas absorbée dans la marge de l'éditeur ou du diffuseur de l'œuvre, ce qui peut expliquer que les prix des œuvres du domaine public ne soient pas moins élevés que ceux des œuvres protégées par le copyright. Ensuite, la création d'internet et le développement de la numérisation permet aujourd'hui de facilement trouver une copie gratuite d'une œuvre appartenant au domaine public, voire de la copier, et ceci en toute légalité[1074]. Cette liberté d'exploiter, adapter ou encore distribuer et diffuser des œuvres libres de droit a permis de nombreuses créations, notamment la production de nombreuses adaptations ou œuvres dérivées[1075]. Selon les opposants au CTEA, le domaine public n'a jamais eu pour but d'être un cimetière d'œuvres n'ayant plus de valeur commerciale, mais bien que le public puisse avoir aisément accès à des œuvres toujours valables[1076].

[1070] *Ibid*., p. 224

[1071] *Ibid*.

[1072] A. R. MILLER, *Copyright term extension : boon for American creators and the American economy*, 45 J. Copyright Soc'y U.S.A., 319, 1997-1998, p. 324: « *[…], when copyrighted works enter the public domain, the compact discs, books, posters, prints, and other copies incorporating the work do not become 'free' to the public. Paperback editions of Shakespeare's public domain 'Hamlet' are no less expensive than paperback copies of Elmore Leonard's copyrighted 'Get Shorty' – and the public paid the same price for a ticket to see the major motion picture based on each. Significantly, however, in the absence of term extension, American authors will be denied twenty years of royalties both in this country and abroad and the nation will lose the undeniable trade benefits of term extension* »

[1073] D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 225-226, voir note n° 105 de l'auteur; voir également Hon. H. BROWN et D. MILLER, *Copyright term extension : sapping American creativity*, 44 J. Copyright Soc'y, U.S.A., 94, 1996-1997, p. 101: « *In 1993, Willa Cather's'My Antonia' went into the public domain. In 1994, seven new editions appeared costing from 2 to 4 dollars, thereby making the story availble to many more people. Increasing public access to stories and ideas is the value of public domain. Bantam Books conducted a study on so-called classics. They determined the following: more than 23 million classics are sold each year; over half of all classics to high schools and colleges. Now, assume royalties are about ten percent of the cover price, assume the price of those books is $15.00, and assume all works are copyrighted (which is unlikely since many are public domain works). If these facts remain constant for 20 years, that means the public pays out $345,000,000 in royalties, just for these books just in high school and college, over a 20 year period. That is $345 million that could go elsewhere in education. Saving valuable resources or allocating more for education is the value of the public domain* »

[1074] H.R. REP. No. 105-452, 1998, Committee on the Judiciary on H.R. 2589, cité par K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 458: « *anyone may perform the work, display the work, make copies of the work, distribute copies of the work, and create derivative works based on the work without first having to get authorization from the copyright holder* »

[1075] K. SLAVITT, *The copyright term extension act: we may know the words, but can we find the harmony?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 458: « *[n]umerous works have fallen into the public domain, and later been rewritten into a more 'modern' format. As an example, 'The Tragicall History of Romeus and Juliet' was rewritten by Shakespere into 'Romeo and Juliet', which was then made into 'West Side Story'. The Disney empire has also benefited with works from the public domain : the 'Hunchback of Notre Dame' and 'Pochahontas' as well as the 'Little Mermaid' (written by Hans Christian Anderson), 'Aladdin', 'Cinderella' and 'Snow White' (written by the Brothers Grimm), 'Hercules', 'Sleeping Beauty', 'Beauty and the Beast', and 'Mulan'. As an incentives argument, this is powerful : putting works into the public domain faster (i.e., due to a shorter copyright term) will help create more Disneys* »

[1076] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, *On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief of Intellectual Property Law Professors as Amici Curiae supporting petitioners*, p. 20: « *[t]he basis for restricting copyright terms to 'Limited Times' is to enable broad public availability while the work is still valuable.*

Arguments complémentaires. D'autres arguments économiques liés à l'entrée des œuvres dans le domaine public et en faveur d'un prolongement de la durée du copyright ont été émis par les pros CTEA: la sous-utilisation des œuvres du domaine public (« *underuse* »), leur surutilisation (« *overuse* ») et leur ternissement (« *tarnishment* »)[1077].

Hypothèse de sous-utilisation ou la théorie des « biens publics ». Les partisans de la prolongation du copyright ont soutenu que sans une protection additionnelle, les sociétés d'édition de contenus ne seraient pas assez motivées pour préserver, protéger, et commercialiser les œuvres anciennes, tandis qu'une prolongation de la durée du copyright motiverait la restauration, la numérisation et la distribution d'œuvres approchant de leur entrée dans le domaine public[1078]. Ils proclamaient que sans les protections que le copyright fournit, les œuvres tombées dans le domaine public seraient sous-utilisées (« *underused* »). C'est l'argument économique classique du problème des « biens publics » qui stipule que certains biens intangibles seraient sous-distribués (et donc difficilement accessibles pour le public) si les producteurs n'avaient pas la possibilité d'exclure les usagers non-autorisés[1079]. La propriété intellectuelle implique de lourds investissements à la création, mais une fois réalisée, elle peut être reproduite pour très peu de frais et être utilisée par tous (la propriété intellectuelle étant non rivale[1080] et non exclusive[1081])[1082]. C'est ce qu'expliquait Bruce Lehman, ancien Commissioner of Patents and Trademarks, devant le Congrès : « *[T]here is ample evidence that shows that once a work falls into the public domain it is neither cheaper nor more widely available than most works protected by copyright. One reason quality copies of public domain works are not widely available may be because publishers will not publish a work that is in the public domain for fear that they will not be able to recoup their investment or earn enough profit* »[1083].

Ainsi, les œuvres deviendraient moins accessibles au public lorsqu'elles font partie du domaine public. Cette hypothèse fut également soulevée par Landes et Posner et s'appuyait sur des considérations économiques: « *an absence of protection for intangible works may lead to inefficiencies because of impaired incentives to invest in maintining and exploiting those works* »[1084]. Notamment du fait des technologies modernes, les créateurs de propriété intellectuelle ont beaucoup de difficultés à empêcher le public d'utiliser leurs créations sans en payer le prix (on pense tout de suite au téléchargement et au streaming d'œuvres en format

---

Moreover, the expiration of copyright does not prevent authors from continuing to develop and exploit their creations ; it simply allows the public unrestricted access on an equal footing »

[1077] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.13

[1078] D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 218, néanmoins « *[o]thers testified that, in the case of films of cultural and social value, but with little economic value, were 'orphan works' for which copyright ownership could not be determined. In these cases term extension would inhibit, rather than promote, film restoration by archivists and others who do it more as a labor of love than economic benefits* ». , même article, p. 218

[1079] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, et note n°8 et 9 des auteurs, p.4

[1080] Le fait de faire usage du bien public ne diminue pas sa quantité pour les autres utilisateurs. Par exemple : respirer de l'air ne diminue pas la quantité disponible d'air

[1081] Une fois que le bien public est créé, tout le monde peut en profiter et en faire usage

[1082] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.13

[1083] *Copyright term, film labeling, and film preservation legislation: hearing on H.R. 989, H.R. 1248, and H.R. 1734 before the Subcomm. on courts and intellectual property of the H. Comm. on the judiciary, 104th Cong. 217-18, 1995* (statement of Bruce Lehman, Assistant Secretary of Commerce and Commissioner of Patents and Trademarks), cité par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.9

[1084] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *Indefinitely renewable copyright*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 2003, p. 475

numérique), ainsi, cela diminue les possibilités de compenser leurs investissements et au final, limite leur motivation à créer. Un autre auteur explique : « *If [works enter] the public domain, they [become] obscure and thus no one [will] invest in them due to the problem of free riding. Items which retain enough value for future use should be given indefinite copyrights to maintain their value* »[1085]. Cet argument est d'ailleurs valable pour les œuvres déjà existantes: avec les évolutions technologiques, les supports des œuvres changent, et les ayants-droits se doivent, pour conserver leurs parts de marché, d'investir[1086] (par exemple, pour transférer les œuvres cinématographiques sur format numérique). Ainsi, sans un système de protection des coûts de conversion, préservation ou reproduction, les ayants-droits n'auraient aucun intérêt (financier) à continuer à produire et distribuer des œuvres anciennes (une solution à cette situation a pu être la légalisation des DRM qui empêche l'utilisateur d'une œuvre de la copier). Cet argument a été repris par le Professeur Miller qui l'a appliqué aux œuvres dérivées. Selon lui, « *[y]ou have to provide incentives for [producers] to produce the derivatives, the motion picture, the TV series, the documentary, whatever it may be- perhaps even a musical !... We must incentivize the dissemination industries, the preservation industries, and the derivative work industries* »[1087]. Fervent défenseur des extensions de la durée du copyright, Pr. Miller considérait que les œuvres ont besoin d'être possédées pour qu'elles soient adéquatement exploitées sous des formes dérivées[1088].

Hypothèse de surutilisation ou « *tragedy of the commons* »[1089]. La tragédie des biens communs (ou tragédie des communaux) concerne l'exploitation de biens communs par tous qui conduit à un épuisement de cette source. C'est la confrontation d'intérêts privés avec l'intérêt commun qui aboutit, généralement, à une solution perdant/perdant. Chacun, à titre privé, tente de maximiser sa plus-value sur le bien détenu par tous, et ceci a pour conséquence la surutilisation du bien. Cette théorie peut être appliquée aux œuvres du domaine public : si plus personne n'a de droit sur une œuvre, celle-ci peut être utilisée par tous. Elles seraient surexploitées, et ainsi leur valeur économique et culturelle en serait diminuée. Lorsque tout le monde peut utiliser une musique par exemple, cela abouti à une surutilisation de celle-ci et finalement la musique en perd de son intérêt et de son charme[1090]. Imaginez qu'une mélodie libre de droit soit utilisée par de nombreux publicitaires durant la même période[1091]. La

---

[1085] M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intel. Prop. L. J. 65, 2011, p. 77, C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.13

[1086] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.14

[1087] A. MILLER, *The constitutionality of copyright term extension: how long is too long?*, 18 Cardozo Arts & Ent. L. J. 651, 2000, p. 693, cité par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.15

[1088] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.15

[1089] « *Lorsqu'un bien est partagé entre plusieurs exploitants, plus les exploitants augmentent leurs propres exploitations, plus la capacité de production du bien de base diminue. Par exemple, des pêcheurs utilisent un étang pour pêcher. Au fur et à mesure, ils décident tous de mettre plus de lignes. Chacun va alors plus pêcher de poissons, ce qui semble normal. Mais la pêche étant trop intensive, les poissons n'auront pas le temps de se reproduire et il n'y aura bientôt plus de poissons. On en arrive à la conclusion qu'une action qui semble rationnelle pour un individu peut devenir irrationnelle pour un groupe d'individu. C'est Garrett Hardin qui a démontré en 1968 ce phénomène avec un exemple d'exploitants agricoles. Il l'a nommé "tragédie des biens communs". On peut calquer cette théorie à tous les autres scénarios où le partage d'un bien commun est possible (par exemple pour expliquer le problème de pollution). L'épuisement des ressources communes est un effet pervers de l'exploitation commune, qui est parfois irrationnelle pour le groupe mais rationnelle du point de vue unipersonnel* ». http://www.andlil.com/la-tragedie-des-biens-communs-155602.html

[1090] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.4

[1091] *Ibid*., p.15, note n° 49 de l'auteur: « *[a]t least one commentator asserts that this was the fate of the classic film 'It's a Wonderful Life' before it was rescued from the public domain. See Scott Martin, 'The Mythology of the Public Domain', 36 Loy. L. A. L. Rev., 2000, 274-275, ('By the 1980s, there were multiple versions of [It's a Wonderful Life], all in horrid condition. The film was 'often sliced and diced by local stations who stuffed it with commercials.' There was no quality*

solution à ce problème serait qu'une seule personne soit propriétaire de la ressource, et donc l'unique manager de la celle-ci[1092]. Selon Liebowitz et Margolis, « *[f]irms producing copies or derivatives of creative works after the copyright expires may be in the position of fishermen on an open access lake. They produce at their own private optima, not taking into account the effects that they have on other producers. Ownership can effectively manage these interactions, and copyright provides that ownership* »[1093]. Mais cette théorie de la surexploitation s'appuie sur le principe selon lequel la valeur créative est finie et exhaustive. Selon cette théorie une œuvre a une valeur sociale et économique liée à l'usage dont il en est fait sur une période déterminée. Lorsque l'usage maximal de l'œuvre est atteint, sa valeur commence à diminuer. Ainsi, les ayants-droits ont pour motivation d'utiliser les œuvres à leur maximum de leur valeur sociale et économique, mais une fois que l'œuvre appartient au domaine public, d'autres surutiliseront ces œuvres et diminueront de facto leurs valeurs[1094].

Hypothèse de ternissement/détérioration, « *the misuse hypothesis* ». Cet argument en faveur de l'extension de la protection se fondait sur l'idée qu'un usage inapproprié d'œuvres libres de droit impliquerait une dévaluation de la valeur de celles-ci. De nombreux commentateurs ont soutenu cette idée[1095]. Selon ceux-ci, si certaines créations d'œuvres dérivées seraient en soit profitables et augmenteraient la richesse intellectuelle (et participeraient donc à l'intérêt du public), d'autres œuvres dérivées auraient l'effet inverse. Si les adaptations pornographiques d'œuvres classiques ou grands publics sont souvent mises en avant, il paraît peu probable que ceux qui les visionnent puissent associer ces œuvres dérivées aux œuvres originales (et donc que leur regard sur la qualité de l'œuvre première change pour cette raison). Néanmoins, comme le souligne Karjala[1096], il semble justifié que les auteurs des œuvres originales concernées s'insurgent de ce type d'adaptation. Cette situation pourrait participer au débat sur l'intégrité de l'œuvre, le droit moral de son auteur et le droit de parodie, mais ce sujet n'est pas traité ici. Mais cet argument peut être considéré comme « valable » si l'œuvre dérivée est de mauvaise qualité dans sa dimension intellectuelle. Car la distribution sur le marché de versions de pauvre qualité, voire inappropriées, d'œuvres affecteraient le jugement du public sur la réelle valeur et le sens de celles-ci[1097]. Si le public visionne à la télévision ou au cinéma une très mauvaise adaptation, par exemple de *Gatsby le Magnifique*, elle n'aura certainement pas envie de lire le roman de Fitzgerald, qui est aujourd'hui une des œuvres majeures de la littérature américaine.
L'intérêt du public pour l'œuvre originale risque donc d'être altéré et réduit par ces œuvres secondaires. Ainsi, les défenseurs de cette théorie prônaient une meilleure gestion des œuvres

---

control over home video copies of the film-consumers had no way of knowing whether the tape they were purchasing was a poor quality bootleg version (which must were).') ». Néanmoins, en Europe, le droit moral peut participer à régler le problème, car l'édition d'une œuvre en mauvaise qualité peut être qualifiée d'atteinte à l'intégrité de l'œuvre de l'auteur

[1092] M. J. MADISON, B. M. FRISCHMANN & K. J. STRANDBURG, *Constructing Commons in the Cultural Environment,* 95 Cornell L. Rev. 2010, p. 657, cité par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.16

[1093] S. LIEBOWITZ & S. MARGOLIS, *Seventeen famous economists weigh in on copyright: the role of theory, empirics, and network effects,* 18 Harv. J. L. & Tech. 435, 2005, p. 451

[1094] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.17

[1095] *Ibid*., voir note n° 55 des auteurs, p.17

[1096] « *Rowling, Disney and other creative authors have at least some justification for being outraged when their characters are used in contexts wholly different from the original, such as pornography…* », D. S. KARJALA, *Harry Potter, Tanya Grotter, and the copyright derivative work*, 38 Ariz. St. L. J. 17, 37, 2006, p. 36, cité par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.17

[1097] J. HUGHES, *'Recoding' intellectual property and overlooked audience interests*, 77 Tex. L. Rev. 923, 926, 1999 (« *[N]on-owners commonly benefit from owner control that is used to keep a cultural object 'stable'* »), cité par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, note n° 12 de l'auteur, p.4

originales et de leurs adaptations, ce qui serait facilement envisageable si elles sont toujours sous « contrôle » par le biais du copyright. La logique de cet argument, poussée à l'extrême, permettrait même de revendiquer l'intérêt d'un copyright perpétuel.

Juste rémunération des auteurs. Dès 1996 et le rapport du Sénat américain sur le projet de loi[1098] qui deviendra le CTEA, fut développée l'idée d'un juste retour économique (« *fair economic return* »[1099]) pour les auteurs, leurs familles et leurs héritiers. Selon le rapport, ceci passait nécessairement par une harmonisation de la loi américaine avec le droit appliqué au sein de l'Union européenne. En effet, selon le Congrès et le Sénat, les différences de durées de protection des œuvres américaines et européennes présentaient un réel manque à gagner pour les auteurs américains (3).

3) Nécessité d'une augmentation de la durée pour harmoniser les modèles européen et américain

Référence à l'Union européenne. Les arguments exposés précédemment sont sensiblement les mêmes que ceux utilisés en Europe pour la prolongation des durées de protection du droit d'auteur. Néanmoins, le principal argument présenté en faveur d'un allongement de vingt ans de la protection du copyright fut d'assurer une meilleure compétitivité de la propriété intellectuelle américaine à l'international, notamment au sein du marché économique européen. Prônant la prolongation de la durée du copyright, le Sénateur Orrin Hatch disait : « *at a time when we face trade deficits in many others areas, we cannot afford to abandon twenty years' worth of valuable overseas protection now available to our creators and copyright owners* »[1100]. L'extension était donc clairement motivée par des considérations économiques et l'intention de s'aligner sur les périodes de protection du droit d'auteur appliquées en Europe, soit soixante-dix ans post mortem auctoris[1101]. Cette réaction faisait suite à la décision de la Commission communautaire d'établir une directive requérant tous les Etats membres d'harmoniser la durée de leurs droits d'auteur à soixante-dix ans post mortem auctoris[1102].

Harmonisation avec la durée du droit d'auteur européen. Mais l'élément essentiel de cet argument était que cette directive européenne avait également pour conséquence d'altérer les standards de protection offerts par les Etats membres européens aux œuvres étrangères, et notamment aux œuvres américaines. En effet, selon la directive, deux options sont possibles concernant la durée de protection d'une œuvre étrangère (entendre non originaire d'un Etat membre de l'Union européenne) au sein de l'Union: soit les Etats membres offraient aux œuvres étrangères la durée de protection appliquée à leurs auteurs nationaux, soit ils leur appliquaient la durée du pays d'origine de l'œuvre, donc cinquante ans post mortem auctoris dans le cas d'une œuvre américaine à cette époque. Or, la directive spécifiait également que

---

[1098] *S. Rep. No. 104-315*, 1996

[1099] *S. Rep. No. 104-315*, 1996, 3, 4, 6 et 9, cité par D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 208

[1100] O. HATCH, 141 Cong. Rec. S3391 (daily ed. Mar. 2, 1995), cité par A. PACKARD, *Copyright term extensions, the public domain and intertextuality intertwined*, 10 J. Intell. Prop. L. 1, 2002-2003, note n° 18 de l'auteur, p. 4

[1101] Dans l'arrêt *Eldred* la Cour Suprême précisa « *[The] key factor in the CTEA's passage was a 1993 European Union (EU) directive instructing EU members to establish a copyright term of life plus 70 years. Consistent with the Berne Convention, the EU directe dits members to deny this longer term to the works of any non-EU country whose laws did not secure the same extended term. By extending the baseline United States copyright term to life plus 70 years, Congress sought to ensure that American authors would receive the same copyright protection in Europe as their European counterparts. The CTEA may also provide greater incentive for American and other authors to create and disseminate their work in the United States* »

[1102] Directive n° 93/98/CEE de 1993

serait appliquée la « *règle du terme le plus court* »[1103], ce qui impliquait un décalage de protection sur le territoire de l'Union européenne de vingt ans entre une œuvre « locale » et une œuvre américaine selon le Copyright Act de 1976 applicable à cette période.

Harmonisation au bénéfice des auteurs et titulaires de copyright. Le rapport du Sénat américain insistait sur le fait que l'uniformité des lois concernant le copyright permettrait d'assurer la meilleure exploitation commerciale possible à l'international des œuvres américaines[1104]. Cette harmonisation des différentes durées de protection des œuvres (copyright et droit d'auteur donc) à l'échelle mondiale était même qualifiée de « *cruciale* », ce qui est peu étonnant lorsque l'on sait que l'économie du copyright américain représentait à cette date 5,7% du produit intérieur brut des Etats-Unis et permettait la création d'emplois à une croissance deux fois plus élevée que les autres secteurs[1105]. En 1995, les industries culturelles américaines (liées au copyright donc) dégageaient 53,25 milliards de revenus en ventes internationales et exportations, et dès 1994 l'ensemble de ces industries employaient déjà 5,9 millions de personnes, soit 4,8 % de l'ensemble des employés américains[1106].

Importance de l'influence économique. La dimension économique retenue dans la promotion du CTEA et la prolongation de la durée du copyright est d'ailleurs explicitement évoquée concernant les œuvres détenues par des entreprises, comme le souligne D. S. Karjala[1107]. L'un des sponsors du projet de loi CTEA argumentait d'ailleurs devant le Congrès que l'allongement à une protection du copyright de soixante-dix ans post mortem auctoris était une question d'équité et d'économie, soulevant le fait que le public européen ne payerait aucun royaltie pendant la différence de vingt ans alors qu'il était le premier consommateur d'œuvres américaines[1108]. Ce que confirmait la Présidente du Copyright Office de l'époque, M. Peters, pour qui une harmonisation des durées de la protection des œuvres était essentielle pour les ayants droit américains[1109]. Ainsi, selon le Sénateur Orrin Hatch, en

---

[1103] Article 7(1) de la Directive 93/98/CEE

[1104] *S. Rep. No. 104-315*, 1996, 8, cité par D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 209: « *to ensure the greatest possible exploitation of the commercial value of these works in world markets for the benefit of U.S. copyright owners and their dependents* »

[1105] *S. Rep. No. 104-315*, 1996, 8-9, cité par D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 210

[1106] A. R. MILLER, *Copyright term extension: boon for American creators and the American economy*, 45 J. Copyright Soc'y U.S.A., 319, 1997-1998, p. 326, source de l'auteur: *Copyright Industries in the U.S. Economy: The 1996 Report*, préparé par S. E. Siwek et G. Mosteller de l'Economic Incorporated: « *in 1995, the core copyright industries of the United States realized $53.25 billion in foreign sales and exports, surpassing every other export sector industry except automotive and agriculture. Moreover, between 1987 and 1994 the core copyright industries grew twice as fast as the rest of the economy – 4.6% as compared to 2.3%. By 1994 the total of all copyright industries employed over 5.9 million people – over 4.8% of the American work force* »

[1107] D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, note n° 43 de l'auteur, p. 209: « *[t]he Senate Report shifts gears in the case of works made for hire, defending term extension for them based on the benefits to international trade and the increased commercial lives of works* »

[1108] Representative C. J. MOORHEAD of California in the House of Representatives lors de l'introduction du CTEA en 1995, *141 Cong. Rec. E379-01*, cité par K. SLAVITT, *The copyright term extension act: we may know the words, but can we find the harmony?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 476: « *U.S. works will only be granted copyright protection for the shorter life plus 50 year term before falling into the public domain. The main reasons for this extension of term are fairness and economics. If the Congress does not extend to Americans the same copyright protection afforded their counterparts in Europe, American creators will have 20 years less protection than their European Counterparts – 20 years during which Europeans will not be paying Americans for their copyrighted works. And whose works do Europeans buy more than any other country? Works of American artists. This would be harmful to the country and work a hardship on American creators* »

[1109] M. PETERS, Registrar of Copyright and Associate Librarian for Copyright Services, on S. 483 « *Copyright Term Extension Act of 1995* » before the Senate Committee on the Judiciary, *104th Cong., 1st Sess.,* Sept. 20, 1995, cité par K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 472: « *[u]nder current U.S. copyright law, the E.U. mandatory adoption of the rule of the shorter term will mean that popular U.S. works will not get the benefit of a longer terms than life plus 50 may also move to*

prolongeant la durée du copyright de 20 ans via le CTEA, le législateur garantirait l'impossibilité pour l'Europe de se voir accorder une consommation gratuite des œuvres américaines[1110].

Argument principal. L'harmonisation des durées de protection du copyright américain et du droit d'auteur en Europe paraissait donc l'argument numéro un du Congrès dans la rédaction du CTEA de 1998[1111]. Un expert en copyright précisa que l'harmonisation des législations permettrait de simplifier la signature d'accords de licences et de distribution, car le choix de la loi applicable à ces contrats (du fait de l'harmonisation) présenterait moins d'incertitudes et d'enjeux stratégiques[1112]. L'argument de l'harmonisation fut d'ailleurs repris par la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Eldred v. Ashcroft*[1113], en insistant toujours sur l'impact positif qu'aurait celle-ci sur l'incitation à la création.

Influence au-delà des frontières. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que les ayants-droits américains sont si bien représentés qu'ils influencèrent également les législations d'autres juridictions nationales. Leurs négociateurs leur ont permis de sécuriser des extensions de durées du copyright à l'échelle internationale : en Australie (avec l'*Australia - U.S. Free Trade Agreement*), et actuellement le Japon, la Jamaïque et d'autres pays en voie de développement[1114]. L'Union européenne a récemment légiféré sur une extension rétroactive pour les enregistrements de phonogrammes[1115], tout comme l'Argentine[1116]. Un premier draft (qui a fuité) du *Transpacific Partnership* entre la Nouvelle-Zélande, le Japon, et le Canada contenait une clause requérant une extension rétroactive pour toutes les œuvres sous copyright[1117]. Mais si les négociateurs américains appliquent une pression constante (le

---

make any period of protection longer than 50 years reciprocal. The question of harmonizing our copyright term with that of other countries is critical for U.S. rightsholders »

[1110] Sénateur O. HATCH, *141 Cong. Rec. S3390-02*, 1995, cité par K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 476: « *we guarantee that our trading partners do not get a free ride for their use of our intellectual property* »

[1111] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, *Amicus Brief in Support of Respondent on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit of AOL Time Warner Inc., Warner Music, Warner Bros., and DC Comics,* August 5, 2002, p. 27-28: « *It was argued that establishing closer harmonization with the E.U., 'even if that harmony remains imperfect', decreases the burdens/costs for American copyright holders of doing business internationally and ultimately creates further incentives to produce new creative works* »

[1112] S. PERLMUTTER, *Participation in the international copyright system as a means to promote the progress of science and useful arts*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 323, Fall 2002, cité par K. SLAVITT, *The copyright term extension act: we may know the words, but can we find the harmony?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 472: « *[l]icenses and distribution agreements become simpler to conclude and enforce, uncertainty and transaction costs are minimized, and grants of worldwide rights are made more feasible. The difficulties inherent in choice of law analysis are minimized, since the choice is less likely to be outcome-determinative* »

[1113] *Eldred v. Ashcroft*, 01-618, 537 U.S. 2003, 205, K. SLAVITT, *The copyright term extension act: we may know the words, but can we find the harmony?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 461: « *[a] key factor in the CTEA's passage was a 1993 European Union (EU) directive instructing EU members to establish a copyright term of life plus 70 years. Consistent with the Berne Convention, the EU directed its members to deny this longer term to the works of any non-EU country whose laws did not secure the same extended term. By extending the baseline United States copyright term to life plus 70 years, Congress sought to ensure that American authors would receive the same copyright protection in Europe as their European counterparts. The CTEA may also provide greater incentive for American and other authors to create and disseminate their work in the United States* »

[1114] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, notes n° 41, 42, 43 et 44 des auteurs, p.10: « *In the trade negotiations, [the U.S. Trade Representative] demanded that Australia ratify the World Intellectual Property Organization (WIPO) Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty. He supported an extension of the copyright term, so that Australia adopted the standards set by the Sonny Bono Copyright Extension Act* », M. RIMMER, *Robbery under arms : copyright law and the Australia-United States Free Trade Agreement*, 11 First Monday, N° 3, Mar. 6, 2006

[1115] Directive 2011/77/UE

[1116] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.11

[1117] M. GEIST, *TPP Copyright extension would keep some of Canada's top authors out of public domain for decades*, Michael Geist's blog, jan. 9, 2012, http://www.michaelgeist.ca/2012/01/tpp-impact-on-canada/, cité par C. BUCCAFUSCO

« *copyright lobby* »), le Royaume-Uni et le Japon ont jusqu'à maintenant refusé d'étendre la durée de leur copyright pour les œuvres existantes, mis à part les enregistrements de phonogrammes[1118]. Tandis qu'un important parti politique brésilien a même proposé une réduction de la durée du copyright[1119]. L'élection de Donald Trump à la présidence américaine pourrait remettre en cause l'existence même de ce traité, qu'il qualifie de « *viol de son pays* »[1120].

Limites de l'harmonisation. Contrairement à ce que certains auteurs prétendaient[1121], cette « harmonisation » législative entre l'Europe et les Etats-Unis présentait toutefois des limites non négligeables. Si selon la loi américaine telle qu'appliquée après la promulgation du CTEA, la même protection est accordée aux œuvres anonymes et pseudonymes, aux œuvres « *made for hire* », et aux œuvres audiovisuelles[1122], les textes de l'Union européenne disposent que les œuvres anonymes, pseudonymes et les œuvres collectives sont protégées pendant 70 ans à compter de la première présentation (mise à disposition) au public[1123], soit 25 ans de moins qu'aux Etats-Unis. Pour les œuvres audiovisuelles, l'Union a imposé que le terme dure jusqu'à 70 ans après la mort du dernier survivant parmi le réalisateur principal, l'auteur du scénario et/ou des dialogues, et le compositeur de la musique si celle-ci a été spécifiquement créée pour l'œuvre. C'est également 25 ans de moins que la protection établie aux Etats-Unis sous le régime du CTEA. Cette réalité juridique pose donc toujours le problème des entrées différentes dans le domaine public selon les juridictions[1124].

Harmonisation trompeuse. Finalement, le CTEA a augmenté le manque d'harmonie pour certain type d'œuvres. Ainsi, sous le régime pré-CTEA l'ensemble de l'œuvre de George Gershwin était harmonisé tant que ce peut : mort en 1937, l'intégralité de son œuvre devait appartenir au domaine public européen au plus tard le 1er janvier 2008, et au domaine public américain entre 1999 et 2013. Selon les dispositions du CTEA, cette appartenance au domaine public américain n'aurait lieu qu'entre 2019 et 2033. Ainsi les européens obtiendraient le bénéfice d'un accès gratuit aux œuvres de Gershwin pendant une période de (au moins) onze ans tandis que les américains seraient toujours dans l'obligation, durant la même période, de payer des royalties aux ayants-droits[1125]. Finalement, la différence de vingt années entre la durée du copyright américain et le droit d'auteur européen fut (volontairement ?) mal interprétée. La règle européenne du délai le plus court n'implique pas que les auteurs américains ont vingt ans de protection de moins sur leurs œuvres que leurs homologues européens, mais bien que les européens ne paieront pas de royalties aux titulaires de droits américains pendant ce « gap » et inversement (les américains ne paieront pas de royalties aux

---

& P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.11

[1118] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.11

[1119] *No national leeway? Copyright reform proposals in Brazil and the Czech Republic,* Governance accross borders, Sept. 3, 2010, cité par *C*. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.11

[1120] C. LIMA, *Trump calls trade deal 'a rape of our country'*, Politico.com, 28 juin 2016

[1121] Notamment A. R. MILLER, *Copyright term extension : boon for American creators and the American economy*, 45 J. Copyright Soc'y U.S.A., 319, 1997-1998, p. 320

[1122] 95 ans à partir de la date de publication ou 120 ans depuis l'année de création, quel que soit le terme le plus court selon l'article 17 U.S.C. 302(c)

[1123] Directive du Conseil et du Parlement 93/98/CEE, article 1 § 3

[1124] J. GINSBURG, *Copyright legislation for the « Digital Millennium* », 23 Colum.- VLA J. L. & Arts, 137, 1999-2000, p. 172-173

[1125]D. S. KARJALA, *Statement of copyright and intellectual property law professors in opposition to H.R. 604, H.R. 2589, and S. 505, « The copyright term extension act » : submitted to the Senate and House Committees on the judiciary,* 105th Cong. 16, 1998, cité par K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 473

titulaires de droits européens sur leurs œuvres passé cinquante ans post mortem de l'auteur de l'œuvre)[1126]. De plus, les Etats-Unis ne font jamais allusion au droit moral qui lui est loin d'être harmonisé entre les deux juridictions !

Perpétuité. Nombreux étaient d'ailleurs les partisans au CTEA qui souhaitaient même voir la durée du copyright se rapprocher au maximum de la perpétuité (celle-ci étant non-constitutionnelle), notamment les dirigeants des majors américaines et des associations telles que la très puissante Motion Picture Association of America. Son Président de l'époque, Jack Valenti, proposa d'ailleurs pendant les débats sur le CTEA une durée perpétuelle du copyright moins un jour (« *forever less than a day* »)[1127]. Nimmer considérait que l'extension de 20 ans créée par le CTEA était un « *blockbuster alteration* » et un « *long while* », non sans une certaine ironie[1128]. Il dénonçait également le fait que la motivation première de prolonger la durée du copyright n'était pas l'intérêt de l'auteur mais plutôt la sécurisation des bénéfices dont les auteurs étaient la source[1129], et les ayants-droits, sur le long terme, les seuls bénéficiaires.
Malgré les arguments pertinents développés contre l'allongement de la durée du copyright, le CTEA, établissant une augmentation de la protection de vingt ans, fut signé en 1998 (B').

B'. Le Copyright Term Extension Act de 1998

Fort d'un lobbying intensif et coûteux (1), les puissantes entreprises américaines du marché de la culture obtinrent la signature du CTEA et l'augmentation de vingt ans de la durée du copyright (2).

1) Lobbying et promotion d'une protection plus longue, voire perpétuelle, des œuvres

Lobbying (Disney). « *Let's face it, there would have been no CTEA if not for the efforts of Disney and al., whose desire to lengthen the duration of their otherwise soon-to-expire copyrights triggered the lobbying push. Congress, on its own, would not have come to the conclusion that another extension of copyright duration was necessary. Individual artists and associations representing their interests were not clamoring for a term extension, at least not until Disney engaged them in the effort. Neither had scholars issued calls for another*

[1126] K. SLAVITT, *The copyright term extension act: we may know the words, but can we find the harmony?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 477 : « *But the 'rule of the shorter term' has been misinterpreted repeatedly. It does not mean 'American creators will have 20 years less protection than their European counterparts'. It means Europeans would not pay Americans during the 20 year 'gap', and conversey that Americans would not pay European during the same 20 year 'gap'*»

[1127] Rep. Mary Bono, déclara pendant les débats: « *Sonny wanted the term of copyright protection to last forever. I am informed by staff that such a change would violate the Constitution. I invite all of you to work with me to stregthen our copyright laws in all of the ways available to us. As you know, there is also Jack Valenti's proposal for a term to last forever less one day. Perhaps the Committee may look at that next Congress* », *144 Cong. Rec. H9946, 9952, Oct. 7, 1998, cité par* D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 244

[1128] M. B. NIMMER & D. NIMMER, *NIMMER ON COPYRIGHT* 1.02, 2002, cité par K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 463

[1129] M. B. NIMMER & D. NIMMER, *NIMMER ON COPYRIGHT* 1.03 [A], 2002, cité par K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 466

duration extension. Disney succeeded, however, in convincing a compliant Congress that the CTEA was a critically important step to take »[1130]. Depuis toujours, la société Disney a été très protectrice de son patrimoine, notamment de ses copyrights, et a vivement défendu l'augmentation significative de la durée du copyright. Au point de poursuivre juridiquement trois centres de soins floridiens qui avaient peint des représentations de Mickey Mouse pour décorer leurs intérieurs, ou encore menacer l'Académie des Oscars qui souhaitait diffuser une parodie de Blanche-Neige dans un numéro d'ouverture de l'émission de la cérémonie[1131].

Domaine public et manque-à-gagner. Faisant face à la chute imminente de différents personnages de son œuvre (notamment Mickey Mouse, Donald Duck et Goofy), la société Disney entama durant les années 1990 une véritable croisade financière afin que la loi américaine portant sur le copyright soit amendée. Or, tandis que le débat sur une éventuelle prolongation de la durée du copyright faisait rage au Congrès, la société avait déjà encaissé environ 8 milliards de dollars par an grâce à ses produits grand public et ses parcs à thème[1132]. A titre de comparaison, en 2014, la société Disney a dégagé un chiffre d'affaires de 48,8 milliards pour un résultat net de 13 milliards de dollars[1133].

Lobbying et sponsoring. La société Disney, via son PDG de l'époque Michael Eisner, contribua à hauteur de 800.000 dollars aux campagnes de réélection de différents Sénateurs devenus par ce biais les principaux sponsors du CTEA (notamment Trent Lott, chef de la majorité républicaine au Sénat durant cette période)[1134]. Disney réussi à mobiliser en sa faveur des sénateurs aussi bien républicains que démocrates. Dix-huit des vingt-cinq sponsors du CTEA reçurent de l'argent de la part de la compagnie (le *Center for Responsive Politics* montra qu'en 1996 les médias concernés par le passage de la loi distribuèrent 1,5 millions de dollars à six des sponsors du CTEA)[1135].

Enjeux financiers futurs. L'enjeu financier pour Disney était considérable. Les royalties annuelles de la société, telles que calculées selon le CTEA, présentaient une perspective d'évolution d'environ 53 millions de dollars en 2002 à 317 millions de dollars en 2017, dans le cas où le copyright serait prolongé de vingt ans[1136]. Alors que l'entrée progressive des œuvres de Disney dans le domaine public n'aboutirait pas à une perte sèche et automatique des royalties liées à ces œuvres, car la société continuerait à détenir d'autres copyrights sur des œuvres comprenant Mickey Mouse et les premiers personnages créés par Walt Disney. En

---

[1130] A. W. LANGVARDT et K. T. LANGVARDT, *Unwise or unconstitutional?: the copyright term extension act, the Eldred decision, and the freezing of the public domain for private benefit*, 5 Minn. Intell. Prop. Rev. I, 2003-2004, p. 263

[1131] J. LITMAN, *Mickey Mouse Emeritus: Character Protection and the Public Domain,* 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev., Spring 1994, p. 429 et 435, cité par K. R. BERNASKI, *Saving Mickey Mouse : the upcoming fight for copyright term extension in 2018*, 2014, Law School Student Scholarship, paper 439, p. 7

[1132] M. AMMORI, *The uneasy case for copyright extension*, 16 Harv. J. L. & Tech. 287, 292, 2002, cité par K. R. BERNASKI, *Saving Mickey Mouse : the upcoming fight for copyright term extension in 2018*, 2014, Law School Student Scholarship, paper 439, p. 7

[1133]Chiffres disponibles sur : http://www.boursorama.com/bourse/actions/conseils/consensus/consensus_previsions.phtml?symbole=1mTWDP

[1134] M. AMMORI, *The uneasy case for copyright extension*, 16 Harv. J. L. & Tech. 287, 292, 2002, cité par K. R. BERNASKI, *Saving Mickey Mouse : the upcoming fight for copyright term extension in 2018*, 2014, Law School Student Scholarship, paper 439, p. 8

[1135] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, note n° 29 des auteurs, p.8; voir également J. SOLOMON, *Rhapsody in Green*, Boston Globe, Jan. 3, 1999, E2: « *[b]ehind the scenes, however, [Disney] has been active. Congressional Quaterly reported that Disney chairman Michael Eisner personally lobbied Senate Majority Leader Trent Lott, a Republican from Mississippi. That day, according to the Center for Responsive Politics, Disney gave Lott a 1.000 dollars contibution, following up two weeks later with a 20.000 dollars donation to the National Republican Senatorial Committee* »

[1136] K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 459

effet, l'appartenance de *Steamboat Willie* au domaine public n'implique aucunement qu'il en soit de même pour l'ensemble des œuvres appartenant à Disney, la protection du copyright s'appliquant individuellement sur chaque œuvre[1137].

Ironie de la démarche. Nombreux furent les observateurs, et notamment certains juges de la Cour Suprême[1138], qui trouvèrent la situation particulièrement ironique, connaissant la principale source « d'inspiration » et de revenus de la société Disney, à savoir le domaine public. Une grande majorité des œuvres de Disney étant des adaptations de contes et histoires libres de droit[1139]. Comme le précisait Lawrence Lessig durant les débats de l'affaire *Eldred*[1140], la société Disney a soutenu le CTEA dans l'espoir que personne ne puisse faire à Walt Disney ce que Walt Disney a fait aux Frères Grimm[1141].

AOL Time Warner. Mais Disney ne fut pas un cas isolé, la société AOL Time Warner (« AOLTW ») était également l'une des actives entreprises sponsor du CTEA. Celle-ci, suite à de nombreuses acquisitions, était à la fin des années quatre-vingt-dix l'heureuse propriétaire de centaines de milliers d'œuvres protégées par le copyright. En 2002, AOLTW possédait approximativement 6.500 œuvres cinématographiques, 32.000 épisodes télévisés, et 8.000 dessins animés (la branche DC Comics a généré à elle seule plus de 6.000 œuvres dans les vingt dernières années). Parmi les œuvres détenues par AOLTW, plusieurs films classiques tels que *Casablanca*, *Citizen Kane*, *The Wizard of Oz*, *Gone with the Wind*, et *Singin' in the Rain*, devaient appartenir rapidement au domaine public dans le cas où le CTEA ne serait pas promulgué[1142]. En 1996, une étude a constaté que les revenus internationaux de cette société s'élevaient à 1,10 milliards de dollars, soit une hausse de 6% comparé à l'exercice précédent (sur ce montant, 126,36 millions de dollars proviendraient des intérêts et des retours sur investissement ou revenus de placements)[1143]. Lors des débats, et malgré ces revenus, AOLTW spécifia qu'elle s'opposerait à tout projet de loi qui donnerait le copyright aux auteurs, ce qui prouvait effectivement (si cette assertion est vraie) que la considération de l'auteur était quelque peu « limitée » au sein du débat sur le CTEA[1144].

Nécessité de protéger les investissements. Selon l'entreprise, les investissements de la création artistique étaient de plus en plus importants et concernaient un nombre croissant d'auteurs et de techniciens. Pourtant, et toujours selon elle, si les investissements étaient

---

[1137] *Eldred v. Ashcroft*, 01-618, *On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief of Intellectual Property Law Professors as Amici Curiae supporting petitioners*, p. 21: « *[w]hen the copyright in the 1928 film 'Steamboat Willie', the first motion picture featuring Mickey Mouse, expires, the original black and white cartoon of Mickey Mouse will enter the public domain. Disney will continue to control and earn revenue from more recent renditions of Mickey, along with hundreds of works based on Mickey Mouse created in the years since 'Steamboat Willie' appeared. Each of those works is copyrightable in its own right. Disney's revisions, adaptations, and elaborations of the character will continue to enjoy copyright protection until the copyrights in the derivative works expire, just as Disney enjoys copyright protection for its many adaptations of other public domain works* »

[1138] *Eldred v. Ashcroft,* 537 U.S. 227, 2002, 240, 242 (Stevens J., dissenting) ; *id.* at 244-250, 266-7 (Breyer, J., dissenting)

[1139] A. W. LANGVARDT et K. T. LANGVARDT, *Unwise or unconstitutional?: the copyright term extension act, the Eldred decision, and the freezing of the public domain for private benefit*, 5 Minn. Intell. Prop. Rev. I, 2003-2004, note n° 398 des auteurs, p. 264: « *[t]here is a certain irony in the gift Disney received when the CTEA lengthened copyright duration just in time to keep the Steamboat Willie copyright and other early Disney copyrights from falling into the public domain. Disney, after all, has made heavy – and highly successful – use of public domain material as the basis of its creative efforts in movies and the like* »

[1140] *Eldred v. Ashcroft,* 537 U.S. 227, 2002

[1141] A. W. LANGVARDT et K. T. LANGVARDT, *Unwise or unconstitutional?: the copyright term extension act, the Eldred decision, and the freezing of the public domain for private benefit*, 5 Minn. Intell. Prop. Rev. I, 2003-2004, p. 272

[1142] *Eldred v. Ashcroft*, 01-618, *Amicus Brief in Support of Petitioners on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief for AOL TIME WARNER INC.,* August 5, 2002, p. 1

[1143] W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 662

[1144] *Ibid*., p. 662

croissants, le taux d'échec était toujours aussi conséquent, ce qui justifiait d'octroyer des périodes de protection plus longues afin de sécuriser un retour sur investissement global[1145]. De plus, la « piraterie » des œuvres littéraires et artistiques, liée aux dernières avancées technologiques, augmentait les coûts tout en baissant les revenus associés aux œuvres, et participait également à augmenter l'inquiétude liée à ces lourds investissements, que ce soit aux Etats-Unis ou dans le monde. De fait, une prolongation de la durée du copyright permettrait de rééquilibrer la tendance, de redonner une motivation aux auteurs, et de rémunérer les ayants-droits[1146]. A l'appui de cet argument, AOLTW reprenait même les termes des juges de la Cour Suprême de l'arrêt *Sony Corp. of Am. V. Universal City Studios, Inc.*: « *[f]rom it beginning, the law of copyright has developed in response to significant changes in technology… Repeatedly, as new developments have occured in this country, it has been the Congress that has fashioned the new rules that new technology made necessary* »[1147]. Les termes de cet arrêt furent d'ailleurs également utilisés par les opposants au CTEA, mais cette fois pour dénoncer la tournure que prenait la philosophie associée à la protection du copyright[1148] : « *[t]he monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired* »[1149].

Anticipation des extensions du copyright. Ce type d'entreprises avait (et a toujours) pour usage, et ce depuis certainement les années 1920, d'intégrer dans ces contrats de cession de droits des artistes une clause stipulant que toute future extension du terme du copyright accordée par le Congrès serait automatiquement en faveur de l'ayant-droit (en l'occurrence dans le cas présent, le « *publisher* », ou éditeur de contenus). Ainsi, la prolongation apportée par le CTEA devait profiter automatiquement aux titulaires des copyrights et non aux auteurs qui ont cédés ceux-ci[1150]. Il faut également préciser que cette habitude est aujourd'hui pratiquée dans la plupart des contrats de cession de droits, et notamment en France. Certaines compagnies, comme la 20th Century Fox Film Corporation représentée par Edwin P. Kilroe, si elles se positionnaient également en faveur de l'extension, souhaitaient néanmoins un retour

---

[1145] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, *Amicus Brief in Support of Petitioners on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief for AOL TIME WARNER INC.,* August 5, 2002, p. 15: « *[t]he recording industry alone 'spends more than 1 billion dollars a year on nurturing and developing artists, even though 90% of all music releases are unsuccessful'. Tamara Conniff, 'Sea Changes in Music Biz Leave Rank and File Adrift, Hollywood Rptr., June 21, 2002, at 1, 21* »

[1146] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, *Amicus Brief in Support of Petitioners on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief for AOL TIME WARNER INC.,* August 5, 2002, p. 16 et 19

[1147] *Sony Corp. of Am. V. Universal City Studios, Inc.,* 464 U.S. 417, 1984, 430-431

[1148] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, *On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief of Intellectual Property Law Professors as Amici Curiae supporting petitioners*, p. 9

[1149] *Sony Corp. of Am. V. Universal City Studios, Inc.,* 464 U.S. 417, 1984, 429

[1150] W. F. PATRY, *The copyright term extension act of 1995: or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996, p. 662, note n° 5 de l'auteur : « *This practice was candily noted by Philip B. Wattenberg during 1964 Copyright Office meetings on revising the 1909 Act : Since 1919 my firm has represented music publishers, and during those years we've drawn numerous contracts under which the renewal contract was assigned to the publisher. Invariably, these contracts contained the following language :'If the copyright law of the United States now in force shall be changed or amended so as to provide for an extended or longer term of copyright, then the writer hereby sells, assigns, transfers, and sets over unto the publisher, its successors and assigns or designees, all his right, title, and interest in and to said musical compositions covered by this agreement, for such extended or longer term of copyright' Copyright Law Revision Part 4 : Further discussions and comments on preliminary draft for revised U.S. Copyright Law, 88th Cong., 2D Sess. 39 (House Comm. Print 1964). That music publishers were able to force writers to sign such agreements does not mean that music publishers paid for the right and thus should have the benefit of a term of copyright not even in existence until decades later* ».

à un terme unique et la fin de la durée post mortem auctoris afin que l'intégralité de la valeur commerciale d'une œuvre soit disponible dès le début[1151].
Cet intense lobbying pesa lourdement dans le choix de nombreux sénateurs de supporter l'allongement de la durée du copyright de vingt ans. L'extension fut validée par la signature en 1998 du CTEA (2).

2) Augmentation de vingt ans de l'ensemble des durées de protection du copyright

Extension de vingt ans. Cette tendance à la considération économique des enjeux de la durée de protection du copyright atteignit l'un de ces pics en 1998. Cette année-là, le Congrès prorogea une nouvelle fois la durée de protection du statutory copyright. Le CTEA du 7 octobre 1998[1152] (ou « Sonny Bono Act » ou encore « Mickey Mouse Act »[1153]) est la onzième extension de la durée du copyright en quarante ans[1154]. Cette fois-ci, la durée de protection pour les œuvres publiées et n'appartenant pas au domaine public fut prolongée de vingt ans. De plus, les œuvres non publiées avant le 1er janvier 1978 mais qui n'étaient pas encore dans le domaine public à cette date se virent accorder, sous certaines conditions, une durée de protection étendue si l'auteur (ou le titulaire du copyright) décidait de les publier.

Nouvelles durées. Alors que selon la loi de 1976, les œuvres littéraires et artistiques étaient protégées par le copyright durant la vie de leur auteur plus cinquante ans, la période post-mortem auctoris devint soixante-dix ans, d'après l'amendement de la section 302 du Copyright Act[1155]. Pour les œuvres collectives (les « *jointly created works* »), la durée de protection fût arrêtée à soixante-dix ans après la mort du dernier auteur survivant[1156]. La durée du copyright concernant les œuvres anonymes, pseudonymes et « made for hire » fut étendue d'une durée de soixante-quinze ans à quatre-vingt-quinze ans à partir de la date de première publication, ou cent-vingt ans à partir de l'année de création, et ceci quelle que soit la période expirant en premier[1157]. Ainsi, aucune œuvre publiée à partir de l'année 1923 aux Etats-Unis n'entrera dans le domaine public avant la date du 1er janvier 2019[1158].

[1151] *Hearings held before the Committee on Patents*, House of Representatives, 74th Cong., 2d Sess. (Feb., Mar. and Apr., 1936), cité par J. J. GUINAN, Jr., *Study No. 30 Duration of Copyright*, January 1957, 2 Georges S. Grossman Omnibus Copyright Revision History 53, 2001, p. 68
[1152] *The Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827, 1998, signé par le Président Clinton le 27 octobre 1998
[1153] L. RICHTER, *Reproductive freedom : stricking a fair balance between copyright and other intellectual property protections in cartoon characters*, 21 St. Thomas L. Rev. 441,451, 2009 : « *In just two years, Disney spent more than 6.3 million dollars on the cause, and it appears to have paid off since the result was the creation of the CTEA* », cité par K. R. BERNASKI, *Saving Mickey Mouse : the upcoming fight for copyright term extension in 2018*, 2014, Law School Student Scholarship, paper 439, p. 1
[1154] Voir Pub. L. No. 87-668, 76 Stat. 555 (1962); Pub. L No. 89-142, 79 Stat. 581 (1965); Pub. L. No. 90-141, 81 Stat. 464 (1967); Pub. L No. 90-416, 82 Stat. 397 (1968); Pub. L No. 91-147,83 Stat. 360 (1969); Pub. L No. 91-555, 84 Stat. 1441 (1970); Pub. L No. 92-170, 85 Stat. 490 (1971); Pub. L No. 92-566, 86 Stat. 1181 (1972); Pub. L No. 93-573, Tide I, § 104, 88 Stat. 1873 (1974); Pub. L No. 94-553, S 304, 90 Stat. 2572 (1976); Pub. L No. 105-298, S 102(b), 112 Stat. 2827 (1998). A contrario, durant les 150 premières années de l'existence du copyright il y a eu seulement deux extensions du terme de protection. Act of Feb. 2,1831, SS 1-2,4 Stat. 36, and Act of Mar. 4, 1909, S 4,35 Stat. 1075, 1076, cités par A. PACKARD, *Copyright term extensions, the public domain and intertextuality intertwined*, 10 J. Intell. Prop. L. 1, 2002-2003, note n° 18 de l'auteur, p. 4
[1155] 17 U.S.C. § 302(a)
[1156] 17 U.S.C. § 302(b)(2)
[1157] 17 U.S.C. § 302(b)(3)
[1158] *The Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, 30 U. Mem. L. Rev. 363,364, 2000

Domaine public. Selon la Section 303 du Copyright Act de 1976, les œuvres qui n'étaient pas publiées ou enregistrées avant le 1er janvier 1978 étaient destinées à tomber dans le domaine public au plus tard le 31 décembre 2002[1159]. Mais si une œuvre de ce type était publiée avant la fin de l'année 2002, alors elle recevait une protection jusqu'en 2027[1160]. Ce délai de protection fut donc étendu par le CTEA jusqu'en 2047[1161]. La loi de 1998 amenda également la Section 304 du Copyright Act de 1978 afin de prolonger la seconde période de protection des œuvres créées avant 1978, prolongeant ainsi la durée totale de protection pour ces œuvres de soixante-quinze ans à quatre-vingt-quinze ans à partir de la date à laquelle le copyright original a été obtenu (« *secured* »)[1162]. Ainsi, aucune œuvre toujours protégée par le copyright depuis 1923 n'est censée intégrer le domaine public américain avant l'année 2018[1163] (2016 et 2017 sont donc les années de tous les défis pour les lobbyistes de l'extension du terme du copyright, notamment l'industrie musicale et cinématographique ainsi que la grande majorité des éditeurs de contenus littéraires et artistiques[1164]).

Conclusion. Contrairement à ce que soutenait Mihailo Stojanovic[1165], ancien Conseiller à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, en 1984, il est évident que le problème de la durée du droit d'auteur et du copyright se situe désormais (et ce depuis des dizaines d'années) plus sur le plan économique que sur le plan des principes juridiques. Désormais, culture et capitalisme sont interconnectés[1166]. Les évolutions du droit du copyright reposent désormais sur une philosophie d'enjeux économiques dont le but annoncé est l'augmentation de l'intérêt des auteurs pour la création de nouvelles œuvres[1167]. Au-delà de la conception juridique ou du souci d'équité sociale, voire du désir de rendre hommage à l'activité créatrice, les nouvelles régulations portant sur le droit d'auteur et le copyright sont souvent dictées par les principaux acteurs économiques du secteur culturel[1168]. Forts d'un potentiel économique considérable et d'une puissance financière non négligeable, ces acteurs avaient (et ont) les moyens d'influer sur le législateur afin de sécuriser et augmenter la période pendant laquelle ils profitent de leur source de revenus principale : les royalties issues de l'exploitation économique des œuvres dont ils détiennent les copyrights. Ceci pose certaines inquiétudes, lorsque l'on voit qu'au début des années 2000, la durée du brevet américain a été augmentée

---

[1159] 17 U.S.C. § 303
[1160] 17 U.S.C. § 303
[1161] CTEA § 102(c)
[1162] CTEA § 102(d)(1)(B)
[1163] C.N. GIFFORD, *The Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, 30 U. Mem. L. Rev. 363, 383, 2000 : « *Due to the enactment of the CTEA, no new works will fall into the public domain until the year 2018* », cité par K. R. BERNASKI, *Saving Mickey Mouse : the upcoming fight for copyright term extension in 2018*, 2014, Law School Student Scholarship, paper 439, p. 1
[1164] Ce qui nous semble parfaitement logique vu les circonstances passées des différentes prolongations du copyright. Ce que confirment de nombreux auteurs : K. R. BERNASKI, *Saving Mickey Mouse : the upcoming fight for copyright term extension in 2018*, 2014, Law School Student Scholarship, paper 439, p. 1, ou encore C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013, p.1
[1165] M. STOJANOVIC, *Durée de la protection du droit d'auteur : situation et tendances actuelles*, Revue Internationale de Droit d'Auteur, 1984
[1166] XIJIN TANG, *Copyright and cultural capital*, 66 Rutgers L. Rev., 425, 2013-2014, p.454: « *[c]apitalism and culture are necessarily intertwined* »
[1167] A. TOR, D. OLIAR, *Incentives to create under a 'Lifetime-Plus-Years' copyright duration : lessons from a behavioral economic analysis for Eldred v. Aschcroft*, Scholarly Works, Paper 514, 2002, p. 445: « *[t]he justification for and the reasoning behind Copyright legislation is primarily utilitarian-economic. Copyright law aims to induce potential authors to benefit society by creating expressive works* », disponible sur http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/514
[1168] D. S. KARJALA, *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003, p. 235: « *Thus, the only conclusion possible from the record before Congress is that Congress gave in to the demands of the heirs and assignees of old copyrights that still had economic value but were about to enter the public domain. […] The only part of the assertion that is unassailable is that owners of old copyrights desperately wanted copyright term extension to extend their royalty streams – calling the term unfairly or inadequately short at a mere seventy-five years and multimillions of dollars in total royalties* »

de 43% depuis la copyright clause de 1790, tandis que le terme du copyright, lui, l'a été de 580%[1169]. Pour Khanna, c'est bien la preuve qu'un groupe restreint et intéressé a systématiquement déformé le modèle du copyright depuis 1790 et surtout depuis les années 1970[1170], et que les raisons invoquées par celui-ci ne justifient pas de telles extensions de la durée de protection, notamment l'incitation à la création[1171].
Cette prorogation de vingt années de la durée du copyright fut toutefois remise en cause car considérée par certains comme anticonstitutionnelle ; néanmoins, la Cour Suprême valida le CTEA (C').

C'. Affaire Eldred v Ashcroft et la confirmation définitive de la constitutionnalité de la loi de 1998

Eldred v. Ashcroft[1172]. Cet arrêt fondamental de la Cour Suprême des Etats-Unis avait pour vocation de remettre en cause la constitutionnalité du CTEA. Éric Eldred est le fondateur et dirigeant d'une société de presse en ligne qui se présentait comme une bibliothèque électronique internationale mettant à disposition des internautes des œuvres appartenant au domaine public. Alors qu'il avait pour projet d'augmenter le nombre d'œuvres disponibles sur son site, la loi CTEA mit un terme à ses espoirs de publication du fait de l'extension de vingt ans. Le professeur et avocat Lawrence Lessig de l'Université d'Harvard, fervent combattant de l'allongement des durées de protection, s'associa à E. Eldred afin de constituer un dossier en vue de faire abolir cette loi.

Durée limitée non respectée. Eldred et neuf autres co-plaintifs décidèrent d'attaquer la loi sous l'angle de la copyright clause (et son principe de « temps limité » du copyright) et du Premier Amendement (liberté d'expression) de la Constitution américaine. Selon eux, le principe du temps limité du copyright est une frontière que le Congrès n'a pas le pouvoir de dépasser. En prolongeant la durée du copyright de manière rétroactive, le Congrès aurait selon eux outrepassé ses pouvoirs issus de la Constitution et de la copyright clause. Ainsi, le CTEA ne serait pas conforme à la Constitution américaine[1173].

[1169] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, Commonlaw conspectus, vol. 23, 2014, p. 57

[1170] *Ibid*., p. 58: « *a dedicated group of special interests has systematically distorted this system since 1790, specifically since the 1970's* »

[1171] K. SLAVITT, *The copyright term extension act: we may know the words, but can we find the harmony?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 478: « *Then why the need for the CTEA? The U.S. claims it was to create incentives. As demonstrated, incentives have not been created. In addition, this same argument was criticized by a European law expert when the E.U. considered extending its copyright term: 'It is suggested [in the E.U.] that the policy considerations [advocating longer copyright terms because they are fundamental to intellectual creation] are suspect. First, the question of how long copyright protection should last is generally a remote one to any person creating a copyright work; it is unlikely to be a stimulus for greater creativity. Secondly, the arguments based on life spans seem odd. There is no good reason, for example, why two (rather than one or three) generations of descendents should benefit'. Further, an English High Court Judge noted : 'No one is going to be more inclined to write computer programs or speeches, compose music or design buildings because 50, 60 or 70 years after his death a distant relative whom he has never met might still be getting royalties' . In the absence of incentives being created or harmonization being achieved, the true reason for passage of the CTEA appears to be ego and politics* »

[1172] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, 537 U.S. 2003, à cette date « *the copyright sectors make up 5.7 % of total GDP and are the second largest export of the United States* », ce qui permet de mieux appréhender les enjeux économiques d'une affaire dont l'objet était la durée de protection du copyright (et la constitutionnalité de sa prolongation), K. SLAVITT, *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002, p. 459

[1173] M. A. HAMILTON, *Copyright duration extension and the dark heart of copyright*, 14 Cardozo Arts & Ent. L.J. 655, 1996, p. 659: « *[d]uration extension that benefits the entertainment industries and not authors raises serious constitutional questions for two reasons. First, the plain language of the Constitution states that Congress has the power to enact law '[to]*

Rejet du raisonnement. Cette logique fut rejetée par tous les juges ayant eu à statuer sur l'affaire, puis la Cour Suprême, en 2002, fit de même[1174] . Les juges considérèrent que malgré la prolongation de 20 ans, la durée du copyright conservait son caractère limité et donc que le Congrès n'avait pas transgressé les dispositions de la copyright clause. Aussi, l'éventuelle contradiction avec le Premier amendement fut rapidement écarté, les juges statuant que l'application d'une durée complémentaire au copyright n'affectait pas, in fine, l'accès du public aux œuvres, et que la balance entre l'intérêt des auteurs et ceux du public était respectée[1175].

Vers un copyright perpétuel. Justice Breyer reprochait que l'effet économique du CTEA fut de rendre la durée du copyright « *virtually perpetual* »[1176], et précisa que la valeur économique du nouveau terme établi par le CTEA était de 99,80% celle d'un copyright perpétuel[1177]. De futures prolongations de la durée du copyright pourraient ainsi remettre en cause l'assertion de Birell selon laquelle le « *copyright perpétuel est mort* »[1178]. Durant les débats oraux de l'affaire *Eldred v. Ashcroft* de 2002, Justice Day O'Connor reconnu que des extensions perpétuelles du copyright « *flies directly in the face of what the framers had in mind, absolutely* »[1179]. Ces futures prolongations sont d'ailleurs évoquées sans détour par AOLTW dans son rapport au Congrès : « *[…] [Congress could (and did) sensibly conclude that extending related to a plausible conception of how to promote progress of science and the arts in the United States, based on its multi-year consideration of the CTEA] by making good on an implicit promise that American copyright law will be updated regularly to provide strong protection for authors, Congress provides more incentive and greater security for foreign and domestic copyright holders to locate in the United States, thereby promoting progress in science and the arts here* »[1180]. Tout porte à croire qu'il y aura donc une prochaine fois[1181], et que le lobbying des grandes entreprises de la culture mondiale (en premier lieu les majors américaines) reprendra de manière intensive quelques années avant 2018, face à l'éventualité prochaine de perdre de nombreux millions de dollars dans le cas où leurs œuvres principales devaient intégrer le domaine public[1182]. Ces potentielles prolongations

---

promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries [U.S. Constitution, art. I., §8, cl. 8]'. The language speaks for itself. Second, the decision to place the duration extension in the hands of publishers runs squarely against the purpose of the Copyright Clause. The reason the Constitution limits the recipient of the monopoly power to authors resides in the single, unifying theme of the entire constitutional enterprise : the decentralization of power »

[1174] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, 537 U.S.

[1175] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, 537 U.S.

[1176] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, 537 U.S. 209, BREYER, J., *dissenting*

[1177] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, 537 U.S. 261, BREYER, J., *dissenting*

[1178] A. BIRELL, *Seven lectures on the law and history of copyright in books*, 206, 1899: « *[p]erpetual copyright is dead* »

[1179] Transcript of Oral Argument at 18, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, N° 01-618, 2003, disponible sur http://www.aaronsw.com/2002/eldredTranscript , cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, Commonlaw conspectus, vol. 23, 2014, p. 67

[1180] *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, *Amicus Brief in Support of Petitioners on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief for AOL TIME WARNER INC.,* August 5, 2002, p. 28

[1181] EPSTEIN, *The dubious constitutionality of the Copyright Term Extension Act*, 36 LOY. L.A. L. Rev., 2002, p. 123 : « *[CTEA is] the most recent, but not necessary the last, step in a constant expansion of copyright protection* »

[1182] M. A. HAMILTON, *Copyright duration extension and the dark heart of copyright*, 14 Cardozo Arts & Ent. L.J. 655, 1996, p. 655: « *No interest group is permitted to enter the House of Representatives or the Senate and vote. Again and again, Congress has been willingly captured by the publishing and motion picture industries. The reason is not far away: nothing succeeds like success. The American entertainment industry is this century's business success story. What rational American representative would want to put the brakes on an industry that makes billions of dollars, exports American culture (and propaganda) by the ton, and persuades the peoples of so many foreign countries that America is the world's leader? Especially when its products are often magic, what could it hurt to give favors to an industry that will goose a little more creative effort, a little more fun? America and Congress love Hollywood, because Hollywood is lovable* »

successives, selon les termes du Professeur Jaszi, ressemblent à un « *perpetual copyright on the installment plan* »[1183].
Mais ces différentes extensions temporelles du modèle de protection, européennes ou américaines, aboutissant à une durée du modèle de base de soixante-dix ans post mortem auctoris, ne sont pas les seules causes de la dénaturation de celui-ci. L'extension substantielle (l'élargissement des domaines d'application) du modèle de protection (Chapitre II) eut comme conséquence le même résultat : l'affaiblissement général du domaine public et la remise en cause de ce modèle développé par le législateur.

Chapitre II. L'extension substantielle du modèle

Dénaturation. Depuis la loi de 1957, on observe une dépersonnalisation du droit d'auteur. Les évolutions techniques de l'information et de la communication contribuent à l'effacement de la conception romantique de l'œuvre et de l'auteur qui avait présidé à l'édification du droit d'auteur[1184]. La dématérialisation (depuis la numérisation) des supports fait perdre à l'œuvre de l'esprit la fixité et la permanence qu'elle revêtait dans le monde physique, ce qui a pour conséquence la confusion des frontières entre création et réception, auteur et public[1185]. Que cette dénaturation du modèle du droit d'auteur soit directe (section I) ou indirecte (section II), elle participe à une remise en cause du modèle actuel, qui paraît de moins en moins adapté à l'évolution du marché de la culture.

Section I. Dénaturation directe, la protection des œuvres « techniques » et des investissements

La remise en cause du modèle du droit d'auteur est due à l'évolution même des règles qui le composent. Notamment l'élargissement croissant de la protection du droit d'auteur à des créations de nature utilitaire, souvent en réponse à des préoccupations financières[1186]. L'extension de la protection aux bases de données est un exemple de l'effacement de la personnalité du créateur, mais c'est certainement l'application du droit d'auteur au logiciel qui représente la manifestation la plus évidente de cette crise. Car le rapport du logiciel avec la conception personnaliste de l'œuvre est inexistant[1187]. Toujours est-il que la protection par le droit d'auteur des bases de données et des logiciels conduit à une dénaturation des conditions

[1183] P. JASZI, *Copyright Term Extansion Act of 1995, Hearings on S. 483 Before The Senate Judiciary Committee,* 104th Cong., 1st Sess. 14, 1997, cité dans *Eldred v. Aschcroft*, 01-618, *On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief of Intellectual Property Law Professors as Amici Curiae supporting petitioners*, p. 14
[1184] V. M. WOODMANSEE et P. JASZI, "Introduction", *The Construction of Authorship: Textual appropriation in law and literature*, Durham: Duke University, Press p. 1 et s.; T. Paris, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, Paris, 2002, p. 38 et s., cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 36
[1185] C. VANDENDORPE, *Du manuscrit à l'hypertexte. Essais sur les mutations du texte et de la lecture*, La Découverte, 1999, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 36
[1186] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 36
[1187] *Ibid*., p. 36

de protection (§I), tandis que la création de droits voisins au droit d'auteur semble plus justifiée (§II).

§I. Base de données et logiciels

La crise de l'objet du droit d'auteur trouve principalement sa source dans l'évolution même des règles de la matière. Les évolutions apportées par le législateur au modèle de protection et plus précisément son élargissement croissant, par intérêt économique (A), à des productions de nature utilitaire telles que le logiciel (B) et les bases de données (C) cause une rupture avec l'esprit personnaliste du droit d'auteur français. Cette dépersonnalisation du droit d'auteur met en exergue une autre réalité: « *la marginalisation de l'individu créateur* »[1188] en faveur de l'investisseur.

A. La nécessité de protéger les investissements financiers liés à la création

C'est aujourd'hui l'approche économique et utilitariste qui domine la propriété littéraire et artistique, la matière étant avant tout conçue comme un instrument d'encouragement à la création et donc de sa financiarisation[1189].

Logique économique. La logique des différents travaux législatifs européens sur le droit d'auteur et les droits voisins est le parfait exemple de cette évolution. Le modèle de protection repose plus sur la nécessité économique et financière que sur le concept de l'auteur romantique. L'investisseur devient, souvent sous couvert d'une meilleure protection des auteurs, la cause de la dénaturation du modèle. Afin de protéger les investissements liés à la création, divers moyens ont été adoptés au niveau national et international, telles que la prolongation de la durée des droits (voir section précédente) ou l'extension de la protection à des œuvres techniques telles que le logiciel et les bases de données. Les considérants des directives du Parlement et du Conseil européen exposent la logique économique dans laquelle s'inscrit depuis la fin des années 1980 les évolutions liées au droit d'auteur et aux droits voisins. L'impact économique sur le marché intérieur et la protection des investissements liés à la création sont d'ailleurs les deux motifs les plus régulièrement évoqués pour justifier les transformations apportées au modèle de protection des œuvres de l'esprit au sein de la Communauté européenne, et ainsi dans leurs Etats membres.

Protection élevée. Les fondements de ces changements sont d'ailleurs évoqués sans nuance. Selon la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, dite directive DADVSI, assurer un « *niveau élevé de protection* » du droit d'auteur et des droits voisins « *stimule la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif* »[1190]. Dans son considérant (10) le législateur européen explique que « *l'investissement nécessaire pour créer des produits, tels que des phonogrammes, des films ou des produits multimédias, et des services tels que les services à la demande, est*

[1188] *Ibid*., p. 33
[1189] *Ibid*., p. 31
[1190] Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

considérable. Une protection juridique appropriée des droits de propriété intellectuelle est nécessaire pour garantir une telle rémunération et permettre un rendement satisfaisant de l'investissement ». Ces évolutions en faveur de la protection des investissements ont pour conséquence la dénaturation, voire la dépersonnalisation du droit d'auteur, marquées par « *le reflux de l'originalité* »[1191].

Coûts. La Directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur s'appuie sur la différence de coûts existant entre la création et la reproduction non-autorisée pour justifier la protection de ces « *œuvres littéraires* »[1192]. Le rôle économique des programmes d'ordinateur dans certains secteurs est également considéré comme « *fondamental* » pour le développement industriel de la Communauté européenne[1193], et le défaut d'harmonisation juridique dans ce domaine aboutirait à « *des effets négatifs directs sur le marché commun* »[1194].

Investissements. La Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données cite seize fois le terme « *investissement* », essentiellement pour justifier les nouveaux droits accordés aux producteurs de ce type de « *créations intellectuelles* ». La protection de ces investissements est justifiée, selon le législateur européen, par le fait que « *la fabrication de bases de données exige la mise en œuvre de ressources humaines, techniques et financières considérables, alors qu'il est possible de les copier ou d'y accéder à un coût très inférieur à celui qu'entraîne une conception autonome* »[1195], que « *l'extraction et/ou la réutilisation non autorisées du contenu d'une base de données constituent des actes pouvant avoir des conséquences économiques et techniques graves* »[1196]; alors que « *les bases de données constituent un outil précieux dans le développement d'un marché de l'information dans la Communauté; que cet outil sera également utile dans beaucoup d'autres domaines* »[1197]. Fondée sur la sauvegarde des investissements, la protection des logiciels par le droit d'auteur (B) a grandement participé à la dénaturation du modèle du droit d'auteur.

B. Protection des logiciels

Définitions. Le logiciel (ou « *software* » en anglais) est la composante immatérielle des systèmes informatiques, le « cœur » ou « cerveau » de tout ordinateur. Le logiciel est défini comme « *l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données* » dans l'arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement de la langue française[1198]. La plupart des

[1191] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 31
[1192] *Directive 91/250/CEE*, considérant (2) : « *considérant que la création de programmes d'ordinateur exige la mise en œuvre de ressources humaines, techniques et financières considérables alors qu'il est possible de les copier à un coût très inférieur à celui qu'entraîne une conception autonome* »
[1193] *Ibid*., considérant (3) : « *considérant que les programmes d'ordinateur jouent un rôle de plus en plus important dans de nombreux secteurs industriels et que la technologie qui s'y rapporte peut dès lors être considérée comme fondamentale pour le développement industriel de la Communauté* »
[1194] *Ibid*., considérant (4) : « *considérant que certaines différences qui caractérisent la protection juridique des programmes d'ordinateur assurée par les législations des États membres ont des effets négatifs directs sur le fonctionnement du marché commun en ce qui concerne les programmes d'ordinateur et que ces différences risquent de s'accentuer à mesure que les États membres adopteront de nouvelles dispositions législatives dans ce domaine* »
[1195] Directive 96/9/CE, considérant (7)
[1196] *Ibid*., considérant (8)
[1197] *Ibid*., considérant (9)
[1198] Journal Officiel du 17 Janvier 1982

législateurs utilisent toutefois le plus souvent le terme de « programme d'ordinateur » dans ses textes[1199]. Le « programme d'ordinateur » est définit comme « *un ensemble d'instructions qui a pour but de faire accomplir des fonctions par un système de traitement de l'information, appelé ordinateur* »[1200] ou encore comme « *un ensemble d'instructions exprimées sous forme verbale, codée, schématique ou autre et pouvant, une fois transposé sur un support déchiffrable par machine, faire accomplir ou faire obtenir une tâche ou un résultat particulier par un ordinateur* »[1201].

Premiers programmes d'ordinateur. Les premiers ordinateurs personnels (à but non militaire) furent commercialisés pour la première fois au milieu du XXème siècle. Ils étaient vendus avec les logiciels nécessaires à leur fonctionnement préalablement installés. Mais dès 1968, IBM décida de commercialiser séparément ses programmes d'ordinateur. Cette pratique généra un marché autonome[1202], et la question de la protection juridique des logiciels se posa. Dès lors que le logiciel fut dissocié des ordinateurs sur lesquels il était automatiquement installé et fit l'objet d'une vente individualisée, sa part dans les investissements consacrés aux systèmes informatiques n'a eu de cesse d'augmenter[1203]. La croissance économique exponentielle du marché du logiciel a suscité l'intérêt des juristes qui ont très rapidement pris conscience de l'importance d'encadrer légalement cette technologie afin de « *lutter contre la piraterie et le parasitisme sous toutes ses formes dans un secteur où les investissements sont énormes et la copie très facile* »[1204]. Il a d'abord été pensé que le brevet serait le modèle le plus adapté, du fait de l'importante dimension technique du logiciel. Mais cette idée fut rejetée par le législateur français dès 1968[1205]. Par défaut et en toute logique, les investisseurs, les créateurs puis le législateur se sont donc tournés vers le droit d'auteur.

International. Dès le 12 décembre 1980, le législateur américain adopta le Computer Software Copyright Act of 1980[1206] qui préconisait une protection des programmes d'ordinateur par le biais du copyright. Cette première loi sur la protection des logiciels fut complétée par la jurisprudence, qui détermina clairement le cadre de la protection des programmes d'ordinateurs. Ainsi étaient protégés à ce titre : les programmes source (et les programmes objet stockés sur une « ROM »)[1207], les logiciels d'application et d'exploitation[1208], ainsi que les jeux vidéo[1209]. À partir de 1985, d'autres pays comme

[1199] Terminologie utilisée dans la Directive n° 91/250/CEE du 14 mai 1991, dans l'article 10.1 de l'Accord ADPIC et l'article 4 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996. Si le législateur français préfère l'usage du terme « logiciel » il utilise également le terme « programme d'ordinateur », notamment à l'article L. 611-10 du CPI

[1200] Art. 5.1.1 du Livre Vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et le défi technologique (COM (88) 172)

[1201] Les dispositions types de l'OMPI sur la protection du logiciel de 1977

[1202] A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 599

[1203] A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 3: *« le mouvement n'a fait que s'accélérer avec l'amélioration spectaculaire des performances des machines et leur miniaturisation. Il est irréversible. Une véritable industrie du logiciel est née dans laquelle la France occupe une des premières places en Europe* »

[1204] *Ibid*., p. 3

[1205] Solution reprise par la Convention de Munich de 1973 sur les brevets européens et énoncée par l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle, A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 4

[1206] 17 USC §§ 101, 117 [1980]

[1207] *Williams Electronics Inc. v. Artic International* » 685 F 2d 870, 215 USPQ 405, 3th. Cir. 1982; *Tandy Corp. v. Personal Micro Computers Inc.*, 214 USPQ 178, 524 F. Supp. 171, DC ND Cal. 1981, cités par A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 600

[1208] *Apple Computer v. Franklin Computer*, F. Supp. 812, 215 USPQ 935, ED Pa. 1982, en appel 219 USPQ 113, 714 F 2d 1240, Ca. 3rd Cir. 1983, RIDA 1984, no 120, p. 183, note J.-M. BAUDEL ; *Apple Computers v. Formula International Inc.*, 218 USPQ 47, CD Cal. 1983, 562 F. Supp. 775, cités par A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 600

l'Australie, la Corée du Sud, la République Dominicaine, le Brésil, la France, l'Espagne, l'Inde, la Malaisie, Singapour, Israël, le Canada, le Danemark, l'Uruguay et l'Arabie Saoudite ont modifié leurs législations afin d'étendre leurs droits d'auteur respectifs aux programmes d'ordinateur.

Scepticisme doctrinal. La doctrine fut rapidement divisée sur la question du modèle de protection à appliquer aux programmes d'ordinateur. Dès 1971, si le professeur allemand Eugen Ulmer, concluait à « *la protection possible des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur* »[1210], de nombreux auteurs s'interrogeaient ouvertement sur l'adéquation du droit d'auteur aux logiciels[1211]. Comme le rappelle le professeur A. Lucas, « *la vérité est que l'application du droit d'auteur ne coule pas de source autant qu'on a bien voulu le dire* », ce scepticisme ne datant pas d'hier[1212] et de telles incertitudes pouvant redonner des arguments aux partisans d'une protection *sui generis*[1213].

Divergences jurisprudentielles. En Europe, la controverse doctrinale qui avait marqué le début des années soixante-dix se ressentit dans les décisions rendues par les juges. Ainsi, alors que de nombreuses décisions accordaient sans ambiguïté la protection du droit d'auteur aux logiciels[1214], d'autres décisions leurs déniaient cette protection, sous prétexte que les logiciels n'étaient pas des « *œuvres de l'esprit* »[1215], ne présentaient pas une

---

[1209] *Stern Electronics v. Kaufman*, 523 F. Supp. 635, 213 USPQ 75, ED NY 1981, en appel 213 USPQ 443, 2d Cir. 1982; *Midway v. Artic International*, 211 USPQ 1152, ND Ill 1982, en appel 218 USPQ 791, 704 F 2d 1009, Ca 7th Cir. 1982; *Nintendo of America v. Elcon Industries Inc.*, 564 F. Supp. 937, DC ED Mich. 1982, cités par A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 600

[1210] E. ULMER, *Copyright protection of scientific works with special reference to computer programs*, 2 IIC 56 [1971], traduction française, RIDA oct. 1972, no 74, p. 47

[1211] A. CHRISTIE, *Designing Appropriate Protection for Computer Programs*, European Intellectual Property Review 1994, p. 486-493; P. SAMUELSON, R. DAVIS, M. D. KAPOR et J. H. REICHMAN, *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, Columbia Law Review, 1994, vol. 94, p. 2308-2431 ; S. E. GORDON, *The Very Idea ! Why Copyright Law is an Inappropriate Way to Protect Computer Programs*, European Intellectual Property Review 1998, p. 10-13; V. cependant, tirant argument de la souplesse du copyright, A. R. MILLER, *Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works : Is Anything New Since CONTU ?*, Harvard Law Review 1993, vol. 106, p. 977; J.-C. GINSBURG, *Four Reasons and a Paradox : the Manifest Superiority of Copyright over Sui Generis Protection of Computer Software*, Columbia Law Review 1994, vol. 94, p. 2559-2572; B. A. CARLSON, *On the Wrong Track : A Response to the Manifesto and a Critique of Sui Generis Softawre Protection*, Jurimetrics, Journal of Law, Science and Technology 1997, vol. 37, p. 187-203 et critiquent l'imprévisibilité de la jurisprudence (M. SCHWARTZ, *Copyright Protection is 'Not on the Menu'*, *Lotus Development Corp. V. Borland International, Inc.*, European Intellectual Property Review 1995, p. 337-339), cités par A. LUCAS, *Fasc. 1160 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 22-23

[1212] A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 23

[1213] R. H. STERN, *Is the Centre Beginning to Hold in US Software Copyright Law?*, European Intellectual Property Review 1993, p. 39-41; P. SAMUELSON, R. DAVIS, M. D. KAPOR et J. H. REICHMAN, *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, Columbia Law Review, 1994, vol. 94, p. 2308-2431, cités par A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 23

[1214] Ainsi, en France: T. com. Paris, 18 nov. 1980, *Babolat c/ Pachot, Exp*. 1982, no 39, p. 72, CA Paris, 4e ch., 2 nov. 1982, Exp. 1982, no 46, p. 243; Gaz. Pal. 1983, 1, 117, note J.-R. Bonneau; RIDA 1983, no 115, p. 148; TGI Paris, 1re ch., 21 sept. 1983, *Apple c/ Segimex, Exp*. 1983, no 56, p. 257; Gaz. Pal. 1984, 1, 51, note J.-R. Bonneau ; RIDA 1984, no 120, p. 156 ; En Allemagne : *LG Kassel*, 21 mai 1981, BB 1983, 992, en appel *OBG Frankfurt*, 6 nov. 1984, BB 1985, 139; LG Mosbach, 13 juill. 1982, GRUR 1983, 70; BB 1982, 1443 – LG Munich, 21 déc. 1982, BB 1983, 274; GRUR 1983, 175, 14 IIC 437 [1983] – Aux Pays-Bas: *Holland International Computer Services Holding B.V. v. Business Automation Systems B.V.*, no 98, Arrondissementsrechtbank Hertogenbosch 30 janv. 1981 et 14 mai 1982, BIE 1983, 323, Auteursrecht 1983, no 5, p. 107; GRUR Int'l. 1983, 669 ; *Apple v. Cab II*, President Arrondissementsrechtbank Amsterdam 24 mars 1983, BIE 1983, nr 11, p. 33 ; CA Amsterdam, 26 juin 1984, Computerrecht 1984, no 3, p. 21 ; En Italie : Tribunale di Torino, 15 Luglio 1983, Rivista di Diritto Industriale 1983, no 4, parte II, p. 479 ; 1984, no 1/2, parte II, p. 44, jurisprudences citées par A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 600

[1215] CA Paris, 4 juin 1984, *Atari c/ Sidam et Valadon, Exp*. 1984, no 64 ; JCP CI 1985, II, 14409, note VIVANT, selon lequel « *l'affirmation de la Cour de Paris est la bienvenue* », jurisprudences citées par A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 600

« *préoccupation esthétique ou artistique* »[1216], n'étaient d'aucune « *originalité* »[1217], ou encore « *n'était pas un élément tangible* » et « *relevaient du domaine des idées* »[1218].

Lobbying. Ceci entraina un fort lobbying auprès du législateur afin qu'une décision soit prise par le législateur concernant statut de la protection du logiciel. Si le gouvernement français souhaita dans un premier temps étudier la possibilité d'une protection *sui generis* pour le logiciel en mandatant un groupe de réflexion à l'INPI fin 1983, « *le débat fût mené sur le terrain de l'opportunité économique plus que sur celui de l'orthodoxie juridique* »[1219]. En effet, l'industrie du logiciel tenait à une protection par le droit d'auteur, car ce modèle était selon eux plus simple, moins coûteuse et avait l'avantage d'être en accord avec les dispositions prises aux États-Unis. Le lobbying des industriels américains fut si important que tout projet d'une loi sui generis fut abandonné. Notamment le projet japonais en 1985, et celui entamé au Brésil en 1986. Ainsi, l'extension de la protection du droit d'auteur aux logiciels devint dès 1985 la norme : le 14 juin au Japon, le 24 juin en Allemagne et au Royaume-Uni le 16 juillet.

Concrétisation jurisprudentielle. Si les juges français se montrèrent dans un premier temps favorables à l'idée de protéger le logiciel par le droit d'auteur[1220], la Cour d'appel de Paris vint créer une certaine insécurité juridique en refusant d'assimiler le logiciel à une œuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957[1221]. Le premier jugement rendu en France sur la protection des logiciels fut celui du tribunal de grande instance de Bobigny du 11 décembre 1978, qui assimilait déjà totalement le programme source à « *un pur produit de l'esprit* »[1222]. Cette décision fut complétée par le tribunal de commerce de Paris le 18 novembre 1980, qui fut confirmée par la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 2 novembre 1982: « *[c]onsidérant que l'élaboration d'un programme d'application d'ordinateur est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression allant au-delà d'une simple logique automatique et contraignante, qu'il ne s'agit pas d'un mécanisme intellectuel nécessaire, qu'en effet les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages entre divers modes de présentation et d'expression, que leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité* »[1223]. Finalement, c'est l'arrêt rendu le 7 mars 1986 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation[1224], qui vint confirmer les termes de la loi de 1985 et la protection des logiciels par le droit d'auteur : « *[a]ttendu*

[1216] CA Paris, 13e ch., 20 févr. 1985, *Mme Tel et Jeutel c/ Data East Corp.*, Gaz. Pal. 26 mai 1985, note J.-R. Bonneau, note Bertrand; Exp. 1985, no 74, p. 161, jurisprudences citées par A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 600

[1217] TGI Evry, 11 juill. 1985, *Tandy c/ Breton, Exp.*, 1985, no 76, p. 221 ; un autre jugement rendu le même jour par le TGI Evry dans l'affaire, *Wallon c/ Breton* avec les mêmes motifs a été infirmé par la CA Paris le 27 janv. 1987, Exp. 1987, no 92, jurisprudences citées par A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 600,

[1218] *LG Manheim*, 12 juin 1981, BB 1981, 1543, note ZAHRNT; aussi, TGI Evry cité ci-dessus, jurisprudences citées par A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 600

[1219] A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 4

[1220] CA Paris, 4e ch. A, 2 nov. 1982: D. 1982, inf. rap. p. 481; Gaz. Pal. 1983, 1, p. 117, note J. R. Bonneau; TGI Paris, réf., 14 juin 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, p. 468 ; D. 1983, inf. rap. p. 308; TGI Paris, 1re ch., 21 sept. 1983: D. 1984, p. 77, note Ch. Le Stanc, et 1985, inf. rap. p. 40, obs. J. Huet; JCP G 1984, II, 20249, note J.-M. Wagret; RJ com. 1984, p. 59, note Ph. le Tourneau; TGI Paris, 3e ch., 27 juin 1984: Gaz. Pal. 1985, 1, p. 66, note J.-R. Bonneau, cité par A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 4

[1221] CA Paris, 13e ch., 4 juin 1984: JurisData n° 1984-601080; JCP N 1985, II, 14409, note M. Vivant; voir également TGI Évry, 11 juill. 1985: Gaz. Pal. 1985, 2, p. 700, note J.-R. Bonneau, cités par A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 4

[1222] TGI Bobigny, 11 déc. 1978, *Babolat c/ Pachot, Exp*. 1982, no 39, p. 73.

[1223] CA Paris, 4e ch., 2 nov. 1982, *Babolat c/ Pachot, Exp*. 1982, no 46, p. 243; Gaz. Pal. 1983, 1, 117, note J.-R. Bonneau; RIDA 1983, no 115, p. 148

[1224] Cass., ass. plén., 7 mars 1986 : RIDA juill. 1986, n° 129, p. 136, note A. Lucas ; RTD com. 1986, p. 399, obs. A. Françon; JCP G 1986, II, 20631, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant; D. 1986, jurispr. p. 405, note B. Edelman; JurisData n° 1986-701842 et n° 1986-000469

qu'après avoir justement relevé que le caractère scientifique des programmes informatiques n'était pas un obstacle à leur protection par le droit d'auteur, […] que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée; […], la cour d'appel, qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par M. Pachot portaient la marque de son apport intellectuel, a légalement justifié sa décision de ce chef »[1225].

Loi de 1985[1226]. La loi française n° 85-660 du 3 juillet 1985 se rallia à une solution de compromis en ajoutant les logiciels à la liste de l'article 3 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957[1227] tout en prévoyant pour eux un régime dérogatoire. Cet encadrement particulier de la protection du logiciel ressemblait fort à une protection spécifique. M. Jolibois, rapporteur du projet au Sénat, le reconnaissait d'ailleurs ouvertement : *« [i]l est donc bien clair que l'ensemble des dispositions relatives aux logiciels constituent un droit nouveau, un droit voisin, qui n'est pas rigoureusement un droit d'auteur* »[1228]. La loi de 1985 venait ainsi réduire l'incertitude juridique résultant de solutions jurisprudentielles contradictoires, et investir les logiciels d'une protection, bien que fondée sur le droit d'auteur, soumises à des conditions particulières. En effet, les dispositions relatives au logiciel étant définies « *selon les modalités définies au titre V bis de la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle* »[1229]. En d'autres termes, il n'y avait pas extension pure et simple de la loi de 1957 aux logiciels, mais extension du principe de cette protection dans un cadre bien déterminé car le titre V de la loi du 3 juillet 1985 relatif aux logiciels contenait sept articles dont trois dérogeaient radicalement aux dispositions de la loi du 11 mars 1957. Le législateur avait entendu donner aux logiciels un statut particulier (« *connexe au droit d'auteur* », selon l'expression du sénateur Charles Jolibois). L'article 48 de la loi du 3 juillet 1985 prévoyait d'ailleurs que les logiciels étaient protégés par le droit d'auteur pour une période de « *25 années à compter de la date de la création du logiciel* ». Cette durée n'était clairement pas celle de droit commun, qui s'étendait alors à cinquante ans post mortem auctoris.

Harmonisation européenne. Cette durée de vingt-cinq années n'étant pas celle appliquée dans l'ensemble de la Communauté européenne, l'étude d'une nouvelle directive fut entamée en vue d'harmoniser les législations des États membres et d'éviter les atteintes à la libre concurrence au sein du marché communautaire. Dès 1985, la Commission européenne cibla, dans un Livre blanc visant à l'achèvement du marché intérieur européen, la nécessaire harmonisation des législations intra-communautaires portant sur la protection des programmes d'ordinateurs. Dans son Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique publié en juin 1988, la Commission souligna « *l'importance du logiciel pour l'économie de la Communauté* » et affirmait « *son intention de soumettre au Conseil, en tant que mesure urgente, une proposition de directive sur la protection des programmes*

[1225] Ass. plén. 7 mars 1986, no 83-10.477, *Babolat c/ Pachot*, Bull. Ass. plén., no 3 ; RDPI 1986, no 3, p. 203, note J. Jonquères; D 1986, jur. 405, note Edelman ; JCP CI 1986, 14713, note Mousseron, Teyssié et Vivant

[1226] *Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle*

[1227] CPI, art. L. 112-2

[1228] JO Sénat CR, 17 juin 1985, p. 1253

[1229] Article 1er V de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985

informatiques basée sur l'article 100 CE »[1230]. L'élaboration de la directive fut marquée par un intense lobbying et la controverse fit rage[1231].

Objectifs. La Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur visait différents objectifs dans son préambule: la disparité des législations des Etats membres[1232], l'implication financière liée à ce type de produit[1233], l'importance des logiciels pour le secteur industriel communautaire[1234], entériner les problèmes négatifs sur le marché communautaire, notamment en termes de concurrence[1235]. La dimension économique était une nouvelle fois au centre des objectifs (et des intérêts) de la Communauté. Malgré les nombreux débats sur le régime de protection du logiciel, notamment l'éventualité d'utiliser le brevet, le législateur européen aboutit toutefois à la directive n° 91/250/CEE du 14 mai 1991 (entrée en vigueur fixée au 1er janvier 1993)[1236].

Durée. Dans son article 2, la directive expose la nouvelle durée de protection du logiciel, fondée sur le régime commun : « *1. La protection est assurée pendant la durée de vie de l'auteur et pendant cinquante ans après son décès ou après le décès du dernier auteur survivant; si le programme d'ordinateur est une œuvre anonyme ou publiée sous un pseudonyme ou si une personne morale est considérée être l'auteur par la législation nationale conformément à l'article 2 paragraphe 1, la durée de la protection est de cinquante ans à compter de la date à laquelle le programme d'ordinateur est licitement rendu accessible au public pour la première fois. La durée de la protection est calculée à partir du 1er janvier de l'année qui suit les événements précités. 2. Les États membres qui appliquent déjà une durée de protection plus longue que celle prévue au paragraphe 1 sont autorisés à maintenir leur durée actuelle jusqu'au moment où la durée de protection pour les œuvres protégées aura été harmonisée par le droit communautaire d'une manière plus générale* ».

Loi de 1994. La loi n° 94-361 du 10 mai 1994 à fin de transposition de la directive de 1991 apporte des modifications substantielles à la codification française de 1992. Notamment la durée des droits patrimoniaux qui est alignée sur celle du droit commun de la propriété littéraire et artistique (abrogation de l'article L. 123-5) et devient désormais

---

[1230] *Livre vert de la Commission sur le droit d'auteur et le défi technologique*, Com (88) 172 Final, juin 1988
[1231] A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 5
[1232] Directive n° 91/250/CEE du 14 mai 1991 : « *considérant que les programmes d'ordinateur ne sont actuellement pas clairement protégés dans tous les États membres par la législation en vigueur; qu'une telle protection, lorsqu'elle existe, présente des caractères différents* »
[1233] *Ibid.* : « *considérant que la création de programmes d'ordinateur exige la mise en œuvre de ressources humaines, techniques et financières considérables alors qu'il est possible de les copier à un coût très inférieur à celui qu'entraîne une conception autonome* »
[1234] *Ibid.* : « *considérant que les programmes d'ordinateur jouent un rôle de plus en plus important dans de nombreux secteurs industriels et que la technologie qui s'y rapporte peut dès lors être considérée comme fondamentale pour le développement industriel de la Communauté* »
[1235] *Ibid.* : « *considérant que certaines différences qui caractérisent la protection juridique des programmes d'ordinateur assurée par les législations des États membres ont des effets négatifs directs sur le fonctionnement du marché commun en ce qui concerne les programmes d'ordinateur et que ces différences risquent de s'accentuer à mesure que les États membres adopteront de nouvelles dispositions législatives dans ce domaine; considérant qu'il convient de supprimer les différences existantes ayant de tels effets et d'empêcher de nouvelles d'apparaître tandis qu'il n'y a pas lieu de supprimer ou d'empêcher d'apparaître celles qui ne porteront pas notablement atteinte au fonctionnement du marché commun; considérant que le cadre juridique communautaire concernant la protection des programmes d'ordinateur peut donc, dans un premier temps, se limiter à prescrire que les États membres doivent accorder la protection du droit d'auteur aux programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires et à déterminer les bénéficiaires et l'objet de la protection, les droits exclusifs que les personnes protégées devraient pouvoir invoquer pour autoriser ou interdire certains actes, ainsi que la durée de la protection* »
[1236] Journal Officiel des communautés européennes du 17 Mai 1991; JCP G 1991, III, 64816; RIDA janv. 1992, n° 151, p. 353

soixante-dix ans post mortem auctoris ou à compter de leur divulgation. Cette nouvelle durée a également un effet rétroactif: les logiciels créés avant le 1er janvier 1986, qui restaient soumis au régime commun de la loi du 11 mars 1957, bénéficient donc de la durée de protection accordée par le droit commun. La durée de protection des logiciels anonymes, pseudonymes, ou dont les droits sont détenus par des personnes morales, est calculée à la partir de la date de divulgation publique, en lieu et place de la date de leur création qui était souvent difficile à établir[1237].

Conclusion. Le logiciel est protégé au même titre que les œuvres littéraires et pour la même durée (au sens de la Convention de Berne[1238]). L'application du droit d'auteur à son régime est aujourd'hui une solution quasi universelle. Si on peut y voir un droit *sui generis déguisé*[1239], il est clair que la durée de protection des logiciels est « *tout de même bien long[ue]* »[1240], voire « *totalement irréaliste* »[1241] étant donné l'obsolescence commerciale de ceux-ci. En effet, « *de cette protection, point trop ne faut* »[1242], car une durée trop longue représenterait une barrière à la diffusion du savoir et même à l'évolution technologique. Il semble donc qu'une protection *sui generis* d'une durée plus courte (et adaptée aux cycles de vie du logiciel) aurait été préférable, dans l'esprit de celle accordée aux bases de données (C).

C. Protection des bases de données

Introduction. La question de la protection des bases de données est apparue peu après celle sur les logiciels, au début des années 1980. Les industriels qui, sur un marché en pleine expansion, réclamaient la protection de leurs investissements, car ils se considéraient menacés par le caractère volatil de l'information et l'extrême facilité de la copie (tout comme les entreprises de logiciel auparavant). En France, l'article 4 de la loi 11 mars 1957[1243] ne spécifiait pas clairement si le recourt à la protection par le droit d'auteur était envisageable pour les bases de données puisqu'il réservait le bénéfice de celui-ci aux « *recueils d'œuvres diverses* ». Cette formulation semblait exclure les compilations de données[1244] et créait donc une certaine insécurité juridique. Pourtant, dès 1983 dans les arrêts *Microfor*[1245], la Cour de cassation osa accorder la protection du droit d'auteur à la base de données, considérant que celle-ci était une « *œuvre d'information* ». La tendance internationale était également en faveur d'une protection des bases de données par le droit d'auteur. Dès 1994, l'article 10.2 de

[1237] A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 6

[1238] Dans son article 1er, la directive dispose que « *[c]onformément aux dispositions de la présente directive, les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la convention de Berne* », Définition reprise dans l'article 10 de l'Accord ADPIC (et par l'article 4 du Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996): « *[l]es programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la convention de Berne* »

[1239] A. LUCAS, *Fasc. 1160: Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur, p. 6

[1240] A. FRANCON, *Directive du Conseil CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, RTD Com., 1991, p. 386

[1241] J. AZEMA, *Protection juridique des programmes d'ordinateur*, RTD Com. 1992, p. 176

[1242] J. HUET, *L'Europe des logiciels : le principe de la protection par le droit d'auteur*, Recueil Dalloz 1992, p. 221

[1243] Devenu l'article L. 112-3 du CPI

[1244] A. LUCAS, *Fasc. 1650: Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 5

[1245] Cass. 1re civ., 9 nov. 1983: JurisData n° 1983-702217; JCP G 1984, II, 20189, note A. Françon et Cass. ass. plén., 30 oct. 1987, n° 86-11.918 : JurisData n° 1987-001712 ; JCP E 1988, II, 15093, obs. M. Vivant ; JCP G 1988, II, 20932, rapp. X. Nicot et note J. Huet; et A. Lucas; D. 1988, p. 21, concl. J. Cabannes ; RTD com. 1988, p. 57, obs. A. Françon

l'Accord ADPIC imposait déjà aux États parties à l'accord de protéger les bases de données, en tant que « *créations intellectuelles* »[1246] au titre du droit d'auteur.

Définition. La loi française n° 98-536 du 1er juillet 1998 définit la base de données comme « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* »[1247], ce qui inclut les compilations traditionnelles sur support papier. Cette définition est la retranscription quasi-identique de l'article 1.2 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996: « *qu'on entend par 'bases de données' un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* »[1248]. Si initialement la protection des bases de données électroniques n'étaient pas envisagée, l'usage de « *tout autre moyen* » les inclus directement dans la définition. De plus, si le législateur français n'utilise pas l'expression « *droit sui generis* », il correspond bien au type de protection spécifique accordée aux bases de données.

Droit voisin? Ces définitions ne semblent d'ailleurs pas faire obstacle à la qualification de droit voisin. Si la loi française réserve clairement le bénéfice des droits voisins à trois catégories de bénéficiaires[1249], ceci n'empêche pas théoriquement que le droit destiné à protéger l'investissement d'un producteur de base de données corresponde à la nature d'un droit voisin[1250]. Mais avant l'instauration de ces définitions et l'application d'une protection des bases de données, le débat sur le choix du type de protection à accorder fut houleux et fut tranché par le législateur européen, par une directive 96/9/CE, adoptée le 11 mars 1996 puis entrée en vigueur le 1er janvier 1998[1251].

Objectifs de la directive. La directive de 1996 avait pour objet d'harmoniser la législation sur le droit d'auteur applicable à la structure et à l'arrangement du contenu des bases de données (base de données « *originale* »). Les dispositions de la directive sont applicables à la fois aux bases de données analogues et numériques (sous une forme électronique que sur support papier). Selon le Commissaire Mario Monti, responsable du marché intérieur, « *cette mesure innovatrice et globale garantira un degré de protection adéquat aux créateurs et aux investisseurs dans le domaine des bases de données dans l'ensemble de l'Union. […] Une telle protection est essentielle si l'on veut encourager les investissements nécessaires pour faire de la société de l'information une réalité commercialement viable en Europe. En adoptant cette directive, l'Union européenne a montré l'exemple dans ce domaine au reste du*

[1246] Article 10.2 de l'ADPIC : « *les compilations de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles. Cette protection, qui ne s'étendra pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes* », l'article L. 112-3 du CPI a d'ailleurs été modifié par la loi du 18 décembre 1996 pour transposer cet article ; voir aussi l'article 5 du Traité de l'OMPI de 1996 sur le droit d'auteur : « *les compilations de données ou d'autres éléments, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégées comme telles. Cette protection ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d'auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation* »

[1247] Article L. 112-3 al. 2 CPI

[1248] Article 1.2 de la Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, Journal Officiel des communautés européennes du 27 Mars 1996 ; JCP E 1996, III, 67914

[1249] Les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, les entreprises de communication audiovisuelle

[1250] Comme l'a dit très clairement la loi allemande du 22 juillet 1997 transposant la directive, A. LUCAS, *Fasc. 1650: Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 17 ; voir également, B. Edelman, *Les bases de données ou le triomphe des droits* voisins, D. 2000, chron. p. 89

[1251] *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données*

monde »[1252]. Pour la Commission, afin de créer un environnement attrayant pour l'investissement tout en préservant les intérêts des utilisateurs, il était essentiel que l'Union assure un niveau de protection clair et bien défini aux bases de données. Cette nouvelle directive eut pour principale caractéristique de créer un nouveau droit économique exclusif destiné à protéger les investissements substantiels réalisés par les fabricants de bases de données. Ce nouveau droit *sui generis* est accordé aux créateurs de bases de données[1253] pour protéger l'investissement, en temps, en moyens financiers et en travail, nécessaire à sa création. En outre, la directive prévoyait une harmonisation des éléments de la législation sur le droit d'auteur qui étaient applicables à la structure des bases de données[1254]. Les fabricants de bases de données pouvaient ainsi invoquer la nouvelle directive pour interdire l'extraction et/ou la réutilisation par des tiers de la totalité ou de parties substantielles du contenu de la base[1255].

Directive 96/9/CE. Cette directive a donné lieu à des négociations très difficiles. Le nombre très important de considérants, soixante, prouve que le choix d'un droit *sui generis* complémentaire au droit d'auteur ne fut pas facilement acquis[1256]. D'ailleurs, cette décision du législateur européen fut critiquée. Tout d'abord à l'échelle internationale et surtout par les États-Unis, où ce type de protection est perçu comme une atteinte à la libre circulation de l'information. Même en Europe, le droit *sui generis* a fait l'objet de nombreuses critiques. Les résultats de l'évaluation de l'impact de la directive organisée par la Commission prouvent d'ailleurs que cette protection *sui generis* n'est pas approuvée de tous[1257].

Droit d'auteur. L'article 3.1 de la directive de 1996 dispose donc que : « *[c]onformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection* ». Avant même l'application du droit communautaire, accorder cette protection était déjà le principe, le juge français considérant qu'« *[u]ne banque de données […] peut être qualifiée d'œuvre de l'esprit et bénéficier à ce titre de la protection du droit d'auteur lorsqu'elle apporte un apport intellectuel caractérisant une œuvre originale, laquelle […]exige de son auteur la preuve d'un effort personnalisé dépassant la mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante dans la conception et l'écriture du programme* »[1258]. Toutefois, il faut noter que si la structure globale de la base de données est protégée par le droit d'auteur, les éléments intégrés à celle-ci ne perdent pas leur protection juridique propre (telle que le droit d'auteur s'il est applicable). La disposition communautaire sur la protection des bases de données par le droit d'auteur fut transposée en France à l'article L. 112-3 al.1 du CPI, modifié par la loi du 1er juillet 1998[1259]. Toutefois, si l'on peut s'étonner qu'une protection si longue, soixante ans post mortem auctoris, soit accordée aux bases de

[1252] Commission européenne, Communiqué de presse disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/index_fr.htm
[1253] Article 4 de la directive 96/9/CEE
[1254] Article 3 de la directive 96/9/CEE
[1255] Commission européenne, Communiqué de presse disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/index_fr.htm
[1256] A. LUCAS, *Fasc. 1650: Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p.16
[1257] *First Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, DG Internal Market and Services Working Paper*: Bruxelles, 12 déc. 2005, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/index_fr.htm
[1258] CA Paris, 4ème ch., 15 janv. 1997, *SNC VF Diffusion c/ Chantelle*, PIBD 1997, III, 517
[1259] Art. L. 112-3 al.1 du CPI :« *[l]es auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles* »

données (qui paraissent tenir plus du domaine technique qu'artistique) c'est surtout la protection spécifique offerte aux producteurs qui paraît la plus critiquable.

Droit *sui generis*. Depuis la directive 96/9/CE, les bases de données bénéficient, en complément du droit d'auteur, d'une protection *sui generis*. Ce texte a instauré un nouveau droit exclusif *sui generis* en faveur des producteurs de base de données, que ces bases de données aient ou non un caractère intrinsèquement innovateur (base de données « *non-originale* »). Dans son article 7.1, la directive dispose que : « *[l]es États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif* », complété par son paragraphe 4 : « *[l]e droit visé au paragraphe 1 s'applique indépendamment de la possibilité pour la base de données d'être protégée par le droit d'auteur ou par d'autres droits. En outre, il s'applique indépendamment de la possibilité pour le contenu de cette base de données d'être protégé par le droit d'auteur ou par d'autres droits. La protection des bases de données par le droit visé au paragraphe 1 est sans préjudice des droits existant sur leur contenu* ».

Investissement - Le droit *sui generis* est fondé sur la protection de l'investissement du producteur de la base de données. Ce fondement, explicité au considérant (39) de la directive[1260], est sans équivoque. Ainsi, cette protection et sa durée sont justifiées par un critère d'amortissement et de rentabilité[1261]. Toutefois, le texte énonce une condition à la protection : l'investissement protégé doit être « *substantiel* ». Cette condition fut développée par le législateur français et la jurisprudence.

Bénéficiaires. L'article 11 de la directive dispose quels sont les bénéficiaires de la protection par le droit *sui generis* : « *1. Le droit prévu à l'article 7 s'applique aux bases de données dont le fabricant ou le titulaire du droit sont ressortissants d'un Etat membre ou ont leur résidence habituelle sur le territoire de la Communauté. 2. Le paragraphe 1 s'applique également aux sociétés et aux entreprises constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal à l'intérieur de la Communauté; néanmoins, si une telle société ou entreprise n'a que son siège statutaire sur le territoire de la Communauté, ses opérations doivent avoir un lien réel et continu avec l'économie d'un État membre* ». En droit français, le bénéficiaire de la protection est selon l'article L. 341-1 du CPI « *[l]e producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* ». La protection *sui generis* est donc liée purement et simplement à l'investissement, qu'il soit financier, matériel et humain mais surtout, substantiel. Le bénéfice de cette protection ne peut donc être revendiqué qu'à condition de pouvoir rapporter la preuve de cet « *investissement substantiel* ». Ainsi, il a été précisé dans deux arrêts de la 4ème chambre de la Cour d'appel de Paris que « *la protection spécifique instaurée par l'article L. 341-1 du CPI au profit du producteur de base de données, ne peut être reconnue au producteur qui ne produit aucun*

[1260] Directive 96/9/CE, considérant (39) : « *la présente directive a pour objectif de protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consenti par celui qui a recherché et rassemblé le contenu* »
[1261] D. BECOURT, *Réflexions sur la proposition de directive du Conseil relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (présentée le 23 mars 1992)*, D. 1993, p. 111

document attestant de la nature et de l'importance des investissements engagés pour la production de la base de données dont il revendique la protection »[1262], tandis que « *peut se prévaloir de la protection spécifique […], la société qui justifie par des factures et contrats de travail d'investissements financiers et humains substantiels pour refondre, informatiser et mettre à jour un annuaire professionnel consacré aux vétérinaires exerçant en France* »[1263].

Opposition au droit d'auteur. La logique du droit *sui generis* est donc radicalement opposée à celle du droit d'auteur, car le bénéfice de la protection est accordé à l'investisseur, sur la base de son financement, et non pas à l'auteur (la proposition initiale était d'ailleurs moins claire puisqu'elle faisait naître les droits sur la tête du « *créateur* »)[1264]. Selon l'alinéa 2 de l'article L. 341-2[1265], et toujours a contrario des principes gouvernant le droit d'auteur, les « *sociétés ou entreprises* » peuvent être bénéficiaires de la protection *sui generis*. Néanmoins, pour bénéficier de la protection, les producteurs de base de données doivent être « *ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou qui ont dans un tel État leur résidence habituelle* », ainsi que « *les sociétés ou entreprises constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal à l'intérieur de la Communauté ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen* », en précisant toutefois que si la société ou l'entreprise n'a que son siège statutaire sur le territoire d'un tel État, *"ses activités doivent avoir un lien réel et continu avec l'économie de l'un d'entre eux"*. À défaut de remplir ces conditions, le producteur ne peut revendiquer le bénéfice du droit *sui generis* que « *si un accord particulier a été conclu avec l'État dont ils sont ressortissants par le Conseil de la Communauté européenne* ». Cette condition de réciprocité est d'autant plus étonnante qu'en droit d'auteur c'est la règle inverse du traitement national qui est imposée[1266].

Durée. La durée du droit *sui generis* est définie à l'article 10 de la directive. Il prévoit que le droit accordé par l'article 7 débute « *dès l'achèvement de la fabrication de la base de données* » et « *expire quinze ans après le 1 er janvier de l'année qui suit la date de l'achèvement* »[1267]. Si la base de données a été mise à la disposition du public (de « *quelque manière que ce soit* ») avant l'expiration du terme de quinze ans précité, alors la durée de protection « *expire quinze ans après le 1 " janvier de l'année qui suit la date à laquelle la base a été mise à la disposition du public pour la première fois* »[1268]. De sorte que la base peut être au total protégée près de trente ans, et ceci, sans que le producteur n'apporte de changement à celle-ci. Cette protection peut également être renouvelable, car « *[t]oute modification substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu d'une base de données, notamment toute modification substantielle résultant de l'accumulation d'ajouts, de suppressions ou de changements successifs qui ferait considérer qu'il s'agit d'un nouvel investissement substantiel, évalué de façon qualitative ou quantitative, permet d'attribuer à la*

[1262] CA Paris, 4ème ch. A., 15 févr. 2006, *Tracing Server c/ Conex*, Jurisdata n° 293-602
[1263] CA Paris, 4ème ch. A., 15 sept. 2004, *Ed. Boisbaudry c/ Le Pont Vétérinaire*, Jurisdata n° 255-927, pour d'autres exemples d'investissements substantiels (ou non), voir A-R. BERTRAND, Action Dalloz, Droit d'auteur, p. 589
[1264] A. LUCAS, *Fasc. 1650: Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 17
[1265] Art. 341-2, al. 2 : « *2° Les sociétés ou entreprises constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal à l'intérieur de la Communauté ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ; néanmoins, si une telle société ou entreprise n'a que son siège statutaire sur le territoire d'un tel Etat, ses activités doivent avoir un lien réel et continu avec l'économie de l'un d'entre eux* »
[1266] A. LUCAS, *Fasc. 1650: Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 19
[1267] Art. 10.1. de la directive 96/9/CE
[1268] Art. 10.2. de la directive 96/9/CE

base qui résulte de cet investissement une durée de protection propre ». La protection *sui generis* a donc une durée de validité de quinze ans susceptible d'être renouvelée en cas de nouveaux investissements substantiels. Toutes les bases de données fabriquées dans la Communauté bénéficieront donc d'un niveau de protection harmonisé au sein du marché unique. Cette durée, qui était seulement de dix ans dans la proposition initiale[1269], a évidemment été calculée en vue de permettre la rémunération des investissements réalisés. La question essentielle est de savoir comment appliquer ces principes en cas de modification apportée à la base. Elle a donné lieu à beaucoup de controverses. *Fondé sur l'investissement, le droit du producteur n'a lieu d'être reconnu que pendant la durée nécessaire à son amortissement. Cette durée est fixée à quinze ans à compter du 1er janvier de l'année suivant la « fabrication ».* « *On reste sensiblement dans les zones d'un investissement technique sans pouvoir très objectivement expliquer le quantum de ces variations* »[1270].

Renouvellement. Le considérant (55) de la directive[1271] précise toutefois qu'« *vérification substantielle du contenu de la base de données* » permettrait de déterminer si les modifications apportées à la base de données sont dignes d'un renouvellement de protection. Ces indications restent toutefois peu claires, les termes « *modification substantielle* » et « *vérification substantielle* » étant difficiles à cerner[1272]. Toutefois, s'il faudra plus qu'un « *toilettage* »[1273] de la base de donnée, force est de constater que l'éventualité d'un tel renouvellement de protection aura pour issue une protection perpétuelle du droit *sui generis* (et ceci nous renvoie très justement au scepticisme américain concernant l'application d'une telle protection). Reste à voir comment le juge interprètera ces termes et sous quelles conditions il accordera un renouvellement de protection. Le texte n'exprime pas clairement non plus si le renouvellement de protection concerne exclusivement la partie modifiée substantiellement ou si l'ensemble de la base en bénéficie. Il y a toutefois tout lieu de penser que la seconde possibilité reste la plus logique, car bien que substantielle, la vérification pourrait ne pas aboutir à une localisation précise des changements significatifs apportés à la base. Toutefois, il aurait été préférable de clarifier cette disposition en spécifiant un point de départ unique, la disposition du public, qui ferait courir le délai de protection, quel que soit la date à laquelle il survient[1274].

Perpétuité. Comme l'exprime P. Gaudrat, « *[i]l faudrait donc être d'une imprévoyance qui ne mérite décidemment aucune protection pour ne pas avoir réalisé un 'investissement substantiel' tous les quinze ans! Il ne faut pas désespérer de voir un producteur pouvoir s'opposer plus longtemps que l'artiste lui-même à l'extraction d'une de ses interprétations [...] [et] [i]l faudra sans doute le faire exprès pour ne pas avoir un droit perpétuel* »[1275]. Cette logique paraît critiquable et pourrait aboutir à des incohérences certaines et préjudiciables. On pourrait aisément craindre que l'application du critère de « *l'investissement substantiel* » de l'article L. 341-1 du CPI ait pour conséquence la protection quasi-systématique de toutes les bases de par le droit sui generis du producteur, et bien heureusement il semble qu'il n'en soit

[1269] A. LUCAS, *Fasc. 1650: Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 36
[1270] P. GAUDRAT, *La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données*, RTD com. 1998. 598
[1271] Considérant (55) de la directive 96/9/CE : « *considérant qu'un nouvel investissement substantiel impliquant une nouvelle durée de protection peut comprendre une vérification substantielle du contenu de la base de données* »
[1272] A. LUCAS, *Fasc. 1650: Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 36
[1273] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2e éd. 2009, n° 619 : « *la protection est donc de facto perpétuelle* »
[1274] P. GAUDRAT, *La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données*, RTD com. 1998. 598
[1275] *Ibid.*

rien[1276]. **Contrôle du juge.** La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs déjà eu à trancher un litige portant sur le renouvellement du droit *sui generis* accordé aux bases de données[1277]. Cette affaire concernait une base de données d'anciens élèves d'un institut d'enseignement supérieur. La date de création (et de divulgation) de la base en question remontant à 1981, la protection *sui generis* accordée par le législateur courait donc jusqu'au 1er janvier 1997. Or, l'INSEAD et l'IAA revendiquaient un renouvellement de protection au titre de l'article L. 342-5 al. 3, soutenant avoir réalisé des investissements substantiels pour l'améliorer ladite base. Dans son arrêt du 28 février 2007, la quatrième chambre a décidé que l'INSEAD n'apportait pas d'éléments de preuve de nature à démontrer cet investissement substantiel, c'est-à-dire *« la part réservée dans ses investissements informatiques à la constitution, la vérification ou la présentation du contenu de la base à partir de 1981, et notamment l'apport d'investissements financiers, matériels ou humains substantiels, au-delà de cette date, en vue d'en améliorer le contenu et d'enrichir les données ; la simple mise à jour annuelle de l'annuaire résultant de l'aboutissement du cursus des étudiants, qui se trouvent ainsi érigés au rang d'anciens, susceptibles de faire partie de l'annuaire, ne suffit pas à caractériser l'existence d'un nouvel investissement substantiel permettant de faire courir une nouvelle durée de protection de quinze ans »*[1278].

Conclusion. Si l'usage du droit d'auteur pour protéger les bases de données ne peut aboutir qu'à une dénaturation gênante[1279], l'application d'un droit *sui generis* complémentaire dont l'article 342-5 du CPI organisant la pérennité, « *pour ne pas dire la perpétuité* »[1280] est tout aussi critiquable. Tout au plus faut-il veiller à encadrer le droit *sui generis* dans des limites raisonnables qui permettent de concilier la rémunération de l'investissement et le principe selon lequel les idées (et donc les informations en elles-mêmes) sont de libre parcours[1281], afin de préserver un équilibre nécessaire et indispensable. Si la protection des bases de données et des logiciels par le droit d'auteur ont suscité de nombreux débats et critiques, la création des droits voisins, en complément du droit d'auteur, semble clairement plus justifiée (§II).

§II. Protection des droits voisins du droit d'auteur

En complément du droit d'auteur, et afin de faire face aux nouvelles technologies de fixation et diffusion des œuvres, le législateur français décida de créer les droits dits « voisins » (A').

[1276] F. POLLAUD-DULIAN, *Bases de données. Critères de protection. Droit d'auteur. Originalité. Durée de protection du droit sui generis. Investissement substantiel*, CA Paris, 4e ch. A, 28 févr. 2007, *INSEAD et IAA c/ Alinéa*, RTD com. 2007, p. 351, à noter également que la cour d'appel conclut que la base concernée n'était pas susceptible de protection par le droit d'auteur, car « *l'ordonnancement des informations (...) qui repose essentiellement sur un classement alphabétique, chronologique, régional et par activité, ne revêt aucun caractère spécifique ou inédit au regard des autres annuaires d'anciens élèves, présents sur le marché, et ne traduit pas un apport créatif portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur, au-delà d'une logique automatique et contraignante* », reprenant la formule du fameux arrêt *Pachot* dans cette définition de l'originalité (Cass., ass. plén., 7 mars 1986)

[1277] CA Paris, 4e ch. A, 28 févr. 2007, *INSEAD et IAA c/ Alinéa*, RIDA avr. 2007, p. 315, et obs. P. Sirinelli, p. 149

[1278] *Ibid*.

[1279] A. LUCAS, *Fasc. 1650: Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique p. 16: « *il ne s'agit pas de reconnaître le droit d'un auteur sur une création intellectuelle, mais de permettre à une entreprise de financer les coûts de collection et de traitement des données. Mieux valait le reconnaître clairement en s'épargnant les discussions artificielles sur la notion d'œuvre, sur la condition d'originalité, sur l'appréciation de la contrefaçon* »

[1280] P. GAUDRAT, *La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données*, RTD com. 1998. 598

[1281] B. WARUSFEL, *La protection des bases de données en question: un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne*, Propr. intell. 2004, p. 896-906

Ces droits ont notamment été établis en faveur des artistes-interprètes (B') et des producteurs de phonogrammes (C').

A'. Les droits voisins, une protection complémentaire au droit d'auteur

En complément des droits de l'auteur, des droits dit « voisins » ont été créés afin de promouvoir et de protéger les investissements liés à la création des œuvres (2). Ils ont pour origine principale le développement de nouveaux modes de fixation, de diffusion et d'exploitation des œuvres de l'esprit qui ont impliqués l'augmentation du montant des financements liés au domaine culturel (1).

1) Sources des droits voisins

Origines. La création des droits voisins du droit d'auteur est liée à l'apparition de nouvelles technologies permettant la reproduction ou la captation permettant de fixer et/ou de diffuser des prestations artistiques. Ces nouveaux modes d'exploitation des œuvres ont imposé au législateur de créer des droits sur ces interprétations et de protéger les investissements financiers des fabricants de supports et des diffuseurs de programmes. Les droits voisins sont donc nés en parallèle de l'essor des nouvelles formes de captation/diffusion sonores, visuelles, et audiovisuelles. Si les années 1960/70 ont été marquée par l'expansion des modes de diffusion sonore (disque, cassette audio), les années 1980 sont celles de l'audiovisuel (fin du monopole public du paysage audiovisuel, développement de la cassette vidéo et des vidéoclubs...) et les années 1990 marquèrent le tournant vers le mode numérique. Chacune de ces avancées technologiques impliqua une dimension économique considérable: c'est l'âge des « *industries culturelles* ». Au-delà de la dimension créatrice et intellectuelle liée aux œuvres, les enjeux de ces changements technologiques touchèrent directement les investisseurs. Ceux-ci souhaitèrent donc se voir délivrer des solutions juridiques afin de protéger leurs financements. Le modèle des droits voisins repose ainsi sur un « *droit de l'investissement culturel* »[1282]. L'industrialisation des secteurs de la culture a d'ailleurs clairement marqué la rédaction de la loi du 3 juillet 1985 et il semble que les droits voisins constituent un modèle de protection fondé sur les exigences de marchés économiques, et représentent une logique juridique susceptible de pénétrer le droit d'auteur lui-même à l'avenir[1283].

Définition. L'extension du régime juridique des droits d'auteur à de nouveaux protégés exigeait une adaptation dans la mesure où il ne s'agissait pas d'accorder des droits à une nouvelle catégorie d'auteurs mais bien plutôt de créer une nouvelle catégorie de droits pour des personnes qui gravitant dans l'orbite des créateurs. Ces droits sont communément appelés les « *droits voisins du droit d'auteur* ». Cette dénomination « *droits dits voisins* » méritait, selon Desbois, d'être retenue malgré son imprécision, car elle implique un pouvoir de suggestion[1284]. En effet, « *le statut des entrepreneurs d'enregistrements ou de radiodiffusion est voisin de celui des auteurs, parce que les auxiliaires de la création littéraire ou artistique*

[1282] X. DAVERAT, Fasc. 1405 : Droits voisins du droit d'auteur.- Histoire des droits voisins, JurisClasseur, p. 17
[1283] *Ibid*., p. 3-4
[1284] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème édition, 1978, p. 232

gravitent dans l'orbite des créateurs ; il est voisin aussi parce qu'il en emprunte par osmose certains traits. Mais le voisinage implique des relations aussi harmonieuses que possible »[1285]. Le professeur Françon estimait que « *[s]'agissant en premier lieu de savoir quels seront les titulaires des droits voisins, on peut certes songer à dire que ce droit sera accordé à toute personne dont les activités ont pour objet l'exploitation d'une œuvre de l'esprit. Mais, à l'évidence, on ne saurait multiplier les titulaires de ces droits sans risquer de paralyser cette exploitation. Donc, il serait logique de n'attribuer ce droit qu'à ceux qui apportent à cette exploitation une contribution d'une importance et d'une qualité particulière. Cependant, ce sont là des critères assez vagues et, dans les faits, on peut craindre que souvent la reconnaissance d'un tel droit dépende moins de tels critères que de la puissance économique plus ou moins grande que possède la catégorie d'auxiliaires dont il s'agit, puissance économique qui permet audit groupe de faire triompher ses vues auprès du législateur tant national qu'international*»[1286]. La préoccupation d'une nécessaire hiérarchisation entre les droits voisins et les droits d'auteur fut également soulevée par A. Françon : « *[l]e souci de sauvegarder les intérêts du créateur intellectuel doit demeurer prédominant, et il ne faut pas que l'aide légitime que les auxiliaires de la diffusion de l'œuvre peuvent demander au législateur affaiblisse la prééminence de l'auteur. De là surgissent des problèmes pour coordonner la protection des créateurs et celles des auxiliaires de la création... Si les contours des droits des auxiliaires demeurent flous, la solution de ces problèmes s'en trouvera rendue d'autant plus difficile* »[1287].

Difficultés. S'il fut question d'un « *droit d'interprétation* »[1288] ; mais en l'occurrence, il s'agissait plus d'une simple terminologie archaïque que d'un véritable concept. Les dénominations que l'on peut relever témoignent bien de la difficulté de cerner la nature des droits voisins, tout en restant fidèles à l'analogie au droit d'auteur : « *connexes* »[1289], « *annexes* »[1290], « *apparentés* »[1291], « *dérivés* » (au risque de confusions), ou même « *résiduels* »[1292]. Un observateur important pouvait lui-même s'y perdre en proposant une triple qualification : « *Je préfère dire les droits connexes ou les droits dérivés, c'est-à-dire les droits sous-jacents* »[1293]. Comme l'indiquait Henri Desbois, l'idée de droits voisins est « *une notion contiguë à celle du droit d'auteur* »[1294]; pour Daniel Bécourt, « les droits voisins consistent en des prérogatives analogues, mais non identiques »[1295]. Bref, nous sommes dans une « *même vaste famille, la famille des droits intellectuels* »[1296]. Les droits voisins sont donc des droits spécifiques[1297] y compris pour les interprètes qui sont les plus proches des auteurs : Henri Desbois, déjà, disait qu'il convenait « *de prévoir, pour la protection des interprètes, un*

[1285] *Ibid*., p. 232
[1286] A. FRANCON, RIDA, LXXIX, janv. 1974, p. 410
[1287] *Ibid*., p. 413, Rapport C. JOLIBOIS, Tome I « Exposé général et auditions », N° 212, Sénat, 2ème sess. extr. 1984-1985, p. 24
[1288] HOMBURG, *Le droit d'interprétation des acteurs et artistes exécutants*, Sirey, Paris, Thèse, 1930
[1289] M. SAPORTA, *Les droits dits "connexes" au droit d'auteur*, RID comp. 1952, n° 1, p. 42
[1290] CA Lyon, 11 mars 1971 : Gaz. Pal. 1971, 2, p. 497
[1291] D. FOULQUIER Le BORGNE De La TOUR, *La protection des artistes-interprètes ou exécutants*, Thèse, Paris, 1975, p. 115
[1292] H.-T. SILVERBERG, *Droit des artistes selon la loi des États-Unis d'Amérique*, Rev. UER 1958, n° 58 b, p. 29
[1293] Intervention de M. PLAISANT du 31 oct. 1956, JO Cons. Rép. débats, 1er nov. 1956, p. 2148
[1294] H. DESBOIS, *La protection des artistes-interprètes ou exécutants en France*, in Études offertes à Pierre Kayser : t. 1, PU d'Aix-Marseille 1979, p. 352 cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 4
[1295] D. BECOURT, *Réflexions sur la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins*, JCP E 1986, II, 14722, n° 57
[1296] D. FOULQUIER Le BORGNE De La TOUR, *La protection des artistes-interprètes ou exécutants*, Thèse, Paris, 1975, p. 115
[1297] T. civ. Seine, 15 mars 1957 : JCP G 1957, II, 10210, , obs. Plaisant

régime qui, tout en étant modelé à l'image du droit d'auteur, en soit distinct »[1298]. Ainsi, une logique nouvelle est inhérente aux droits voisins. Logique dans laquelle sont intimement liés création et investissement, ce qui « *déplace le centre de gravité de la propriété littéraire et artistique, en privilégiant par la force des choses la rémunération des investissements* »[1299]. Le créateur se trouvant désormais supplanté par le producteur/entrepreneur de la création dans lequel il faut reconnaître « *le personnage essentiel du marché de la communication* »[1300].

Sources internationales de la protection. La protection des droits voisins du droit d'auteur a pour source principale 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. C'est d'ailleurs l'OMPI, qui a participé le plus vivement à ce mouvement en faveur des droits voisins. Compétente en la matière selon la convention instituant l'organisation[1301], l'OMPI est en effet chargée de l'administration des deux conventions internationales relatives aux droits voisins : la Convention de Rome et la Convention de Genève[1302].

Bénéficiaires de la protection. La Convention de Rome vise explicitement et exclusivement trois catégories de titulaires des droits : artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes et organismes de radiodiffusion. Les artistes interprètes ou exécutants (acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et personnes qui interprètent ou exécutent des œuvres littéraires ou artistiques) sont protégés contre certains actes pour lesquels ils n'ont pas accordé leur autorisation. Notamment, la radiodiffusion ou la communication au public d'une prestation vivante, la fixation sur un support matériel de la prestation vivante, la reproduction d'une telle fixation si celle-ci a été faite à l'origine sans le consentement de l'artiste interprète ou de l'exécutant ou bien si la reproduction a été faite à des fins autres que celles pour lesquelles ils avaient donné leur consentement. Les producteurs de phonogrammes ont le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes. Dans la Convention de Rome, les « *phonogrammes* » sont définis comme toute fixation exclusivement sonore des sons provenant d'une exécution ou d'autres sons[1303]. Lorsqu'un phonogramme publié dans le commerce fait l'objet d'utilisations secondaires (c'est-à-dire est radiodiffusé ou bien communiqué au public d'une manière quelconque), une rémunération équitable et unique doit être versée par l'utilisateur aux artistes ou au producteur du phonogramme ou bien aux deux. Toutefois, les États contractants ont la faculté de ne pas appliquer cette règle ou bien d'en limiter l'application. Selon la convention, les organismes de radiodiffusion ont le droit d'autoriser ou d'interdire certaines opérations, telles que la réémission de leurs émissions, la fixation sur un support matériel de leurs émissions, la reproduction d'une telle fixation; la communication au public de leurs émissions de télévision, lorsqu'elle est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée[1304].

Durée minimale de la protection. L'article 14 de la convention prévoit que « la durée de la protection à accorder en vertu de la présente Convention ne pourra pas être inférieure à une

---

[1298] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème édition, 1978, n° 180, cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 4

[1299] A. et H.-L. LUCAS*, Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 1994, n° 807

[1300] S. HADDADIN, *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, Université de Poitiers, 2008, p. 200

[1301] Article 2 (viii) vise les droits relatifs « *aux interprétations des artistes-interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion* »

[1302] X. DAVERAT, *Fasc. 1405 : Droits voisins du droit d'auteur.- Histoire des droits voisins*, JurisClasseur, p. 7-8

[1303] Article 3 (b) de la Convention de Rome de 1961

[1304] Résumé de la Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1961), disponible sur http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/summary_rome.html

période de vingt années à compter de: a) la fin de l'année de la fixation, pour les phonogrammes et les exécutions fixées sur ceux-ci; b) la fin de l'année où l'exécution a eu lieu, pour les exécutions qui ne sont pas fixées sur phonogrammes; c) la fin de l'année où l'émission a eu lieu, pour les émissions de radiodiffusion »[1305]. La législation française s'est également fondée sur la Convention de Genève du 29 octobre 1971 pour la protection des producteurs de phonogrammes. Son article 4 prévoit en effet que « si la loi nationale prévoit une durée spécifique pour la protection, cette durée ne devra pas être inférieure à vingt ans à partir de la fin, soit de l'année au cours de laquelle les sons incorporés dans le phonogramme ont été fixés pour la première fois, soit de l'année au cours de laquelle le phonogramme a été publié pour la première fois »[1306]. Toutefois, la Convention de Berne peut être considérée comme « séminale »[1307], et la véritable source première de la protection des droits voisins, car la Convention de Rome est « dérivée »[1308] de celle-ci tandis que l'accord ADPIC et le Traité de l'OMPI découlent eux-mêmes de la Convention de Rome[1309]. En France, la création légale des droits voisins date seulement de 1985 (2).

2) Création des droits voisins au sein de la loi française

Législation française. Les droits voisins n'apparaissant pas dans la loi du 11 mars 1957, la situation française s'est développée dans l'attente de la concrétisation du projet du Comité permanent de Berne visant l'élaboration de l'instrument international sur les droits voisins qui allait devenir la Convention de Rome[1310]. C'est la loi du 3 juillet 1985[1311] qui introduisit les droits voisins dans le dispositif légal français. Dotée d'une législation, la France pouvait enfin ratifier la Convention de Rome en 1986.

Débats préparatoires. Lors des débats préparatoires de la loi du 11 mars 1957, si l'hypothèse d'inclure une protection pour les producteurs de phonogrammes avait dans un premier temps été rejetée[1312], une intervention du législateur n'était néanmoins pas à exclure afin de leur accorder une protection spéciale: « *[u]n droit de cette nature, un droit sui generis innomé... nous pouvons le créer ; nous te créerons un jour, à condition qu'il soit reconnu par tous les États producteurs, de telle sorte que nous ne soyons pas dans un état de minorité économique le jour où il serait dans sa pleine vigueur* »[1313]. Dans un rapport d'étude effectué en février 1984 relatif à l'analyse de la branche de l'édition phonographique, il a été reconnu que « *ce pôle a[vait] des besoins spécifiques qui sont, d'abord et de façon fondamentale, la reconnaissance de sa réalité économique propre qui, seule, p[ouvait] lui permettre d'affronter les mutations technologiques qui s'annoncent. Ceci pass[ait] par la rémunération de l'usage*

[1305] Article 14 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

[1306] Article 4 de la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes, signée à Genève le 29 octobre 1971, JO du 26 Juillet 1973

[1307] X. DAVERAT, *Fasc. 1405 : Droits voisins du droit d'auteur.- Histoire des droits voisins*, JurisClasseur, p. 5

[1308] Selon l'expression de H. DESBOIS, A. FRANCON et A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, n° 313, cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1405 : Droits voisins du droit d'auteur.- Histoire des droits voisins*, JurisClasseur, p. 5

[1309] X. DAVERAT, *Fasc. 1405 : Droits voisins du droit d'auteur.- Histoire des droits voisins*, JurisClasseur, p. 5

[1310] X. DAVERAT, *Fasc. 1405 : Droits voisins du droit d'auteur.- Histoire des droits voisins*, JurisClasseur, p. 18-19

[1311] Loi n° 85-660, 3 juill. 1985 : Journal Officiel 4 Juillet 1985 ; JCP G 1985, III, 57400

[1312] M. Plaisant s'y était opposé: « *[a] quoi aboutirait la création d'un droit succédané au profit d'un fabricant de disques? C'est mettre sur le même pied la création spirituelle et cet effort respectable, mais limité, d'une technique perfectionnée qui vient livrer un instrument matériel par la reproduction de la pensée* », Rapport C. JOLIBOIS, Tome I « Exposé général et auditions », N° 212, Sénat, 2ème sess. extr. 1984-1985, p. 32

[1313] M. PLAISANT, Rapport C. JOLIBOIS, Tome I « Exposé général et auditions », N° 212, Sénat, 2ème sess. extr. 1984-1985, p. 32

autre que privé du contenu du disque […] [car] depuis 1979, l'édition phonographique [était] entrée dans une période de stagnation-récession, due essentiellement à la dégradation du marché du 30 cm ». Ce phénomène se retrouvait d'ailleurs dans de nombreux pays industrialisés. Pour les auteurs de cette étude, il ne s'agissait pas de sauver à tout prix un secteur exploitant un procédé technique peut-être déjà dépassé mais simplement de prendre en compte « *le cadre juridique dans lequel évolue la profession, méconnaît le contenu au profit du support qui fait, seul, l'objet d'une rémunération* »[1314]. A l'époque l'exploitation de l'œuvre et la protection de son auteur étaient les objectifs essentiels du législateur français. Si le support n'avait que peu d'importance, il ne fallait pas que la trop facile circulation de certains types de supports puisse amener à nier les droits des auteurs ou à éluder la rémunération du producteur[1315]. Les producteurs français devaient également être en position de pouvoir affronter la concurrence des producteurs américains à armes égales[1316]. En effet, les producteurs américains possédaient un atout économique majeur, le marché intérieur des États-Unis qui permettait d'amortir de nombreux films. Cela était loin d'être le cas de la France. De plus, ils jouissaient également du système du copyright qui leur permettait une très grande maîtrise de l'exploitation du film[1317]. Lors d'une conférence de presse donnée le 22 janvier 1985 sur la réforme de l'aide à la création cinématographique, le ministre de la culture insista sur les spécificités du métier de producteur et leurs difficultés économiques. Considérant les producteurs comme « *essentiels* », ils connaissaient toutefois un contexte économique « *très difficile* »[1318], ce qui justifiait l'élaboration de droits voisins.

Loi du 3 juillet 1985. Les droits voisins ont été introduits dans la législation française par la loi du 3 juillet 1985, codifiée au sein du CPI par la loi du 1er juillet 1992[1319]. Les dispositions concernant les droits voisins sont énumérées dans les articles L. 211-1 à L. 217-3, auxquels il faut ajouter les « *dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et aux droits des producteurs de bases de données* » du Livre Troisième. La création de la catégorie des droits voisins est liée à un besoin de protection issu du fait des progrès techniques : dès qu'une œuvre est enregistrée et diffusée, les artistes ont éprouvé le besoin de protéger leurs interprétations, tandis que les producteurs souhaitaient assurer un juste retour financier sur leurs investissements. Dès lors, il est peu étonnant que les droits voisins du droit d'auteur aient eux-mêmes été élargis à des créations intellectuelles (telles que les logiciels et bases de données) dont l'enjeu était la protection des investissements. La loi du 3 juillet 1985 est une loi de « *rupture* », et « *est techniquement et idéologiquement un texte qui fait en sorte que, en droit d'auteur, rien ne sera plus comme avant* »[1320].

Le choix de la protection des investissements. Dans le contexte des années quatre-vingt, le législateur français (comme le législateur européen) fit donc un « *choix industriel* »[1321]. C'est bien le poids des investisseurs et la libre circulation de l'œuvre qui ont pris le pas sur les auteurs et la création, comme le démontre la teneur du rapport ayant initié les débats parlementaires sur les droits voisins: « *il est apparu nécessaire d'ouvrir de tels droits à ceux qui prennent les risques financiers de la création artistique ; [...] en contrepartie d'investissements financiers importants, le producteur doit être libre de commercialiser*

[1314] *Ibid*., p. 33-34
[1315] *Ibid*., p. 33-34
[1316] *Ibid*., p. 40
[1317] *Ibid*., p. 41
[1318] *Ibid*., p. 41: « *Cette situation maintes fois décrite, pervertit un métier dont le risque est tel qu'il interdit au producteur un investissement significatif en fonds propres. Et pour cause, le fond de roulement des producteurs est généralement négatif. Sans doute les professionnels s'acharnent-ils toujours, mais leur activité est précaire* »
[1319] Loi n° 92-597, 1er juill. 1992 : Journal Officiel 3 Juillet 1992
[1320] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, p. 32
[1321] X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 18

aisément l'œuvre fixée »[1322]. La loi du 3 juillet 1985 est donc nécessairement « *le reflet du creuset économique et politique qui la voit naître* »[1323]. Ce « *changement un de paradigme* » [1324] était déjà perceptible à la lecture du Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique[1325]. Alors que l'auteur était au centre de la loi de 1957, le sujet de la protection a été déplacé au niveau des producteurs de contenus. A tel point que le Professeur Schricker a pu dire que le Livre vert traitait d'un « *droit d'auteur sans auteur* »[1326]. Le Livre vert énonce par exemple que « *l'investissement créateur et financier inhérent à la confection de l'œuvre doit être protégé contre la copie, notamment lorsqu'une telle copie permet aux consommateurs de confectionner une quantité illimitée de répliques parfaites de l'enregistrement original, amputant ainsi le marché des ventes légitimes du produit* »[1327], ce qui pourrait apparaître comme une juste prise en compte des intérêts des créateurs. Pourtant, « *[et] en même temps, la protection assurée par le droit d'auteur aux œuvres audiovisuelles ne devrait pas porter atteinte au fonctionnement d'un marché concurrentiel pour de telles œuvres, ni au développement de nouvelles technologies audiovisuelles. Le droit d'auteur devrait au contraire fournir une part importante de l'environnement juridique favorisant la créativité, l'innovation et la concurrence* »[1328]. Le modèle de protection semble s'inverser, car aujourd'hui, « *c'est au droit d'auteur de se plier aux techniques nouvelles, prises dans des impératifs de développement économique et commercial* »[1329]. La création des droits voisins au sein de la loi française a tout d'abord été marquée par l'apparition d'une nouvelle catégorie de créateurs ayant la possibilité d'obtenir des droits patrimoniaux sur les œuvres de l'esprit : les artistes-interprètes (B').

B'. Protection des droits des artistes-interprètes

Artistes-interprètes. Les artistes-interprètes sont défini à l'article L. 212-1 du CPI, comme « *[...] la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes* », et ceci « *[à] l'exclusion de l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels* »[1330], sont les seuls titulaires de droits voisins qui sont des créateurs, ce qui a d'ailleurs fondé leur revendication à un droit de protection. En effet, leur interprétation est en quelque sorte la « *traduction* » d'une œuvre afin de la diffuser au public[1331], ce qui les rapproche de l'auteur et d'une certaine conception personnaliste du droit d'auteur. Pourtant, les juges ont longtemps nié que l'interprétation puisse être considérée comme une création[1332], particulièrement en matière musicale[1333]. Si l'origine des droits voisins accordés aux artistes-interprètes pouvait d'abord être perçue dans l'application des

[1322] A. RICHARD, *Rapport Richard fait au nom de la commission des lois*, JOAN CR, déposé le 26 juin 1984, n° 2235, p. 3822, cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 18
[1323] X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 17
[1324] A. DIETZ, *Mutation du droit d'auteur : changement de paradigme en matière de droit d'auteur ?*, RIDA 1988, n° 138, p. 23
[1325] Commission des Communautés Européenne, *Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique*, [88]172
[1326] X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 17
[1327] Commission des Communautés Européenne, *Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique*, [88]172, 3.10.02 cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 18
[1328] *Ibid.*, 3.10.03
[1329] X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 18
[1330] Article L. 212-1 du CPI
[1331] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, p. 551
[1332] CA Paris, 24 déc. 1940 : Ann. propr. ind. 1940-1948, p. 393 ; JCP G 1941, II, 1649, obs. H. Desbois
[1333] T. civ. Seine, 23 juill. 1902: Gaz. Pal. 1903, 1, p. 520; S. 1907, 2, p. 115

droits de la personnalité aux artistes-interprètes[1334], c'est certainement l'affaire Furtwängler qui consacra véritablement un droit de contrôle de l'artiste sur l'exploitation commerciale de son interprétation.

Affaire Furtwängler. Cette affaire concernait l'enregistrement par une radio allemande d'œuvres interprétées par l'Orchestre philharmonique de Vienne, alors dirigé par Wilhelm Furtwängler. Après la Seconde guerre mondiale, certains enregistrements furent remis à une société américaine, qui commercialisa ceux-ci sous forme de disques. Ces disques furent également édités et distribués en France. Furtwängler assigna les sociétés car il n'avait donné aucun consentement à cette exploitation et il s'opposait à l'utilisation de son nom sans accord préalable. Si le tribunal civil de la Seine lui donna gain de cause, mais seulement sur le fondement du droit au respect de son nom[1335], un second jugement du tribunal civil de la Seine du 4 janvier 1956 (procédure engagée par les descendants de l'artiste qui était décédé depuis) reconnu que « *l'artiste exécutant est fondé à interdire une utilisation de son exécution autre que celle qu'il avait autorisée en contractant* »[1336]. La Cour d'appel de Paris, quant à elle, établit explicitement le lien avec le droit d'auteur et jugea que : « *[d]ans le domaine artistique et littéraire, la notoriété est le résultat du talent, du travail et des efforts, souvent longs et ardus, soutenus durant toute une carrière ; [...] il s'agit là d'un capital le plus souvent en puissance, essentiellement personnel ; [...] celui qui en jouit est seul juge des moyens et de l'époque de son exploitation ; [...] il est même seul juge de savoir s'il doit, sur le plan commercial, en tirer profit, puisqu'il lui est loisible de se réfugier dans l'abstention ; [...] dans la matière de l'exécution musicale, l'artiste, sauf conventions contraires, ne peut être censé avoir fourni une manifestation de son talent que pour un usage déterminé, exclusif de tout autre usage qui serait abusif* »[1337]. Finalement, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 4 janvier 1964, donna définitivement gain de cause aux ayants droit du chef, et affirma l'existence de droits en faveur de l'artiste sur son interprétation: « *[l]'artiste exécutant est fondé à interdire une utilisation de son exécution autre que celle qu'il avait autorisée ; [...] ce motif, abstraction faite des autres motifs critiqués par le pourvoi qui doivent être tenus pour surabondants, suffit à caractériser une atteinte au droit de l'artiste sur l'œuvre que constitue son interprétation* »[1338]. Si cet arrêt resté célèbre marque la reconnaissance d'un droit aux artistes-interprètes, les juges ne reconnurent pas pour autant des droits d'auteur en leur faveur[1339].

Durée. Aujourd'hui les droits voisins des artistes-interprètes sont consacrés à l'article L. 211-4, I du CPI : « *[l]a durée des droits patrimoniaux des artistes-interprètes est de cinquante années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle de l'interprétation. Toutefois, si, durant cette période, une fixation de l'interprétation dans un vidéogramme ou un phonogramme fait l'objet d'une mise à la disposition du public, par des exemplaires matériels, ou d'une communication au public, les droits patrimoniaux de l'artiste-interprète expirent : 1°*

[1334] P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 9ème édition, p. 144, voir jurisprudence aux notes 1 et 2 de l'auteur

[1335] T. civ. Seine, 19 déc. 1953: S. 1954, 2, p. 94; RIDA 1954, p. 117; JCP G 1954, II, 8114, note Plaisant et Sialelli; RTD com. 1954, p. 637, obs. H. Desbois : *« Il n'y a pas lieu de rechercher si un chef d'orchestre, ou de manière plus générale celui qui exécute une œuvre musicale, peut être considéré comme auteur de l'enregistrement de l'œuvre qu'il a exécutée. [...] La seule question est de savoir si Furtwängler est fondé à s'opposer à l'usage fait de son nom à l'occasion de la vente des disques litigieux […et…] toute personne possède un droit exclusif à l'usage de son nom et [...] peut s'opposer à ce qu'il en soit fait usage pour la vente d'un produit dans le commerce, si elle n'y a pas autorisé le vendeur de ce produit* »

[1336] T. civ. Seine, 4 janv. 1956 : Ann. trib. 1959, p. 71 ; RTD com. 1956, p. 275, obs. H. Desbois

[1337] CA Paris, 13 févr. 1957: JCP G 1957, II, 9838, concl. R. Lindon; RTD com. 1957, p. 653, obs. H. Desbois; D. 1957, somm. p. 122

[1338] Cass. 1re civ., 4 janv. 1964: Bull. civ. 1964, I, n° 7 ; D. 1964, p. 231, note Pluyette; JCP G 1964, II, 13712; RIDA 1965, n° XXXXV, p. 194

[1339] Cass. 1ère civ., 15 mars 1977, JCP G 1979, 19153, note R. Plaisant ; RTD Com., 1977, p. 501, obs. H. Desbois

Pour une interprétation fixée dans un vidéogramme, cinquante ans après le 1er janvier de l'année civile suivant le premier de ces faits ; 2° Pour une interprétation fixée dans un phonogramme, soixante-dix ans après le 1er janvier de l'année civile qui suit le premier de ces faits »[1340]. Ce modèle de durée de protection semble critiquable car il aurait été certainement plus juste de permettre aux artistes-interprètes de profiter au minimum jusqu'à leurs morts de leurs droits patrimoniaux. Comme pour les auteurs, le point de départ du délai de computation aurait pu être la date de leur décès. Car si pour les autres droits voisins (ceux dont jouissent les industries culturelles) le point de départ du délai de protection est logiquement fixé en fonction de l'objet diffusé, les artistes-interprètes méritaient certainement une modélisation plus personnaliste de leurs droits. Il semble que la logique de la durée de protection des droits voisins ne soit plus de reconnaître un droit à une personne physique sur sa création, mais de permettre un retour sur investissement[1341], et ceci, quel que soit le titulaire de droits (personne physique ou morale). L'éloignement avec la conception humaniste de la propriété littéraire et artistique est particulièrement marqué par cette disposition. Toutefois, s'il paraît à première vue logique de souhaiter l'application d'une durée du droit patrimonial des artistes-interprètes fondée sur la vie de ceux-ci, une critique pragmatique doit être soulevée: « *quid des interprétations qui résultent de la participation de plusieurs artistes-interprètes ?* »[1342]. Car en appliquant le principe des délais de protection de l'œuvre de collaboration (point de départ à la date du dernier survivant) plutôt que celui de l'œuvre collective (point de départ du délai au jour de la publication ou de l'interprétation) la situation deviendrait « *ingérable* »[1343]. En effet, dans le cas d'un concert réalisé par un orchestre symphonique comptant plusieurs dizaine d'artistes-interprètes il serait particulièrement compliqué de connaître précisément la durée de protection des droits voisins associée à l'œuvre. Si, d'un côté, les artistes-interprètes sont des créateurs menant une activité de nature artistique, les producteurs et les entreprises de communication audiovisuelle sont des investisseurs. Le souci de protection d'une interprétation artistique personnelle des premiers n'existe pas chez les seconds qui cherchent avant tout à rentabiliser leur activité commerciale. Cette inclusion des investisseurs dans une catégorie proche du droit d'auteur pervertit le système en dénaturant la conception traditionnelle de la propriété littéraire et artistique, car les producteurs « *ne développent [pas] une activité créatrice, à la différence des écrivains, des compositeurs* »[1344] (C').

C'. Protection des droits pour les producteurs de contenus

Producteurs de phonogrammes et vidéogrammes. Contrairement aux interprètes, le fondement des droits des producteurs est exclusivement issu d'une considération économique. En accordant des droits voisins aux producteurs de contenus, ce sont les investissements financiers, techniques et humains réalisés qui sont protégés. Si l'application du droit d'auteur

[1340] Article L. 211-4, I du CPI
[1341] P. TAFFOREAU, *Fasc. 1420: Droits voisins du droit d'auteur.- Durée des droits voisins (CPI, art. L. 211-4)*, JurisClasseur, p. 6
[1342] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4e éd. 2012, n° 1226, p. 1003, cité par P. TAFFOREAU, *Fasc. 1420: Droits voisins du droit d'auteur.- Durée des droits voisins (CPI, art. L. 211-4)*, JurisClasseur, p. 11
[1343] P. TAFFOREAU, *Fasc. 1420: Droits voisins du droit d'auteur.- Durée des droits voisins (CPI, art. L. 211-4)*, JurisClasseur, p. 11
[1344] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, n° 180, cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 7

pour la protection des producteurs fut reconnue dans une décision 13 mars 1957[1345], le principe resta que l'enregistrement n'était pas protégeable au titre du droit d'auteur[1346]. Ce principe fut conservé par la loi du 11 mars 1957 car l'enregistrement phonographique ne fut pas cité comme œuvre dans la loi, et les producteurs ne pouvaient donc pas se prévaloir des dispositions relatives au droit d'auteur[1347]. La conséquence directe de cette situation était que les producteurs de phonogrammes ne pouvaient (pas plus que les interprètes) agir en contrefaçon[1348]. Après avoir reconnu aux producteurs un droit d'agir en contrefaçon en tant que « *cessionnaires du droit d'auteur* »[1349], les juges acceptèrent des actions sur le fondement du droit commun[1350], puis de la concurrence déloyale[1351] considérant ceux-ci comme les « *cessionnaires des droits des interprètes* »[1352]. Les producteurs se fondèrent également sur la « *clause-étiquette* » pour revendiquer une protection de leurs exploitations[1353]. Mais dans l'affaire *SNEPA c/ Radio-France*[1354], la Cour d'appel de Paris appliqua cette clause de manière restrictive: « *l'acquéreur de bien mobilier et a fortiori celui d'objet de série, acquiert sur ces objets tous les droits de la propriété ; [...] rien ne peut autoriser un producteur de disques, pas plus que tout autre vendeur à limiter unilatéralement ses droits* »[1355].

Durée. La durée des droits patrimoniaux des producteurs de phonogrammes, définie à l'article L. 211-4, II du CPI, est « *de cinquante années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle de la première fixation d'une séquence de son. Toutefois, si, durant cette période, un phonogramme fait l'objet d'une mise à la disposition du public par des exemplaires matériels ou d'une communication au public, les droits patrimoniaux du producteur de phonogrammes expirent soixante-dix ans après le 1er janvier de l'année civile suivant la mise à la disposition du public de ce phonogramme ou, à défaut, sa première communication au public. L'artiste-interprète peut exercer le droit de résiliation mentionné aux articles L. 212-3-1 et L. 212-3-2* ». La durée des droits patrimoniaux des producteurs de vidéogrammes, définie à l'article L. 211-4, III du CPI, est « *de cinquante années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle de la première fixation d'une séquence d'images, sonorisées ou non. Toutefois, si, durant cette période, un vidéogramme fait l'objet d'une mise à la disposition du public par des exemplaires matériels ou d'une communication au public, les droits patrimoniaux du producteur de vidéogrammes expirent cinquante ans après le 1er janvier de l'année civile suivant le premier de ces faits* », tandis que ceux des entreprises de communication audiovisuelle est « *de cinquante années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle de la première communication au public des programmes mentionnés*

[1345] T. civ. Seine, 13 mars 1957: RIDA 1957, n° XVII, p. 162, note J.-L. Tournier : « *l'enregistrement et la reproduction sonore d'une pièce musicale et de chansons constituent une œuvre originale [...], la création d'une telle œuvre nécessitant pour son auteur des connaissances techniques et professionnelles certaines, une habilité et une recherche de l'emploi des meilleurs procédés techniques destinés à une reproduction fidèle de la musique et de la voix enregistrée* »

[1346] CA Paris, 6 oct. 1979 : D. 1981, p. 190, note R. Plaisant, cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 9

[1347] CA Paris, 2 mars 1979: RIDA 1979, n° 101, p. 131

[1348] TGI Paris, 7 avr. 1977 : RIDA 1979, n° LXXXIX, p. 182, cité par X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 9

[1349] Cass. 1re civ., 19 juill. 1966: Bull. civ. 1966, I, n° 445; D. 1966, p. 588; et T. com. Paris, 1re ch., 14 sept. 1981 : RIDA 1982, n° 111, p. 192

[1350] T. com. Paris, 6 oct. 1978 : RIDA 1980, n° 104, p. 156 ; RTD com. 1980, p. 346, obs. A. Françon

[1351] T. com. Paris, 11 mai 1976: LPA 22 nov. 1976, n° 131, p. 4

[1352] Cass. 1re civ., 5 nov. 1980: Bull. civ. 1980, I, n° 285 ; RIDA 1981, n° 108, p. 158 ; RIPIA 1981, n° 124, p. 278 ; JCP G 1982, II, 19827 ; RTD com. 1981, p. 544, obs. A. Françon ; D. 1981, inf. rap. p. 83, obs. C. Colombet

[1353] Ainsi désignée parce qu'elle figurait sur l'étiquette centrale des exemplaires de phonogrammes: « *Tous droits du producteur de phonographique et du propriétaire de l'oeuvre enregistrée réservés. Sauf autorisation, la duplication, la location, le prêt, l'utilisation de cette bande pour l'exécution publique et la radiodiffusion interdites* », X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 9

[1354] CA Paris, 2 mars 1979 : RIDA 1979, n° 101, p. 131 ; JCP G 1980, II, 19351 ; JCP CI 1980, II, 13410, obs. R. Plaisant

[1355] X. DAVERAT, *Fasc. 1405 : Droits voisins du droit d'auteur.- Histoire des droits voisins*, JurisClasseur, p. 36-39

à l'article L. 216-1 » (article L. 211-4, IV du CPI). Si l'application d'un modèle de protection fondée sur la diffusion et la communication du contenu protégé est logique (une personne morale n'a pas en effet de « *durée de vie* » à proprement parlé), il est étonnant que la même durée ne soit pas appliquée aux fixations sur phonogramme et sur vidéogramme. La faute à un lobbying moins intensif ? Il n'est toutefois pas surréaliste d'imaginer que prochainement, et sous couvert d'une énième harmonisation, la durée des droits patrimoniaux des producteurs de vidéogrammes seront alignés sur celle des producteurs de phonogrammes.

Conclusion. La modèle du droit d'auteur subit de nombreuses mutations issues du contexte industriel et économique dans lequel sont créés aujourd'hui les œuvres de l'esprit. La création des droits voisins de l'auteur est l'une de ces mutations. Fondée principalement sur la protection des investissements et le « *bien-être économique* »[1356], elle déroge à l'objectif du droit d'auteur qui est la protection des ayants droit et l'assurance d'une juste rémunération peur ces derniers. La création de nouveaux droits patrimoniaux semble désormais dictée par la promotion d'un marché concurrentiel de la culture et la libre diffusion des œuvres. L'article 8, dénommé « *Principes* », de l'accord ADPIC exprime clairement ce changement en invoquant la nécessité « *d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie* »[1357]. Ceci revient à prôner un droit de l'investissement culturel que les droits voisins semblent préfigurer[1358]. Cette nouvelle logique peut être perçue dans la différence de traitement entre interprètes et investisseurs. Le déséquilibre est très nettement en faveur des seconds, alors qu'il est « *paradoxal que les interprètes, dont la prestation porte la marque de leur personnalité, beaucoup plus que ne le fait celle des producteurs de phonogrammes et organismes de radiodiffusion, aient été moins bien traités que ces derniers* »[1359], ou que « *les artistes, dont les prestations sont à la base de toutes utilisations subséquentes, sont bien moins protégés que les producteurs et les radiodiffuseurs, ayants droit eux-mêmes certes, mais d'abord usagers* »[1360].

Un modèle dépersonnalisé fondé sur l'économie. On assiste donc à « *un vaste mouvement qui fait abdiquer en partie la défense de la créativité et valorise l'investissement* »[1361]. Le modèle des droits voisins, fondé au profit des « financiers » de la création, ne constituerait donc pas uniquement une protection complémentaire au droit d'auteur, mais bien « *une matrice qui présenterait l'armature d'un système de propriété littéraire et artistique modelé sur les exigences de l'industrie culturelle, avec l'importance de ses investissements, la nécessité de ne pouvoir interrompre la diffusion des produits culturels au nom de monopoles trop puissants […]* »[1362]. Les droits voisins ont peut-être ainsi consacré la fin du modèle des droits de propriété littéraire et artistique « *purs* » tournés vers la défense essentielle de la création. On pourrait alors voir les droits voisins devenir « *le droit commun de toute création artistique ou littéraire qui suppose des investissements lourds et des réseaux de distribution et de commercialisation élaborés* »[1363]. Et encore faut-il interpréter dans un sens très large « *création artistique et littéraire* » lorsque l'on observe le type d'œuvres couvert par les droits voisins (notamment le logiciel et les bases de données). Ces extensions du modèle de la

[1356] X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 18-19
[1357] Article 8 de l'Accord ADPIC
[1358] X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 18-19
[1359] H. DESBOIS, A. FRANCON et A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz 1976, p. 328
[1360] J. CORBET, *Les relations internationales dans le domaine des droits voisins*, RD intell. 1978, n° 7- 9, p. 193
[1361] X. DAVERAT, *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 35
[1362] *Ibid.*, p. 35
[1363] B. EDELMAN, Droit d'auteur, Droits voisins, Droit d'auteur et marché : Dalloz 1993, n° 203

propriété littéraire et artistique impliquent, comme l'a relevé A. Kéréver, une dénaturation significative de celui-ci qui pourrait aboutir à un affaiblissement de sa pertinence[1364]. L'élaboration de droits patrimoniaux issus du droit d'auteur pour protéger le logiciel, les bases de données et l'exploitation de supports de contenus, aboutit à l'avènement d'un modèle dépersonnalisé protégeant l'investissement culturel. Cette « *désacralisation*» du droit d'auteur, liée aux évolutions exponentielles des différents marchés de la culture, n'était-elle finalement pas inéluctable ?

Ces élargissements du champ d'application du modèle de protection français, semblent incohérents avec la dimension personnaliste du droit d'auteur. Cette dépersonnalisation de la matière aboutit à une dénaturation du modèle de protection. A cette dépersonnalisation s'ajoute la diminution du domaine public issue d'une protection moins exigeante fondée sur la seule nécessité d'un investissement. La dénaturation du modèle est favorisée dans un premier temps par l'apparition de différentes protections des œuvres techniques et des investissements, mais est également causée (plus récemment encore) par l'utilisation récurente d'outils juridiques par les ayants droit dans le but de proroger la protection portant sur leurs œuvres (Section II).

Section II. Dénaturation indirecte, l'utilisation pratique d'outils juridiques pour une conservation de la protection

La dénaturation indirecte du modèle est caractérisée aussi bien par l'utilisation d'outils juridiques internes (§I) qu'externes (§II) au droit d'auteur.

§I. Dénaturation interne, tentatives de prolongation de la durée de protection

L'expression « droit moral », qui prend son origine au XIXème siècle en France, désigne les droits associés à la personnalité de l'auteur et qui sont séparés de toute dimension économique[1365]. Selon les pays, la durée du droit moral peut être perpétuelle ou limitée. Protection complémentaire des droits patrimoniaux, celle-ci dépasse parfois le domaine public, au point que certains tentent d'abuser de ce droit (A). Mais dans l'optique d'échapper au domaine public, d'autres moyens sont également utilisés (B).

[1364] A. KEVERER, *Le droit d'auteur est-il anachronique?*, Dr. auteur 1983, p. 368: « *La justification philosophique et sociale du droit d'auteur fondée sur la protection de la propriété intellectuelle sera d'autant plus forte que l'objet de cette protection n'est pas abusivement étendu. [...] Étendre abusivement cette protection équivaut à ce qui se passe en économie lorsque la monnaie est émise en quantité excessive : l'inflation apparaît et affaiblit la valeur de la monnaie* »
[1365] C. LEONARD, *Copyright, moral rights and the first amendment: the problem of integrity and compulsory speech*, 35 Colum. J. L. & Arts 293, 2011-2012, p. 295

A. Dénaturation du modèle par le droit moral

Le droit moral a été crée pour compléter les droits patrimoniaux accordés aux auteurs (1). S'il est perpétuel selon le droit Français (2), car considéré comme attaché à l'œuvre, il peut avoir une durée limitée selon les juridictions (3). Ce droit particulier, qui peut toujours exister alors qu'une œuvre appartient au domaine public a fait l'objet d'abus afin de conserver un certain contrôle exclusif sur des œuvres dont la protection patrimoniale était échue (4). Mais le juge est intervenu afin de limiter et contrôler ces situations (5).

1) Sources du droit moral

Le droit moral a pour origine des revendications artistiques d'auteurs qui dépassent le cadre purement patrimonial de la protection de leurs œuvres (a). Ces réclamations ont abouti à la création d'un nouveau droit, complémentaire des droits exclusifs d'exploitation, et qui consacra la vision romantique du droit d'auteur (b).

a) Revendications artistiques et prémices du droit moral

Les droits moraux ont pour origine la Grèce antique et l'époque romaine alors qu'aucune forme de propriété n'existait sur les œuvres de l'esprit, notamment la musique. En Grèce, les auteurs dramatiques, les poètes et les philosophes recevaient une attribution pour leurs œuvres, à contrario des musiciens, la musique étant considérée à l'époque comme une création naturelle ou cosmique. La loi romaine reconnaissait que l'absence de désignation de l'auteur d'une œuvre comme son créateur constituait un vol[1366]. Mais c'est véritablement durant la Renaissance que des artistes, ayant une renommée si importante, purent réellement revendiquer ce qui semble correspondre aux fondations des différentes composantes du droit moral telles que nous les connaissons aujourd'hui.

Droits de paternité et de divulgation. Si la création du « *droit moral* » date des XVIII et XIXème siècle, on trouve des traces d'une revendication des droits de paternité et de divulgation dès la fin du XVème et du début du XVIème siècle. En effet, Michel-Ange fut certainement l'un des premiers à se prévaloir de ce que l'on considère aujourd'hui comme des droits moraux. Tout d'abord son droit de paternité. Alors que Michelangelo s'était immiscé dans un groupe de Lombards observant son œuvre (la *Piétà*), il ne put accepter que l'un de ceux-ci pût dire que l'œuvre était la création de Gobo de Milan. Michelangelo, s'il ne réagit pas spontanément, décida toutefois de signer son œuvre pendant la nuit[1367]. Alors que Michel-Ange procédait à la décoration de la Chapelle Sixtine, il imposa le plus grand secret lors de ses travaux. Cette attitude inquiéta le commanditaire de l'œuvre, le Pape Julius. Celui-ci harcela l'artiste pour obtenir les croquis de son œuvre, Il lui expliqua que son œuvre ne serait visible qu'une fois terminée et son sens artistique pleinement satisfait. Implicitement, il

[1366] R. C. BIRD & L. M. PONTE, *Protecting moral rights in the United States and the United Kingdom: challenges and opportunities under the U.K.'s new performances regulations*, 24 B.U. Int'l. L. J. 213, 2006, p. 221

[1367] G. VASARI, *The lives of the painters, sculptors and architects*, 1927, p. 71 cité par D. ROSEN, *Artists' moral rights: a European evolution, an American revolution*, 2 Cardozo Arts & Ent. L.J. 155, 1983, p. 171 : « *According to Vasari: Michelagnolo devoted so much love and pains on this work that he put his name on the girdle crossing the Virgin's breast, a thing he never did again. One morning he had gone to the place to where it stands and observed a number of Lombards who were praising it loudly. One of them asked another the name of the sculptor, and he replied, "Our Gobo of Milan." Michelangelo said nothing, but he resented the injustice of having his work attributed to another, and that night he shut himself in the chapel with a light and his chisels and carved his name on it* »

revendiqua qu'un commanditaire ne paye que pour un produit fini et que la finition de ce produit dépendait exclusivement de son créateur. Michel-Ange revendiquait donc un droit de divulgation[1368].

Intégrité de l'œuvre. A l'époque de Michel-Ange, il était de notoriété publique de considérer les auteurs et artistes comme de simples exécutants. Même si quelques artistes, tels que Giotto[1369], étaient pourvus d'une certaine liberté artistique, celle-ci était passablement encadrée par ses commanditaires et son indépendance restait réduite[1370]. Michel-Ange, grâce notamment à son talent et sa renommée, fut capable d'inverser cette tendance. En 1503 il réalisa une peinture de la Vierge offrant le Christ enfant à Joseph. Une fois terminée, il fit parvenir l'œuvre à un citoyen de Florence, Agnolo Doni, qui souhaitait acquérir l'une de ses œuvres. Michel-Ange accompagna l'œuvre d'une note stipulant que la peinture lui en coûterait soixante-dix ducats. Surpris par cette nouvelle façon de faire, Doni se retrouva dans un véritable marchandage avec Michel-Ange, et fini par payer plus que le prix initialement demandé[1371]. Par sa démarche et sa conviction, Michel-Ange sut imposer une forme d'intégrité artistique à son acquéreur. Cette volonté d'indépendance prit une nette ampleur en Allemagne, sous l'impulsion de l'artiste Albrecht Dürer[1372], qui associé à Michel-Ange, s'évertua à revendiquer des droits moraux sur ses œuvres ainsi qu'une indépendance artistique totale. Dürer est d'ailleurs à l'origine de la reconnaissance d'un droit de paternité de l'artiste par la loi allemande[1373]. Cette démarche de ces auteurs, qui revendiquaient une protection morale de leurs œuvres, abouti à la reconnaissance d'une dimension romantique du droit d'auteur (b).

b) Consécration de la vision romantique du droit d'auteur

Dimension romantique. Le concept de droit moral est issu de la philosophie de Kant (et non de l'héritage de John Locke[1374]) qui assimilait le droit de l'auteur sur son œuvre à « *un droit inné sur sa propre personne* »[1375] et considérait que l'essence même de l'œuvre était indissociable de la personne de son auteur, certains allant jusqu'à considérer que l'œuvre « *prolonge[ait] en quelque sorte sa personnalité* »[1376]. Cette dimension romantique associée à la création poussa donc de nombreux juristes à étudier le lien indéfectible qui unit l'auteur à

[1368] D. ROSEN, *Artists' moral rights: a European evolution, an American revolution*, 2 Cardozo Arts & Ent. L.J. 155, 1983, p. 171-172

[1369]Giotto di BONDONE ou Ambrogiotto di BONDONE (1267 ou 12661 à Vespignano ou Romignano - 8 janvier 1337 à Florence) était un peintre, sculpteur et architecte italien du Trecento, dont les œuvres sont à l'origine du renouveau de la peinture occidentale. C'est l'influence de sa peinture qui va provoquer le vaste mouvement général de la Renaissance à partir du siècle suivant.

[1370] G. VASARI, *The lives of the painters, sculptors and architects*, 1927, p. 117-118 cité par D. ROSEN, *Artists' moral rights: a European evolution, an American revolution*, 2 Cardozo Arts & Ent. L.J. 155, 1983, p. 172

[1371] *Ibid*., p. 172-173: « *Agnolo being a careful man, thought this a large sum for one picture, though he knew it was worth more. So he gave the bearer forty ducats, saying that was enough. Michelagnolo at once sent demanding one hundred ducats or the return of the picture. Agnolo being delighted with the picture, then agreed to give seventy ducats, but Michelagnolo being incensed by Agnolo's mistrust, demanded double what he had asked the first time, and Agnolo, who wanted the picture, was forced to send him one hundred and forty crowns* »

[1372] Albrecht DURER, (21 mai 1471 - 6 avril 1528), est un dessinateur et graveur allemand également connu comme peintre et théoricien de l'art et de la géométrie de la perspective.

[1373] D. ROSEN, *Artists' moral rights: a European evolution, an American revolution*, 2 Cardozo Arts & Ent. L.J. 155, 1983, p. 173-174

[1374] L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 21

[1375] E. KANT, *De l'illégitimité de la reproduction des livres [1785]*, PUF, Paris, 1995, p. 131, cité par PFISTER *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 21, en France, le professeur Bertauld présente l'œuvre comme un « *développement de la personnalité* » de l'auteur (même page)

[1376] MORILLOT, *De la nature du droit d'auteur, considéré d'un point de vue général*, Rev. crit. législ. et jurispr. 1878, p. 124 et 126, disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900):* éd. L. Bently & Kretschmer, www.copyrighthistory.com

son œuvre et dépasse largement les considérations économiques des droits d'exploitation accordés à l'auteur sur son œuvre.

Complément des droits patrimoniaux. A la fin du XIXème, suite à l'importance de la personnalisation du droit d'auteur, de nombreux juristes décidèrent de développer cette dimension et de la conceptualiser en un droit moral qui viendrait compléter les droits patrimoniaux accordés pour une durée limitée aux auteurs. Le droit moral, d'abord développé par la jurisprudence en France, sera théorisé et consacré par la loi de 1957[1377], puis codifié à l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle[1378]. Si la France est sans conteste la patrie du droit moral, ce droit est aujourd'hui reconnu dans la plupart des pays disposant d'un système de droit d'auteur et est consacré au niveau international, notamment par l'article 6 bis de la Convention de Berne[1379]. Cet article ne consacre toutefois que le droit à la paternité et le droit au respect de l'intégrité de leur œuvre. De plus, si la durée du droit moral peut être différente d'une juridiction à l'autre, la France, dont la philosophie est la dimension romantique associée à l'auteur d'œuvres de l'esprit, a fait le choix de la perpétuité (2).

2) Perpétuité du droit moral français

Historique. Le droit moral de l'auteur français est fondé sur une doctrine du XIXème qui prônait qu'une œuvre littéraire ou artistique était l'expression de la personnalité de son auteur et que de ce fait le lien intime et indéfectible qui les unissait méritait d'être protégé. C'est au début du XXème siècle que l'auteur se vit reconnaître un véritable droit subjectif dont le but principal était la protection de ce lien. Néanmoins, dès la première moitié du XIXème siècle, les différends portant sur les patrimoines d'artistes décédés, notamment le divorce de Charles Lecocq[1380] et la liquidation du régime matrimonial, furent l'occasion pour les juges français de trancher la question de l'appartenance des droits patrimoniaux et moraux d'un auteur[1381]. Les tribunaux français tentèrent de protéger les intérêts moraux de l'auteur liés à son œuvre, mais la technique juridique utilisée à cette fin pouvait s'avérer subtile car aucun texte officiel ne reconnaissait à l'époque l'existence d'un quelconque droit moral à l'auteur.

Caractéristiques du droit moral. Ainsi, avant d'être concrétisées par la loi du 11 mars 1957, les caractéristiques du droit moral de l'auteur furent dégagées par la jurisprudence : le droit pour l'auteur de décider indépendamment de la divulgation de son œuvre, même dans le cadre d'un contrat de commande[1382], le droit au respect de la paternité[1383], le droit au respect de

[1377] Article 6 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957

[1378] Article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires* »

[1379] L'article 6 bis de la Convention de Berne dispose que: « *(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* »

[1380] Charles LECOCQ (3 juin 1832 à Paris - 24 octobre 1918) était un compositeur français d'opérettes, opéras-bouffes et opéras comiques

[1381] Voir ci-après

[1382] Affaire *Whistler*, Cass. Civ., 14 mars 1900 : DP 1900, 1, p. 49 et l'affaire *Camoin*, CA Paris, 6 mars 1931 : S. 1932, 2

[1383] T. civ. Seine, 4 juin 1924 : GP 1924, 2, p. 288 ou T. civ. Seine, 29 juin 1911 : DA 1912, p. 142

l'intégrité de son œuvre[1384]. Egalement mis en exergue par la jurisprudence avant d'être consacrés dans la loi du 11 mars 1957, les caractères du droit moral sont nombreux : le droit moral reste attaché à l'auteur (il lui « *demeure propre* »), et ceci même en cas de cession des droits d'exploitation[1385]; le droit moral « *ne peut faire l'objet d'une cession qui donnerait à l'acquéreur la possibilité de modifier ou de transformer l'œuvre de l'auteur contrairement aux intentions de ce dernier* »[1386] ; le droit d'auteur, inaliénable, est aussi opposable erga omnes, aux cessionnaires successifs des droits d'exploitation[1387], qu'aux tiers.

Perpétuité. Mais surtout, le droit moral français est « *par son essence même perpétuel* »[1388], et fait l'objet d'une transmission successorale[1389], ses titulaires post mortem auctoris devant l'exercer non dans leur intérêt mais selon la volonté de l'auteur (par exemple dans une affaire concernant le refus d'un héritier de voir le roman Mme Bovary adapté au théâtre)[1390]. Le droit moral est en France, perpétuel et survit tant à la mort du créateur qu'à la chute de l'œuvre dans le domaine public s'agissant des droits patrimoniaux. Il est dès lors transmis à des héritiers soit en vertu des règles successorales, soit en conséquence de dispositions testamentaires. Néanmoins, il est admis que ce droit connaît alors « *une profonde métamorphose* »[1391]. D'une part parce que sa fonction se transforme. En effet, la prérogative transmise à l'héritier a, alors, pour finalité de sauvegarder la personnalité de l'auteur telle qu'exprimée dans l'œuvre. Le titulaire du droit moral est suivant l'expression jurisprudentielle, le « *gardien naturel de la mémoire de l'auteur* »[1392]. Il est chargé de veiller au respect des intentions exprimées par le créateur de son vivant. D'autres part, parce que les différentes prérogatives peuvent être confiées à des personnes différentes. Néanmoins, « [*i]l est généralement admis que le droit de retrait et de repentir ne survit pas à la mort de l'auteur. La prérogative est trop éminemment personnelle* »[1393].

Protection de l'expression de la personnalité. La forte dimension personnelle du droit moral a suggéré dès son origine un lien étroit avec les droits de la personnalité, cette idée étant défendue à la fois par la jurisprudence et la doctrine[1394]. Ce rattachement reste à nuancer[1395], car le droit moral ne protège pas la personnalité de l'auteur à proprement parlé, mais seulement son expression au travers d'une œuvre bien déterminée. En effet, le droit moral s'exerce distinctement sur chaque oeuvre de l'auteur. Cette approche de la conception personnaliste du droit moral est fondée sur le constat que « *l'œuvre est avant tout l'émanation*

[1384] L. PFISTER *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 27
[1385] *T. civ. Seine, 25 mars 1909* : GP 1909, 1, p. 451, cité par L. PFISTER *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 27
[1386] *T. civ. Seine, 6 et 7 avr. 1949* : GP 1949, 1, p. 249, cité par L. PFISTER *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 27
[1387] *T. civ. Seine, 29 mai 1929* : GP 1932, 1, p. 133, ss note (a), cité par L. PFISTER *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 27
[1388] *T. civ. Seine, 6 et 7 avr. 1949* : GP 1949, 1, p. 249, cité par L. PFISTER *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 27
[1389] *T. civ. Seine, 4 déc. 1908:* Ann. Prop. Ind. 1909, p. 66, cité par L. PFISTER *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 27
[1390] *T. civ. Seine, 29 juin 1889* et arrêt confirmatif de *CA Paris, 4 nov. 1890* : D. 1891, 2, p. 303, cité par L. PFISTER *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 27
[1391] P. SIRINELLI, *Réponses françaises au questionnaire de l'ALAI,* Congrès ALAI Bruxelles 2014, Le droit moral au 21ème siècle – Le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante, p. 10
[1392] *Ibid*., p. 10
[1393] *Ibid*., p. 11
[1394] A. LUCAS-SCHLOETTER, *Fasc. 1210: Droits des auteurs. – Droit moral. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9)*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 2
[1395] *Ibid*., p. 3

d'une personnalité »[1396]. Pourtant, si les fondements de ce droit sont universellement les mêmes, sa durée n'est pas identique d'un pays à un autre (3).

3) Théories moniste et dualiste et durée du droit moral

Droit d'auteur à deux branches. Le droit d'auteur serait composé par deux droits totalement différents : le droit d'exploitation (ou patrimonial) qui est relatif au droit exclusif de reproduction et de représentation de l'œuvre concernée, et le droit moral. Or, c'est la combinaison de ces deux droits qui est différente d'un pays à l'autre, suivant le courant choisi. Deux théories s'affrontent. La théorie moniste (a), qui consiste à dire que le droit moral et le droit patrimonial de l'auteur sont les éléments d'un seul et même droit. Et la théorie dualiste (b), qui considère que le droit d'auteur est composé de deux droits distincts de natures différentes : un droit exclusif d'exploitation qui prend sa source dans le droit positif, et un droit moral qui est issu du droit naturel et du lien indéfectible unissant l'auteur à son œuvre.

a) Durée limitée de la protection du droit moral

Théorie moniste. Développée dès 1869 par Bertauld, cette théorie dispose que bien que constitué du droit moral et du droit d'exploitation, le droit d'auteur n'est qu'un. Cette théorie est parfaitement imagée par E. Ulmer qui présente les droits patrimoniaux et moraux de l'auteur comme les racines d'un tronc unique. Les prérogatives de l'auteur étant les branches de cet arbre[1397]. Le droit moral, même s'il est considéré comme supérieur[1398] au droit d'exploitation, il n'en reste pas moins que selon cette théorie « *[le] droit moral ne saurait être dissocié du monopole d'exploitation* » et avec le droit d'exploitation ils forment « *un droit de la personnalité* »[1399], ce qui a notamment des conséquences directes quant à la durée du droit moral : indissociable du droit d'exploitation, le droit moral ne peut donc durer que le temps de la durée du droit patrimonial, ce qui en fait un droit non perpétuel, la perpétuité de la propriété littéraire et artistique n'ayant pas été choisie par le législateur. La théorie moniste a donc pour effet une transmission et une extinction conjointe des attributs patrimoniaux et extrapatrimoniaux du droit d'auteur. Notamment en Allemagne et en Suède où le droit moral de l'auteur s'éteint 70 ans après la mort de celui-ci. Mais le choix d'une durée limitée du droit moral ne fit pas l'unanimité et dans certaines juridictions la perpétuité de ce droit prime (b).

b) Durée perpétuelle du droit moral

Théorie dualiste. Créée quelques années plus tard, en 1876 par le juriste allemand Klostermann, puis introduite en France par Morillot en 1878[1400], cette théorie consiste à expliquer que le droit d'auteur est composé de deux droits clairement distincts par nature: « *[à] côté du droit exclusif d'exploitation, création de droit positif, existe le droit moral, création du droit naturel. Ces deux droits ne peuvent jamais arriver à se confondre, ils sont et demeurent toujours absolument distincts* »[1401]. En effet, si le droit d'exploitation est un droit patrimonial, cessible et limité dans sa durée, l'autre est extrapatrimonial, invinciblement

[1396] *Ibid*., p. 3
[1397] E. ULMER, *Urheberrecht und Verlagsrecht*, 3ème éd. 1980, p. 116
[1398] L. PFISTER *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 22
[1399] *Ibid*., p. 22: ainsi « *les contrats d'exploitation ne seraient pas des cessions mais des 'concessions'* »
[1400] *Ibid*., p. 22
[1401] *Ibid*., p. 22

attaché à la personne de l'auteur et donc inaliénable et perpétuel. La séparation des deux droits se manifeste dans plusieurs hypothèses : malgré la cession partielle ou totale des droits d'exploitation, le droit moral n'est aucunement transféré et reste la prérogative de l'auteur. De plus, en cas de divorce et de dissolution de la communauté conjugale, si les droits d'exploitation font partie du patrimoine commun (et pourront donc être répartis), le droit moral reste propre à l'auteur. La séparation a également lieu dès l'instant que le terme des droits patrimoniaux survient ; en effet, si une œuvre tombe dans le domaine public et qu'il n'existe, dès cet instant, plus aucun droit d'exploitation n'est attaché à l'œuvre et pourtant le droit moral portant sur celle-ci est toujours d'actualité.

Transmission successorale. Compte tenu du caractère perpétuel de certains des attributs du droit moral français, la question de sa dévolution successorale est particulièrement importante, car de son exercice dépend la réelle perpétuité de celui-ci. Les articles L. 121-1 et L. 121-2 du CPI traitent de la dévolution successorale des droits moraux de l'auteur. La question a été tranchée par la jurisprudence.

Affaire Lecocq. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 1er février 1900, les juges décidèrent de se fonder sur l'esprit de la loi de 1791 et refusèrent que l'ex-épouse de Lecocq devienne « *maître contre l'auteur lui-même, des droits les plus sacrés, les plus personnels, les plus difficiles à arracher raisonnablement à la volonté productive dont ils émanent, à la direction d'une intelligence dont ils sont comme la substance […], les droits moraux* »[1402]. En catégorisant les droits de l'auteur (y compris les droits d'exploitation) comme « *personnel, et par essence, propre [à l'auteur]* », et considérant que « *la propriété même de ces droits* » ne pouvait être intégrée dans le patrimoine commun des futurs ex-époux, la Cour fit une application claire de la théorie moniste. Mais cet arrêt fût cassé par la chambre civile de la Cour de cassation qui souhaitait faire une application de la théorie dualiste, considérant que les droits d'exploitation sont des biens dans le commerce, soumis aux règles du Code civil, et qu'ils font partie de la masse partageable mais que leur mise en commun « *ne peut porter atteinte à la faculté de l'auteur, inhérente à sa personnalité même, de faire ultérieurement subir des modifications à sa création ou même de la supprimer pourvu qu'il n'agisse point dans un but de vexation à l'égard de son conjoint ou des représentants de ce dernier* »[1403]. Si le débat inter-juridictions sur l'application de la théorie moniste ou dualiste n'en était qu'à ses prémices, l'affaire Lecocq marqua néanmoins la reconnaissance officielle du droit moral de l'auteur.

Nullité de la délégation du droit moral. A noter que la transmission testamentaire du droit moral doit être réalisée selon le strict respect des formalités de l'article 970 du Code civil, sous peine de nullité. C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation dans une affaire portant sur la délégation du droit moral de Bernard Buffet sur son œuvre. En effet, « *après avoir constaté que le testament n'avait pas été écrit de la main du testateur, la cour d'appel en a exactement déduit que ce testament était nul et qu'il ne pouvait avoir eu pour effet de transmettre le droit moral de Bernard X... sur son œuvre* »[1404].

[1402] CA Paris, 1er févr. 1900 : S. 1900,2, p. 121, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique, p. 26

[1403] Cass. Civ., 25 juin 1902: DP 1903, 1, p. 13, voir également l'affaire *Canal,* T. civ. Seine, 1er avr. 1936: GP 1936, 1, p. 791 et CA Paris, 23 févr. 1938: DH 1938, p. 186*,* Cass. Civ., 14 mai 1945 : DP 1945, 1, p. 285, cité par L. PFISTER, *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 26, arrêt de 1902 disponible sur *Primary Sources on Copyright (1450-1900)* : éd. L. Bently & Kretschmer, www.copyrighthistory.com

[1404] D. BELOT, *Transmission du droit moral : condition de formalité*, *Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° 14-29.833 du 13 janvier 2016*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, mars 2016, p. 13

Mais la perpétuité du droit moral, justifiée par son essence conceptuelle, a toutefois suscité des tentatives d'abus afin de proroger la durée de protection appliquée aux œuvres de l'esprit (4).

4) Tentatives d'abus de ce droit

Il est néanmoins nécessaire de veiller à ce que le droit moral « *ne paralyse pas abusivement la liberté de création et ne serve pas à reconstituer insidieusement des monopoles lorsque l'œuvre est tombée dans le domaine public* »[1405]. Car selon l'usage et l'application qui est fait du droit moral, la frontière étant fine avec le risque de contournement de l'objectif premier de ce droit, les conséquences occasionnées participeraient à une nouvelle dénaturation du modèle de protection.

Abus des héritiers. Le droit moral, de par sa perpétuité affirmée en droit français, peut inquiéter l'exploitant qui y voit une barrière ou un frein à l'exercice de ses droits patrimoniaux. Contrairement aux droits anglais et américain qui offrent la possibilité, sous certaines conditions, de céder le droit moral au même titre que les droits patrimoniaux, le droit français considère le droit moral comme inaliénable et imprescriptible. En effet, « *on peut parfois soupçonner que l'auteur ou ses ayants droit, sous prétexte de prérogatives morales, soient mus par des considérations purement matérielles* »[1406]. Néanmoins, il semble qu'un abus du droit moral est difficilement envisageable. Il ne sera question ici que de l'usage (abusif ou non) du droit moral après le décès de l'auteur, l'application de ce droit de son vivant n'impliquant aucunement une éventuelle prorogation de la durée de protection de l'œuvre.

Un droit fonction. Le droit moral est un droit « fonction »[1407] dès qu'il est transmis aux héritiers de l'auteur[1408], au sens où ce droit n'est pas reconnu par la loi à son titulaire dans l'optique de satisfaire ses propres intérêts, mais pour qu'il l'exerce dans l'intérêt d'une autre personne (les héritiers pour leur ancêtre auteur) ou dans un intérêt commun (la préservation de la culture). L'héritier devient « *une sorte de gestionnaire d'un patrimoine d'affectation* »[1409]. Le titulaire du droit moral est suivant l'expression jurisprudentielle, le « *gardien naturel de la mémoire de l'auteur* » et il est chargé de veiller au respect des intentions exprimées par le créateur de son vivant[1410]. Ainsi, l'usage du droit moral par les héritiers de l'auteur pour profiter d'un délai supplémentaire de protection dans un intérêt (parfois) économique semble inopérant pour deux raisons: l'abus est explicitement condamné par la loi française[1411] et le juge est le garant de cette condamnation. Ainsi l'exercice de ce droit à des fins abusives semble compromis (5).

[1405] C. CARON, *L'auteur et ses héritiers: à propos de l'affaire Hugo*, Comm. comm. électr. 2001, chron. 29, cité par A. LUCAS-SCHLOETTER, *Fasc. 1210: Droits des auteurs. – Droit moral. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9)*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 9-10

[1406] G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, Dyna' Sup Droit, Paris, sept. 2011, n° 110

[1407] F. POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, Recueil Dalloz, 1993, p. 97

[1408] Voir précédemment

[1409] M. VIVANT et J-M BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2ème éd. 2012, n° 918, cité par A. LUCAS-SCHLOETTER, *Fasc. 1210: Droits des auteurs. – Droit moral. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9)*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, p. 10-11

[1410] P. SIRINELLI, *Le droit moral au 21ème siècle, le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante*, Congrès ALAI, Bruxelles, juill. 2014, p. 10

[1411] L. 121-3 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 visés 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* »

5) Le contrôle du juge

Lorsque le (ou les) titulaire(s) du droit moral ne respecte pas la volonté de leur aïeul, pour quelque raison que ce soit (économique ou autre), il(s) dépasse(nt) abusivement la fonction associée à ce droit. C'est ce que le juge français a rappelé à de nombreuses reprises : peu importent les motivations des titulaires du droit moral, seule la volonté de l'auteur défunt compte.

Abus de droit. Dans une affaire Roger-Gilbert Lecomte, le risque d'atteinte à l'honneur de sa famille n'a pu empêcher la publication de textes inédits, car non fondé sur la volonté de l'auteur[1412]. Egalement, l'invocation du droit moral par les héritiers de l'épouse de Daudet contre sa volonté et ayant pour unique but l'obtention d'un allongement de la durée des droits patrimoniaux portant sur l'œuvre de leur père fut refusée[1413]. L'abus n'est toutefois caractérisé qu'à la condition que celui-ci soit « *notoire* », soit manifeste et non contestable[1414]. Ainsi, dans l'affaire des inédits de Montherlant, la versatilité de l'auteur défunt quant à la volonté de publier ou non n'impliqua pas que l'exercice par son héritier d'éditer ces textes fut un abus notoire. Dans cette affaire le juge déclara : *« le contrôle aménagé par l'art. 20 a pour but d'écarter les déviations qui auraient pour effet de substituer à la volonté du défunt concernant la divulgation post mortem de son oeuvre les préférences de ses ayants cause, lesquels ne doivent être que les agents d'exécution de cette volonté (...) ces décisions (...) doivent s'apprécier par référence à une volonté clairement exprimée de l'auteur de s'opposer à une divulgation post mortem (...). C'est en ce sens que l'art. 20 ne retient que l'abus notoire, la notoriété s'entendant d'un fait évident dont la réalité échappe à toute discussion (...), il s'ensuit que si la volonté n'est pas incontestable, mais laisse place au doute, l'art. 20 ne peut être mis en oeuvre »*[1415]. Tout comme il ne fut pas qualifié d'abus notoire le fait d'interdire la publication de cours oraux de Barthès, car des témoignages prouvèrent que celui-ci avait déjà exprimé cette volonté[1416].

Stricte application de la volonté de l'auteur. Mais l'application de la volonté de l'auteur peut également se faire au détriment de la liberté de création, sous réserve d'une stricte application de la volonté de l'auteur. Dans une affaire opposant les titulaires de droits de Samuel Beckett à un metteur en scène et une compagnie de théâtre, il fut décidé que le refus d'autorisation d'adaptation de la pièce « *En attendant Godot* » était fondée car Beckett avait toujours refusé de voir ses personnages interprétées par des femmes : « *(...) attendu qu'il est établi que de son vivant Samuel Beckett s'est par deux fois opposé à l'interprétation entièrement féminine de sa pièce (...) qu'ainsi se trouve clairement exprimée la volonté de l'auteur de ne pas autoriser de femme à jouer les personnages de sa pièce « En attendant Godot » ; - Attendu qu'au terme de l'art. (...) L. 121-1 c. propr. intell., l'auteur jouit du droit au respect de son oeuvre ; que le respect est dû à l'oeuvre telle que l'auteur a voulu qu'elle soit ; qu'il n'appartient ni aux tiers, ni au juge de porter un jugement de valeur sur la volonté de l'auteur ; que le titulaire du droit moral est seul maître de son exercice ; - Attendu que (...) Jérôme Lindon, en sa qualité d'exécuteur testamentaire de Samuel Beckett, se doit de faire*

[1412] TGI de Reims, 9 janv. 1969, D. 1969.569, cité par F. POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, Recueil Dalloz, 1993, p. 97, note n° 19
[1413] T. civ. Seine, 25 mars 1963, RIDA 1963, n°41, p. 157, cité par F. POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, Recueil Dalloz, 1993, p. 97
[1414] F. POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, Recueil Dalloz, 1993, p. 97
[1415] TGI Paris, 1er déc. 1982, *Montherlant*, cité par F. POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, Recueil Dalloz, 1993, p. 97
[1416] TGI Paris, 20 nov. 1991, *Barthes*, RIDA janv. 1992.340, jugement confirmé par Paris, 24 nov. 1992, RIDA janv. 1993.191, cités par F. POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, Recueil Dalloz, 1993, p. 97

assurer le respect de l'oeuvre selon les volontés de l'auteur, volontés connues et notifiées aux défendeurs (...) »[1417].

Œuvres du domaine public, l'affaire Les Misérables. Alors que l'œuvre de Victor Hugo appartenait déjà au domaine public, certaines personnes décidèrent d'écrire une suite des Misérables, sans toutefois demander le consentement des héritiers de l'auteur. Ces nouveaux romans, considérés commes des « *suites* » de l'œuvre précitée, reprenaient les personnages principaux de l'œuvre initiale avec parfois beaucoup de liberté (notamment la résurection de Javert). Le petit-fils de l'auteur attaqua la société Plon, éditrice des romans au motif que cette adaptation contrevenait au droit moral de l'auteur et tout particulièrement au respect de son œuvre. La Cour d'appel décida qu'il était « *établi que l'écrivain n'aurait pas accepté qu'un tiers auteur puisse donner une suite aux Misérables* »[1418].

Liberté de création. Mais la Cour de cassation refusa de faire prévaloir en l'espèce le droit moral sur la liberté de création considérant que ces suites ne portait aucune atteinte à l'œuvre initiale : « *[a]ttendu que la 'suite' d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation ; que sous réserve du respect au 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 […] 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 […] [l'arrêt] a violé les textes susvisés* » [1419]. Solution confirmée par la Cour d'appel de renvoi[1420], qui estima qu'aucune altération de l'œuvre d'origine n'était constatée et que l'auteur de la suite avait uniquement fait usage de sa liberté de création. Si, une partie de la doctrine a critiqué cette décision, considérant que le droit au respect de l'œuvre était considérablement appauvri, la volonté de la Cour de cassation de souligner l'importance de la liberté de création a plutôt été bien reçue, observant que l'oeuvre était tombée dans le domaine public[1421]. Ainsi, en affirmant un véritable droit à la création à partir d'œuvres dont les droits patrimoniaux ont expirés, la Cour de cassation a surtout réaffirmé le domaine public[1422], et grand bien lui en a pris. Le droit moral ne peut être appliqué au seul motif qu'une œuvre est une fois pour toutes « *achevée* » et « *monument de la littérature mondiale* »[1423]. Ceci reviendrait à considérer que selon le mérite et la reconnaissance d'une œuvre, celle-ci pourrait prétendre à une protection plus longue que la seule durée des droits patrimoniaux, grâce à une application plus large (laxiste ?) du droit moral de son auteur. Cette conception erronée du droit moral aurait ainsi pour conséquence une altération significative du domaine public et ouvrirait la porte à des négociations qui n'ont pas lieu d'être pour les héritiers d'auteurs célèbres dont les œuvres sont des pièces conséquentes de la culture moderne.

[1417] TGI Paris, 15 oct. 1992, RIDA, janv. 1993.225, voir aussi TGI Paris, 2 mai 1990, D. 1992. Somm. 14, cités par F. POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, Recueil Dalloz, 1993, p. 97

[1418] CA Paris, 31 mars 2004

[1419] Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47; D. 2007. 920, note Choisy; ibid. AJ 497, obs. Daleau; RTD com. 2007. 354, obs. Pollaud-Dulian; CCE 2007, no 34, note Caron; Gaz. Pal. 20 et 21 avr. 2007, p. 2, note Lancrenon; Légipresse 2007. III. 100, note Émile-Zola-Place; ibid. II. 185, obs. Alleaume; LPA 19 juill. 2007, note Binctin; Propr. intell. 2004, no 23, p. 207, obs. Lucas; RIDA avr. 2007, p. 249, obs. Sirinelli; RIDA janv. 2008, p. 197, obs. Bénabou

[1420] CA Paris, 19 déc. 2008: CCE 2009, no 22, note Caron; RIDA avr. 2009, p. 311, note Sirinelli; CCE 2009 Étude 14, obs. Lancrenon; JCP 2009. II, no 10038, note Caron; Légipresse 2009. III. 29, note Allaeys

[1421] P. SIRINELLI, *Le droit moral au 21ème siècle, le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante*, Congrès ALAI, Bruxelles, juill. 2014, p. 14

[1422] C. CARON, *Les Misérables devant la Cour de cassation: le domaine public réaffirmé*, Comm. Comm. électr. N°3, mars 2007, comm. 34

[1423] C. LE STANC, *Sacrilèges ?*, Propriété industrielle n°3, mars 2007, repère 3

Droits voisins. La loi française reconnaît expressement un droit moral aux artistes-interprètes. Néanmoins, celui-ci n'est pas qualifié expressément de perpétuel[1424]. Ce droit ne peut également pas, dans son exercice, nuire au respect du droit moral des auteurs. Néanmoins, si le Code de la propriété intellectuelle ne précise pas la durée du droit moral accordé aux artistes, la Cour de Cassation a reconnu que la durée de ce droit excédait celle des prérogatives économiques[1425], sans toutefois en préciser la durée, ce qui fait qu'aujourd'hui celle-ci est toujours « *incertaine* »[1426]. Même la doctrine ne s'accorde pas sur le caractère perpétuel du droit moral de l'artiste-interprète[1427], et ni la loi ni les juges n'ont à ce jour apporté une réponse à cette question.

L'arrêt Salvador Dans la célèbre affaire Salvador, il a toutefois été permis à cet artiste interprète, au titre de son droit moral, de récupérer la maîtrise de ses prestations, pourtant tombées dans le domaine public : « *[m]ais attendu que le droit imprescriptible reconnu à l'artiste-interprète au respect de son interprétation lui permet de s'opposer à toute reproduction altérée de celle-ci, quand bien même l'altération de l'interprétation procéderait de l'enregistrement d'origine et serait appréciée au regard de l'écoulement du temps et de l'évolution des techniques ; qu'ayant constaté que la compilation litigieuse était ' d'une qualité sonore de grande médiocrité', la cour d'appel a caractérisé l'atteinte au droit moral de l'artiste-interprète et par ce seul motif légalement justifié sa décision* »[1428]. Il semble ainsi que l'application en l'espèce du droit moral de l'artiste-interprète avait pour but de palier à une durée trop courte des droits patrimoniaux, et que la protection offerte par l'article L. 212-2 du Code de propriété intellectuelle est perpétuelle[1429]. Mais l'usage d'un droit moral perpétuel n'est pas l'unique moyen juridique utilisé par les ayants droit pour éviter que leurs œuvres ne tombent dans le domaine public (B).

B. Volonté d'éviter le domaine public

Aujourd'hui, alors que de plus en plus d'œuvres renommées (et à l'intérêt commercial non négligeable) tombent dans le domaine public ou en sont proches, les ayants-droits cherchent de nouveaux moyens de prolonger légalement la durée de leurs droits patrimoniaux. Par exemple, Nick Rodwell, administrateur de la société Moulinsart, a clairement exprimé son intention d'empêcher les œuvres d'Hergé d'appartenir au domaine public[1430]. Son idée était de créer et publier un nouvel album des aventures de Tintin. Mais si cette solution n'est pas valide juridiquement pour proroger les droits patrimoniaux de l'œuvre d'Hergé[1431], il semble

[1424] L. 212-2 CPI : « *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* »
[1425] P. SIRINELLI, *Le droit moral au 21ème siècle, le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante*, Congrès ALAI, Bruxelles, juill. 2014, p. 24
[1426] T. AZZI, *L'intégration d'une chanson dans une compilation porte atteinte au droit moral de l'artiste-interprète*, La Semaine Juridique Edition Générale n°20, 17 mai 2006, II 10078
[1427] C. ALLEAUME, *Fasc. 1270: Droits des auteurs. – Durée de la protection (CPI, art. L. 123-1 à L. 123-12)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, p. 14-15
[1428] Civ.1ère, 24 septembre 2009, N° de pourvoi: 08-11112
[1429] P. SIRINELLI, *Le droit moral au 21ème siècle, le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante*, Congrès ALAI, Bruxelles, juill. 2014, p. 24 : « *A lire les faits de l'espèce où l'atteinte était peu manifeste, on peut légitimement considérer que le recours au droit moral, grâce à la perpétuité ainsi proclamée, a permis d'éviter les inconvénients d'une durée de protection des droits patrimoniaux trop courte* »
[1430] Les œuvres d'Hergé appartiendront au domaine public en 2054
[1431] D. BELOT, *La stratégie TINTIN*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, octobre 2014, p. 37 à 41

que d'autres « astuces » puissent permettrent d'envisager la réussite d'une telle démarche. Notamment la publication d'enregistrement qui n'ont pas encore été divulgués au public (1), ou encore l'association de nouveaux auteurs à l'œuvre (2).

1) Publications d'enregistrements non divulgués

Divulguer pour protéger. Fin 2012, Sony Music a commercialisé en Europe[1432] une centaine de coffrets comportant des enregistrements inédites de Bob Dylan datant d'avant 1963. Le but est simple et explicite[1433]: conserver leurs droits d'exploitations sur ces œuvres. En 2011, une directive européenne[1434] prévoit l'extension des droits voisins de 50 à 70 ans à partir de l'enregistrement. Mais cette prorogation s'applique uniquement aux titres musicaux commercialisés au moins une fois pendant le délai initial de protection[1435]. Ainsi, les titres enregistrés avant 1963 appartiendraient au domaine public dès 2012[1436], bien que non divulgués. De ce fait, si les droits d'auteur persistent[1437], les droits voisins ne seraient plus, ainsi que les rémunérations associées à ceux-ci. Sur le même modèle ont d'ailleurs suivi The 50th Anniversary Collection 1963 en 2013 et The 50th Anniversary Collection 1964 en 2014. Mais Sony n'est pas l'unique titulaire de catalogues musicaux à avoir utilisé ce stratagème. Universal, qui possède le catalogue de la Motown, a sorti différents albums de jazz, gospel et rythm and blues (« Motown Unreleased 1962 »), afin de profiter de l'extension accordée par la directive[1438]. Si la manœuvre est tout à fait légale (osera-t-on dire habile ?), elle est toutefois dommageable pour le public[1439]. En effet, ces œuvres, toujours couvertes par le droit d'auteur et donc toujours sources de revenus, auraient pu être exploitées à moindre coût déduction faite des droits voisins. Mais cette astuce n'est pas la seule utilisée pour tenter de proroger la durée de protection exclusive d'une œuvre. L'association de nouveaux auteurs à l'œuvre est également un moyen de repousser la date d'entrée de l'œuvre dans le domaine public en changeant le point de départ du calcul de la durée de protection (2).

2) Association de nouveaux auteurs à l'œuvre

Le calcul de la durée de protection d'une œuvre de collaboration (ou composite) repose sur la date de décès du dernier coauteur de l'œuvre. Ainsi, par l'ajout d'un nouvel auteur, décédé plus tard que le (ou les) auteur(s) officiel(s), la durée de protection est augmentée. C'est par cette astuce que certains ayants-droits ou héritiers cherchent à proroger la durée des droits patrimoniaux portant sur des œuvres lucratives.

Affaire Anne Frank. Par le biais d'un communiqué publié en octobre 2015, le Fonds Anne Frank, fondé en 1963 à Bâle par Otto Frank, le père d'Anne, et qui détient aujourd'hui les

[1432] Plus précisément en France, Allemagne, Suède et Royaume-Uni. Mais les titres sont également disponibles sur internet en téléchargement légal

[1433] Le titre de l'album ne peut être plus clair: *The Copyright Extension Collection Vol.1.*

[1434] Directive 2011/77/UE du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins

[1435] C'est la disposition régulièrement appelée "*use it or lose it*" : l'extension n'est validée que pour les enregistrements publiés (entendre divulgués) pendant les cinquante années suivant la fixation/enregistrement du morceau

[1436] L'ensemble des inédits présents dans le coffret ont été enregistrés courant 1962

[1437] Leur durée de protection n'est pas affectée par la Directive 2011 et sont toujours de 70 ans post mortem auctoris

[1438] http://www.nytimes.com/2013/01/08/arts/music/sony-issues-bob-dylan-recordings-to-keep-european-copyright.html?_r=0

[1439] Même s'il faut toutefois reconnaître que la Directive 2011 aura eu le mérite de « forcer » certains producteurs de phonogrammes à divulguer sur le marché des enregistrements jusqu'ici inaccessibles au public

droits patrimoniaux sur l'œuvre *Le Journal d'Anne Frank*, a annoncé que celle-ci ne tomberait pas dans le domaine public au 1er janvier 2016[1440]. Pourtant, Anne Frank, l'auteur de l'œuvre, est décédée à Bergen-Belsen en mai 1945 et la règle en matière d'œuvres littéraires est une protection légale d'une durée de soixante-dix ans post mortem auctoris[1441]. Son journal, qu'elle a rédigé de juin 1942 à août 1944 a été traduit et publié dès 1947. La Fondation a ainsi fait savoir que la version originale de 1947 était une œuvre composite[1442], car Otto Frank en serait le coauteur. Cette qualification impliquerait dès lors une durée de protection s'étendant jusqu'au 31 décembre 2050 minuit, soit 70 ans après sa mort (19 août 1980)[1443]. Egalement selon le Fonds Anne Frank, le fait qu'une nouvelle version du *Journal d'Anne Frank* (comportant des passages et annotations inédites) ait été publiée durant les années 1980 leur permettrait de profiter d'une protection supplémentaire au titre de la protection des œuvres posthumes[1444]. Ce communiqué a fait un tollé bien compréhensible dans les milieux littéraire et juridique. Si toutefois l'œuvre est aujourd'hui diffusée gratuitement sur internet[1445], reste à savoir quelle application du droit sera faite par les juges et si le père d'Anne sera qualifié de co-auteur de l'œuvre, car l'appartenance définitive (ou non) de cette œuvre majeure au domaine public ne sera certainement officielle qu'à l'issue d'une longue procédure judiciaire.

Boléro de Ravel. Depuis le 1er mai 2016, *Le Boléro* de Ravel, l'œuvre française générant le plus d'argent à l'échelle mondiale, devait tomber dans le domaine public. En effet, Ravel est décédé le 28 décembre 1937, et par l'ajout d'une période de protection complémentaire de 8 ans et 120 jours aux soixante-dix années post mortem auctoris[1446], l'œuvre fut donc protégée pendant 78 années et 120 jours à partir du 1er janvier 1938. Néanmoins, les titulaires de droit portant sur cette œuvre n'ont pas souhaité que celle-ci puisse appartenir « si tôt » au domaine public. Les héritiers et ayants-droits de l'œuvre ont donc tenté de faire reconnaître la partition de Ravel comme une œuvre collaborative. La Sacem a ainsi été saisie le 8 avril 2016 d'une demande de modification du dépôt original du Boléro de Maurice Ravel. Cette requête avait pour but l'ajout d'un co-auteur supplémentaire au titre de l'argument du ballet. Conformément à l'article 39 du règlement Général de la Sacem, la demande a été présentée et étudiée au Conseil d'administration le 12 avril 2016. Après un examen complet des pièces du

---

[1440] « *Si la règle générale est celle des 70 ans pma ('post mortem autoris'), de nombreuses exceptions existent telles que celles relatives aux œuvres posthumes ou aux œuvres composites. Si Anne Frank est décédée en mars 1945, les différentes versions de son journal restent pourtant soumises à protection en France, comme dans de nombreux autres pays, et donc à autorisation préalable du Fonds Anne Frank. […] Les versions du Journal telles que réalisées par Anne Frank elle-même n'ont été publiées que dans les années 1980, après son décès, et à ce titre bénéficient du régime des œuvres posthumes, et notamment du régime antérieur plus favorable ne faisant courir la durée de protection de 50 ans qu'à partir de la date de la première publication, soit bien au-delà de 2015. Il en est de même des versions du Journal réalisées par Otto Frank ou par Mirjam Pressler dont les droits appartiennent également au Fonds Anne Frank, sur la base cette fois des règles applicables aux œuvres composites, au regard du travail très important de ces personnes sur ces éditions. Ces deux versions restent ainsi encore protégées pour longtemps, Otto Frank étant décédé en 1980 et Mme Mirjam Pressler vivant actuellement en Allemagne* », Livres Hebdo, oct. 2015

[1441] Art. L. 123-1 al. 2 du Code de la Propriété Intellectuel: « *au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ».

[1442] L. 113-2 CPI : « *Est dite composite l'oeuvre nouvelle à laquelle est incorporée une oeuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* »

[1443] Application du régime de la durée de protection des œuvres composites, soit 70 ans postmortem à partir du dernier coauteur décédé, L 123-2 : « *Pour les oeuvres de collaboration, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs* »

[1444] Cette affirmation est fausse car selon l'article L. 123-4 du Code de la Propriété Intellectuel pour « *les œuvres posthumes, la durée du droit exclusif est celle prévue à l'article L. 123-1* » dans le cas où l'œuvre posthumes serait publiée pendant la durée de protection de 70 ans post mortem. Ainsi, la publication de cette œuvre n'implique aucunement une extension de la durée de protection portant sur *le Journal d'Anne Franck*.

[1445] D. BELOT, *Le journal d'Anne Frank en ligne*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, février 2016, p. 10

[1446] L 123-9 CPI : « *Les droits accordés par la loi du 14 juillet 1866 précitée et l'article L. 123-8 aux héritiers et ayants cause des auteurs, compositeurs ou artistes sont prorogés d'un temps égal à celui qui s'est écoulé entre le 3 septembre 1939 et le 1er janvier 1948, pour toutes les oeuvres publiées avant cette date et non tombées dans le domaine public à la date du 13 août 1941* »

dossier et un entretien avec les demandeurs, le Conseil d'Administration a décidé à l'unanimité que la demande d'adjonction d'un auteur n'était pas fondée et a refusé ce nouveau dépôt[1447]. Le Boléro de Maurice Ravel fait donc bien partie du domaine public.
Dans ces deux affaires, si l'ajout d'un nouveau co-auteur peut en soit être admis (en effet il peut arriver qu'un des auteurs d'une œuvre soit plus exposé et donc plus connu qu'un autre), il est particulièrement délicat de croire à la véracité de ces démarches du fait du timing choisi. Comment croire qu'un coauteur n'aurait pas pris la peine de se déclarer pendant plusieurs dizaines d'années, renonçant de fait à une part de ses royalties, pour se révéler dès l'entrée de l'œuvre dans le domaine public ? L'intérêt commercial et économique lié à ces œuvres semble bien être l'unique justification de révélations si tardives, le manque à gagner lié à la perte de droits patrimoniaux exclusifs sur ces œuvres étant particulièrement conséquente.
Ces dénaturations internes au modèle de protection ont été complétées, plus ou moins justement, par des dénaturations externes (§II).

§II. Dénaturation externe, utilisation d'autres moyens juridiques afin de maintenir une protection sur les œuvres du domaine public

Aujourd'hui, nombreux sont les titulaires de droits souhaitant prolonger la durée de protection exclusive portant sur leurs œuvres. A ce titre, si les outils juridiques mis à disposition par le droit de la propriété intellectuelle ne sont pas suffisants, ils recherchent des solutions externes à celui-ci afin de « reprivatiser » ce qui appartient au domaine public. La protection spécifiques des personnages (A'), le droit des marques (B') et le droit de la responsabilité civile (C') semblent être de nouveaux moyens de détourner l'inévitable chute des œuvres dans le domaine public.

A'. Protection des personnages

Les personnages bénéficient d'une protection propre indépendamment de l'œuvre à laquelle ils appartiennent[1448] (1). Cette caractéristique a laissé croire à certains que chaque nouvelle évolution du personnage (au fil des œuvres) permettait l'application d'une protection globale et renouvelée (2).

[1447] Communiqué de presse de la Sacem du 3 mai 2013, disponible sur https://societe.sacem.fr/ressources-presse/par-publication/Communiqu%C3%A9s/la-sacem-confirme-que-le-bolero-fait-desormais-partie-du-domaine-public
[1448] Ont notamment été protégés par le droit d'auteur: *le professeur Nimbus*, CA Chambéry, 10 déc. 1951, Gaz. Pal. 1952, 1, p. 116; *Bécassine*, CA Paris, 1re ch., 28 avr. 1977, JurisData n° 1977-000475; *Tarzan*, CA Paris, 22 mars 1978: D. 1979, p. 99, note Desbois; *la Panthère rose*, CA Paris, 14 févr. 1980, D. 1981, inf. rap. p. 86, obs. Colombet; *Goldorak*, CA Paris, 5 mars 1982 : Ann. propr. ind. 1983, p. 240; *les Schtroumpfs*, TGI Paris, 14 mai 1983, PIBD 1984, III, p. 266; *Lucky Luke* TGI Paris, 26 avr. 1978, RIDA, oct. 1978, p. 111; *Némo le poisson clown* TGI Paris, 20 avr. 2005, RIDA, avr. 2006, p. 301; *Rahan* Civ. 1ère, 19 déc. 1983, Bull. civ., I, n° 304, 5 mai 1993, RIDA, oct. 1993, p. 205; *Charlot* TGI Nice, 24 janv. 2000, RIDA, oct. 2000, p. 305; *Lee-Loo* Paris, 8 sept. 2004, Légipresse, 2005, III 25; *les personnages de roman* TGI Paris, 23 sept. 1992, RIDA 1993, 158, p. 192; *les personnages de spectacles vivants*: *Bip du mime Marceau*, CA Versailles, 9 juill. 1992, RIDA 1993, 158, p. 208

1) Le personnage, une œuvre protégée à part entière

Protection. Les personnages artistiques et littéraires sont des œuvres à part entière (ou « *singulières* »[1449]), qui peuvent bénéficier d'une protection par le droit d'auteur[1450], et ceci, indépendamment des œuvres auxquelles ils appartiennent[1451]. Pourtant, il s'agit bien d'une œuvre « *innomée* »[1452], car elle n'est pas mentionnée explicitement dans le CPI. Les personnages sont généralement (car sous réserve d'originalité) qualifiés d'œuvres artistiques et sont protégés en tant que telles. Le personnage serait le « *sédiment d'œuvres diverses, qui ont servi à la forger* »[1453]. Les éléments artistiques des personnages littéraires font régulièrement l'objet d'une protection littéraire[1454]. Cette protection concerne leur nom, leur apparence physique, leurs traits de caractère, leur cadre de vie et leurs accessoires (combinés ou non)[1455]. Deux conditions à la protection : « *le droit d'auteur ne protège que la forme originale et concrète par laquelle la créativité et les idées ont pu s'extérioriser* »[1456].

Originalité. La protection du personnage est donc reconnue selon sa dimension. Cette protection existe d'ailleurs que le personnage soit humain ou non[1457] : la Cour d'appel de Paris a jugé que des robots à traits humain (les « *sexy robots* ») étaient protégeables dès lors qu' « *en donnant à son robot d'une part un aspect vivant et humain de par la souplesse conférée à son corps, à son positionnement et au port d'un maillot, d'autre part un côté sensuel par le dessin de lèvres pulpeuses et d'une poitrine provocante, M. Sorayama a marqué son dessin de l'empreinte de sa personnalité et lui a conféré une physionomie propre de nature à le distinguer d'autres dessins de robot* »[1458]. En effet, comme le rappelle la quatrième chambre de la Cour de cassation dans une affaire *Lee-Loo* : « *en droit un personnage de fiction est susceptible, sous la condition de constituer une œuvre originale, de protection* »[1459]. L'originalité découle de la marque personnelle de l'auteur et peut, notamment, résulter de l'anthropomorphisation d'animaux[1460], d'une création imaginaire

---

[1449] M. RISTICH DE GROOTE, *Les personnages des œuvres de l'esprit*, RIDA 1986, n° 130, p. 19 ; B. EDELMAN, *Le personnage et son double*, D. 1980, chron. P. 225 ; A. STROWEL, *La protection des personnages par le droit d'auteur et le droit des marques*, Droit d'auteur et bandes dessinées, Bruylant, 1997, p. 37 et s., cités par C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 4ème éd., n°153, p. 130

[1450] A. STROWEL, *La protection des personnages par le droit d'auteur et le droit des marques*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 38

[1451] Cass. 1ère civ., 2 déc. 1997, RIDA 1998, n° 176, p. 409

[1452] P. MOURON, *« La nature juridique des 'PIEDS NICKELES', Pluralité d'auteurs et pluralité de qualifications'* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel n° 38, p. 69

[1453] P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 9ème éd., n° 92, p. 107-108

[1454] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 4ème éd., n°153, p. 130

[1455] A. STROWEL, *La protection des personnages, des figures dessinées aux héros littéraires*, Bande dessinée et droit d'auteur, Larcier, E. Cornu, p. 157, par exemple les noms de personnages de fiction peuvent être protégés en tant que tels : TGI Seine, *Chéri-Bibi*, 2 mars 1959, Ann., 1965, p. 66

[1456] V. VOORHOOF, *La parodie et les droits moraux. Le droit au respect de l'auteur d'une bande dessinée : un obstacle insurmontable pour la parodie ?*, Droit d'auteur et bande dessinée, Bruylant, 1997, p. 244

[1457] A. STROWEL, *La protection des personnages, des figures dessinées aux héros littéraires*, Bande dessinée et droit d'auteur, Larcier, E. Cornu, p. 158

[1458] Paris, 11 oct. 1995, RIDA, avr. 1996, n° 168, p. 322

[1459] C. cass. 4ème ch., sect. A, 8 sept. 2004, Légipresse, 2005 III 25 : « *combinaison des éléments caractéristiques et pérennes* » et « *identification immédiate* »

[1460] « *Il n'est pas contestable que le personnage de « Maya l'Abeille » qui consiste dans une abeille de dessin animé, est un personnage type ayant des éléments fixes permettant de bien l'identifier : forme du corps, antennes, cheveux, ailes… correspondant à une création originale caractérisée par des particularités essentielles (…) qu'il s'agit là d'une création protégeable, présentant toutefois la particularité de donner lieu à de multiples variantes dans les attitudes et les expressions notamment* », CA Paris, 13e ch., 2 juill. 1981, cité par P. et F. Greffe, La Publicité et la loi, 6e éd., Litec, p. 124, Aussi, « *Donald* », CA Paris, 4e ch., 15 oct. 1964, Gaz. Pal. 1965, I, 73, avec note ; Ann. 1965, 213, La « *Panthère Rose* », CA Paris, 4e ch., 14 févr. 1980, D. 1981. somm. 86, obs. Colombet

découlant de la pensée de l'auteur[1461], d'un dessin ne comportant que quelques coups de crayons[1462], de l'attribution de particularismes, donc d'une « personnalité », à un personnage relativement humain[1463]. Un personnage n'appartenant pas à une œuvre et ayant été créé dans un but uniquement commercial peut également être protégé par le droit d'auteur[1464]. Mais l'auteur qui a représenté pour la première fois des extraterrestres comme des petits bonshommes verts ne peut revendiquer une exclusivité sur cette représentation et interdire la réalisation de martiens sous la forme de petits personnages verdâtres, cette caractéristique étant qualifiée d'idée générale, banale et sans originalité[1465]. Le juge a également reconnu l'originalité du personnage de Donald, car celle-ci « *était d'être non pas seulement un quelconque canard anthropomorphisé, mais un véritable personnage révélant, par ses attitudes, ses traits, l'expression dont est doté son visage, sinon une véritable psychologie, du moins un caractère particulier, à la fois moqueur, couard, vantard, colérique* »[1466]. Il va donc de soi que plus les caractéristiques d'un personnage sont développées par leur(s) auteur(s), plus il a de chances d'être qualifié d'œuvre originale et plus l'étendue de sa protection sera large. L'inverse est également vrai : « *[m]oins les personnages sont développés, moins leur protection par le droit d'auteur est grande. […] On le voit : le problème n'est pas tant celui de la condition de protection que celui de l'appréciation de la contrefaçon et donc de l'étendue de la protection. Pour qu'il y ait contrefaçon, il faut que le personnage, tout*

[1461] « *Constitue une œuvre originale de l'esprit, protégeable en vertu [du droit d'auteur], la création d'un personnage imaginaire appelé Goldorak, rappelant la forme humaine, à l'aspect extérieur et au nom étrange, ayant notamment deux cornes superposées horizontales placées de chaque côté de la tête, une protubérance ronde de chaque côté du crâne, deux protubérances coniques l'une au milieu du crâne et l'autre au milieu du front, les yeux, les sourcils, les pommettes, le nez, la bouche et le menton étant constitués de formes géométriques diverses, et de tons contrastés* », CA Paris, 4e ch., 5 mars 1982, PIBD 1982, III, 170 ; Ann. 1983, 240; voir également « *ET* », CA Rennes, 16 oct. 1984, RTD com. 1985. 587, obs. Françon

[1462] « *Attendu qu'il n'est pas contesté que le personnage de FIDO DIDO est une œuvre de l'esprit originale bénéficiant à ce titre de la protection du droit d'auteur ; que ce personnage est caractérisé par l'extrême simplicité de ces traits tracés au fusain ou en blanc sur fond noir : un triangle pour le visage, des oreilles rondes et décollées faisant partie du trait du visage, quelques cheveux longs et dressés, deux yeux figurés par des traits verticaux deux traits pour la bouche et le nez* », TGI Paris, 3e ch., 31 oct. 1991, RDPI juin 1992, no 41, p. 95

[1463] Le « *Professeur Nimbus* », CA Chambéry, 10 déc. 1951, Gaz. Pal. 1952, I, p. 116

[1464] TGI de Nanterre, pôle civil, 1ère chambre, jugement du 3 décembre 2015: « *La requérante prétend que le personnage de Cécile de Rostand ainsi que son nom, créés de toute pièce par ses soins, portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur. Elle explique qu'elle a créé : l'apparence du personnage de Cécile de Rostand, incarné sous les traits d'une jeune et jolie femme brune, laquelle illustrait le blog et le forum de discussion Cécile de Rostand, le caractère de cette jeune femme, empreint d'une certaine "épaisseur humaine" notamment au regard de son style d'écriture, son nom, inspiré des patronymes du dramaturge Edmond Rostand et de l'écrivain Jean Rostand auxquels elle a ajouté la particule "de", contribuant à la rareté du patronyme et créant un décalage entre l'époque surannée évoquée par une particule nobiliaire et le caractère avant-gardiste de la société Vente-privée.com qui a créé les ventes évènementielles en ligne et est le premier opérateur d'un site internet à avoir utilisé un personnage pour humaniser celui-ci, les titres "Le blog de Cécile de Rostand" et "Le billet de Cécile" du forum de discussions de Cécile de Rostand. Ces éléments, non contestés en défense, caractérisent l'empreinte de la personnalité de leur auteur* »

[1465] « *Les caractéristiques des personnages litigieux (êtres vivants entièrement verts, d'une taille infiniment plus réduite que celle d'un homme normal, censés venir de la planète Mars) sont devenus extrêmement banales et courantes pour la représentation « d'extraterrestres », et sont insusceptibles de permettre l'application en la cause des dispositions du droit d'auteur. En effet, la description de petits hommes verts est depuis très longtemps utilisée pour représenter des êtres insolites différents des humains. Elle existait déjà dans le conte intitulé Riquet à la Houppe, écrit par Charles Perrault, et on la retrouve également dans d'autres ouvrages de bandes dessinées éditées antérieurement à 1982, notamment dans celui intitulé. Les aventures du concombre masqué et qui a été publié en 1973 par les éditions Dargaud. D'autre part, et contrairement aux affirmations de M. Mallet, les personnages que celui-ci soutient avoir créés ne peuvent être confondus avec ceux qui figurent sur les films ou sur les affiches publicitaires destinées à promouvoir la vente des pâtes Lustucru. Le fait que les héros de ce livre et de cette campagne publicitaire soient tous de taille réduite et de couleur verte n'est absolument pas original et apparaît même extrêmement banal. Par ailleurs, les caractéristiques revendiquées par le demandeur pour la représentation des personnages de M. Mallet ne se retrouvent pas chez ceux qui figurent dans le film ou sur les affiches publiées par la société Bélier Conseil (…). Enfin, les situations respectives dans lesquelles sont placés les différents personnages et leurs comportements différents ne permettent aucune confusion entre eux…* », TGI Paris, 3e ch., 31 oct. 1984, PIBD 1985, III, 83; D. 1985. IR 316, obs. Colombet

[1466] CA Paris, 4ème ch., *Walt Disney c./ X*, 15 oct. 1964, Ann. Prop. Ind., 1965, p. 213-217, cité par P. MOURON, *La nature juridique des 'PIEDS NICKELES', Pluralité d'auteurs et pluralité de qualifications*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel n° 38, p. 69

spécialement le personnage littéraire, soit suffisamment 'délinéé' ('delineated' selon les décisions anglo-saxonnes) »[1467].

Contrefaçon. Ainsi protégé, un personnage ne peut être repris ou décliné dans de nouvelles histoires (donc une œuvre nouvelle) sans le consentement de son auteur, sous peine d'être condamné pour contrefaçon des droits d'auteur. La contrefaçon est caractérisée et fondée non sur les différences, mais les ressemblances existant entre le personnage original et sa potentielle « copie »[1468].

Durée de la protection. Les personnages de bandes dessinées, souvent qualifiés par souci de simplification d'œuvre de collaboration[1469], peuvent avoir une durée de protection particulièrement longue. En effet, cette protection durera soixante-dix ans post mortem auctoris, « *l'année civile prise en considération [étant] celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs* »[1470] et « *au-delà de la mort de leur auteur initial, ils [les personnages] prolongent leur vie éditoriale à travers les suites que les équipes de collaborateurs peuvent concevoir [mais] ce phénomène d'adaptations en cascade n'a pas pour effet de prolonger la durée de protection des personnages littéraires de départ* »[1471]. Mais si le personnage était considéré comme une œuvre collective[1472], cette qualification serait particulièrement intéressante juridiquement car le point de départ du calcul du délai de la protection est la publication de l'œuvre. En effet, « *pour les œuvres de collaboration, la durée du droit exclusif est de soixante-dix années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle où l'œuvre a été publiée* »[1473]. Aussi, il serait tentant, afin d'obtenir une durée de protection plus longue sur les personnages, de revendiquer que chaque nouvelle « évolution » du personnage implique le départ d'une nouvelle période de protection

---

[1467] A. STROWEL, *La protection des personnages, des figures dessinées aux héros littéraires*, Bande dessinée et droit d'auteur, Larcier, E. Cornu, p. 161, voir également, pour les Etats-Unis : *"[t]he less developed characters, the less they can be copyrighted; this is the penalty an author must bear for marking them too indistinctly*", *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930)

[1468] « *Les intimés font valoir (...) que le canard fabriqué par la société F. n'est qu'une banale fantaisie, un canard personnalisé sans doute mais sans aucune personnalité et qu'il ne pouvait donc rappeler en rien "le petit canard mal élevé" qu'est le canard Donald. Mais, considérant que sont sans influence sur la contrefaçon ces différences de qualité de réalisation ou d'expression – fut-elle qualifiée de psychologique – présentées par les modèles comparés, dès l'instant qu'il est manifeste, comme en l'espèce, que l'œuvre originale a été copiée dans toutes ses caractéristiques essentielles de fantaisie qui l'individualisent ; que, la cour constate qu'il n'y a pas identité absolue entre les deux fabrications, par contre, elles sont si proches l'une de l'autre que, même s'il les avait simultanément sous les yeux, un acheteur, fut-il attentif, pourrait normalement les confondre ; que les intimés ayant porté atteinte au droit de propriété incorporel du dessinateur Walt Disney sur son œuvre, doivent réparer le préjudice qui résulte pour celui-ci » (CA Paris, 4e ch., 15 oct. 1964, Gaz. Pal. 1965, I, 73, avec note ; Ann. 1965, 213). « La contrefaçon existe dès lors que la reproduction considérée comporte les éléments caractéristiques essentiels du produit original ; que les adjonctions ou différences mineures apportées au produit ne sont pas de nature à supprimer la contrefaçon ; que dès lors, la poupée fabriquée par M.H. et la SMDO reproduisant un personnage possédant une tête aplatie sensiblement en forme d'obus, des yeux écarquillés, un nez plissé avec des narines proéminentes, un cou long (...) comme ceux du personnage créé par M.R. constitue manifestement une contrefaçon de ce dernier ; qu'en effet, le public qui est d'attention moyenne et qui n'a pas en même temps sous les yeux les deux personnages, reconnaît dans le personnage produit par M.H. celui répondant à l'appellation de E.T. produit par Universal* », CA Rennes, 16 oct. 1984, RTD com. 1985. 587, obs. Françon

[1469] L. 113-2 al. 1 du CPI: « *Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* », voir Cass., 1ère Civ., 19 déc. 1983, Ann. Prop. Industr., 1984, p. 64, voir la répartition des droits entre scénariste et dessinateur, et l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997 *Christian Godard c./ Michel Houdelinckx*, cité par P. MOURON, *La nature juridique des 'PIEDS NICKELES', Pluralité d'auteurs et pluralité de qualifications*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel n° 38

[1470] L. 123-2 du CPI

[1471] A. STROWEL, *La protection des personnages, des figures dessinées aux héros littéraires*, Bande dessinée et droit d'auteur, Larcier, E. Cornu, p. 164

[1472] L. 113-2 al. 3 du CPI : « *Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle 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* »

[1473] L. 123-3 al. 1 du CPI

débutant à chaque publication d'une nouvelle aventure de celui-ci. D'autant qu'il est fréquent qu'un personnage soit développé par des auteurs successifs[1474]. C'est ce qu'ont tenté de prouver les descendants de Doyle à propos du personnage Sherlock Holmes créé par leur aïeul (2).

2) Evolution des caractéristiques du personnage et prorogation de la durée de protection

Etats-Unis. Faire évoluer les caractéristiques d'un personnage au fil de ses « aventures » pourrait permettre de revendiquer une « continuité de vie » de celui-ci qui impliquerait une protection du droit d'auteur sur les derniers développements apportés au personnage, augmentant d'autant la durée de protection de celui-ci. Cette méthode, quelque peu tortueuse[1475], a déjà été testée aux États-Unis[1476].

Affaire Sherlock Holmes. Un litige opposait un auteur-éditeur, Leslie Klinger, aux ayants droit de Conan Doyle, célèbre créateur de l'un des détectives les plus mythiques de l'histoire de la littérature américaine. Selon le droit américain, toutes les œuvres publiées avant 1923 font désormais partie du domaine public. A l'exception des dernières histoires publiées après cette date[1477], l'intégralité de l'œuvre de Doyle est désormais libre de droit. M. Klinger, considérant que le personnage de Sherlock Holmes, œuvre à part entière et soumis au droit du copyright en tant que telle, était disponible, entreprit d'écrire et de faire publier de nouvelles aventures de ce célèbre héros. Les ayants droit de Doyle, ne le voyant pas de cet œil, imposèrent à Klinger de payer un droit de licence pour exploiter le personnage, menaçant également les potentielles maisons d'édition de contrefaçon si les droits demandés restaient impayés.

Protection individuelle des caractéristiques. Face à cette situation, M. Klinger décida de présenter le cas en l'espèce devant la Cour Fédérale de l'Illinois, afin qu'un juge déclare si les personnages de l'œuvre concernée appartenaient au domaine public et étaient ainsi libres de tout droit. Les ayants droit, quant à eux, ont développé la thèse suivante : les dix dernières histoires de Doyle, toujours protégées par le copyright et apportant de nombreux développements aux différents personnages, entrainaient de facto une protection continue de ces derniers. Le Juge[1478] ne fut que partiellement convaincu par cet argument. S'il conclut que les nouveaux éléments concernant les personnages contenus dans les 10 dernières histoires toujours protégées étaient effectivement « *susceptible to copyright protection* » car ils pouvaient être qualifiés d'évolutions caractéristiques; il précisa que ces nouveaux éléments n'étaient protégeables qu'en tant que tels et n'emportaient pas une protection globale, car cela irait à l'encontre de l'essence même du copyright. Ainsi, tous les éléments concernant les personnages depuis leur création jusqu'à 1923 étaient libres de droits, et seuls les éléments nouveaux les concernant contenus dans les œuvres post-1923 étaient protégeables (donc soumis aux règles de protection du copyright) et ne pouvaient être utilisés sans s'acquitter d'un droit de licence. Néanmoins, cette protection n'entrainait pas une continuité de protection du personnage dans son intégralité.

[1474] Que ce soit suite au décès du créateur original du personnage ou dans le cadre d'adaptations, préquels ou suites de l'œuvre dans laquelle évoluait celui-ci

[1475] D. BELOT, *La stratégie TINTIN*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, octobre 2014, p. 37 à 41

[1476] Jugement du 23 décembre 2013, Cour du district nord de l'Illinois

[1477] 10 nouvelles

[1478] M. Ruben CASTILLO

France. Si cette décision n'a pas d'incidence directe sur le droit français, elle est néanmoins intéressante car elle pose explicitement comme principe que les caractéristiques propres à l'évolution des personnages au fil des œuvres, bien que celles-ci soient protégeables en tant que telles, ne peuvent allonger la durée de protection des personnages, sous peine de dénaturer le but premier du copyright. En France, la solution est la même que dans le cas précédent: en effet, une œuvre (originale) nouvelle intégrant des personnages créés au préalable est qualifiée « d'œuvre composite » et les droits associés à cette nouvelle œuvre appartiennent à l'auteur de celle-ci[1479], néanmoins il est tenu de respecter le droit moral de l'auteur de l'œuvre préexistante. Selon Philippe Mouron[1480], « *il se peut que l'apport de l'auteur secondaire [concernant les caractéristiques des personnages] soit tel qu'il lui permette de se réapproprier l'œuvre préexistante; la jurisprudence a ainsi validé la reconstitution de droits privatifs sur des personnages appartenant au domaine public*[1481]*, bien que leur réutilisation doive rester libre »*[1482].

Impossibilité de proroger la durée de protection. Ainsi, les personnages appartenant au domaine public (ou sur le point de l'être) ne pourraient faire l'objet d'une protection « prolongée » s'ils étaient réutilisés dans une œuvre composite, de collaboration ou même collective[1483], seules les caractéristiques originales apportées par le nouvel auteur pouvant faire l'objet d'une nouvelle protection. Car si le personnage se situe au croisement de plusieurs genres et possède une originalité qui doit s'apprécier globalement[1484], les éléments qui le composent sont protégés indépendamment les uns des autres. Un personnage appartenant au domaine public fait donc l'objet d'un « cumul » de protections et n'est aucunement protégé globalement, les caractéristiques reprises et développées dans de nouvelles œuvres ne permettant aucunement « *d'étirer sa durée de vie* »[1485]. Néanmoins, chaque nouveau développement, sous réserve d'une originalité suffisante, peut bénéficier d'une protection propre. Ceci semble être un juste équilibre entre la protection du travail des auteurs (qui font évoluer le personnage) et la liberté de création. Une autre solution est également utilisée depuis de nombreuses années pour profiter d'une protection plus longue sur les personnages et certaines caractéristiques (titres, noms…) propres à certaines œuvres : le dépôt de marques (B').

B'. Droit des marques

De nombreuses sociétés titulaires de droits d'auteur ou de copyright, essayent aujourd'hui de proroger leurs droits par le biais du droit des marques, qui offre une protection

[1479] Article L. 113-4 du CPI : « *L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* »
[1480] P. MOURON*, La nature juridique des 'PIEDS NICKELES', Pluralité d'auteurs et pluralité de qualifications,* Revue Lamy Droit de l'Immatériel n° 38, pp. 68-74
[1481] Personnage de *PINOCCHIO,* TGI Lyon, 19 mars 1981, et CA Lyon, 22 février 1983
[1482] Affaire « *LES MISERABLES* », Cass., 1ère Civ., 30 janvier 2007, n°04-15.54, sur la parution d'une suite de l'œuvre de V. HUGO dans laquelle l'auteur fait évoluer très librement les personnages de l'œuvre préexistante
[1483] Finalement, quelle que soit la qualification donnée au personnage, développer celui-ci ne permet aucunement de proroger sa durée de protection initiale. Au mieux, seules certaines nouvelles caractéristiques peuvent être protégées, mais individuellement et sans emporter une nouvelle protection globale du personnage.
[1484] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 4ème éd., n°153, p. 130
[1485] A. STROWEL, *La protection des personnages, des figures dessinées aux héros littéraires*, Bande dessinée et droit d'auteur, Larcier, E. Cornu, p. 164

potentiellement perpétuelle (1). Souvent liées à des personnages littéraires et artistiques (2), ces marques ont générées de nombreuses procédures judiciaires (3).

1) La marque, un mode de protection perpétuelle

Définition. Selon l'article L. 711-1 du CPI, « *[l]a marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Peuvent notamment constituer un tel signe : a) Les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ; b) Les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ; c) Les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs* », sous réserve que celle-ci respecte les conditions suivantes : être autorisée par la loi, ne pas être trompeuse (« *deceptive* »), être nouvelle, et être distinctive[1486].

Durée. « *La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. […] L'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable* »[1487]. La marque peut donc être protégée (et possédée) pour une durée indéterminée, sous réserve que les renouvellements aient été valablement effectués. C'est ce caractère perpétuel de la marque qui a incité de nombreux titulaires de droits d'auteur à utiliser ce biais pour protéger certaines œuvres (notamment les personnages[1488]) indéfiniment (2).

2) Quand le personnage d'une œuvre devient une marque

On assiste de plus en plus souvent à une volonté des ayants droit de « *faire renaître les monopoles* »[1489]. Si la jurisprudence refuse d'appliquer le droit des dessins et modèles aux œuvres de l'esprit[1490], le droit des marques semble utilisé dans le but d'obtenir un « *nouveau monopole, certes limité par le principe de spécialité, mais tout de même bien efficace* »[1491].

Protection du nom. Le nom d'un personnage peut être protégé s'il constitue une création originale[1492], s'il est qualifié de titre original[1493], ou s'il a fait l'objet d'un dépôt au titre des

[1486] Articles L. 711-2, 3 et 4 du CPI
[1487] Article 712-1 du CPI
[1488] A titre d'exemple, la société Moulinsart est titulaire de diverses marques déposées sur de nombreux territoires, notamment la marque verbale *Tintin*, et le headshot *Tintin & Milou*, voir *la Charte d'utilisation de l'œuvre d'Hergé sur internet*, disponible sur http://fr.tintin.com/plus/ring/charte.html, pour un jugement portant sur l'usage des marques déposés par Moulinsart, voir TGI de Paris, 21 mars 2003, *Moulinsart c/ SCP Jacques Tajan et François Tajan*, n° 01/08714
[1489] C. CARON, *L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle*, Mélanges Dupichot, Bruylant, 2004, p. 61; S. CHOISY, *La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle*, Comm. com. électr. 2002, étude 11
[1490] Cass. Com., 19 oct. 1999, cité par C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 4ème éd., p. 317
[1491] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 4ème éd., p. 317
[1492] TGI Seine, 3e ch., 2 mars 1959, *Leroux c/ Pelletier*, Ann. 1965, 66: « *le mot Chéri-Bibi, nom d'un personnage d'une série de romans policiers, est une création de l'esprit, dont l'auteur est fondé à faire respecter la propriété* »
[1493] Selon l'article L. 112-4 du CPI « *[l]e titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même. Nul ne peut, même si l'œuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L. 123-1 à L. 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une œuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion* »; voir également CA Paris, 23 nov. 1977, « *Poil de Carotte* », Ann. 1979, 68

marques. Ces protections peuvent se cumuler les unes aux autres, car la jurisprudence admet la coexistence du droit des marques et du droit d'auteur sur un même objet[1494]. Selon la jurisprudence, les noms de personnages tirés de la littérature[1495], de dessins animés[1496] et d'œuvres audiovisuelles[1497] peuvent être licitement déposés à titre de marques. Même si le personnage appartient déjà au domaine public, son nom peut être déposé et protégé par le droit des marques[1498]. Cette possibilité est également admise dans le cas où le déposant serait un tiers, mais « *on peut être réservé sur cette réappropriation du domaine public, la mauvaise foi et la fraude n'étant pas loin* »[1499].

Durée. La protection d'une œuvre par une marque n'aura toutefois une utilité que dans le cas où l'ayant droit envisagerait une utilisation effective du signe déposé, car « *encourt la déchéance de sa marque le titulaire qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux pour les produits et les services visés dans l'enregistrement pendant une période ininterrompue de cinq ans* »[1500]. Néanmoins, la marque étant renouvelable, il semble que le dépôt d'un personnage, son nom, un titre comme marque permettrait de conserver un contrôle sur son exploitation malgré son appartenance au domaine public[1501]. Cette protection est toutefois limitée par le principe de spécialité (qui n'existe pas en droit d'auteur), qui implique que c'est en considération des produits ou services désignés que l'on apprécie les différentes exigences relatives à la validité d'une marque. Il n'y aura donc contrefaçon que si le signe et/ou le nom déposé(s) sont repris pour désigner des produits ou services identiques (3).

3) Jurisprudence abondante, l'ouverture aux dérives ?

Que ce soit en Europe ou aux Etats-Unis, les juges font face à un type de procédure de plus en plus courant : les poursuites pour contrefaçon de marques portant sur des noms, logo, titres, slogans en rapport avec des œuvres littéraires et artistiques qui appartiennent au domaine public. On peut notamment citer les affaires *Zorro*, *Tarzan*, *Le Petit Prince* ou encore *Les Pieds Nickelés*. En effet, les ayants droit souhaitent régulièrement conserver une protection sur leurs œuvres alors que celles-ci s'apprêtent à tomber dans le domaine public (ou le sont déjà). A cette fin ils enregistrent un grand nombre de marques en rapport avec ces œuvres dans le maximum de classes de produits. Par exemple, les enregistrements des noms « *Mickey* » et « *Tintin* » comme marques dans des catégories particulièrement proches des

[1494] Cass. com., 4 juill. 2006, JurisData n° 2006-034458
[1495] TGI Paris, 3 janv. 1978, *E. Rice Burroughs c/ Picha*, D. 1979. jur. 99, note Desbois
[1496] Souvent déposés en tant que marque verbale, alors que leur dessin est déposé conjointement au titre des marques figuratives
[1497] Voir « *James Bond 007* », Com. 27 oct. 1970, no 69-11.563, *B. c/ M.*, Bull. civ. IV, no 283; JCP 1971, II, 16669, note A. Chavanne, « *Tarzan* », TGI Paris, 3 janv. 1978, RIDA 1978,119, « *OSS 117* », TGI Paris, 3e ch., 8 mars 1985, *Brochet c/ Presses de la Cité*, RDPI 1985, no 1, p. 154, « *Bibendum* » (Michelin), TGI Poitiers, 10 janv. 1994, Michelin, Ann. 1994, 205
[1498] TGI Lyon, 19 mars 1981
[1499] P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Puf, 9ème éd., p. 428, voir CJCE, 27 nov. 2003, *Für Elise*, concernant quelques notes de la sonate de Beethoven
[1500] Article L. 714-5 du CPI
[1501] C. ALLEAUME, *Fasc. 700: MERCHANDISING, Contrat de merchandising, Exploitation, et contrat d'exploitation, de produits dérivés*, JurisClasseur: « *[a]insi, par le dépôt du nom ou du graphisme d'un personnage au titre des marques, il est – théoriquement – possible de faire perpétuellement obstacle à son utilisation par des tiers. Il n'existe pas actuellement de décisions sur cette question, mais il semble cependant difficile d'admettre que le droit des marques puisse faire obstacle à la loi et prolonger le monopole des ayants droit de l'auteur à l'expiration de leurs droits patrimoniaux* » ; voir également, S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002

œuvres originelles[1502]. Ceci pourrait aboutir finalement au contrôle de la reproduction de ces héros dans des ouvrages ou des œuvres audiovisuelles une fois le droit d'auteur expiré[1503]. Ce fut le cas aux Etats-Unis, avec le personnage de *Peter the Rabbit*[1504], protégé par le droit des marques alors qu'il appartenait déjà au domaine public: la vente de livres qui reproduisaient les mêmes couvertures que l'œuvre originale a été interdite par le titulaire de la marque, un risque de confusion ayant été constaté[1505]. Néanmoins, dans l'affaire *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp*. de 2003, les juges refusèrent que l'application de la protection par le droit des marques interdise l'exploitation d'une œuvre appartenant au domaine public[1506], et s'inquiétaient de l'usage de la perpétuité des marques pour conserver sur des œuvres libres de droit une protection fondamentalement issue du copyright[1507].

Union européenne. La jurisprudence européenne a également semblé se positionner contre le cumul de droits de propriété intellectuelle lorsque ceux-ci sont préjudiciables au domaine public. Dans une affaire dont a été saisie la Cour européenne de justice, l'avocat général estimait que : « *l'intérêt public ne devrait pas avoir à tolérer le risque, serait-il léger, que les droits des marques empiètent indument sur le domaine d'autres droits exclusifs qui sont limités dans le temps alors qu'il existe en fait d'autres moyens efficaces pour les fabricants d'indiquer l'origine d'un produit* »[1508]. Dans une affaire de 2014, la Cour se positionnait également, en rappelant que « *l'objectif d'éviter que le droit exclusif et permanent que confère une marque puisse servir à perpétuer, sans limitation dans le temps, d'autres droits que le législateur de l'Union a voulu soumettre à des délais de péremption* »[1509].

Jurisprudence. Dans une affaire récente[1510], concernant les personnages de bandes dessinées *Les Pieds Nickelés*, le juge de première instance a annulé l'enregistrement de marques sur certaines caractéristiques de l'œuvre, considérant que la démarche des dépositaires « *vis[ait] manifestement à empêcher quiconque d'adapter l'œuvre de Louis F dans tous les domaines de l'édition, de la culture et de l'art, y compris de manière audiovisuelle ou en ligne et à accorder à la société demanderesse un monopole d'exploitation d'une œuvre qui aurait pourtant dû être accessible à tous puisque tombée dans le domaine public* », et la qualifiant de « *fraude* »[1511]. Il prononça également la déchéance de plusieurs marques semi-figuratives, au

[1502] Notamment en tant que marques communautaires pour des produits et des services liés à « l'éducation, la formation, l'enseignement, le divertissement, l'organisation de manifestations et d'expositions à des fins culturelles, d'enseignement et d'éducation, parcs d'attraction, production de films et dessins animés, publication et diffusion de livres, de journaux et de périodiques »

[1503] S. DUSSOLIER, *Pour un régime positif du domaine public*, janv. 2015, disponible sur http://romainelubrique.org/pour-regime-positif-domaine-public-severine-dusollier: « *[c]'est là que se situe le véritable risque pour le domaine public dans le cadre du monopole des marques* »

[1504] œuvre de l'illustratrice anglaise Beatrix Potter

[1505] *Frederick Warne & Co. v. Book Sales*, 481 F. Supp. 1191, S.D.N.Y., 1979

[1506] *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp*., 539 U.S. 23 (2003): « *[t]o hold otherwise would be akin to finding that § 43(a) created a species of perpetual patent and copyright, which Congress may not do. See Eldred v. Ashcroft, 537 U. S. 186, 208 (2003)* »

[1507] *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp*., 539 U.S. 23 (2003) : « *against misuse or over extension of trademark law and related protections into areas traditionally occupied by…copyright* »

[1508] CJCE, *Linde AG, Winward Industries Inc. and Radio Uhren AG*, 8 avril 2003, C-53/01 à C-55/01, avis de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer rendu le 24 octobre 2002, 29

[1509] CJUE, 18 septembre 2014, *Hauck/Stokke*, C-205/13, §31

[1510] Peut-être toujours en cours

[1511] TGI de Paris, 3e ch., 2e sect., *Publications Georges Ventillard c/ Guy Delcourt Productions et Syndicat National de l'édition*, 1er juill. 2011: « *De fait, il apparaît que cette marque a été déposée le 23 juillet 2009 soit effectivement après que l'œuvre de Louis F était tombée dans le domaine public. Or, la société PUBLICATIONS GEORGES VENTILLARD n'a procédé à aucune utilisation de cette marque. En particulier, elle n'a vendu aucun produit et n'a concédé aucune licence, ce qui tend à montrer que le dépôt avait été effectué surtout à titre préventif. D'autre part, ce dépôt ne s'est pas cantonné aux livres et aux bandes dessinées, ce qui aurait montré que la société demanderesse comptait réellement l'utiliser pour les besoins de son activité, mais vise plusieurs autres produits et services en classes 9. 16. 28 el 41 comme les revues professionnelles, catalogues, affiches, ouvrages imprimés en liaison avec le multimédia, calendriers, objets d'an, ce qui est*

motif de l'article L.714-5 du CPI[1512], le déposant n'apportant pas la preuve de l'usage de ces marques en tant que telle (l'exploitation au titre des droits d'auteur de l'objet de ces marques n'est pas suffisant pour prouver un usage à titre de marque)[1513]. Le juge de première instance paraît donc très attentif aux circonstances dans lesquelles ont eu lieu les différents dépôts de marques et les modalités de leurs exploitations, afin que cette démarche ne puisse être utilisée comme une prorogation des droits exclusifs d'exploitation par les (ex-) ayants droit d'une œuvre appartenant au domaine public. Dans une affaire *Edgar Rice Burroughs, Inc. v. Dynamic Forces, Inc.*[1514], entamée en 2012 à l'initiative d'Edgar Rice Burroughs Inc. (« ERB »), la société qui détient les droits portant sur l'œuvre de l'auteur du même nom, notamment ceux portant sur les personnages *Tarzan*, et *John Carter of Mars*. ERB est également titulaire de nombreuses marques portant sur ces personnages et les œuvres dans lesquelles ils évoluent. Bien que la plupart des œuvres incorporant ces personnages, publiées avant 1923, appartiennent au domaine public, ERB décida d'empêcher toute œuvre dérivée les incorporant (sans son accord préalable)[1515]. C'est pourquoi ERB décida d'assigner la société d'édition Dynamic Forces qui publia de nouvelles bandes dessinées relatant les aventures de ces deux personnages[1516]. Les personnages concernés appartenant au domaine public, ERB ne pouvait fonder sa plainte sur la contrefaçon de copyrights, aussi elle décida de motiver sa démarche sur la contrefaçon du droit des marques[1517]. Malheureusement (pour la doctrine), cette affaire fut conclue par un accord (confidentiel) entre les parties le 29 avril 2014[1518]. Si l'on ne peut deviner l'issue qu'aurait eu cette procédure, le fait que cette affaire ait abouti à un règlement à l'amiable prouve, qu'a minima, l'enregistrement de marques permet de pressuriser l'exploitant d'œuvres populaires appartenant au domaine public (sinon pourquoi transiger in fine ?), voire de négocier des redevances ou des cachets qui n'ont finalement pas encore été justifiés judiciairement à ce jour.

---

révélateur de son intention de nuire à l'égard des autres acteurs du marché. En effet, le spectre étendu des produits et services visés lors du dépôt, allié à la généralité du signe représentant la marque et au fait qu'il s'agit d'une marque verbale, vise manifestement à empêcher quiconque d'adapter l'œuvre de Louis F dans tous les domaines de l'édition, de la culture et de l'art, y compris de manière audiovisuelle ou en ligne et à accorder à la société demanderesse un monopole d'exploitation d'une œuvre qui aurait pourtant dû être accessible à tous puisque tombée dans le domaine public. En conséquence, la fraude étant établie, il convient de prononcer la nullité de cette marque »

[1512] Article L. 714-5 du CPI : *« [e]ncourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans* »

[1513] TGI de Paris, 3e ch., 2e sect., *Publications Georges Ventillard c/ Guy Delcourt Productions et Syndicat National de l'édition*, 1er juill. 2011: « *[c]ependant, il est constant que l'usage, évoqué dans le texte susvisé doit s'entendre d'un usage à titre de marque, et non de la simple exploitation de droits d'auteur. Par ailleurs, la preuve de l'exploitation incombe au propriétaire des marques. Or, la société PUBLICATIONS GEORGES VENTILLARD ne rapporte pas la preuve d'une moindre exploitation de la marque semi-figurative n° l 516 023 qui outre les signes PIEDS NICKELES supporte également les dessins des trois personnages principaux, ni de la marque LE JOURNAL DES PIEDS NICKELES, ni de la marque LES PIEDS NICKELES MAGAZINE. En effet, elle évoque les pages des crédits des tomes 1 à 7 du Meilleur des PIEDS NICKELES, où il est simplement inscrit un copyright de PUBLICATIONS GEORGES V pour les histoires de René P et de Louis F. ainsi que dans les conventions l'ayant liée aux éditions GLENAT, mais contrairement à ce qu'elle soutient aucune des signes dont s'agit n'est utilisée à titre de marque. […] aucun usage de l'une des trois marques n'apparaît, et des relevés de droits d'auteur versés par la société GLENAT qui comme leur nom l'indique concernent des droits d'auteur et non des licences de marques. Dès lors que la société PUBLICATIONS GEORGES VENTILLARD ne rapporte donc pas la preuve d'un quelconque usage, il convient de la déclarer déchue de ses droits sur les marques en cause, à compter du 15 avril 2005, soit cinq ans précédant la première demande en déchéance contenue dans les écritures signifiées le 15 avril 2010, pour les produits et services visés à l'enregistrement desdites marques* »

[1514] *Edgar Rice Burroughs, Inc. v. Dynamic Forces, Inc.,* et al., No. 12 Civ. 1192, S.D.N.Y.

[1515] ERB n'en est pas à son coup d'essai, voir *Edgar Rice Burroughs, inc. v. Manns Theaters*, 195 USPQ 159, Central District of California, 1976

[1516] Dynamic Forces avait toutefois pris soin d'utiliser uniquement des caractéristiques créées dans les œuvres pré-1923 et appartenant donc au domaine public

[1517] *Edgar Rice Burroughs, Inc. v. Dynamic Forces, Inc., et al.,* No. 12 Civ. 1192, S.D.N.Y., Case 1:12-cv-01192-ER Document 10 Filed 03/29/12

[1518] *Edgar Rice Burroughs, Inc. v. Dynamic Forces, Inc., et al.,* No. 12 Civ. 1192, S.D.N.Y., Case 1:12-cv-01192-ER Document 32 Filed 05/29/14

Course aux marques. Ces différentes décisions n'ont toutefois pas eu d'impact direct sur la motivation des ayants droit d'enregistrer un maximum de marques liées à des œuvres ou personnages littéraires et artistiques. On assiste à une véritable « course aux marques » sur le marché de la culture, car si celles-ci ne permettent pas d'empêcher la création d'adaptations, elles peuvent tout du moins, grâce à la menace de poursuites judicaires longues et coûteuses, permettre la négociation d'accords financiers. Par exemple, bien que le roman d'origine du magicien d'Oz appartienne au domaine public, la Warner[1519] a toujours défendu avec virulence les nombreuses marques liées à l'univers d'Oz qu'elle détient. La société a d'ailleurs interdit l'usage de désignations comme « *Wizard of Azz* », « *Wicked of Oz* », ou *« Flying Monkeys Vine* »[1520]. En octobre 2012, Warner a même tenté de déposer comme marque les termes « *The Great and Powerful Oz* », alors qu'il s'agissait du titre du film produit par Disney[1521]. Warner espérait ainsi pouvoir distribuer des produits dérivés tout en interdisant à Disney de le faire… Mais la société Disney avait déjà déposé une demande auprès de l'office des marques des Etats-Unis une semaine au préalable. Mais le dépôt systématique de marques liées à une œuvre appartenant au domaine public n'est néanmoins pas toujours reconnu, surtout si l'œuvre concernée a été adaptée à de nombreuses reprises. Alors que la société Zorro Productions Inc. revendiquait la titularité d'un certain nombre de marques déposées portant sur Zorro pour empêcher la réalisation de nouvelles œuvres intégrant ce personnage sans son accord (financier), et notamment la comédie musicale « *Z - The Musical of Zorro* » créée par R. Cabell, l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle a annulé l'enregistrement de ces marques. L'Office considéra que le terme *Zorro* n'était pas assez distinctif pour respecter les conditions d'enregistrement d'une marque, du fait des nombreuses déclinaisons de ce personnage. Cette décision est intéressante car il en découle que plus un personnage (ou une œuvre) sera adapté(e)[1522], moins il sera facile de justifier le dépôt d'une marque le concernant, l'accumulation d'adaptations entrainant de fait une dilution aux yeux du public de l'image commerciale associée au personnage.

Conclusion. Malgré la forte propension des ayants droit à déposer des marques en lien avec des œuvres appartenant au domaine public, il semble, fort heureusement, que les juges n'acceptent pas (pour le moment[1523]) que la marque soit un palliatif permettant une continuité de protection des œuvres tombées dans le domaine public. Car il ne saurait être « *acceptable que le droit des marques soit détourné de sa finalité et qu'il soit utilisé pour maintenir des droits privatifs sur des objets qui ont longtemps bénéficié de la protection du droit d'auteur et/ou du droits des dessins et modèles et qui sont normalement tombés dans le domaine public* »[1524]. Mais ceci reste à nuancer, car les décisions portant sur ce sujet n'étant pas des arrêts de principe, le cumul droit des marques/droit d'auteur reste à ce jour d'une grande insécurité juridique[1525], les créateurs d'œuvres dérivées fondées sur des œuvres du domaine

[1519] Qui détient les droits sur le film de 1939 *The Wizard of Oz*

[1520] http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/wizard-of-oz-disney-warner-bros-289305

[1521] https://www.techdirt.com/articles/20120214/03392717756/disney-warner-bros-prepare-to-fight-over-who-owns-public-domain-wizard-oz.shtml

[1522] Ce qui est souvent le cas lorsque celui-ci appartient au domaine public

[1523] Il n'y a pas eu pour le moment en France et aux Etats-Unis d'arrêt de principe à ce jour sur ce point, aussi faut-il rester attentif quant à l'évolution jurisprudentielle

[1524] A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 81

[1525] *Sony Pictures Entertainment v. FIREWORKS ENTER. GROUP*, 137 F. Supp. 2d 1177 - Dist. Court, CD California, Western Division, 2001: « *In its memorandum to the parties at oral argument, the Court noted that Plaintiffs rely on Frederick Warne & Co., Inc. v. Book Sales Inc. for the argument that the character Zorro is protectable under trademark law even though works in which the character was created have fallen into the public domain. 481 F.Supp. at 1196-97. In Warne, however, the plaintiff sought only to protect its limited right to use specific illustrations of the character Peter Rabbit, not to establish exclusive trademark rights in the character itself. The court therefore noted that it did not need to reach the "provocative question" whether "trademark and unfair competition theories might serve to protect a character*

public continuant de se faire assigner sur le fondement du droit des marques. Malheureusement pour le débat doctrinal, la plupart des affaires concernées se terminent par une conciliation confidentielle entre les parties, ce qui ne permet pas aujourd'hui de pouvoir juridiquement se reposer sur un principe réellement affirmé. Espérons que la combinaison droit d'auteur/ droit des marques n'aboutisse pas à la création d'un droit d'auteur mutant (« *mutant copyright* »[1526]) qui permettrait aux principaux acteurs économiques de conserver une protection sur des œuvres normalement libre de droit[1527]. La responsabilité civile, et tout particulièrement la concurrence déloyale et le parasitisme, a été également utilisée comme fondement pour empêcher l'exploitation d'œuvres appartenant déjà au domaine public (C').

C'. Application de la responsabilité civile : concurrence déloyale et parasitisme

Introduction. La concurrence déloyale et tout particulièrement le parasitisme a soulevé de nombreux débats et interrogation au sein de la doctrine portant sur le domaine de la propriété intellectuelle. Car si l'action en contrefaçon est régulièrement associée à une procédure en concurrence déloyale (fondée sur l'article 1382 du Code civil), l'exploitation d'une œuvre intellectuelle appartenant au domaine public peut être la cause d'une éventuelle sanction judiciaire en raison d'un risque de confusion[1528]. Cette solution met à mal le concept et le fondement même du domaine public, car il en découle que l'application du parasitisme permet de se réapproprier des œuvres tombées dans le domaine public. Cette attitude est condamnable car « *la liberté de la concurrence [...] reste dans une économie libérale le principe fondamental des rapports commerciaux* »[1529].

Définition. Le parasitisme permet de sanctionner certains comportements contraires aux usages du commerce. La concurrence parasitaire est une variante de la concurrence déloyale au sens strict. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé la définition qu'en a donnée une Cour d'appel qui avait défini le parasitisme comme « *l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* »[1530]. Se fondant sur la jurisprudence, un auteur a développé cette définition afin de mettre en exergue les enjeux du parasitisme : « *[q]uiconque, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie sans nécessité absolue une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un effort intellectuel et d'investissements, commet un agissement parasitaire fautif. Car cet acte, contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les divers intervenants, même non concurrents et sans risque de confusion, fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un trouble commercial. Celui-ci est, en soi, un préjudice certain dont la victime peut demander en justice la cessation et/ou la*

---

beyond the term of copyright applicable to the underlying work." Id. at 1197 & n. 3. This "provocative question" remains unresolved today. See Bonnie E. Eskenazi & Walter Mansing, Mouse House: Trademark Law May Protect Characters With Expired Copyrights, L.A. Daily Journal, March 19, 2001, at 7 »

[1526] *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp*., 539 U.S. 23 (2003) : «

[1527] Voir à ce sujet, I. CALBOLI, *Overlapping trademark and copyright protection: a call for concern and action*, 2014 U. ILL . L. Rev. Slip Opinions 25

[1528] S. MANDEL et N. BINCTIN, *Les créations prétoriennes de la Cour de cassation en droit de la propriété intellectuelle*, Comm. Comm. électr. n° 2, Février 2015, étude 4

[1529] CA Amiens, 7 mai 1974, D. 1974. 264, note J.-Cl. Fourgoux, cité par A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, p. 84

[1530] Cass. com. 26 janvier 1999, pourvoi n° 96-22. 457

réparation, lorsqu'elle ne dispose pas d'une autre action spécifique et qu'elle n'a pas bénéficié d'un droit privatif ayant expiré (sauf en matière de signes) »[1531]. Ainsi, dans le cadre d'une procédure pour parasitisme fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, la justification de l'action suppose (comme c'est le principe en matière de responsabilité civile), la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Principe. Mais en autorisant l'action pour parasitisme dans le cadre de la reproduction d'une œuvre libre de droit (parce que ne remplissant pas les conditions de protection ou appartenant au domaine public), ne peut-on pas déceler la création implicite d'un nouveau droit exclusif portant sur les œuvres appartenant au domaine public ? Il nous semble, comme d'autres auteurs, que « *la protection par un nouveau droit d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public est une revendication abusive d'un contenu librement accessible* »[1532]. En principe, il ne peut y avoir concurrence parasitaire par la seule reproduction d'une création tombée dans le domaine public, et ceci, quand bien même celle-ci serait source de confusion dans l'esprit du public[1533].

Débat doctrinal. Si la théorie du parasitisme a ses opposants et ses ardents défenseurs, tous s'accordent sur le fait que la protection au titre du parasitisme ne peut être accordée qu'à des « *valeurs économiques d'autrui* » non protégées par un droit privatif[1534]. Pour certains, ceci signifie que le concept de parasitisme ne peut aboutir à la création d'un nouveau droit privatif contre la volonté du législateur[1535]. A l'inverse, d'autres revendiquent que le droit de la responsabilité civile a pour vocation de compenser tout préjudice en cas de comportement fautif et qu'une précédente protection par un droit de propriété intellectuelle ne peut l'entraver[1536]. Parmi eux, certains expliquent que si « *[s]i finalement la reconnaissance du parasitisme se traduisait par la création d'un nouveau droit privatif, cela ne constituerait nullement un obstacle déterminant. [Car] rien ne saurait justifier qu'au nom de la liberté du commerce les interprètes du droit limitent arbitrairement […] le nombre des droits de propriété* »[1537]. Mais cette vision de l'application du concept du parasitisme est mis à mal par la jurisprudence qui considère régulièrement, dans le cadre du droit d'auteur notamment, qu'il ne peut être utilisé dans le cadre de l'exploitation d'une œuvre appartenant au domaine public et dont l'ancien titulaire de droit souhaiterait par ce biais faire renaître un droit exclusif sur celle-ci[1538]. Mais les juges ne sont pas toujours constants sur ce point, laissant ainsi place à un certain flou[1539], comme le prouve notamment un arrêt de la chambre commerciale de la Cour

---

[1531] P. Le TOURNEAU, *Retour sur le parasitisme*, Recueil Dalloz 2000 p.403

[1532] P. NOUAL, *Le domaine public à l'épreuve des revendications abusives*, Juris art etc. 2014, n°18, p. 38

[1533] A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, pp. 93-94

[1534] E. CHEVRIER, *Parasitisme et droit privatif : et si l'extension du domaine concourait à sa propre perte ?*, Recueil Dalloz 2002 p. 3142

[1535] S. Durrande, *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale*, D. 1984, Chron. p. 190 ; J. Passa, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, D. 2000, Chron. p. 297 ; *Première réfutation de la notion de parasitisme économique*, D. 2001, Jur. p. 850; J. Huillier, *Le parasitisme parasite-il la propriété intellectuelle?*, Gaz. Pal. 2001, 2, Doct. p. 1630, cités par E. CHEVRIER, *Parasitisme et droit privatif : et si l'extension du domaine concourait à sa propre perte ?*, Recueil Dalloz 2002 p. 3142

[1536] Ph. LE TOURNEAU, *Retour sur le parasitisme*, D. 2000, Chron. p. 403; *Le bon vent du parasitisme*, Contrats Conc. Consom. 2001, Chron. n° 1; A. BONNEFONT, *Parasitisme et concurrence déloyale: il faut garder le cap*, Contrats Conc. Consom. 2001, Chron. n° 4, cités par E. CHEVRIER, *Parasitisme et droit privatif : et si l'extension du domaine concourait à sa propre perte ?*, Recueil Dalloz 2002 p. 3142

[1537] P. Le TOURNEAU, *Peut-on entonner le requiem du parasitisme?*, Recueil Dalloz 2001 p.1226; Voir également, du même auteur, *D'utiles mises au point sur le parasitisme*, Recueil Dalloz 2001 p.1939: « *En effet, en attendant la création éventuelle d'un nouveau « droit privatif » spécifique (qui ne nous effraie pas), son fondement est pour l'instant tout bonnement la responsabilité délictuelle ou, plus fréquemment, quasi-délictuelle (C. civ., art. 1382 ou 1383)* »

[1538] CA Paris, 18 oct. 2000, D. 2001, Jur. p. 850, note J. Passa

[1539] J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000 p. 297: « *La jurisprudence française, à quelques rares décisions près, n'a pas mesuré les dangers de la notion de parasitisme. S'il semble que le grief de parasitisme soit moins systématiquement retenu aujourd'hui qu'au début des années quatre-vingt-dix, toujours*

de cassation du 22 octobre 2002 qui affirme que « *l'action en concurrence déloyale peut être intentée même par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif* »[1540].

Jurisprudence. Dès 1972, la Cour de cassation a jugé que « *dans la mesure où les faits invoqués comme constitutifs de concurrence déloyale se confondent matériellement avec les divers griefs de contrefaçon de brevet, du modèle déposé ou de création de l'esprit, la Cour d'appel, qui constate l'absence de droit privatif sur ces divers fondements, a pu déclarer qu'il n'y avait pas de faute à utiliser ce qui est dans le domaine public* »[1541]. De même, en 1988, la Cour d'appel de Toulouse a précisé « *que l'application de cette notion (d'agissements parasitaires) ne doit être faite qu'avec beaucoup de prudence dès lors [...] que si un produit ne bénéficie pas de la protection des lois du 14 juill. 1909 ou du 11 mars 1957, admettre que sa seule reproduction qui ne lèse aucun droit privatif serait constitutive d'une faute, aboutirait à créer une protection subsidiaire faisant revivre, par un biais excluant la notion fondamentale d'originalité, la protection des lois susvisées* »[1542]. Enfin, à la fin des années 90, la Cour d'appel de Paris a affirmé explicitement[1543] *« qu'en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la copie, même servile, d'un modèle non protégeable à raison de sa banalité, de son caractère exclusivement utilitaire ou de son appartenance au domaine public, n'est pas en elle-même un fait de concurrence déloyale* »[1544], solution confirmée par des arrêts de 1999[1545] et de 2000[1546]. Mais un arrêt du 30 janv. 2001 de la chambre commerciale de la Cour de cassation semble, selon certains, avoir mis à mal ce qui paraissait être un dépérissement du parasitisme[1547]. Pourtant, l'arrêt précise que l'œuvre concernée ne doit pas appartenir au domaine public (à l'expiration du délai de protection exclusive), ce qui confirme le principe selon lequel le parasitisme ne peut être appliqué pour compenser la fin d'un précédent droit exclusif portant sur cette œuvre. Cette nuance est logique, car l'exploitation sans autorisation d'une œuvre appartenant au domaine public implique nécessairement l'économie de la création. Or, considérer fautif ce comportement, sur la seule base de cette économie d'investissement, reviendrait « *à protéger directement une valeur, en raison des investissements réalisés, comme si elle était l'objet d'un droit exclusif, et en conséquence à nier la liberté de copie des créations exclues du champ de la propriété*

---

est-il qu'aucune décision n'a encore affirmé, aussi clairement que certains jugements étrangers, qu'il n'y a pas de faute dans le seul fait de tirer profit, sans contrepartie, du résultat des efforts intellectuels et financiers d'un concurrent quand ce résultat n'est pas couvert par un droit privatif »

[1540] Cass. com., 22 oct. 2002, n° 1697 FS-P

[1541] Cass. com., 24 janv. 1972, Bull. civ. IV, n° 27

[1542] CA Toulouse, 19 oct. 1988, D. 1989, Jur. p. 290, note J.-J. Barbièri

[1543] CA Paris, deux arrêts des 15 janv. 1997 et 29 sept. 1999

[1544] Pour voir plus de décisions dans ce sens: CA Paris, 15 janv. 1997, RD propr. intell. 1997, n° 73, p. 39; D. 1999, Somm. p. 99, obs. M.-L. Izorche; rejet pourvoi, Cass. com., 23 mars 1999, PIBD 1999.678.III.263: « *en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la copie, même servile, d'un modèle non protégeable à raison de sa banalité, de son caractère exclusivement utilitaire ou de son appartenance au domaine public, n'est pas en elle-même un fait de concurrence déloyale* »; CA Paris, 29 sept. 1999, PIBD 2000.691.III.76; CA Paris, 3 juill. 1959, Gaz. Pal. 1959, 2, p. 299; 30 mars 1960, JCP 1960, II, n° 11593, note J. Voulet; 10 avr. 1962, Ann. 1962, p. 240, note P. Mathély; 20 mai 1967, Ann. 1968, p. 239; 13 janv. 1972, PIBD 1972.III.174; 28 mars 1978, D. 1979, Jur. p. 220, note F. Greffe; 26 juin 1979, Ann.1980, p. 388; 13 févr. 1984, Ann. 1984, p. 85; 24 mars 1999, PIBD 1999.687.III.529; 17 sept. 1999, PIBD 2000.690.III.52; CA Besançon, 19 janv. 1994, PIBD 1994.III.248; TGI Rennes, 18 avr. 1988, RD propr. intell. 1988, n° 16, p. 57, jurisprudences citées par J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000, p. 297

[1545] Cass. com., 6 avr. 1999, PIBD 1999.678.III. 251, affaire *Lego* : « *le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être librement reproduite ; qu'une telle reprise procure nécessairement à celui qui la pratique des économies qui ne sauraient, à elles seules, être tenues pour fautives, sauf à vider de toute substance le principe ci-dessus rappelé, lui-même étroitement lié à la règle fondamentale de la liberté de la concurrence* »

[1546] CA Paris, 18 oct. 2000, D. 2001, Jur. p. 850, note J. Passa : « *le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet d'un droit de propriété intellectuelle peut être librement reproduite ; qu'une telle reprise procure nécessairement à celui qui la pratique des économies qui ne sauraient, à elle seules, être tenues pour fautives* »

[1547] P. LE TOURNEAU, *D'utiles mises au point sur le parasitisme*, Recueil Dalloz 2001 p.1939

intellectuelle »[1548], ce qui serait contraire à la logique d'une durée de protection limitée des droits d'auteur telle que définie par la loi française. Le professeur Azéma souligne très justement sur ce point que « *pareille conception du parasitisme (...) paraît exagérément extensive et à terme dangereuse pour la liberté de la concurrence, corollaire de celle du commerce et de l'industrie. En effet, elle procède à notre avis d'une approche plus économique que juridique. Il ne suffit pas qu'une personne profite des efforts d'une autre pour qu'il y ait parasitisme condamnable juridiquement, encore faut-il que ce soit de manière illégitime ce qui implique une faute* » ; et l'auteur de préciser que la jurisprudence contestée « *peut conduire à confondre concurrence déloyale et concurrence tout court* »[1549]. Néanmoins, la faute pourrait être justement qualifiée si (et seulement si) l'exploitation d'une œuvre appartenant au domaine public comportait un risque de confusion important pour le public.

Conclusion. La loi et la jurisprudence doivent donc être interprétées comme autorisant la reproduction et l'exploitation des œuvres appartenant au domaine public. Cette solution est logique car il serait malheureux pour la création dans son ensemble et la diffusion de celle-ci que soit sanctionnée sur le fondement de la responsabilité civile ce qui est permis par le droit de la propriété intellectuelle. Comme le professeur Buydens le souligne, « *si l'on considère comme « parasitaire », et donc fautif (...), le fait de bénéficier, grâce à la copie, des efforts intellectuels et commerciaux d'autrui, cela ne revient-il pas en fin de compte à considérer comme déloyal le fait même de la copie ? En effet, dans la mesure où toute copie suppose par définition que l'on reprenne le résultat obtenu par autrui, et donc par conséquent qu'on ne refasse pas le chemin qui a mené à son obtention (...), considérer l'économie des coûts et efforts comme fautive revient en fait à sanctionner la copie elle-même : au lieu de la déclarer elle-même déloyale, on déclare telle sa conséquence nécessaire !* »[1550]. « *Le principe de la liberté de l'exploitation non contrefaisante, dit aussi de la liberté de la copie* »[1551] doit s'imposer afin de respecter le fondement du droit d'auteur : l'application de droits patrimoniaux exclusifs d'une durée limitée afin de préserver la création et la diffusion du savoir et de la culture.

Domaine public et reconstitution d'un droit privatif. Pour affirmer ce principe, il semble toutefois nécessaire que le domaine public, aujourd'hui exclusivement défini négativement au sein du Code de la propriété intellectuelle[1552], soit consacré explicitement dans la loi. Ceci permettrait de le renforcer et de freiner les ardeurs de nombreux ex-titulaires de droits qui souhaiteraient faire usage de la responsabilité civile pour recouvrer des droits privatifs sur des œuvres appartenant au domaine public. La « reprivatisation » du domaine public par la responsabilité civile (ou protection « *paraprivative* »[1553]) est une aberration au regard de l'esprit du droit d'auteur et ses caractéristiques temporelles. Comme le rappelle le professeur A. Lucas, « *tout effort intellectuel ne justifie pas une protection. La loi a organisé des droits privatifs et en a subordonné le bénéfice à certaines conditions (...). La création qui ne répond*

[1548] J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000 p. 297 : « *Il est certain que celui qui perd son monopole d'exploitation - de droit ou de fait -, et voit sa création exploitée par les tiers sans contrepartie, subit un préjudice. Mais on ne peut assurément pas déduire de ce préjudice, indéniable au plan économique, l'existence d'une faute au plan juridique* »

[1549] J. Azéma, Chron. Droit français de la concurrence, JCP éd. E 1989, II, n° 15611, n° 3, cité par J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000 p. 297

[1550] M. BUYDENS, *La protection de la quasi-création (droits belge, allemand et français)*,), Larcier, Bruxelles, 1993, p. 704; DELCORDE A. C., *Droits intellectuels et pratiques du commerce*, Liber Amicorum A. de Caluwe, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 107, cités par J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000, p. 297

[1551] J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000 p. 297

[1552] Le domaine public commence lorsque les droits d'auteur expirent (CPI, art. L. 123-1)

[1553] M. VIVANT, *La protection du logiciel en Europe*, Litec, Paris, 1989, p. 57, cité par J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000, p. 297

pas aux exigences légales est réputée appartenir au domaine public, c'est-à-dire qu'elle est à la disposition de tous. Il ne saurait donc en principe y avoir aucune faute à utiliser une telle création. (...) Celui qui s'est borné à tirer parti, sans bourse délier, d'une création non protégée ne devrait pas engager sa responsabilité, car s'il y a bien là un comportement « parasitaire », on ne saurait sans abus ériger que ce parasitisme constitue une faute. (...) il n'est pas possible de (...) (poser) un principe d'interdiction des agissements parasitaires car cela reviendrait à reconstituer de façon détournée au profit du créateur un véritable droit privatif »[1554], alors qu'aucune « *règle oblige celui qui veut emprunter au domaine public à refaire le même investissement pour découvrir ce qui a déjà été divulgué, rendu public et qui, normalement, est à sa disposition* »[1555]. Roubier affirmait également qu'« *il ne faudrait tout de même pas que, toutes les fois qu'on est en présence d'un dispositif non protégé, on puisse, à défaut d'action en contrefaçon, trouver une position de repli dans l'action en concurrence déloyale. En effet, l'action en concurrence déloyale suppose toujours une faute (...). Or, il n'y a pas faute, même légère, dans la reproduction d'objets qui ne sont pas protégés, sinon on parviendrait à reconstituer le droit privatif sous une autre forme ; et s'il n'y a pas faute, il n'y a pas concurrence déloyale, quand bien même un préjudice serait causé* »[1556]. Ce principe, appuyé par de nombreux auteurs, français et étrangers[1557], est heureusement rappelé parfois par la jurisprudence, mais il paraît nécessaire qu'un véritable arrêt de principe (ou un amendement de la loi sur le droit d'auteur) aboutisse à la fin de ce débat doctrinal et affirme une bonne fois pour toute que les œuvres appartenant au domaine public ne pourront faire l'objet d'une quelconque reprivatisation, par quel biais que ce soit[1558]. Cette affirmation d'un domaine public fort est l'un des éléments nécessaires à l'élaboration d'un nouveau modèle de protection (TITRE II).

[1554] J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000 p. 297

[1555] A. LUCAS, Intervention colloque Montpellier, cité par J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000 p. 297

[1556] ROUBIER, Droit de la propriété industrielle, t. 2, Sirey, 1954, p. 396.

[1557] G. BONET, *Préface à notre thèse, Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997; J.-J. BURST, *La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile: mythe ou réalité?*, Mélanges P. Mathély, Litec, 1990, p. 93 s.; M. BUYDENS, *La protection de la quasi-création (droits belge, allemand et français)*, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 678 s.; M. BUYDENS, *La sanction de la « piraterie des produits » par le droit de la concurrence déloyale*, Journ. Trib. (Bruxelles) 1993, p. 117; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème édition, 1978, p. 25 ; S. DURRANDE, *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale*, D. 1984, Chron. p. 187; E. GOLAZ, *L'imitation servile des produits et de leur présentation, étude comparée des droits français, allemand, belge et suisse*, Droz, Genève, 1992, p. 105 s. ; R. KRASSER, *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE*, t. 4, France, Dalloz, 1972, n° 342 et s. ; A. LUCAS, *Le droit de l'informatique*, PUF, Thémis, 1987, n° 233 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, n° 18 et 801; P. MATHELY, note sous CA Paris, 10 avr. 1962, Ann. 1962, p. 240 ; Nordemann, Wettbewerbsrecht, 4e éd., 1984, n° 356 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données*, Dalloz Affaires 1996, p. 539; G. SCHRICKER, B. FRANCQ et D. WUNDERLICH, *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE*, t. 2, Belgique et Luxembourg, Dalloz, 1974, n° 340 et s. ; L. VAN BUNNEN, obs. sous prés. T. com. Namur, 22 mai 1996, Journ. Trib. 1997, p. 62 ; M. VIVANT, *An 2000 : l'information appropriée*, Mélanges Burst, Litec, 1997, p. 660 ; M. VIVANT, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, Mélanges Mouly, Litec, 1998, p. 446, cités par J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz 2000, p. 297

[1558] C'est d'ailleurs ce que préconise le rapport Lescure dans sa proposition n° 74, p. 454: « *Renforcer la protection du domaine public dans l'univers numérique : établir dans le code de la propriété intellectuelle une définition positive du domaine public ; indiquer que les reproductions fidèles d'œuvres du domaine public appartiennent aussi au domaine public, et affirmer la prééminence du domaine public sur les droits connexes* », disponible sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000278.pdf

Titre II. La nécéssaire reconstruction du modèle de protection

Face aux différents déséquilibres que subit depuis plusieurs années le modèle de protection des œuvres de l'esprit[1559], il est aujourd'hui nécessaire de réfléchir à une remise en cause concrète de celui-ci. Mais cette démarche ne peut se limiter à une simple critique, il doit s'accompagner en parallèle de propositions concrètes afin d'aboutir à un nouveau modèle de protection plus efficient. Cette remise en question est d'autant plus marquée aujourd'hui que ces dernières années l'analyse économique est venue compléter l'examen juridique de la matière. La grande majorité de ces analyses économiques est venue confirmer l'inadaptation du modèle actuel de protection, et a relancé le débat sur la nécessité de refondre et transformer celui-ci. Notamment en ce qui concerne les délais de computation, mais également sur les modes de calcul de ces délais. La dénonciation de l'inefficience du modèle actuel implique aujourd'hui que celui-ci soit repensé, afin d'aboutir à un nouveau système de protection dont l'équilibre entre incitation à la création et diffusion des œuvres de l'esprit soit plus optimal que ce qu'il n'est devenu ces dernières années (Chapitre I). Ce nouveau système devrait se fonder sur un modèle de protection plus moderne dont l'un des objectifs premiers serait une revalorisation du domaine public et une meilleure diffusion des œuvres (protégées ou non) à la société (Chapitre II).

Chapitre I. Une réforme du modèle de protection actuel fondée sur l'analyse économique

L'analyse économique du modèle actuel de la durée de protection a relancé ces dernières années le débat sur l'efficience de l'application de longues durées de protection et l'intérêt de les proroger sous couvert d'augmenter l'incitation à la création. Ces analyses ont permis de définir la durée de protection du modèle comme la consécration d'un équilibre entre incitation à la création et diffusion des œuvres de l'esprit. Mais au regard des dernières avancées technologiques (internet et dématérialisation des supports grâce au numérique) ces analyses aboutissent également à la remise en cause du modèle de protection actuel et tout particulièrement la durée des délais de computations (Section I). Cette remise en cause participe aujourd'hui aux interrogations liées à la nécessité d'élaborer un nouveau modèle de protection. Ce modèle serait fondé principalement sur celui de Landes et Posner et s'appuierait sur des formalités d'enregistrement et de renouvellement de la protection afin de maximiser le bien-être social, dont la mesure dépend étroitement de l'étendue de la diffusion des œuvres de l'esprit (Section II).

[1559] Voir Titre précédent

Section I. Remise en cause économique du modèle de protection actuel

L'analyse économique du modèle de protection actuel et particulièrement l'équilibre fragile sur lequel il repose (§I), aboutit, pour une large majorité de juristes et d'économistes, à la conclusion que le point de balance entre effet incitatif à la création et diffusion des œuvres n'est plus adéquat ou adapté aujourd'hui à l'ère du numérique et de l'internet (§II).

§I. L'équilibre économique fragile du modèle de protection

Le modèle économique de la protection par le droit d'auteur et le copyright tel que nous le connaissons aujourd'hui repose sur un équilibre fragile entre incitation à la création et diffusion des œuvres de l'esprit (A). Cet équilibre est notamment fixé par l'application d'une durée de protection exclusive déterminée par le souci de créer une incitation à la création optimale qui implique une maximisation de la création tout en permettant une diffusion la plus large possible des fruits de ce processus créatif (B).

A. Analyse économique du modèle de protection

Le modèle de protection est depuis plusieurs dizaines d'années analysé par la théorie économique (1). Cette analyse repose sur l'étude du compromis entre incitation à la création et diffusion de celle-ci, qui sont les deux fonctions principales du modèle de protection (2). Mais ce compromis, caractérisé par le point d'équilibre entre ces deux « forces » qui s'opposent naturellement, doit faire l'objet d'un arbitrage économique afin que le modèle de protection soit le plus efficient possible (3).

1) Economie du modèle de protection

L'économie du droit d'auteur. L'économie du droit d'auteur (ou du copyright)[1560] est considérée comme étant apparue dès 1934 avec les théories de Plant[1561], qui semble être le premier auteur à avoir soulevé l'importance économique du compromis (« *trade-off* ») entre intérêts de l'auteur et du public dont la caractéristique principale est la durée de protection exclusive accordée aux créateurs[1562]. Depuis, les économistes s'intéressant à la matière ont essentiellement travaillé sur une vision fonctionnaliste du droit, au sens où celui-ci est pensé comme un outil ayant, entre autres, pour objectif l'amélioration du bien-être économique de la

[1560] Si de nombreuses différences existent toujours entre les modèles français, anglais et américain de protection, ces modèles sont aujourd'hui très similaires en ce qui concerne la durée de protection et les méthodes de calcul de celle-ci. L'approche économique concernant ces modèles peut être réalisée de manière globale car ceux-ci reposent tous les trois sur une durée de principe de soixante-dix ans post mortem auctoris. Cette analyse économique est d'ailleurs principalement fondée sur des analyses américaines car les auteurs français ayant étudié cette dimension de la durée de protection sont peu nombreux à ce jour.

[1561] A. PLANT, *The economic aspects of copyright in books*, Economica, vol. 1, 1934

[1562] R. WATT, *The past and future of the economics of copyright*, Review of economic research on copyright issues, 2004, vol. 1(1), 151-171, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1143022 , p. 153

société. Ainsi, les modèles du droit d'auteur et du copyright doivent évoluer en fonction du contexte, notamment technologique, sans quoi ils deviendraient inefficients économiquement parlant[1563]. Le débat au cœur de l'analyse économique du droit d'auteur ne porte donc pas sur la source et la nature de la protection mais sur sa dimension utilitaire. Comme le rappelle le Professeur Sag, « *[i]t is important to note the functionalism of the law and economics approach to copyright. The exclusive rights vested in authors do not exist by virtue of natural or inherent rights; they are simply a means to an end* »[1564].

Origine. Cette approche économique du droit d'auteur fut essentiellement motivée par les nombreuses interrogations suscitées par la croissance exponentielle des durées de protection. Notamment celle du copyright, qui depuis sa création a été augmentée d'environ 580 % tandis que celle des brevets ne l'a été que de 43%[1565]. Les économistes se sont donc intéressés au véritable intérêt économique et social de ce type de monopoles, d'autant que cette augmentation est régulièrement associée à la puissance du lobbying des industries culturelles, dont de nombreuses sources de revenus sont directement liées à la durée de la protection des œuvres de l'esprit[1566]. Les études économiques concernant les durées de protection du copyright et du droit d'auteur ont abouti à de nombreuses critiques car jugées trop longues, certains allant jusqu'à dénoncer l'inutilité du modèle et à revendiquer sa complète éradication[1567]. Par exemple, le Professeur Ku revendique que l'argument en faveur de la protection était avant tout un argument dont le but était de protéger les distributeurs de contenus dans un monde où les intermédiaires « *middlemen* » n'étaient plus nécessaires[1568]. Selon lui, le copyright et le droit d'auteur n'ont plus lieu d'être pour encourager la distribution car ce sont les consommateurs qui aujourd'hui fondent le réseau de distribution nécessaire à la diffusion des œuvres (il s'appuie sur le modèle de Napster qui permettait les échanges de fichiers musicaux sous format numérique). Pour le Professeur Ku, dans le domaine musical, l'existence de droits exclusifs de reproduction et de diffusion des œuvres n'aurait que très peu, voire aucun, effet incitatif à la création, et la musique gratuite ainsi que les technologies digitales pourraient finalement permettre l'augmentation de la rémunération des artistes. Ce qui impliquerait que le modèle de protection actuel ne serait plus justifié[1569].

[1563] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 212-213

[1564] M. J. SAG, *Beyond abstraction: the law and economics of copyright scope and doctrinal efficiency*, 81 Tul. L. Rev., 187, 2006-2007, p. 194

[1565] E. C. WALTERSCHEID, *Defining the Patent and Copyright Term: Term Limits and the Intellectual Property Clause*, 7 J. Intell. Prop. L., 315- 383, 2000 : « [*while patents and copyrights were included in the same clause of the Constitution and originally had the same or similar durations], the statutory patent term has increased by 43% while the statutory copyright term has increased by almost 580%* », cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 57

[1566] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 104-105 : « *[t]hus, analyzing the evolution of copyrights versus the evolution of patents helps demonstrates the direct impact of cronyism. As Edward C. Walterscheid explains "While there are recognizable similarities between the Patent Act of 1790 and the present patent statutes, one is hard pressed to find much recognizable from the Copyright Act of 1790 in the present copyright statutes." For copyright, there is a one major interest group that effectively manipulates the system and ensures works never enter the public domain. On the other side, there is no discernable opposition interest group with anywhere near a comparable interest in stopping this elongation. But in the realm of patent terms, there are interest groups on both sides of the issue. For every company that benefits from patent protection, there are other companies waiting for that protection to end, so they can use the technology. However, it's even more complex than that, because these two sides are often represented even internally within a company, where the company gets its new inventions patented but is also waiting on its competitors patents to lapse* »

[1567] M. BOLDRIN & D. LEVINE, *The case against intellectual property*, Am. Econ. Rev., May 2002, at 209–12 (*suggesting that no protection of intellectual property, either de facto or de jure, is needed*); voir aussi J. SMIERS et M. VAN SCHIJNDEL, *Un monde sans copyright… et sans monopole*, Framabook, avril 2011

[1568] R. S. R. KU, *The creative destruction of copyright : Napster and the new economics of digital technology*, 2001, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=266964, p. 1

[1569] *Ibid*., p. 1

Intérêt de l'analyse économique. Mais cette question de la durée optimale de la protection du copyright et du droit d'auteur a peut-être finalement reçu une attention disproportionnée des économistes : selon Landes et Posner, en regardant de plus près les lois gouvernant la propriété intellectuelle, le droit et l'économie permettraient de cibler de nouvelles réformes sans pour autant se focaliser sur une durée optimale de la protection[1570]. Toutefois, l'intérêt porté par les juristes et les économistes sur la dimension économique du droit d'auteur et du copyright a le mérite de soulever des questions essentielles sur l'évolution actuelle de ces domaines juridiques et de s'inscrire dans un débat, auparavant politique, philosophique et social, aujourd'hui essentiellement mené par des considérations économiques et financières. Cette question de la juste fixation d'une durée adéquate de protection des œuvres de l'esprit prend principalement sa source dans la recherche d'un équilibre entre incitation à la création et diffusion des œuvres de l'esprit (2).

2) Compromis entre incitation et diffusion

Balance entre incitation et diffusion. Pour l'économiste, le droit de la propriété intellectuelle répond à deux nécessités qu'il est primordial de valoriser simultanément: l'incitation à la création et la diffusion des œuvres de l'esprit[1571]. Le droit d'auteur et le copyright ont pour but ultime (dimension utilitariste) l'encouragement à la création et à la diffusion de celle-ci. Or, ce fondement est mis en évidence par l'analyse économique[1572]. Comme l'explique le Professeur Mackaay, « *[l]a science économique appréhende les règles à travers les incitations qu'elles créent pour les individus d'adopter telle conduite plutôt que telle autre. […] Pour une règle donnée, la science économique focalise sur ses effets sociaux prévisibles. Le droit d'auteur ouvre la perspective de revenus pour les créateurs d'œuvres soumises à ce droit. Cette perspective peut les entrainer dans l'effort créateur. L'effort créateur alimente l'innovation, qui, à son tour, mène à l'avancement du bien-être économique* »[1573]. Ainsi, le modèle de protection doit contribuer à accroître l'efficience économique en équilibrant l'incitation à créer et la diffusion des œuvres de l'esprit[1574]. Ce modèle repose ainsi sur un compromis. Les auteurs doivent se voir accorder une exclusivité sur l'exploitation des œuvres qu'ils créent afin qu'ils soient suffisamment incités à investir du temps et des ressources dans leurs processus créatifs tout en instituant une limite temporelle à celle-ci afin que la diffusion et l'accès aux œuvres soient facilitées[1575].

Nature non-excluable et non-rivale. Les difficultés liées à ce compromis entre incitation et diffusion sont amplifiées par les caractères non-excluable et non-rival de l'information. L'information est non-excluable, car il est impossible d'exclure de l'usage un utilisateur même si ce dernier ne contribue pas au financement du bien. L'information est non-rivale car sa consommation par un individu ne diminue pas la quantité qui reste disponible aux autres

---

[1570] R. A. POSNER, *Intellectual property : the law and economics approach*, Journal of economics perspectives, Vol. 19, n° 2, pp. 57-73, 2005, p. 61

[1571] F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003, p. 7

[1572] *Ibid*., p. 7

[1573] E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 6

[1574] PLANT A., *The economic aspects of copyright in books*, Economica, vol. 1, 1934; LANDES W. et POSNER R., *An economic analysis of copyright law*, Journal of Legal Studies, 325-363, 1989; F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003; F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, La Découverte, 2009

[1575] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 214

consommateurs[1576]. Les modèles du droit d'auteur et du copyright, fondés sur l'existence d'un droit exclusif temporaire, permettent de pallier ces deux problèmes de façon séquentielle[1577]. Tout d'abord, l'existence juridique d'une protection exclusive sur les œuvres de l'esprit « transforme » celles-ci en biens excluables, car leur utilisation / consommation ne peut dès lors être effective sans s'acquitter d'un paiement arrêté par le titulaire de droit. Puis, dès la fin du délai de cette protection, l'oeuvre intègre automatiquement le domaine public permettant ainsi à tous d'y accéder gratuitement. Mais la protection offerte par le droit d'auteur et le copyright ne peut être trop importante, au risque de créer une sous-utilisation des œuvres qui diminuerait le bien-être social[1578], c'est le principe de la balance entre les intérêts statiques et dynamiques (3).

3) Arbitrage entre efficacité dynamique et efficacité statique

Nécessité d'une protection. Sans protection, copier des œuvres de l'esprit s'avère particulièrement aisé sans impliquer de coûts élevés, notamment depuis l'apparition du numérique. Ainsi, sans modèle juridique de protection, les auteurs (et les investisseurs) n'auront pas d'intérêt à s'engager dans un processus créatif car ils n'auront pas les moyens juridiques d'obtenir un retour sur leurs investissements humain et financier, le consommateur se comportant en « *passager clandestin* »[1579]. Ceci aboutirait à une perte pour la société, car le processus créatif serait considérablement freiné. Afin de pallier cette situation, Arrow préconisait que l'Etat intervienne en créant des droits exclusifs (de propriété intellectuelle) qui permettraient aux auteurs de conserver une appropriation temporaire sur leurs œuvres[1580].

Efficacité statique et efficacité dynamique. Ce compromis entre l'efficience de la création et l'efficience de l'accès aux œuvres de l'esprit est donc essentiel et se traduit, en langage économique, par l'atteinte d'un équilibre entre l'efficacité dynamique (« *dynamic incentives* ») et l'efficacité statique (« *static deadweight losses* »)[1581]. Le droit d'auteur a une efficacité dynamique correspondant à l'incitation à la création de nouvelles œuvres de l'esprit, mais celle-ci implique également un coût car la protection exclusive accordée aux créateurs aboutit *de facto* à un prix plus élevé pour le consommateur[1582] (qui n'existait pas sans cette

[1576] F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003, pp. 7-8
[1577] *Ibid*., p. 8
[1578] M. J. SAG, *Beyond abstraction: the law and economics of copyright scope and doctrinal efficiency*, 81 Tul. L. Rev., 187, 200, 2007, p. 195-196: « *[t]he nonrivalrous nature of information makes the welfare implications of intellectual property different from those of other forms of property: the incentives attributed to allocating property rights in information must be offset against the resulting underutilization of that information. In other words, there is a tradeoff between the author's incentive to produce a work and the public's interest in access to that work* »
[1579] En effet, celui-ci préférerait logiquement copier gratuitement l'œuvre plutôt que de l'acheter au prix fixé par l'auteur ou son distributeur, voir à ce propos J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 214 ; F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003 ; F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, La Découverte, 2009
[1580] K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention,* dans R. NELSON (Dir.), *The Rate and direction of incentive activity : economic and social factors*, Princeton : Princeton University Press, 1962, cité par J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 214 ; F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003 ; F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, La Découverte, 2009
[1581] F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003, pp. 9-10 ; F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, La Découverte, 2009, pp. 29-30
[1582] M. J. SAG, *Beyond abstraction: the law and economics of copyright scope and doctrinal efficiency*, 81 Tul. L. Rev., 187, 2006-2007, p. 196-197 : « *consumer deadweight loss resulting from higher pricing* »

protection). L'efficacité statique est quant à elle atteinte lorsque ces œuvres sont distribuées au plus grand nombre (et donc que le maximum d'individus y a accès)[1583]. Ce dilemme fut d'ailleurs explicitement évoqué en 1984 par la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Sony Corp. of America v Universal City Studios*, *Inc.*[1584] : « *[copyright requires] a difficult balance between the interests of authors and inventors in the control and exploitation of their writings and discoveries on the one hand, and society's competing interest in the free flow of ideas, information, and commerce on the other hand...*».

Recherche d'un équilibre économique. La question de la recherche de cet équilibre entre incitation à la création et diffusion des œuvres renvoie donc, notamment, à celle de la durée de la protection exclusive accordée légalement aux auteurs. Incitation et diffusion s'opposant par nature[1585], il est nécessaire pour maximiser l'efficacité statique et l'efficacité dynamique de trouver le point d'équilibre entre ces deux « forces » qui s'opposent. Valoriser l'efficience dynamique à long terme nécessite que les incitations au processus créatif perdurent, afin qu'un maximum de nouvelles œuvres de l'esprit soient réalisées. A contrario, augmenter l'efficience statique implique qu'à court terme la diffusion de ces œuvres soit la plus large possible, et donc qu'un maximum d'utilisateurs puisse accéder à celles-ci au meilleur prix. L'analyse économique du droit d'auteur permet donc la recherche d'un point d'équilibre optimal entre l'efficacité statique et l'efficacité dynamique. Mais cette balance est délicate, car « *négliger l'un de ces deux aspects ne peut que réduire l'efficience du système* »[1586].

Durée de la protection. En effet, plus longue est la protection, plus longtemps les auteurs ont la possibilité d'en tirer profit, ce qui les motivera en conséquence. A contrario, plus la durée de protection est courte, plus le public a accès rapidement et facilement aux œuvres créées. Le terme pendant lequel le titulaire de droit bénéficie d'une exclusivité représente donc une perte pour la société. Aussi faut-il établir une durée optimale afin que le bien-être social (« *social welfare* ») soit maximal[1587]. L'une des explications les plus connues de cet enjeu fut rédigée par Landes et Posner en 1989 : « *[c]opyright protection - the right of the copyright's owner to prevent others from making copies - trades off the costs of limiting access to a work against the benefits of providing incentives to create the work in the first place. Striking the correct balance between access and incentives is the central problem in copyright law* »[1588].

Enjeux. La justification première d'une protection exclusive en faveur des auteurs est l'incitation à la création. L'argument est simple : la protection est nécessaire pour fournir une incitation à la création adéquate aux auteurs. Sans protection, le public pourrait facilement copier et distribuer les œuvres des auteurs, ce qui impliquerait que le prix de l'œuvre chuterait

---

[1583] F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003, pp. 9-10 ; F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, La Découverte, 2009, pp. 29-30 ; voir aussi M. J. SAG, *Beyond abstraction : the law and economics of copyright scope and doctrinal efficiency*, 81 Tul. L. Rev., 187, 200—2007, p. 196-197: « *Copyright has dynamic benefits in that it creates incentives to invest in the creation of new intellectual and creative works. Copyright has static costs comprised of the "consumer deadweight loss resulting from higher pricing," the concentration of market power, and possible stifling of alternative points of view. In the classic model, the optimal assignment of copyright rights is determined by balancing the dynamic incentives against static deadweight losses* ».

[1584] *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.,* 464 U.S. 417, 429 (1984).

[1585] J. SCHUMPETER, *Capitalism, socialism and democracy*, New York : Harper, 1942, cité par J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 216

[1586] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 216

[1587] R. POLLOCK, *Forever minus a day? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 17

[1588] W. LANDES et R. POSNER, *An economic analysis of copyright law*, Journal of Legal Studies, 1989, XVIII; 325-363, cité par R. WATT, *The past and future of the economics of copyright*, Review of economic research on copyright issues, 2004, vol. 1(1), 151-171, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1143022 , p. 156

jusqu'au simple coût marginal d'une copie supplémentaire[1589]. Les auteurs seraient donc dans l'incapacité de rembourser les coûts impliqués lors de la création de leur œuvre, ce qui aurait pour conséquence finale que ceux-ci feraient le choix de ne plus s'engager dans un processus créatif et les œuvres de l'esprit ne seraient donc plus produites en nombre. Le copyright et le droit d'auteur viennent résoudre ce problème en créant une motivation économique à la création qui bénéficie *in fine* à la société dans son ensemble[1590]. En termes économiques, le droit d'auteur et le copyright permettent aux auteurs de fixer un prix supérieur au coût marginal de la production d'une copie supplémentaire. C'est cette perspective économique et financière qui suscite son intérêt à la création. Mais cela implique également que ceux qui auraient accepté d'acheter une copie de l'œuvre au prix du coût marginal (ou en dessous) n'auront plus accès à l'œuvre car elle sera vendue à un prix supérieur. Comme le précise le Professeur assistant Liu, « *[r]oughly speaking, depending on the strength of the protection, we can have more works with more restricted access, or fewer works with broader access* »[1591].

Processus cumulatif. Mais au-delà du compromis entre les intérêts des auteurs et ceux du public, il existe un autre point de balance à atteindre afin que le bien-être social maximal soit atteint : c'est le compromis existant entre les seuls auteurs. En effet, la création étant un processus cumulatif, les nouvelles œuvres de l'esprit sont inspirées des œuvres préexistantes[1592]. C'est la métaphore des « *épaules de géants* »[1593]. Comme l'exprime le célèbre critique littéraire canadien Northrop Frye : « *poetry can only be made out of other poems; novels out of other novels* »[1594]. C'est pour cette raison essentielle que la protection du droit d'auteur, que sa durée soit optimale ou non, ne concerne que l'expression des œuvres de l'esprit et non les idées en tant que telles. Dans le cas contraire, cette situation ne permettrait aucune inspiration et le processus cumulatif serait directement entravé. Cette importance du processus cumulatif de la création renvoie donc également à la question de la durée optimale de la protection. En effet, si la durée de protection des œuvres de l'esprit est augmentée, bien que l'incitation à la création en soit (potentiellement) augmentée, les coûts de transaction liés à la création d'œuvres fondées sur celles-ci seront plus élevés. Ceci aura pour conséquence la baisse du nombre total d'œuvres de l'esprit (et particulièrement le nombre d'œuvres dérivées). Or, le bien-être social étant étroitement lié au nombre global d'œuvres de l'esprit créées (originales et dérivées), il est nécessaire que l'incitation à la création concerne ces deux types d'œuvres, et la durée de protection doit donc être arrêtée en tenant compte de ces deux critères[1595].

Baisse du coût marginal et augmentation de la perte sèche de bien-être. Le coût marginal représente le coût de production d'une unité supplémentaire. Depuis l'apparition de la technologie numérique et d'internet, le coût marginal de la plupart des œuvres de l'esprit (il faut ici écarter les œuvres d'art telles que les peintures ou les sculptures) a chuté, au point de

---

[1589] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *An economic analysis of copyright law*, 18 J. Legal Stud., 325, 1989, p. 333 ; N. W. NETANEL, *Copyright and a democratic civil society*, 106 Yale L.J., 283, 1996

[1590] J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 428

[1591] *Ibid*., p. 429

[1592] J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 430

[1593] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 216

[1594] N. FRYE, *Anatomy of criticisms : four essays*, Princeton : Princeton University Press, 1977, cité par R. A. POSNER, *Intellectual property : the law and economics approach*, Journal of economics perspectives, Vol. 19, n° 2, pp. 57-73, 2005, p. 60

[1595] J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 430

devenir négligeable, voire nul[1596]. Cette baisse radicale du coût marginal des œuvres de l'esprit numérisées aboutit, selon la microéconomie, à une augmentation de la perte sèche du monopole : en effet, lorsque le coût marginal baisse (du fait de la numérisation) le surplus social augmente (car les œuvres numérisées sont plus facilement diffusées et leur accès est de moins en moins cher). Mais l'application du droit d'auteur contrecarre l'augmentation du bien-être social en imposant des coûts de transaction (arrêtés par les titulaires de droits) liés à l'exploitation et/ou la consommation de ces œuvres. Ainsi, alors que la chute du coût marginal devrait impliquer une plus large diffusion des œuvres, le droit d'auteur freine cette augmentation naturelle de la diffusion et de l'accès aux œuvres de l'esprit. Pour le professeur Pénin, « *en somme, la numérisation des œuvres de l'esprit a mécaniquement contribué à accroître le coût du droit d'auteur pour les consommateurs. Aujourd'hui, la perte sèche liée au droit d'auteur est plus élevée que jamais. Et, bien entendu, cette perte est d'autant plus élevée que la durée du droit d'auteur est importante* »[1597].

Tragédie des « *anticommuns* ». Cette situation renvoie à la théorie de la tragédie des anticommuns, définit par Heller[1598]. Selon cette théorie, la tragédie des anticommuns est un phénomène où des agents économiques rationnels gaspillent une ressource en la sous-utilisant. Cette situation se réalise lorsque des individus possèdent un droit d'exclusivité sur une ressource, mais que le coût engendré pour utiliser cette ressource de manière collaborative n'en vaut pas les bénéfices tirés. Comme l'explique Lévêque et Menière[1599], dans le domaine du droit d'auteur, il est préférable d'avoir un seul propriétaire plutôt que deux, car chacun souhaitera prendre une marge bénéficiaire sur la vente de ses droits. Ce cumul des marges a donc directement un impact sur le prix final payé par le consommateur de l'œuvre concernée. Cette situation est directement issue du système de monopole accordé aux auteurs, et l'augmentation du prix (des coûts de transaction) liée à la prolifération des droits aboutit à une diffusion et un accès plus limités aux œuvres de l'esprit[1600]. Au-delà de la question du prix, cette théorie s'applique également au regard de la prolifération des droits qui « *entrave [le] processus de création par recombinaison* »[1601]. Notamment la création d'œuvres dérivées, car au fil du temps il est de plus en plus difficile d'identifier les titulaires de droit et donc de pouvoir obtenir une autorisation d'exploiter l'œuvre sur laquelle porte leurs droits. Ainsi, la multiplication du nombre de titulaires de droits sur une même œuvre de l'esprit « *entraine une sous-utilisation de celle-ci par rapport à l'optimum* »[1602], et le bien-être social en est diminué. Or, il n'est plus évident aujourd'hui que les prorogations passées (et éventuellement futures) des délais de computations aboutissent concrètement à une augmentation de l'incitation à la création d'œuvres de l'esprit et par voie de conséquence à un accroissement du bien-être social (B).

[1596] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 218-219

[1597] *Ibid*., voir schéma n°2 de l'auteur

[1598] M. A. HELLER, *The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets*, Harv. L. R., vol. 111, n° 3, janvier 1998, pp. 621-688.

[1599] F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003, p. 22

[1600] E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 5: « *[i]l y a [des coûts de transaction associé au prolongement de la durée du droit d'auteur], car, pendant qu'une création est assujettie au droit d'auteur, elle n'est accessible qu'à plus grand frais qu'autrement, ou même pas du tout. Ceci interfère avec l'accès à l'information et, par ricochet, avec la création par filiation* »

[1601] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 222

[1602] *Ibid*., p. 222

B. Lien entre durée de protection et incitation à la création

Lors des différentes procédures de prorogations des durées de protection, notamment celles de 1998 et de 2011[1603], nombreux furent les économistes et juristes qui se sont emparés de la question de cet équilibre entre incitation et diffusion. Pour la plupart d'entre eux[1604], l'augmentation de la durée de protection n'aurait pas pour conséquence d'augmenter l'effet incitatif, et ceci, malgré les arguments exposés par les industries culturelles.

Baisse de l'effet incitatif. Si, comme le rappelle de nombreux économistes[1605], les prorogations de la durée de protection n'ont aucun impact sur l'effet incitatif concernant les œuvres déjà créées[1606], il est toutefois nécessaire de s'interroger sur l'impact des longues durées de protection du modèle actuel (soixante-dix ans post-mortem auctoris) sur les futures créations d'œuvres. Comme le souligne le Professeur Mackaay, il est aujourd'hui nécessaire de se demander si « *[u]ne protection très longue du droit d'auteur est susceptible de neutraliser l'effet de la distribution très asymétrique de revenus?* »[1607]. Car si certains économistes considèrent (exagérément) que « *rien n'a été écrit de convaincant au sujet du niveau optimal de protection* »[1608], il n'en reste pas moins que la durée de protection est un facteur clé de l'analyse économique du droit d'auteur. En effet, il semble aujourd'hui que plus la perspective d'un revenu est lointaine (temporellement parlant), plus l'effet incitatif qui en découle diminue[1609]. Ceci pourrait également expliquer le fait que les titulaires de droit, notamment les éditeurs et distributeurs, semblent fonder leurs choix stratégiques sur la perspective d'un retour sur investissement compris entre deux et vingt ans[1610].

[1603] Voir titre précédent

[1604] Entre autres, W. FISHER, *Promises to keep: Technology, Law and the Future of Entertainment*, Stanford: Stanford University Press, 2004; J. LITMAN, *Digital Copyright*, Amherst: Prometheus Books, 2006; J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes: illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, thèse, 2007; M. VIVANT et J-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, cités par V. BULLICH, *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, disponible sur http://lesenjeux.u-grenoble3.fr/2013-supplement/07Bullich/07Bullich.pdf, p. 8, voir également (entre autres) D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014 ; W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Belknap Press, 1st ed., 2003 ; R. POSNER, *Do patent and copyright law restrict competition and creativity excessively?*, blog de Becker et Posner, 2012 ; E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011 ; J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie ; R. POLLOCK, *Forever minus a day ? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007 ; F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003 ; BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, La Découverte, 2009 ; L. LESSIG, *Free culture, the nature and future of creativity*, Penguin books, 2004 ; J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002

[1605] Voir partie précédente sur les enjeux de la loi Disney

[1606] R. A. POSNER, *Intellectual property : the law and economics approach*, Journal of economics perspectives, Vol. 19, n° 2, pp. 57-73, 2005, p. 60 : « *[a]n increase in the copyright term is made retroactive—that is, applicable to existing copyrighted works as well as to new ones. The incentive effect with regard to previously created works is of course not only slight but nil* »

[1607] E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 12

[1608] S. LIEBOWITZ et R. WATT, *How to best ensure remuneration for creators in the market for music? Copyrights and its alternatives*, Journal of economic surveys, vol. 20, n° 4, p. 517, cité par F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, La Découverte, 2009, p. 32

[1609] E. RAPPAPORT, *Copyright term extension : estimating the economic values*, CBS report for Congress, Congressional research service, The library of Congress, may 1998, disponible sur http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs727/m1/1/high_res_d/98-144e_1998May11.pdf, CRS-5

[1610] S. BREYER, *The uneasy case for copyright: a study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, 84 Harv. L. rev. 281, 1970-1971, p. 325 : « *[n]or would extension provide significant additional incentive for publishers, for they now normally base their publication decision upon an expectation that a book will earn a return within two years (tradebooks), five years (some texts), or at most ten or twenty years (certain reference books)* »

Durée de protection et dépréciation de l'incitation. Il existe en économie un facteur de dépréciation de la valeur lié au temps. Cette dépréciation est liée au fait que plus le temps s'écoule moins l'on prête de valeur aux biens[1611]. Cette caractéristique est manifeste sur les marchés financiers où la valeur d'un dollar payable dans un an ne vaut que 93 cents payables aujourd'hui (les futurs paiements ont des valeurs réduites –« *discounted* »)[1612]. Sur le long terme, la réduction de la valeur est exponentielle. Or il ne paraît pas exagéré de croire que les auteurs, comme les autres, diminuent la valeur de leurs rémunérations futures[1613]. Selon Landes et Posner, en supposant qu'une œuvre permette d'obtenir $1 par an perpétuellement avec un escompte annuel de 10 %, alors, avec un modèle de protection dont la durée est perpétuelle, la valeur actuelle de cette rémunération infinie (liée à la création d'une œuvre) est égale à $10 (= 1/r). Sous un régime de protection temporaire dont la durée est « t », la valeur actuelle serait égale à (1 – e^(-rt))/r. Donc si la durée de protection est égale à t= 25 et r= 0,10 (10%), la valeur actuelle d'un dollar par an pendant 25 ans est $9,18. Ce résultat représente plus de 90% de la valeur actuelle du même dollar selon un modèle de protection dont la durée est perpétuelle. Donc, si la valeur du copyright se déprécie, disons de 5% par an, la différence entre la valeur actuelle selon que la protection soit perpétuelle ou de 25 ans est de seulement 2,5% ($6,67 contre $6,51)[1614]. Dans le cas où un auteur serait mort à l'âge de 80 ans et aurait

---

[1611] E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 12: « *[u]n dollar gagné l'an prochain doit être escompté et entre à sa valeur escomptée dans les décisions que le bénéficiaire doit prendre aujourd'hui. A mesure que le nombre d'années augmente, ainsi va le facteur d'escompte, et même de manière exponentielle. Escomptée au présent à un taux plausible, la valeur présente de sommes d'argent gagnées dans 50 ans ou davantage est à peu près nulle et son effet incitatif l'est donc aussi* »

[1612] E. RAPPAPORT, *Copyright term extension : estimating the economic values*, CBS report for Congress, Congressional research service, The library of Congress, may 1998, disponible sur http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs727/m1/1/high_res_d/98-144e_1998May11.pdf, CRS-5

[1613] S. BREYER, *The uneasy case for copyright: a study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, 84 Harv. L. rev. 281, 1970-1971, p. 324

[1614] Suppose a copyright on a particular work would yield $1 per year in perpetuity at a discount rate of 10 percent. Under a system of perpetual copyright, the present value of this infinite sueam of income would equal $10 (= 1/r). Under a limited copyright term (= t) the present value would be (1 – c^-rt)/r. So if t = 25 and r = .10, the present value of $1 per year for twenty-five years is $9.18, which is more than 90 percent of the present value of a perpetual copyright. If the value of the copyright depreciates by, say, 5 percent per year, the difference in present value between a perpetual and twenty-five-year copyright is only about 2.5 percent ($6.67 versus $6.51), W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003, p. 214, note n° 12 des auteurs ; voir également E. RAPPAPORT, *Copyright term extension : estimating the economic values*, CBS report for Congress, Congressional research service, The library of Congress, may 1998, disponible sur http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs727/m1/1/high_res_d/98-144e_1998May11.pdf, CRS-5 : « *Separately from the foregoing, there is the factor of time discounting, the tendency to attribute progressively less value to outcomes (both positive and negative), that are farther into the future. This is manifested most explicitly in the capital markets, where a dollar payable a year from now is "worth" more like 93 cents payable now. Future payments are "discounted." Over long periods the discounting has a great effect. As J.P. Morgan reportedly said, "compound interest is the eighth wonder of the world." (Interest accumulation is the mathematical inverse of discounting). Assuming a modest rate of discount of 4% per year, a stream of income of $1 per year during years 76 through 95 would have a present value — for the whole 20-year stream — of 72 cents, adding only about 3% to the current value of $23.68 for the stream of dollars in years 1 through 75. Clearly, the ex ante monetary incentive would be little changed* »; et S. BREYER, *The uneasy case for copyright: a study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, 84 Harv. L. rev. 281, 1970-1971, p. 324 « *[m]ore probably authors, like others, discount the value of future income, and, when discounted, the present value of a future copyright advantage is small. If, for example, an author knew that his book would sell continuously for seventy-six years, an increase from fifty-six to seventy-six years of protection (an increase of more than one-third) would lead to an increase in the present value of a manuscript of only 3.6 percent (assuming a discount rate of five percent)* « ; également J. P. LIU, Copyright and time, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 432-433 : « *[a]ssume, for simplicity's sake, that an author creates a work in 2000 at age forty and dies in the year 2030 at age seventy. The term of protection under the 1976 Act would have been until the year 2080. Under the term extension, however, the term will now expire in 2100. What was the incentive value of that additional twenty years? Let's assume a discount rate of ten percent. Let's further assume that the author is one of the very fortunate few whose work is still generating some revenue for his estate from 2081 through 2100. If the work generated one dollar each year for the period from 2081 through 2100, the net present value of that cash flow would be about 0.42 cents, or just under half a penny. If the work is successful, generating say $100,000 per year even that far out into the future, the present value of that cash flow would be approximately $420. Moreover, we have assumed, unrealistically, that the return is absolutely certain. If we instead discount that amount further*

écrit (publié) une œuvre à 40, la durée de la protection sur celle-ci serait donc de 110 ans (80 – 40 + 70 ans post mortem). Si cette œuvre produit des revenus de $1 par an, la valeur actuelle de cette protection de 110 ans sera égale à $9,9998, soit pratiquement la valeur actuelle (selon les mêmes données) d'une protection perpétuelle. Ceci tend à prouver, selon Landes et Posner, que les récentes prorogations de la durée de protection n'aboutissent pratiquement aucunement, d'un point de vue économique, à l'augmentation de l'effet incitatif à la création[1615]. Dès lors, compte tenus de la dépréciation de la valeur du copyright et de l'effet d'escompte, il paraît peu probable selon eux qu'une protection supérieure à vingt-cinq années implique une croissance significative de l'effet incitatif à la création de nouvelles œuvres de l'esprit. Une durée supérieure à ce terme, telle qu'elle est établie aujourd'hui, résulterait ainsi dans une domination des coûts d'accès aux œuvres, ce qui diminue le bien-être social associé à la diffusion des œuvres[1616]. De plus, proroger la protection au-delà d'une certaine durée n'aurait aucun impact sur les décisions quotidiennes prisent par les éditeurs et autres exploitants d'œuvres de l'esprit[1617]. D'autant que seulement un faible pourcentage d'œuvres génère toujours des revenus au bout de soixante-quinze ans d'exploitation sur le marché[1618]. Une nouvelle extension de la durée de protection n'apporterait également aucune incitation supplémentaire aux exploitants et éditeurs de contenus culturels, car ceux-ci basent leurs décisions stratégiques sur la perspective d'un retour sur investissement dans des délais compris entre deux ans (« *tradebooks* ») et cinq ans (« *some texts* »), voire au maximum dix ou vingt ans (« *certain reference books* »)[1619].

Conclusion. Comme le résume judicieusement le Professeur Yoon dans *The optimal level of copyright protection*[1620]: le premier objectif de la question de la durée de protection du droit d'auteur est de minimiser la perte de bien-être social due à la sous-production d'œuvres de

---

by the uncertainty associated with receiving any revenue eighty years later, the amount would be even less. If, for example, only one percent of published novels have any kind of staying power fifty years later, the expected value would be $4.20. Thus, in order to accept the incentive justification, one would need to believe that the prospect of an additional $4.20 to the author in 2000 would be sufficient to result in an appreciable increase in creative effort »; L. R. COHEN & R. G. NOLL, Intellectual property, antitrust and the new economy, 62 U. Pitt. L. Rev., 453, 2000-2001, p. 471: « *As a matter of practical economics, the current duration of copyright amounts to a perpetual right in terms of the potential for financial reward to the creator. If the typical work is produced 30 years before the author's death, the discounted present value of a dollar of royalty income in the 105th year of the right is about $.00003. Put another way, if a work could capture $1 million in royalties in its 105th year, the present value of that prospect in the year the copyright was granted is $30. If the work can earn $1 million forever, the present value on the copyright date of the stream of revenues from year 106 to the end of time is $300. Thus, for this incredibly valuable asset, the difference between the current copyright law and a perpetual right is almost nothing. Of course, virtually no copyrighted work has anything remotely resembling this durability. Indeed, computer software is obsolete within years, so software copyrights are just as valuable as if they were perpetual. For copyrights then, the U.S. and indeed most of the world has implicitly failed to recognize the utilitarian trade-off between rewarding creators and advancing useful knowledge. No plausible incentive rationale exists for this incredibly long duration - one cannot imagine any creator, upon learning that Congress had extended the duration of copyright from life plus 50 to life plus 75, responding by giving up a day job to write symphonies or software. The last two extensions of copyright amount to nothing more than a redistribution of wealth to those who hold the rights to mass entertainment material that was created early in the 20th Century* »

[1615] R. A. POSNER, *Intellectual property : the law and economic approach*, Journal of economic perspectives, Vol. 19, n° 2, pp. 57-73, 2005, p. 60

[1616] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003, p. 213-214

[1617] S. RICKETSON, *The copyright term*, 23 Int. Rev. Ind. Prop. And Cop. L. (IIC), 753-785, 1992, p. 766, cité par E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 3 : «*The grant of a long term of protection may play little, if any, role in the decisions that [publishers and other initial exploiters of works] make in the present* »

[1618] E. RAPPAPORT, *Copyright term extension : estimating the economic values*, CBS report for Congress, Congressional research service, The library of Congress, may 1998, disponible sur http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs727/m1/1/high_res_d/98-144e_1998May11.pdf, CRS-3-4

[1619] S. BREYER, *The uneasy case for copyright: a study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, 84 Harv. L. rev. 281, 1970-1971, p. 325

[1620] K. YOON, *The optimal level of copyright protection*, Information Economics and Policy, 14, 327-348, 2002

l'esprit. Le second objectif est de minimiser la perte de bien-être social liée à la sous-utilisation des créations. La difficulté de cet enjeu existe car une augmentation de la durée de protection est généralement revendiquée afin de réduire la perte de bien-être social issue de la sous-production (l'effet incitatif ayant été augmenté, plus d'œuvres de l'esprit seront réalisées), alors qu'en parallèle cette prorogation augmente la perte de bien-être social due à la sous-utilisation (car la diffusion et l'accès aux œuvres seront d'autant réduites que la durée de protection augmente)[1621]. Cette évidence mise en lumière par l'analyse économique participe à la remise en cause du modèle actuel de protection des œuvres de l'esprit. Elle implique donc de s'interroger sur l'efficience du modèle actuel, notamment en ce qu'il participe concrètement à une réelle incitation à la création tout en permettant une diffusion optimale des œuvres au public. Aussi il est donc déterminant de s'interroger sur la cadre actuel de la protection, notamment sur la durée de celle-ci et son impact sur le marché de la culture. Mais cette question de la détermination d'une durée optimale de la protection des œuvres de l'esprit, bien que souvent traitée en doctrine[1622], semble difficile (voire impossible) à résoudre concrètement et objectivement[1623]. Cela étant, il paraît aujourd'hui évident que le modèle de protection présente un fort déséquilibre en faveur des titulaires de droits les plus importants économiquement sur le marché de la culture (§II).

§II. Le déséquilibre économique actuel du modèle de protection

Ce déséquilibre économique du modèle actuel de protection est principalement issu d'une volonté toujours plus marquée des industries de la culture de maximiser les profits liés à la titularité de droits d'auteur ou de copyrights portant sur des œuvres de l'esprit à fort succès commercial (A'), et dont l'intensif lobbying auprès des différents législateurs a abouti à l'application actuelle de délais de computation particulièrement longs (B').

A'. Une durée de la protection issue de la maximisation des profits

Les récentes évolutions du modèle du droit d'auteur et du copyright marquent de nouvelles directions : la diminution progressive des limites légales aux droits des créateurs mais surtout la poursuite d'une maximisation de la richesse des titulaires de droits sans aucune prise en considération de l'impact occasionné sur le bien-être économique global[1624]. La forte influence des acteurs principaux du marché de la culture sur le cadre légal du droit d'auteur et

[1621] *Ibid*., p. 328

[1622] BARD & KURLANTZICK, *Copyright duration : duration, term extension, the European union, and the making of copyright policy*, 1999; S. COHEN, *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1977; R. A. EPSTEIN, *Intellectual property: old boundaries and new frontiers*, 76 Ind. L.J. 803, 825 (2001); W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003; W. M. LANDES et R. A. POSNER, *Indefinitely renewable copyright*; E. C. WALTERSHEID, *The remarkable - and irrational - disparity between the patent term and the copyright term*, 83 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 233, 2001; J. BOYLE, *Shamans, Software, And spleens: law and the construction of the information society*, 172, 1996 (suggesting a twenty-year term); L. LESSIG, *The future of ideas : the fate of the commons in a connected world*, 251, 2001 (proposing a series of renewable 5-year terms), cités par J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 430-431

[1623] J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 430-431

[1624] L. R. COHEN & R. G. NOLL, *Intellectual property, antitrust and the new economy*, 62 U. Pitt. L. Rev., 453, 2000-2001, p. 473

du copyright (1) permet aujourd'hui aux titulaires de droits de sécuriser une économie de « rentiers de la culture » dont l'origine est étroitement liée à la durée de protection des œuvres de l'esprit (2).

1) Influence de plus en plus forte des acteurs industriels du monde culturel

Depuis vingt ans, l'influence du lobbying des industries culturelles est manifeste et particulièrement prolifique au regard des diverses prorogations des délais de computation, ce qui explique que la durée actuelle du modèle soit particulièrement en considération de l'ensemble des acteurs du marché de la culture (notamment le public) et donc plutôt favorable aux titulaires de droits[1625]. L'omniprésence des groupes de pression, visible aussi bien à l'échelle nationale qu'internationale, a participé à la rupture d'équilibre entre les intérêts des auteurs, des exploitants et des consommateurs, d'autant que ces derniers sont très peu représentés (en comparaison) lors des débats portant sur la rédaction des lois touchant à la durée de protection des œuvres de l'esprit[1626]. Cette influence toujours grandissante, étroitement liée à la croissance économique du marché des industries culturelles[1627], entraîne une réappropriation régulière du domaine public, une extension des secteurs artistiques soumis au système de licences et un déséquilibre que certains qualifient de « *domination quasi-féodale* »[1628] : c'est la consécration de l'âge de l'accès[1629], fondée sur une privatisation toujours plus large et durable de la sphère culturelle.

Privatisation du domaine public. Selon le Professeur Khanna, la réappropriation d'œuvres appartenant au domaine représente aujourd'hui l'un des plus importants vols de l'histoire (« *one of the biggest thefts of 'property' in history* »), et a des conséquences économiques non négligeables sur notre culture, nos libertés individuelles et notre économie[1630]. Les lobbyistes des industries culturelles ont influencé le processus législatif afin que chaque fois qu'un délai de computation approche de son terme, une loi soit votée et que les durées de protection soient prorogées. On peut dès lors penser aujourd'hui, aux vues des dernières évolutions de la durée du modèle de protection, qu'en pratique cette protection a vocation à devenir (quasi-

[1625] R. POLLOCK, *Forever minus a day? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 16
[1626] P. DRAHOS et J. BRAITHWAITE, *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy?*, Londres : Earthscan Publications, 2002; J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, thèse, 2007, cités par V. BULLICH, *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, disponible sur http://lesenjeux.u-grenoble3.fr/2013-supplement/07Bullich/07Bullich.pdf, p. 7
[1627] Par exemple en France, les industries culturelles et créatives ont généré en 2011 74,6 milliards d'euros (pour 1,2 millions d'emplois) et 83,6 milliards d'euros en 2013 (pour 1,3 millions d'emplois), l'évolution des revenus entre 2011 et 2013 a été légèrement supérieure à celle du PIB de la France sur la même période, avec une augmentation de 1,2% de l'ensemble des revenus, contre une croissance de 0,9% du PIB sur la période, source : *1er et 2ème panorama des industries culturelles et créatrices* réalisés par la société Ernst & Young, nov. 2013 et oct. 2015; « *La première décennie du 21e siècle a été marquée par une évolution de la participation du secteur culturel dans le développement économique: les industries culturelles ont gagné en importance. Elles sont devenues l'un des segments les plus dynamiques de l'économie mondiale et leur contribution au PIB ne cesse d'augmenter. On estime que le secteur créatif représente 7,3 % du PIB mondial, avec un taux de croissance moyen du commerce international d'environ 8,7 % sur la période 2000-2005* », *Mesure de la contribution économique des industries culturelles, Examen et évaluation des approches méthodologiques actuelles*, réalisé par l'UNESCO, 2009, http://www.uis.unesco.org/culture/Documents/FCS-handbook-1-economic-contribution-culture-fr-web.pdf; voir également, L. KALTENBACH et O. LE GUAY, *La culture nous sortira de la crise !*, disponible sur http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/12/03/la-culture-nous-sortira-de-la-crise_1799055_3232.html
[1628] P. DRAHOS et J. BRAITHWAITE, *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy?*, Londres : Earthscan Publications, 2002, cités par V. BULLICH, *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, disponible sur http://lesenjeux.u-grenoble3.fr/2013-supplement/07Bullich/07Bullich.pdf, p. 6
[1629] J. RIFKIN, *L'âge de l'accès, la nouvelle culture du capitalisme*, Editions La Découverte, Paris, 2005
[1630] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 65

officiellement) perpétuelle[1631]. De nombreux économistes et juristes[1632] considèrent depuis plusieurs années que les durées du copyright et du droit d'auteur sont aujourd'hui (beaucoup) trop longues. Les différentes prorogations de la durée de protection des œuvres de l'esprit, notamment le principe des soixante-dix ans post mortem auctoris appliqué dans la plupart des pays développés, favorisent aujourd'hui les titulaires de droits au détriment du public[1633]. Ce choix de privilégier les titulaires de droit, et particulièrement les grandes entreprises du marché de la culture, est clairement issu de l'intense lobbying réalisé par celles-ci auprès du législateur[1634]. Au-delà des fortes sommes engagées par les principaux acteurs de ce marché afin de promouvoir des lois permettant la prolongation des durées de protection, ces démarches sont facilitées par la faible communication publique sur ce sujet et le manque d'opposition à ces projets. Car comme il a été souligné, « *[t]he result is that Congress hears, loudly and often, from those who favor stronger protection [of copyrights]. Congress does not hear nearly as often from those who take the opposite view* »[1635]. Cette situation était déjà mise en exergue par Dietz, qui constatait que « *le renforcement de la position de ceux qui exploitent économiquement le droit d'auteur (et par suite, indirectement, le renforcement de la position économique des auteurs vivants) conduit plus à un allongement qu'à un raccourcissement de la durée de protection* »[1636]. Cette volonté de voir le législateur prolonger les durées de protection était, et semble toujours, principalement motivée par le désir capitaliste de conserver les rentes issues de l'exploitation des œuvres dont le succès commercial est avéré (2).

2) La volonté de conserver des rentes de la culture

Enjeux financiers des prorogations. Les enjeux financiers associés à la durée de protection sont considérables, et les titulaires de droit tels que les sociétés Disney, Moulinsart ou Universal[1637] n'ont rien à perdre et tout à gagner à voir les durées de protection prolongées. En effet, la future appartenance au domaine public des œuvres de l'esprit dont ils détiennent les droits représente pour ces sociétés l'ouverture du marché à de nombreux nouveaux acteurs et donc une perte sèche immédiate. Tant que ces entreprises conservent une protection exclusive sur leurs œuvres, personne ne peut les exploiter sans leur accord. La perspective d'une exploitation libre et gratuite, qui est le principe fondamental du domaine public, symbolise une concurrence nouvelle et quasi-impossible à étouffer pour ces compagnies.

[1631] *Ibid*., p. 65

[1632] Voir précédemment et V. BULLICH, *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, p. 8

[1633] B. W. FRAZIER, *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012, p. 237 : « *However, as intellectual property rights gradually became associated with conventional property rights and media companies became larger and more influential, copyright shifted away from its original purpose to favor copyright owners at the public's expense* »

[1634] R. TOWSE, *Copyright and creativity: an application of cultural economics*, Review of economic research on copyright issues, 2006, vol. 3(2), 83-91, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1144327, p. 86: « *Many of the recent changes to copyright law are the result of pressure by US creative industry interests, which have the most to gain from them as the leading producers and exporters of cultural products in the world. The increasing value of copyright works and the reliance of large corporations on copyright law for protection have created a situation in which changes to copyright law are heavily lobbied for* » ; D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms, commlaw conspectus*, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 65

[1635] B. W. FRAZIER, *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012, p. 233 : « *There are two reasons why copyright duration has steadily risen over the years and will continue to do so unless decisive action is taken. First, due to the essential group dynamics of a vocal minority, the owners of valuable copyrights are able to organize and fund extraordinary lobbying efforts to influence Congress in their favor. Most often these lobbying tactics, and the subsequent bill proposals, are not well-publicized and are merely glossed over by the public without an understanding for what is at stake* »

[1636] T. LIMPERG, *Duration of copyright protection*, Revue Internationale de Droit d'Auteur, 1980

[1637] Voir précédemment

Tandis qu'une prolongation supplémentaire de la durée de protection leur permettrait de continuer à toucher des royalties sur l'exploitation des œuvres dont ils détiennent les droits[1638], et ceci, sans pour autant s'engager à investir ou créer plus.

Lobby et domaine public. Les lobbyistes des industries culturelles ont semble-t-il peu de considération pour le domaine public car ils n'y voient aucun intérêt économique (en tout cas pour eux !). Leurs positions concernant le domaine public et sa fonction sont aussi radicales que claires. L'ancien dirigeant de la Motion Picture Association of America (ou « MPAA »), Jack Valenti, est explicite : « *[n]o one is responsible for its life. But everyone exploits its use, until that time certain when it becomes soiled and haggard, barren of its previous virtues* »[1639]. La Recording Industry Association of America[1640] (ou « RIAA ») affirme quant à elle : « *there is all but zero value to a record company in a public domain recording* »[1641], tandis que l'Association des compositeurs de musique a affirmé devant la Cour Suprême que le domaine public n'était rien de plus que du piratage légal (« *legal piracy* »)[1642]. L'Institute for Policy Information, une organisation fondée par la MPAA, définissait sur son blog en 2014 (le billet a été retiré depuis) le domaine public comme: « *a vast wasteland where a modest number of public works remain in circulation, but where almost everything disappears into obscurity, because the loss of ownership and control means no one any longer has any incentive to promote the distribution of the works or to popularize them* »[1643]. Cette volonté de protéger les intérêts des ayants droit est la même en Europe, et tout particulièrement en France. Il suffit de jeter un œil aux actuels virulents débats sur la réforme

---

[1638] B. W. FRAZIER, *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012, p. 233-234 : « *The second reason why copyright duration has risen, and will continue to do so in the near future, is simpler to explain, but no less important: copyright holders have nothing to lose and everything to gain. For major media companies such as Disney, Viacom, and Universal Studios-owners of some of the most valuable copyrights in existence-there is an enormous incentive to keep their copyrights out of the public domain for as long as possible. Every year of continued ownership of valuable copyrights essentially amounts to free money: while those copyrights continue making money, they require no new work except the paperwork necessary to enforce the copyright. Even owners of less-famous copyrights have no incentive to allow their work to ever go into the public domain. As long as there is still money to be made from a copyright, the copyright owner's sole interest lies in extending the copyright protection for as long as possible. Indeed, many artists, such as the late Sonny Bono, have lobbied for far longer copyright protection. Bono's wife, Congresswoman Mary Bono Mack, suggested a right to copyright protection lasting "forever minus a day" in order to circumvent the Constitutional prohibition on perpetual intellectual property rights. Although the CTEA only extended the copyright duration on preexisting copyrights for about twenty years, Bono may have gotten his wish after all by helping set a precedent that allows Congress to legally increase the copyright term every time the oldest copyrights are set to expire. The hard truth of the matter is that no works copyrighted after 1923 have yet entered the public domain. Furthermore, there is a very real chance that the virtually worthless public domain may never be replenished with new material. Like clockwork, every twenty years when the same "generation" of valuable copyrights is getting ready to expire, lobbyists convince Congress to pass a new bill extending copyright duration yet again. According to this schedule, we should see a new proposal for copyright extension before 2018* »

[1639] J. VALENTI (Motion Picture Association of America), *A Plea For Keeping Alive the U.S. Film Industry's Competitive Energy: Hearings on S. 483 Before the S. Judiciary Comm*., 104th Cong. 1, 1995, disponible sur http://www.peteryu.com/inttrade/valenti.pdf, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4 , p. 80

[1640] La Recording Industry Association of America est une association interprofessionnelle qui défend les intérêts de l'industrie du disque aux États-Unis

[1641] M. A. PALLANTE (U.S. Copyright Office), *Federal copyright protection for pre-1972 sound recording*, 2011, p. 102, disponible sur http://www.copyright.gov/docs/sound/pre-72-report.pdf, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4 , p. 80

[1642] *Brief of Respondent Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 2003, No. 01-618, p. 10, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4 , p. 79-80

[1643] T. GIOVANETTI, "*You didn't build that" comes to copyright*, IPI ROUNDTABLE, Feb. 15, 2014, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4 , p. 79-80

européenne du droit d'auteur pour s'en persuader[1644]. Ainsi, la position à l'égard du domaine public des représentants officiels des titulaires de droits est explicite : celui-ci n'apporte aucun bénéfice économique et s'apparente même pour certains à un vol des investissements et des efforts consacrés au processus créatif… ce qui revient à occulter le second pilier du modèle de protection, la maximisation de la diffusion des œuvres de l'esprit.

Maximisation du profit. Cette logique de la sécurisation maximale par les grands acteurs économiques du marché de la culture d'une partie de leurs revenus (issus des royalties et des licences) est difficilement criticable. En effet, cette dynamique de prorogation continue des délais de computation n'est pas surprenante[1645] ; qui, en toute honnêteté accepterait de « tuer sa poule aux œufs d'or » pour le bien commun ? Le but de leur intensif lobbying réside dans leur désir de maximiser les profits liés à l'exploitation de leurs œuvres[1646]. Sous couvert de favoriser la rémunération des artistes et des créateurs, d'aménager le modèle du copyright et du droit d'auteur selon des « développements naturels »[1647] fondés sur l'augmentation de la durée de vie et les évolutions technologiques, il est aujourd'hui évident que les principaux bénéficiaires des extensions de la durée de protection sont les grandes industries du marché de la culture qui possèdent de larges catalogues d'œuvres protégées[1648]. L'exemple évoqué par le professeur Towse à ce sujet est à la fois explicite et simple : la vente du catalogue musical des Beatles par M. Jackson à Sony pour environ un milliard de dollars démontre effectivement à quel point la valeur de certaines œuvres peut atteindre des sommets. Et il est aisé de comprendre qu'en cas de prorogation de la durée de protection cette valeur n'en sera qu'augmentée, car les royalties associés seront perçus par les titulaires de droit pendant plus de temps[1649]. Et même si Hollywood « *derived more profit from reusing public domain works than any other industry in history* »[1650], le lobby des industries culturelles a toujours eu pour but premier de conserver leurs œuvres sous protection afin qu'elles n'appartiennent jamais au domaine public[1651].

Exemple : la protection de l'œuvre d'Hergé[1652]. L'attitude des ayants droit d'Hergé représente parfaitement ce désir d'éviter que leurs œuvres protégées n'appartiennent au domaine public. Les défenseurs du domaine public ont d'ailleurs dû s'étouffer devant leur

[1644] Voir, entre autres, la conférence de la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication à propos du projet REDA, disponible sur http://videos.senat.fr/Datas/senat/portail/video.144595_57cd292d16b29.droit-d-auteur?timecode=2434000

[1645] S. BREYER, *The uneasy case for copyright: a study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, 84 Harv. L. rev. 281, 1970-1971, p. 324

[1646] B. W. FRAZIER, *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012, p. 234 : « *Of course, Big Media cannot be considered morally at fault for successfully extending U.S. copyright duration multiple times. At the end of the day, it is simply individuals trying to maximize their career by making more money for their company. However, by extending the copyright duration for every copyrightable work, Big Media and Congress have hamstrung the public domain and handicapped the way the Internet can affect our lives* »

[1647] R. TOWSE, *Copyright and creativity : an application of cultural economics*, Review of economic research on copyright issues, 2006, vol. 3(2), 83-91, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1144327, p. 86

[1648] *Ibid*., p. 83 : « *However, the power of copyright law to reward artists and other creators seems to be limited, while on the other hand it apparently provides disproportionate benefits to the large corporations that dominate the creative industries — the major film and record companies, printing and broadcasting corporations and the rest* »

[1649] *Ibid*., p. 86 : *« This is partly justified as a response to what could be called 'natural developments' such as greater longevity of authors and technological developments in copying but it is also because copyright works are increasingly valuable, especially to large corporations. The sale by Michael Jackson of the Beatles' song catalogue to Sony in May 2006 for an estimated $1 billion is a demonstration of this point. One need not be an economist to see that the value of these assets would be increased if copyright becomes stronger and lasts longer* »

[1650] *Brief of Peter Decherney as Amicus Curiae in Support of Petitioners, Golan v. Holder*, 132 S.Ct. 873, 2012, p. 7, No. 10-545, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 93-96

[1651] *Ibid*., p. 93-96

[1652] Extraits tirés de D. BELOT, *La stratégie TINTIN*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, octobre 2014, p. 37 à 41

télévision le soir du 6 décembre 2013. Au cours de l'émission[1653] de Frédéric Taddeï, apparaissait Nick Rodwell, administrateur de la société Moulinsart, qui a exprimé clairement son intention d'empêcher les œuvres d'Herger de tomber (ou s'élever, c'est selon) dans le domaine public, confirmant ses récents propos: « *[o]n aura une nouveauté en 2052, pour protéger les droits, [...] Je cherche un moyen* »[1654]. Cette décision est motivée par la chute dans le domaine public des œuvres d'Hergé[1655], en 2054, ce dernier étant décédé le 3 mars 1983. C'est donc dans le but revendiqué de conserver leur exclusivité et de protéger l'œuvre d'Hergé (« *we shall do whatever we can to protect* Hergé*'s work and based on the law today, we shall be obliged to publish an album in 2052*-2053 »[1656]) que les époux Rodwell tentent actuellement de trouver un moyen juridique qui leur permettrait de prolonger leurs droits et ainsi conserver les recettes colossales liées à l'exploitation de ces œuvres. M. Rodwell souhaite publier un nouvel album des aventures de Tintin en 2053. Il explique[1657]: « *Hergé n'avait pas envie que l'on crée d'autres histoires après lui*[1658] *mais nous aurons une nouveauté, un an avant que l'œuvre ne tombe dans le domaine public pour protéger les droits. L'idée est d'éviter que, après 2052, tout le monde se mette à faire du Tintin n'importe comment. Mais nous avons 40 ans pour y penser ».* Cette stratégie, sensée, est pourtant infondée juridiquement[1659]. Néanmoins, si une solution juridique au problème des époux Rodwell paraît vouée à l'échec, il semble qu'une solution reste envisageable: influencer le législateur afin d'obtenir une loi « ad hoc » (sur mesure) prolongeant la durée de protection des droits d'auteur en France (ou au sein de l'Union européenne); pratique particulièrement courante en droit d'auteur[1660]. M. Rodwell s'inspirera très certainement du précédent Disney[1661], qui, fort d'un lobbying efficace, a réussi à épargner Mickey Mouse d'une chute imminente dans ce que certains considèrent comme les limbes du domaine public. Il a d'ailleurs prévu d'entamer des pourparlers avec le gouvernement belge. Interrogé à ce sujet, il répond sans ambiguïté : « *[w]e shall certainly talk to the Belgium government* »[1662]. Cette exemple vient confirmer (une nouvelle fois) que les idées des ayants droit pour conserver leur monopole juridique (et donc économique) sur les œuvres de leurs ancêtres se diversifient et permettent, avant tout, de relancer régulièrement le débat d'une protection adaptée pour satisfaire tous les intervenants de la culture internationale, du créateur au public (ou devrait-on dire « au consommateur »).

Argument économique. Au-delà de la simple volonté exprimée (avec franchise) de conserver une protection exclusive sur des œuvres en passe d'appartenir au domaine public, les arguments présentés par les lobbyistes en faveur d'une durée plus longue du copyright et du droit d'auteur sont assez simples, mais néanmoins souvent quelque peu « surfaits ». En présentant une estimation large du nombre de copies illicites des œuvres en circulation et en

[1653] Émission « *Ce soir ou jamais* » sur France Télévision
[1654] Le Monde, 22 octobre 2013
[1655] Pseudonyme de G. P. REMI
[1656] Échange de mails avec M. Rodwell, février-mars 2014, D. BELOT, *La stratégie TINTIN*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, octobre 2014, p. 37 à 41
[1657] Interview du 21 oct. 2013 au journal La Libre Belgique
[1658] *« Il y a certes des quantités de choses que mes collaborateurs peuvent faire sans moi et même beaucoup mieux que moi. Mais faire vivre Tintin, faire vivre Haddock, Tournesol, les Dupondt, tous les autres, je crois que je suis le seul à pouvoir le faire: Tintin c'est moi, exactement comme Flaubert disait "Madame Bovary, c'est moi!" »* N. SADOUL, Entretiens avec Hergé, Casterman, 1983
[1659] La publication d'un nouvel album, précédemment réalisé par Hergé ou créé par un nouvel auteur, n'empêchera pas l'entrée dans le domaine public de l'ensemble de l'œuvre d'Hergé en 2054, voir à ce propos l'intégralité de l'article : D. BELOT, *La stratégie TINTIN*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, octobre 2014, p. 37 à 41
[1660] J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, thèse, 2007
[1661] Voir précédemment
[1662] Échanges de mails tirés de D. BELOT, *La stratégie TINTIN*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, octobre 2014, p. 37 à 41

multipliant ce nombre par le prix de vente officiel de celles-ci, les lobbyistes aboutissent à ce qu'ils présentent comme le montant de la perte sèche des industries du secteur culturel. Selon eux, cette perte de revenus occasionne une réduction non négligeable du nombre d'emplois dans le secteur de la culture ainsi qu'une baisse significative du nombre d'œuvres créées, car les pertes financières des auteurs orienteraient ces derniers vers des emplois mieux rémunérés[1663]. Mais ces arguments semblent dans une certaine mesure « faciles », voire démagogiques, et donc emprunts de fausseté. Tout d'abord le montant de cette perte sèche ne correspond pas à une perte de revenus, mais depuis l'essort du numérique à une perte de profit. Il est également erroné de prétendre que toute copie pirate correspond à une vente perdue. En effet, rien ne prouve que si la copie illégale de l'œuvre était impossible, le consommateur aurait acheté celle-ci en version officielle (légale), car certains auraient très bien pu faire le choix de s'en passer. Selon Watt, il est plus raisonnable et juste de considérer que seulement 25 à 40% des copies illégales correspondent à des ventes perdues, ce qui diminue d'autant le montant véritable de leur perte sèche[1664]. De plus, l'argument selon lequel des emplois sont perdus ou supprimés du fait des copies illégales reste à nuancer. En effet, ils semblent que ces emplois ne sont pas forcément supprimés mais plutôt qu'ils changent de localité[1665]. Il reste cependant une nuance à apporter à cette démarche des lobbyistes travaillant au service des industries culturelles : leur position actuelle face aux GAFA (acronyme correspondant aux principales entreprises du web, soient Google, Apple, Facebook, Amazon). En effet, dans l'univers numérique, les industries culturelles, aussi puissantes économiquement et financièrement soient-elles, n'ont pas la même dimension que ces géants de l'internet. Ceux-ci représentent des canaux de distribution et des réseaux sociaux dont le gigantisme impacte tous les acteurs liés au marché du numérique, que ce soit en terme de diffusion de créations, d'utilisation des réseaux d'information ou de partage et de stockage d'œuvres notamment. D'ailleurs, ces gigantesques plateformes centralisées visent aujourd'hui à jouer tous les rôles des métiers de la culture, comme le précise implicitement un des top managers d'Amazon, Russell Grandinetti, concernant le domaine littéraire : « *[l]es seules personnes nécessaires dans le processus de publication sont dorénavant l'auteur et le lecteur. Risques et opportunités sont l'horizon de tous ceux qui se tiennent entre les deux* »[1666]. Comme le précise l'agent et éditeur Richard Curtis« *Everyone's afraid of Amazon.*

[1663] R. WATT, *The past and future of the economics of copyright*, Review of economic research on copyright issues, 2004, vol. 1(1), 151-171, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1143022 , p. 160-161: « *Basically, the lobby group technique consists in making a rough estimate of the number of copies circulating. Then the number of copies is multiplied by the current market price, to get the number that is then published as total loss to the industry. On top of this loss to the recording industry, it is often stated that consumers have lost consumer surplus, workers have lost jobs, and society has lost creative products as the lost royalty income has meant that authors have defected to better employment* »

[1664] *Ibid*., p. 160-161: « *This is, however, very misleading for several reasons. Firstly, it is not lost revenue but rather lost profits that the recording industry suffers. […]Furthermore, it is certainly not true that all copies that circulate are lost sales. If no copying were available, those consumers would not all purchase an original, since some of them would prefer to go without. […] Reliable estimates of the proportion of copies that are in fact lost sales are very difficult to come by, but most relevant studies suggest that the figure is between about 25 and 40% (see, for example, Mannering, 1994, andWarner Communications Inc., 1982). Thirdly, it is not valid to assume that in the absence of copying the price of originals will not change. Clearly, if originals would be priced differently in the absence of copying, so would the number of legitimate sales change, as would both profits and consumer surplus? Indeed, the most likely scenario is that, should all copying suddenly be eliminated, the additional monopoly power then enjoyed by the seller of originals will lead to a greater price, lower legitimate sales, and a net gain in profits at the expense of consumer surplus and overall social welfare. Fourthly, it is certainly not true that lost sales to copies represent in any way lost consumer surplus* »

[1665] *Ibid*., p. 160-161: « *Fifthly, jobs are also not necessarily lost — they simply change hands. If it is the case that copies are produced in third world countries, and if the lost jobs are in the first world, then what is surely likely is that the total wage bill drops, although it becomes likely that more actual individuals become employed the world over. Indeed, the ability to copy is known to provide significant short-term benefits to third world countries, thereby aiding development to a certain extent, which may be why many such countries either did not have or did not enforce copyright until relatively recently* »

[1666] D. STREITFELD, *Amazon signs up authors, writing publishers out of deal*, The New York Times, 17 octobre 2011, disponible sur http://www.nytimes.com/2011/10/17/technology/amazon-rewrites-the-rules-of-book-publishing.html , cité par M. DULONG de ROSNAY et H. Le CROSNIER, *Propriété intellectuelle, géopolitique et mondialisation*, Les essentiels d'Hermès, CNRS Editions, p. 75 ; ceci est à rapprocher de la tendance actuelle dans les domaines audiovisuel et

[…] If you're a bookstore, Amazon has been in competition with you for some time. If you're a publisher, one day you wake up and Amazon is competing with you too. And if you're an agent, Amazon may be stealing your lunch because it is offering authors the opportunity to publish directly and cut you out. […] It's an old strategy: divide and conquer »[1667]. On peut donc se demander si la volonté, très marquée, des industries culturelles de conserver le plus longtemps possible des revenus liés à l'exploitation de leurs catalogues d'œuvres n'est pas également lié à une forme d'inquiétude concernant l'essort et la dimension de ces géants du web (qui pourraient représenter sur le long terme une menace économique pour eux).
Mais toujours est-il que les arguments soutenus par les lobbyistes des industries culturelles ont touché le législateur au vue des dernières prorogations des délais de computation du droit d'auteur et du copyright, participant ainsi à une dénaturation du modèle qui se caractérise par l'application d'une durée de protection trop longue (B').

B'. Une durée de protection trop longue source de déséquilibres

Si l'application de monopoles exclusifs de protection est indispensable à l'incitation à la création et l'augmentation du bien-être social, une privatisation toujours plus importante du domaine culturel (1) abouti cependant à des conséquences néfastes sur le marché des œuvres de l'esprit (2).

1) Une course à la privatisation de la culture

Monopole néfaste. Comme le précisait déjà en 1841 Macaulay, il est nécessaire, dans le cadre de la protection des œuvres de l'esprit, d'accepter une part malfaisante (« *evil* »), correspondant à la période de protection exclusive. Néanmoins, selon lui, « *the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good* »[1668]. Macaulay soulevait les conséquences néfastes des durées de protection trop longues, qui au final n'apportaient que peu (voire aucune) de satisfaction supplémentaire aux auteurs : « *the evil effects of the monopoly are proportioned to the length of its duration. But the good effects for the sake of which we bear with the evil effects are by no means proportioned to the length of its duration ... [I]t is by no means the fact that a posthumous monopoly of sixty years gives to an author thrice as much pleasure and thrice as strong a motive as a posthumous monopoly of twenty years. On the contrary, the difference is so small as to be hardly perceptible .... [A]n advantage that is to be enjoyed more than half a century after we are dead, by somebody, we know not by whom, perhaps by somebody unborn, by somebody utterly unconnected with us, is really no motive at all to action* »[1669]. Avant Macaulay, Lord Mansfield expliquait

---

cinématographiques (Amazon et Netflix entreprennent de dépasser le cadre de simple distributeur en produisant eux-mêmes les contenus distribués)

[1667] D. STREITFELD, *Amazon signs up authors, writing publishers out of deal*, The New York Times, 17 octobre 2011, disponible sur http://www.nytimes.com/2011/10/17/technology/amazon-rewrites-the-rules-of-book-publishing.html

[1668] T. B. MACAULAY, *Thomas Babington Macaulay's First Speech to the House of Commons on Copyright*, The public domain, disponible sur http://www.thepublicdomain.org/2014/07/24/macaulay-on-copyright/, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4 , p. 99

[1669] T. B. MACAULAY, *Thomas Babington Macaulay's First Speech to the House of Commons on Copyright*, The public domain, disponible sur http://www.thepublicdomain.org/2014/07/24/macaulay-on-copyright/ (cité par Z. CHAFEE, *Reflections on the Law of Copyright*: II, 45 Colum. L. Rev. 719, 1945, recité par R. GORMAN & J. GINSBURG, *Copyright For The Nineties*, 307, 4th ed., 1993) cité par D. S. KARJALA, *Opposing copyright extension, commentary on copyright*

également ce juste équilibre du modèle à atteindre: « *we must take care to guard against two extremes equally prejudicial; the one, that men of ability, who have employed their time for the service of the community, may not be deprived of their just merits, and the reward of their ingenuity and labour; the other, that the world may not be deprived of improvements, nor the progress of the arts be retarded* »[1670]. Ainsi, dès le XIXème siècle, l'enjeu et les conséquences néfastes d'une protection des œuvres de l'esprit excessivement longue était évoquées. Pourtant, les outils techniques de la création et de la diffusion étaient bien loin d'être aussi développés qu'aujourd'hui.

Privatisation excessive. Ce spectre d'une privatisation excessive (donc d'une durée trop longue de la protection) des œuvres culturelles a conduit de nombreux juristes et économistes à régulièrement critiquer l'abandon progressif des principes directeurs du droit d'auteur et du copyright[1671]. Selon eux, il y a de bonnes raisons de croire que les durées actuelles de protection sont trop longues, car d'un point de vue économique, plus l'on augmente la durée de protection, moins il en résulte d'incitation supplémentaire à la création[1672]. Or, si l'incitation à la création n'est pas augmentée en parallèle de la prorogation des délais de computation un déséquilibre s'opère et « *[l]a durée de protection s'étend bien au-delà de ce qui est nécessaire en pratique pour la très vaste majorité des créateurs, même si elle sert bien les besoins d'une infime minorité de grands joueurs détenant des droits d'auteur qui ont un certain âge mais continuent à produire des revenus* »[1673], ce que les lobbyistes de la culture se cachent bien d'évoquer. Pour ces nombreux auteurs, les durées de protection actuelles ne sont plus adaptées à notre époque car beaucoup trop longues : le contexte de « *l'économie numérique où le coût marginal de production tend vers zéro du fait de la numérisation, la perte sèche de bien–être induite par ce monopole est ainsi gigantesque* »[1674], ce qui impliquerait que les durées de protection doivent être réduites. Cette réduction viendrait ainsi diminuer la perte sèche subie par les consommateurs et leur permettre de profiter (tout comme

---

extension, the term of copyright (from Growing pains : adapting copyright for education and society), L. N. Gasaway ed., 1997, Fred B. Rothman & co.; et cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4 , p. 99

[1670] *Cary v. Longman*, 102 Eng. Rep. 138, 140 n. (b) (1801) (citing *Sayre v. Moore*, 102 Eng. Rep. 139,140 (K.B. 1785), cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 73

[1671] W. FISHER, *Promises to keep: Technology, Law and the Future of Entertainment*, Stanford: Stanford University Press, 2004; J. LITMAN, *Digital Copyright*, Amherst: Prometheus Books, 2006; J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes: illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, thèse, 2007; M. VIVANT et J-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, cités par V. BULLICH, *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, p. 8, voir également (entre autres) D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014 ; W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Belknap Press, 1st ed., 2003 ; R. POSNER, *Do patent and copyright law restrict competition and creativity excessively?*, blog de Becker et Posner, 2012 ; E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011 ; J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie ; R. POLLOCK, *Forever minus a day ? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007 ; F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003 ; BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, La Découverte, 2009 ; L. LESSIG, *Free culture, the nature and future of creativity*, Penguin books, 2004 ; J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002

[1672] J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 431-432: « *There are good reasons to believe that the current period is too long, i.e. that it substantially hinders access without a corresponding benefit in incentives. […]As a matter of simple economics, however, additional increases in the copyright term result in ever-decreasing amounts of additional incentive. For the vast majority of works, there will be little demand more than fifty years after the death of the author. Even for those few works that still retain some market value, the present value of any future income streams will be miniscule. This is because of the simple economic phenomenon of the time value of money* »

[1673] E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 1

[1674] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 223

les ayants droit) des bénéfices d'un coût marginal qui a largement décliné depuis l'apparition du numérique. Mais s'ils s'accordent sur le fait qu'une diminution de ces durées doit être consacrée, ils reconnaissent également que l'élaboration d'une durée optimale est particulièrement difficile, voire impossible[1675].

Problème des prorogations. Cette volonté (assumée) des acteurs de l'industrie culturelle de proroger régulièrement les délais de protection implique de s'inquiéter sur le sens de l'évolution légale du droit d'auteur et du copyright. Car les nombreuses prorogations des durées de protection semblent toutes indiquer que la recherche d'une durée perpétuelle par les lobbyistes des industries culturelles n'est pas si hypothétique. Posner considère d'ailleurs que l'hypothèse d'une protection perpétuelle des œuvres de l'esprit est « *the most serious problem with copyright law* »[1676]. Il explique également clairement le problème des extensions et les dangers des (trop) longues durées de protection par quatre affirmations: « *(1) tracing costs increase with the length of copyright protection; (2) transaction costs may be prohibitive if creators of new intellectual property must obtain licenses to use all the previous intellectual property they seek to incorporate; (3) because intellectual property is a public good, any positive price for its use will induce both consumers and creators of subsequent intellectual property to substitute inputs that cost society more to produce or are of lower quality, assuming (realistically however) that copyright holders cannot perfectly price discriminate; (4) because of discounting to present value, incentives to create intellectual property are not materially affected by cutting off intellectual property rights after many years, just as those incentives would not be materially affected if…lucrative new markets for the copyrighted work, unforeseen when the work was created, emerged* »[1677]. Ces affirmations mettent en exergue les principales conséquences néfastes issues de l'application d'une (trop) longue durée de protection des œuvres de l'esprit (2).

2) Les conséquences néfastes d'une durée trop longue de la protection

Coût des œuvres augmente avec la protection. La protection des œuvres de l'esprit, et notamment sa longue durée, implique l'augmentation des coûts de transactions. Tout particulièrement en ce qui concerne les œuvres dérivées. En effet, plus longue sera la protection, plus la période pendant laquelle des auteurs devront payer des droits pour adapter des œuvres protégées sera longue[1678]. L'application d'une durée trop importante du pouvoir de monopole octroyé par le législateur, si elle permet la maximisation du profit de chaque auteur (et des titulaires de droit), est également un frein à la création et à la diffusion de la connaissance et du savoir[1679]. La nécessité pour les auteurs de payer des licences

[1675] *Ibid*., p. 223
[1676] R. POSNER, *Do patent and copyright law restrict competition and creativity excessively?*, blog de Becker et Posner, 2012, disponible sur http://bit.ly/1z3o6s5, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 76
[1677] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Belknap Press, 1st ed., 2003 , p. 213
[1678] E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 5: « *Il y en a [des coûts de transaction associé au prolongement de la durée du droit d'auteur], car, pendant qu'une création est assujettie au droit d'auteur, elle n'est accessible qu'à plus grand frais qu'autrement, ou même pas du tout. Ceci interfère avec l'accès à l'information et, par ricochet, avec la création par filiation* »
[1679] F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003, pp. 74-75 ; voir également D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms, commlaw conspectus*, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 70 : « *[a]s a result of extremely long copyright terms and unclear fair use laws, we have clear evidence that, rather than serving as an incentive to create, excessively long copyright actually hinders creation. New artists, directors and writers are unable to create*

d'exploitation aux titulaires de droits afin de créer des adaptations d'œuvres protégées peut en effet les rebuter à réaliser cet exercice. Si le règlement de droits est logique dans le cadre de la création d'une adaptation, afin de rémunérer les auteurs et titulaires de droits de l'œuvre originale, cette démarche ne semble plus justifiée lorsque celle-ci a connu une exploitation de plusieurs dizaines d'années. En réduisant la durée actuelle de protection, les œuvres appartiendraient plus rapidement au domaine public ce qui permettrait une exploitation libre et gratuite de celles-ci à plus court terme, augmentant ainsi le nombre d'œuvres dérivées et par la même occasion le bien-être social. C'est pourquoi il est nécessaire que « *le droit d'auteur soit dans la pratique relativement étroit [et il est donc] préférable de limiter l'étendue de la protection en deçà de celle qui maximise le profit de chaque auteur* »[1680].

Baisse des coûts de production. Pollock a également soulevé la question des coûts de diffusion et de distribution des œuvres de l'esprit. En effet, comme il le relève très justement, si les avancées technologiques ont permis de faciliter la production et la circulation de copies contrefaites et donc illicites, il ne faut pas occulter qu'il en est de même pour les œuvres originales. Le prix de production et de distribution des œuvres originales a drastiquement baissé avec l'apparition du numérique, et pourtant ce fait n'est que peu présent dans les débats concernant les durées de protection des œuvres de l'esprit[1681] (et également la question du coût de l'accès aux œuvres).

Problème de l'identification des titulaires de droits. Le problème de l'identification des titulaires de droits est également à placer au centre du débat sur la durée de protection. Plus le temps s'écoule et plus la chaîne des droits est difficile à reconstituer, car le nombre de titulaires de droits d'une œuvre augmente généralement au fil du temps[1682]. Or, si l'identification des titulaires de droits devient plus complexe, la possibilité de négocier et/ou de souscrire à une licence d'exploitation ou d'adaptation l'est d'autant car il est obligatoire d'obtenir le consentement de l'ensemble des ayants droit pour obtenir ce type de licence. Le manque de transparence de la chaîne de droits peut impliquer des coûts de recherche et d'identification des titulaires de droits. Ces coûts s'additionnent aux charges « classiques » liées à la création et augmentent automatiquement le montant des investissements nécessaires au processus créatif, qui est donc de fait, entravé. De plus, cette situation pourrait impliquer que certaines œuvres ne seraient plus éditées et diffusées, faute d'obtention de l'autorisation légale de le faire auprès des ayants droit. L'identification des ayants droit est nécessaire à une diffusion optimale du savoir et de la connaissance, or l'application de longues durées de protection rend la détermination des ayants droit de plus en plus opaque (voir l'exemple de

---

derivative works without paying fees that can be so high as to make the cost of derivative works prohibitive or even impossible »

[1680] F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003, p. 75 (reprenant une notion développée par Landes et Posner)

[1681] R. POLLOCK, *Optimal copyright over time : technological change and the stock of works*, Review of economic research on copyright issues, 2007, vol. 4(2), 51-64, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1144288, p. 63 : « *This section was also noteworthy for its introduction of a formal approach to 'cultural decay'. This is the first time to our knowledge that this aspect of copyright has been incorporated into a formal model and, as demonstrated, it is central to understanding copyright dynamics. All our results have significant implications for policy. In recent times technological change has substantially reduced the costs of production and distribution of most copyrightable goods. Much of the existing policy discussion has focused, almost exclusively, on reductions in the costs of 'unauthorised' ('pirate') copies and has tended to assume that this necessitates an increase in the level of protection. However, as we pointed out, the costs of 'originals' have also fallen dramatically, and this change is likely to require a reduction in the strength of protection. Looking more generally at the case of technological change which reduces the production costs of both 'originals' and 'copies', the implications for copyright policy were ambiguous — not surprising given the two contrary effects at play — and we highlighted the key terms in need of empirical estimation if an unambiguous answer were to be obtained* »

[1682] Que ce soit du fait de cessions successives de pourcentages de droits d'exploitation liés à l'œuvre ou par l'arrivée de descendants de l'auteur de l'œuvre originale qui deviennent par héritage titulaires des droits de l'œuvre de leur aïeul

l'exploitation de la chanson « Happy Birthday » ci-dessous)[1683]. Généralement, plus le temps s'écoule et plus l'intérêt de réaliser des adaptations d'œuvres préexistantes augmente. La volonté de moderniser des œuvres anciennes ou dont la réalisation n'est plus d'actualité s'attise au fil du temps[1684]. C'est également l'enjeu de la protection des œuvres de l'esprit : trouver un équilibre entre la protection des œuvres originales et la création d'œuvres dérivées de celles-ci, car c'est cet ensemble qui constitue la culture. Or, cet équilibre n'est pas statique et évolue au fil du temps. Pour certains, cet équilibre pourrait être retrouvé grâce au principe du fair use et une application de plus en plus souple de celui-ci au fil du temps[1685]. Néanmoins, le principe du fair use étant une spécificité du droit américain, seule la réduction des délais de computation paraît être la solution la plus viable à ce problème dans le cadre des législations portant sur le droit d'auteur et du copyright afin de conserver une certaine harmonie à l'échelle internationale.

Problème de coûts. Comme le soulève Posner, les coûts d'identifications des titulaires de droits peuvent être une barrière significative à la création[1686]. Au-delà de la reconstitution de la chaîne de droits, le fait de savoir si une œuvre appartient au domaine public ou non peut également être emprunt de grandes difficultés[1687]. Considérer (même en toute honnêteté) qu'une œuvre appartient au domaine public alors qu'il n'en est rien présente des risques (judiciaires et financiers) car cela expose l'auteur de l'adaptation et ses divers exploitants au risque de se voir poursuivre pour contrefaçon de l'œuvre originale. Comme le rappelle le Professeur Khanna, si les œuvres publiées aux Etats-Unis avant 1923 appartiennent aujourd'hui au domaine public, certaines créées et publiées entre 1923 et 1964 évoluent dans une « zone grise », car leur protection est liée à l'effectivité du renouvellement de leurs copyrights[1688]. Or, le seul moyen officiel de vérifier si la protection du copyright a été renouvelée est de se déplacer au Copyright Office à Washington (il n'existe pas d'accès internet au registre des renouvellements opérés avant 1978) et de rechercher soi-même (ou de payer 165 dollars de l'heure le personnel de l'Office) au sein des archives l'enregistrement du

---

[1683] J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 434-435: « *Conversely, there may be quite strong reasons to be concerned about ensuring widespread access over time. The more time that elapses from creation, the more difficult it will be for a potential purchaser or licensor to determine who owns the copyright. The problems associated with finding the holders of copyrights have been welldocumented. In some cases, a work may no longer be published. In other cases, difficulties may result because the original author is deceased, and the heirs or devisees need to be identified and contacted. Alternatively, the more time has passed, the more likely it is that the copyright has been transferred to other parties, perhaps several times, and the more complicated it is to identify and contact the current holders* »

[1684] Voir les œuvres de Disney et de Marvel par exemple qui sont pour la très grande majorité des adaptations d'œuvres préexistantes

[1685] J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 435-436: « *In addition, as time passes, the interest in having works that build upon the original increases. As mentioned above, one of the trade-offs in copyright law involves balancing incentives between initial works and follow-on works. The elements of this trade-off vary across time. In the initial years of a copyright's term, we are more concerned with compensating the original author for his or her creative labor, since these years have the greatest incentive effect. Over time, however, that incentive wanes, as discussed above. Conversely, as developed in more detail in the following section, the longer a work has been available to the public the more it becomes a likely candidate for others to build upon. It becomes part of the stock of works that future authorshave encountered and upon which they might want to build. Even if it is possible to license the right to create a derivative work from the copyright holder, any license fee (not to mention the tracing and negotiation costs already discussed) serves to increase the cost (and reduce the incentives) for such follow-on works. Accordingly, to the extent that we are interested in balancing incentives for both initial and secondary works, fair use should vary over time* »

[1686] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Belknap Press, 1st ed., 2003 , p. 213, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 76

[1687] Voir précédemment le cas du discours de Martin Luther King

[1688] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 77

copyright concerné[1689]. Et quand bien même l'enregistrement du copyright serait ciblé (ainsi que la personne l'ayant réalisé) et daté, il est toujours difficile de savoir avec certitude si l'œuvre est toujours protégée ou appartenant au domaine public. L'université de Cornell, afin d'apporter de l'aide dans ce type de démarches, a créé un tableau complexe afin d'appréhender les difficultés liées à l'appartenance ou non d'une œuvre au domaine public américain[1690]. Et malgré ces lignes directrices, l'un des auteurs du tableau précité précisa que « *[e]ven with the chart in hand, it is impossible to determine absolutely the scope of the public domain in the U.S. or to say with 100% certainty that a work has risen into the public domain* »[1691] et c'est pourquoi il décida, en plus du tableau récapitulatif, de rédiger un guide complémentaire[1692]. Cette complexité, propre néanmoins au modèle américain, occasionne un manque de clarté et de transparence qui aboutit à l'augmentation significative des coûts de transaction et donc à une diminution du processus de production d'œuvres de l'esprit.

Exemple : l'affaire « *Happy birthday to you* ». L'affaire de la chanson « *Happy birthday to you* » (ci-après dénommée « *Happy Birthday* ») est un exemple concret de l'augmentation des coûts et des risques de confusion associés à l'application d'une durée particulièrement longue des délais de computation des œuvres de l'esprit. En tant que chanson, *Happy Birthday* peut être protégée par deux copyrights indépendants l'un de l'autre : l'un portant sur la musique, l'autre sur les paroles. La musique, empruntée à la chanson *Good Morning*, relève aujourd'hui sans conteste du domaine public. En revanche, un différend est apparu concernant la titularité des droits portant sur les paroles de la chanson. Selon la société Warner/Chappell Music Inc., les auteurs d'*Happy Birthday* ont transféré leurs droits sur les paroles à la société Summy Co., qui a publié et protégé les paroles en 1935. Par l'acquisition de différentes sociétés (dont Summy Co.), Warner s'estimait le propriétaire légitime de ce copyright. Selon plusieurs réalisateurs et sociétés de production qui refusaient de payer des royalties pour l'utilisation des paroles de la chanson *Happy Birthday*, rien ne prouvait que les droits avaient été transférés valablement à Summy Co., ni que Warner était le titulaire légitime de ces droits. Cette affaire fut donc portée devant les juridictions américaines, et une décision fut rendue le 22 septembre 2015[1693]. Pour trancher ce litige, la Cour de district de Los Angeles a dû retracer l'historique de la chanson *Happy Birthday*, puis des copyrights la protégeant, notamment celui portant sur ses paroles. Si les origines de la chanson *Good Morning* ne prêtent pas à discussion, celles de la chanson *Happy Birthday* sont beaucoup plus opaques. La seule référence officielle à ce titre date de 1901. L'intégralité des paroles a été publiée pour la première fois en 1911 dans un livre nommé *The Élementary Worker and His Work*. Ce dernier spécifiait que la chanson avait la même mélodie que *Good Morning*, mais ne faisait aucune référence aux éventuels auteurs des paroles. Ce recueil musical fut protégé par copyright à partir de 1911.

Confusion liée à une protection trop longue. En 1935, la société Summy Co. enregistra deux *copyrights* sur deux œuvres intitulées *Happy Birthday to You*. Dans le copyright E51990, il était précisé explicitement que la protection était demandée pour un « *[a]rrangement as easy piano solo, with text* », mais cette dernière précision n'a pas conduit

[1689] *Ibid*., p. 77

[1690] Université de Cornell, *Copyright term and the public domain in the United States*, Cornell Univ., Janv., 2014, disponible sur http://copyright.cornell.edu/resources/docs/copyrightterm.pdf , cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4 , p. 77

[1691] P. B. HIRTLE, *When is 1923 Going to arrive and other complications of the U.S. public domain*, Info Today, Sept. 2012, http://bit.ly/OQtVJD, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 77

[1692] *Id.*

[1693] United States District Court (California), 22 sept. 2015, case n° CV 13-4460-GHK (MRWx), *Rupa Marya, et al. v. Warner/Chappell Music, Inc., et al.*, disponible sur http://documents.latimes.com/happy-birthday-ruling/

la cour à considérer que ce copyright emportait la protection des paroles de l'œuvre. Selon les juges, seule la mélodie du piano était protégée. Le Copyright Office ne possédant plus de copie d'enregistrement de l'œuvre, il appartenait à Warner de prouver ses droits. Or, aucune des publications ou représentations des paroles de la chanson n'a jamais été accompagnée d'une référence explicite (« *credits* ») aux auteurs des paroles de la chanson. Constatant que les éléments de preuve apportés par Warner étaient insuffisants, le juge a considéré que l'assertion selon laquelle l'auteur des paroles aurait cédé ses droits en bonne et due forme à Summy Co. n'était pas recevable. Sur cette base, il est apparu que Warner/Chappell Music Inc. ne pouvaient justifier d'une quelconque propriété sur les paroles d'*Happy Birthday* ni imposer le versement de *royalties* pour leur utilisation commerciale. Cette décision représente une perte considérable pour Warner, qui serait ainsi potentiellement redevable de l'ensemble des royalties qu'elle aurait collecté frauduleusement, les royalties annuelles pour la seule utilisation d'*Happy Birthday* étant estimées à environ deux millions de dollars[1694]. Néanmoins, il ne résulte pas de cette décision que les paroles d'*Happy Birthday* font désormais partie du domaine public. En effet, les auteurs ayant réellement écrit ces paroles conservent des droits pouvant être détenus par une autre entité que Warner. Toutefois, au vu des faits, une telle éventualité reste quelque peu improbable.... mais prouve la complexité des chaînes de droits au fil du temps[1695]. Car au-delà de ceux qui ont fait le choix de payer des redevances à Warner, considérant la société dans son bon droit, d'autres ont pris le parti de ne pas utiliser les paroles d'*Happy Birthday*, par souci financier, ce qui présente bien une perte pour la société[1696].

Problème des œuvres orphelines. Les longues durées de protection sont également liées au problème actuel des œuvres orphelines. Comme le soulève la Commission sur les œuvres orphelines du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique : « *[o]n peut [...] s'inquiéter de la légitimité de l'accroissement répété de la durée des droits au détriment du public, voire de la création, et ce sans bénéfice pour les auteurs concernés. Si l'on considère que cette augmentation de la durée des droits contribue à l'augmentation du nombre d'œuvres orphelines et à la réduction du domaine public, faciliter l'usage gratuit des œuvres orphelines pourrait même être considéré comme une juste contrepartie, causant un tort patrimonial minimal aux ayants droit, et favorisant leur notoriété par l'accès à leur œuvre* »[1697]. Ces œuvres sont « *des œuvres comme des livres, des articles de journaux et de magazines, ou des films qui sont encore protégées par le droit d'auteur mais dont les auteurs ne sont pas connus ou ne peuvent pas être localisés ou contactés afin d'obtenir leur autorisation* »[1698]. Ainsi, ces œuvres toujours protégées mais dont l'identification des ayants droit est impossible impliquent un certain nombre de difficultés, et notamment l'impossibilité de les exploiter. En

---

[1694] Ch. MAI-DUC, *All the 'Happy Birthday'song copyright claims are invalid, federal judge rules*, *Los Angeles Times*, 22 sept. 2015

[1695] D. BELOT, *Happy Birthday, enfin dans le domaine public?*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, déc. 2015, p.7

[1696] R. DESROCHERS, *The song Happy Birthday to You is protected by copyright*, Street Directory, http://bit.ly/1AAm1WN : « *[i]t has been reported that restaurants such as Applebee's and Shoney's have developed songs that are used instead of "Happy Birthday to You" to avoid copyright infringement and avoid paying hefty royalties* », cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4 , p. 74-75 : « *[t]his is a cost that our society bears, not being able to hear the song that individuals prefer to hear* »

[1697] J. MARTIN et S-J. LIEBER, Commission sur les œuvres orphelines du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport du 19 mars 2008*, p. 49, disponible sur http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/40676-commission-sur-les-oeuvres-orphelines-rapport.pdf, voir également *Gowers Review of intellectual property – Response submitted by the British Library*, nov. 2006, disponible sur http://www.hm-treasury.gov.uk/media/5/6/british_library_375_132kb.pdf, p. 10

[1698] Directive 2012/28/EU du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_fr.htm, voir également les articles L. 135-1 et suivants du CPI

effet, sans identification des titulaires de droit, toute autorisation explicite nécessaire à l'utilisation ou l'exploitation de ces œuvres est impossible. Cette situation était quasiment inexistante lorsque les délais de computation étaient plus courts et que des formalités d'enregistrement étaient requises[1699]. Comme l'expliquait le Copyright Office en 2006 : « *legislation is necessary to provide a meaningful solution to the orphan works problem as we know it today* »[1700]. Une solution serait de simplement raccourcir les délais de computation[1701]. Pourtant, en 2012, la Librairie du Congrès, alors qu'elle exposait des arguments en faveur de l'extension de la durée du copyright, expliquait que « *extend[ing] the duration of copyright […] increased the likelihood that some copyright owners would become unlocatable* » et que le « *résultat net* » de l'extension du copyright « *has been that more and more copyright owners may go missing* »[1702].

Législation européenne et française. C'est notamment pour ces raisons que le cas des œuvres orphelines a fait l'objet d'une Directive européenne 2012/28/EU du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines[1703]. Cette Directive 2012/28/EU a instauré des règles concernant la numérisation et l'affichage en ligne des œuvres dites orphelines, afin de pallier l'éventualité que des œuvres orphelines à des collections des bibliothèques européennes puissent demeurer inexploitées en l'absence d'un cadre juridique concret. Cette directive permet notamment et selon certaines règles la mise à disposition légale au public d'œuvres orphelines en ligne. « *La nécessité de promouvoir la libre circulation des connaissances et des innovations dans le marché intérieur, […] [a motivé] la création d'un cadre juridique facilitant la numérisation et la diffusion des œuvres et autres objets protégés par le droit d'auteur ou des droits voisins et dont le titulaire de droits n'a pu être identifié ou, bien qu'ayant été identifié, n'a pu être localisé — les œuvres dites orphelines — […] qui participe à la conservation et la diffusion du patrimoine culturel européen, [et] qui est aussi important pour la création de bibliothèques numériques européennes, telles Europeana* »[1704]. Cette directive a été transposée en droit français par la loi n° 2015-195 du 20 février 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel et publiée au Journal officiel du 22 février 2015[1705]. Selon le droit français l'œuvre orpheline est définie comme « *une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses. Lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ces titulaires a été identifié et retrouvé, elle n'est pas considérée comme orpheline*

[1699] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 79

[1700] U.S. Register of copyrights, *Report on orphan works*, 2006, disponible sur http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf , cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 79

[1701] W. PATRY, *How to fix copyright*, Oxford University Press, 2011, p. 56-58, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms, commlaw conspectus*, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 79

[1702] *Orphan Works and Mass Digitization*, 77 Fed. Reg. 64555, 64556, Oct., 2012), cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 79

[1703] *Directive européenne 2012/28/EU du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines*, Journal officiel de l'Union européenne 27 octobre 2012 L.299/5, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_fr.htm

[1704] Considérants n° 1, 2 et 3 de la Directive européenne 2012/28/EU du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, Journal officiel de l'Union européenne 27 octobre 2012 L.299/5

[1705] *Loi n° 2015-195 du 20 février 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel*, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030262934

» (article L. 113-10 du CPI) et la loi du 20 février 2015 a créé de nouvelles dispositions particulières relatives à certaines utilisations d'œuvres orphelines codifiées aux articles L. 135-1 à 7 du CPI. L'article L. 135-1[1706] précise notamment que les œuvres orphelines ne peuvent être utilisées que : par l'un des organismes cités dans ce même article (bibliothèques, musées, services d'archives, établissements d'enseignement…), dans le cadre de missions culturelles, éducatives et de recherche, et à condition que cet organisme ne poursuive aucun but lucratif. Les œuvres orphelines concernées par ce type d'exploitation sont exclusivement « *les œuvres publiées sous la forme de livres, revues, journaux, magazines ou autres écrits faisant partie des collections des bibliothèques accessibles au public, des musées, des services d'archives, des institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore ou des établissements d'enseignement, à l'exception des photographies et des images fixes qui existent en tant qu'oeuvres indépendantes* » (même article). Le cadre juridique des conditions d'exploitation des œuvres orphelines est défini aux articles L.135-2[1707] et L.135-3[1708]. Il est à noté que ces exploitations spécifiques offertes par la loi de 2015 n'implique aucunement la possibilité d'une exploitation secondaire privée, l'objectif premier de la loi étant de permettre une diffusion et un accès du public à des œuvres qui devraient légalement (selon le droit d'auteur) rester inexploitées et inexploitables, faute de connaître leurs titulaires de droits. Dans cette démarche, on peut aujourd'hui citer des bases de données telles que « Forward »[1709], « Orphan Work Database » géré par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle[1710] ou encore le projet « ARROW »[1711] (pour *Accessible registries of rights information and orphan works towards Europeana*)[1712].

[1706] L'article L.135-1 du CPI créé par Loi n°2015-195 du 20 février 2015 - art. 4 définit les œuvres orphelines concernées par cette mesure de numérisation et d'exploitation spécifiques : « *[s]ont soumises au présent chapitre : 1° Les œuvres orphelines, au sens de l'article L. 113-10, qui ont été initialement publiées ou radiodiffusées dans un Etat membre de l'Union européenne et qui appartiennent à l'une des catégories suivantes : a) Les œuvres publiées sous la forme de livres, revues, journaux, magazines ou autres écrits faisant partie des collections des bibliothèques accessibles au public, des musées, des services d'archives, des institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore ou des établissements d'enseignement, à l'exception des photographies et des images fixes qui existent en tant qu'œuvres indépendantes ; b) Les œuvres audiovisuelles ou sonores faisant partie de ces collections ou qui ont été produites par des organismes de radiodiffusion de service public avant le 1er janvier 2003 et qui font partie de leurs archives. Le fait pour un organisme mentionné aux a et b de rendre une œuvre accessible au public, avec l'accord des titulaires de droits, est assimilé à la publication ou à la radiodiffusion mentionnées au premier alinéa du présent 1°, sous réserve qu'il soit raisonnable de supposer que les titulaires de droits ne s'opposeraient pas aux utilisations de l'œuvre orpheline prévues à l'article L. 135-2 ; 2° Toute œuvre considérée comme orpheline dans un autre Etat membre en application de l'article 2 de la directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines* »

[1707] Article L. 135-2 du CPI créé par Loi n°2015-195 du 20 février 2015 - art. 4: « *Les organismes mentionnés au 1° de l'article L. 135-1 ne peuvent utiliser les œuvres mentionnées à ce même article que dans le cadre de leurs missions culturelles, éducatives et de recherche et à condition de ne poursuivre aucun but lucratif et de ne percevoir, le cas échéant et pour une durée ne pouvant excéder sept ans, que les recettes couvrant les frais découlant directement de la numérisation et de la mise à la disposition du public des œuvres orphelines qu'ils utilisent. Ils mentionnent le nom des titulaires de droits identifiés, respectent le droit moral de ces derniers et communiquent les informations prévues au 2° de l'article L. 135-3 ou à l'article L. 135-4. Cette utilisation est faite selon les modalités suivantes : 1° Mise à la disposition du public d'une œuvre orpheline de manière que chacun puisse y avoir accès de sa propre initiative ; 2° Reproduction d'une œuvre orpheline à des fins de numérisation, de mise à disposition, d'indexation, de catalogage, de préservation ou de restauration* »

[1708] Article L135-3 du CPI créé par Loi n°2015-195 du 20 février 2015 - art. 4: « *Un organisme mentionné au 1° de l'article L. 135-1 ne peut faire application de l'article L. 135-2 qu'après avoir: 1° Procédé à des recherches diligentes, avérées et sérieuses des titulaires de droits, en application du premier alinéa de l'article L. 113-10, dans l'Etat membre de l'Union européenne où a eu lieu la première publication ou, à défaut de celle-ci, la première radiodiffusion de l'œuvre. Ces recherches comportent la consultation des sources appropriées pour chaque catégorie d'œuvres. Lorsque l'œuvre n'a fait l'objet ni d'une publication, ni d'une radiodiffusion mais a été rendue accessible au public dans les conditions définies au dernier alinéa du 1° de l'article L. 135-1, ces recherches sont effectuées dans l'Etat membre où est établi l'organisme qui a rendu l'œuvre accessible au public. Pour les œuvres audiovisuelles, les recherches sont effectuées dans l'Etat membre où le producteur a son siège ou sa résidence habituelle ; 2° Communiqué le résultat des recherches mentionnées au 1°, ainsi que l'utilisation envisagée de l'œuvre orpheline, au ministre chargé de la culture, ou à l'organisme désigné à cette fin par celui-ci, qui le transmet sans délai à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur mentionné au paragraphe 6 de l'article 3 de la directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, précitée aux fins de l'inscription de ces informations dans la base de données établie par cet office à cet effet* »

[1709] http://project-forward.eu/

[1710] https://euipo.europa.eu/ohimportal/fr/web/observatory/orphan-works-database

Approvisionner le domaine public. Les modèles actuels du droit d'auteur et du copyright impliquent que la durée de la protection s'écoulant avant une appartenance des œuvres au domaine public avoisine le siècle. Cette situation freine clairement la créativité sur plusieurs niveaux (augmentation des coûts de transaction et de production, difficultés et incapacité de déterminer les titulaires de droits…), nuit aux objectifs de l'éducation (en freinant l'accès à la connaissance), et contribue à la remise en cause d'un système de protection de plus en plus discuté[1713]. La réduction des délais de computation du modèle, à l'ère du numérique, permettrait d'approvisionner constamment et plus largement le domaine public et donc de participer au bien-être social. La mise en place d'une base de données regroupant toutes les œuvres protégées (ou ayant été protégées) qui serait financée par l'application d'un système de droits pécuniaires d'enregistrement et de renouvellement des durées de protection pourrait peut-être aboutir à une meilleure information du public et des auteurs d'œuvres dérivées concernant les œuvres en circulation et leur appartenance (ou non) au domaine public[1714]. Cette réalité économique et sociale implique donc de construire un nouveau modèle de protection afin de retrouver un équilibre entre les intérêts des créateurs, des exploitants et du public soit retrouvé (Section II).

Section II. Fondements d'un nouveau modèle de protection

La recherche d'une durée optimale de la protection n'est pas chose aisée, toutefois, il est évident aujourd'hui qu'appliquer des délais de computation qui tendent vers zéro ou l'infini (perpétuels donc) n'est clairement pas adéquat ou efficient pour l'ensemble des acteurs du marché de la culture[1715]. Néanmoins, les incertitudes et les barrières liées à la fixation d'une durée de protection (potentiellement) optimale n'a pas à freiner la quête d'une réforme générale du modèle actuel de protection. Si nous étions capables de « purger » nos esprits du modèle actuel de protection, nous penserions certainement et sérieusement à raccourcir les délais de computation, à instaurer un système d'enregistrement (ou du moins un processus de revendication des droits de protection), à diminuer le champ d'application du droit d'auteur et du copyright et à repenser le concept de propriété associé à la protection des œuvres de l'esprit[1716]. A cet égard, le public, tout comme les spécialistes de la matière, se doit de prendre sa part de responsabilité dans le cadre d'une réforme potentielle du modèle de protection: car s'il fut presque inexistant concernant l'opposition aux diverses augmentations récentes de la durée de la protection[1717], le refus, par exemple, du Stop Online Piracy Act[1718], a prouvé que

---

[1711] https://www.arrow-net.eu/

[1712] http://www.bnf.fr/documents/arrow_presentation.pdf

[1713] B. W. FRAZIER, *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012, p. 238-239 : « *[t]his has stifled the creativity of the public, harmed the goals of education, and contributed to an overly litigious copyright system* »

[1714] *Ibid*., p. 238-239 : « *With an up-to-date database of all copyrighted works-entirely funded by renewal fees-the public would have instant access to information regarding who owns a copyrighted work and when certain works will enter the public domain. Such a database would benefit both copyright owners, who could easily be contacted by potential licensees, and artists, who are able to avoid copyright infringement while gaining access to an endlessly renewing public domain of work* »

[1715] M. J. SAG, *Beyond abstraction: the law and economics of copyright scope and doctrinal efficiency*, 81 Tul. L. Rev., 187, 2006 - 2007, p. 223 : « *First, it can be said with a high degree of confidence that a level of copyright scope that approaches either zero or infinity will be suboptimal* »

[1716] P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, pp. 779

[1717] Voir précédemment

la voix du peuple pouvait compter et après tout « *legislators still have to get elected. If we have the votes, we will ultimately get the reforms that we need* »[1719]. Il est donc aujourd'hui de la responsabilité de chacun de s'interroger sur les éléments du modèle actuel de protection à réformer (§I). Si la plupart des juristes et économistes qui se sont penchés sur la question revendiquent aujourd'hui que la durée de protection actuelle doit être réduite par le législateur, il semble que le nouveau modèle de protection devrait se fonder, afin d'être plus adapté mais surtout, plus efficient, sur celui développé par Landes et Posner (§II).

§ I. Réflexions générales sur la réforme du modèle actuel

Le législateur, à l'échelle nationale et internationale, prête peu d'attention à l'idée d'une construction d'un modèle de protection plus simple, moins onéreux et impliquant un meilleur système de diffusion des œuvres protégées dans lequel les intermédiaires ne seraient pas les premiers bénéficiaires des droits de protection : la situation est parfaitement inverse, les ayants droit influencent le législateur afin que les droits des distributeurs soient renforcés et que le contrôle sur les œuvres soit toujours plus important, afin de compenser la baisse de l'incitation à la création issue de l'augmentation des copies illégales[1720]. Donc, si le modèle actuel, reposant sur une protection centrée sur les distributeurs de contenu, et évolue aujourd'hui dans un monde connecté et dématérialisé impliquant une baisse substantielle des coûts de diffusion, il serait de bon ton de réorienter les bénéfices issus de ce système[1721]. Car les derniers renforcements du contrôle des distributeurs sur les œuvres ne semblent clairement pas avoir profités aux auteurs, contrairement à ce que les ayants droit prétendaient… Aussi, « *[p]erhaps the classic picture of copyright is too far removed from its reality to be useful* »[1722], et il est temps de s'interroger sérieusement sur la modernisation du modèle actuel afin de le rendre plus juste, et surtout plus bénéfique aux auteurs et au public (A), comme ont déjà pu le faire, de manière particulièrement judicieuse les spécialistes Landes et Posner (B).

A. Principes indispensables du modèle actuel à réformer

S'il semble donc évident qu'il est nécessaire aujourd'hui de réformer le modèle de protection (1) afin d'adapter celui-ci aux nouveaux enjeux technologiques, il est également possible que cette redéfinition des droits exclusifs implique de nouvelles aires d'ambiguïté et aboutisse à un modèle encore plus complexe. Néanmoins, le sujet doit être lancé et étudié attentivement[1723]. Il existe deux critères majeurs à considérer concernant les délais de computation : le point de départ du terme (2), et si oui ou non ce terme est renouvelable (3).

[1718] Le *Stop Online Piracy Act* (ou "*SOPA*" et "*H.R.3261*"), est une proposition de loi déposée le 26 octobre 2011 à la Chambre des représentants des États-Unis le 26 octobre 2011 par le représentant républicain Lamar S. Smith mais reportée sine die depuis le 20 janvier 2012 du fait de l'opposition générale de ce texte par le public américain
[1719] P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, pp. 779
[1720] J. LITMAN, *Real Copyright Reform*, 96 Iowa L. Rev. 1, 2010-2011, p. 26
[1721] *Ibid*., p. 29
[1722] *Ibid*., p. 29
[1723] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1189

1) Fondement de la réforme

La réforme du modèle impliquerait donc une remise en cause de la concentration excessive des droits attribués aux distributeurs, qui sont depuis de nombreuses années les premiers bénéficiaires de la protection telle qu'elle est encadrée et appliquée[1724]. En effet, la chute considérable des coûts de distribution, notamment depuis l'essor d'internet et du numérique, et cette concentration des droits entre les mains des distributeurs (originellement pour protéger leurs investissements) ne semble désormais plus légitime, en tout cas pour une durée si longue et dans un champ d'application si vaste[1725]. D'autant que malgré les récentes explications des titulaires de droits[1726], et aussi surprenant que cela puisse paraître, alors que les revenus baissent, la production globale (notamment dans les domaines musical et cinématographique) augmente[1727], ce qui est particulièrement favorable au public. Et toujours contrairement au propos des lobbyistes de l'industrie culturelle, une protection plus large (et donc plus longue) n'est pas forcément source de création d'emplois, et ceci, simplement parce qu'une substitution s'opère entre les métiers liés au domaine culturel et ceux d'autres secteurs[1728]. Ce raisonnement peut s'appliquer également aux transferts de richesse : si le public paye plus pour accéder à la culture, celui-ci aura moins d'argent à consacrer à autre chose. Un euro supplémentaire pour les titulaires de droits implique un euro de moins pour tous les autres. Or, élargir et proroger la protection pour que les ayants droit obtiennent des millions d'euros supplémentaires (à se partager), et puissent potentiellement créer des postes dans le secteur culturel, signifie également qu'une réduction d'autant de millions d'euros sera supportée par d'autres secteurs d'activité[1729]. C'est la théorie qu'exprimait depuis déjà bien longtemps Bastiat[1730]. De plus, il a été prouvé que l'augmentation des revenus de l'industrie culturelle (issue de l'augmentation des délais de computation) n'impliquait aucunement une augmentation du volume de production des œuvres de l'esprit[1731].

[1724] Voir précédemment

[1725] J. LITMAN, *Real Copyright Reform*, 96 Iowa L. Rev. 1, 2010-2011, p. 55: « *Our copyright system still bears the imprint of its original design. In 1790, reproduction and distribution were expensive, and Congress chose to give authors narrow, short-lived, alienable rights in the works they created and to encourage them to transfer those rights to distributors in return for publication and, sometimes, a little money. Distribution is no longer so expensive. Copyright rights are no longer so narrow. Copyright terms are no longer short. Copyrights are still, however, alienable, and the system still encourages creators to convey all of their rights to distributors in return for dissemination and, sometimes, a little money. The justifications for concentrating copyrights in distributors' hands make less sense today, when copyrights last lifetimes and cover myriad uses that might intrigue different sorts of distributors at different times, and when mass distribution no longer requires massive capital investment. The opportunities offered by inexpensive digital distribution allow us to think seriously about enhancing copyright's legitimacy by building the copyright system so that it better meets the needs of creators and of readers, viewers, and listeners. That's a conversation that all of us need to be having, now, while copyright revision is still just beginning* »

[1726] Voir précédemment les parties de la thèse concernant le lobbying en faveur d'une protection plus longue et plus large

[1727] G. S. LUNNEY Jr., *Copyright mercantilist turn*, 42 Fla. St. U. L. Rev., 95, 2014-2015, p. 109

[1728] *Ibid*., p. 137

[1729] *Ibid*., p. 137: « *Broader copyright does not create jobs; it simply substitutes jobs in the copyright sector for jobs elsewhere. For copyright owners to receive more for their works, consumers must pay more. If consumers pay more for original works, they will necessarily have less for everything else. An extra dollar for copyright owners means a dollar less for everyone else. Broadening copyright so that copyright owners earn millions more means millions less everywhere else in the economy. Those millions may generate more jobs in the copyright sector, but they do so not by employing resources that would otherwise go unused or wasted. Rather, they do so by taking those resources from elsewhere in the economy (Based on Bastitat's modele)* »

[1730] *Ibid*., pp. 150-151: « *As Bastiat long ago explained, government action that increases revenue to one sector of the economy necessarily reduces revenue to every other sector of the economy. Whether this is done through a direct tax-and-subsidy scheme or through an indirect subsidy such as copyright, the result is the same. If broader copyright means more revenue and more jobs in the copyright sector, it necessarily means less revenue and hence fewer jobs everywhere else. For that reason, the jobs argument cannot justify broader copyright. While the public good character of original works and the ease with which they can otherwise be copied may justify some level of copyright protection, they justify only that level of protection needed to enable individuals to recover a fraction of their respective work's value both comparable to and neither higher nor lower than that recoverable for creative work elsewhere in the economy* »

[1731] Voir chapitre sur les études empiriques (Chapitre 2 §2)

Remise en cause du modèle. Certains spécialistes vont même jusqu'à penser que le modèle de protection actuel a largement dépassé le point d'équilibre sur lequel il se fonde et est plus néfaste que s'il n'existait aucune protection sur les œuvres de l'esprit, car il a pour conséquence un net déséquilibre quant à une allocation optimale des ressources (l'évolution du modèle étant principalement dictée exclusivement par les intérêts d'un groupe minoritaire sur le marché, les industries culturelles, et non ceux de la société)[1732]. Le modèle de protection est devenu dépassé, voire périmé, du fait des dernières avancées technologiques, et il est donc nécessaire de le réformer afin de l'adapter aux enjeux modernes et la nouvelle réalité qu'ils impliquent[1733]. Le fait que la copie d'œuvres soit facilitée par les nouvelles technologies, principalement par l'apparition des supports dématérialisés, et ait pour éventuelle conséquence la diminution du nombre d'emplois dans certains secteurs de la culture, ne peut justifier la prorogation des délais de computation. Prétendre le contraire, et augmenter la durée de protection dans l'optique de maximiser le profit des titulaires de droits, et peut-être augmenter l'emploi des industries culturelles, ne ferait qu'aggraver la situation[1734]. Aujourd'hui, le modèle de protection concentre les droits et les bénéfices dans les mains des intermédiaires, non celles des créateurs et auteurs. Si cette situation pouvait se justifier auparavant, principalement par les coûts et investissements engagés par ces intermédiaires, cette réalité économique n'est plus fondée de nos jours ; et c'est pourquoi la réforme du modèle de protection doit être motivée par une réallocation des droits de protection en faveur des auteurs, une plus grande liberté d'accès aux œuvres pour le public, et surtout moins de contrôle des droits et des œuvres par les intermédiaires[1735]. Si actuellement, même les lobbyistes des industries de la culture étaient eux-mêmes persuadés qu'une réforme du modèle est nécessaire, il n'y a aucune chance qu'ils le recommandent et participent à une diminution des avantages de leurs clients ; c'est pourquoi il est nécessaire de s'interroger également sur la manière dont les lois concernant la protection des œuvres de l'esprit sont rédigées, car il y a peu de chances que le législateur change sa façon d'appréhender le modèle de protection et décide de réaliser une refonte de celui-ci[1736]. Si pallier cette réalité semble compromis à court terme, il n'en reste pas moins qu'un débat plus large et généralisé sur les raisons pour lesquelles le modèle n'est plus aujourd'hui adapté, fonctionnel et efficient, et quels changements sont nécessaires sur ce point pourrait changer les choses et aboutir à une reconsidération des enjeux de la protection[1737].

Conclusion. S'il paraît aujourd'hui certain qu'aboutir à un consensus concernant la réduction de la durée de la protection ou l'application d'un terme initial de protection potentiellement renouvelable semble peu réalisable, il est toutefois envisageable d'accorder les principaux acteurs du marché de la culture sur la nécessité d'établir un compromis sur la durée des délais de computation[1738]. C'est pourquoi de nombreuses études vantent les mérites du principe

[1732] *Ibid*., p. 143 : « *Unfortunately, there is good reason to believe that copyright today is already well past the crossover point and is affirmatively making us worse off than we would be with no copyright. That reason is Congress. Just as markets for goods and services will fail to achieve a Pareto optimal allocation of resources in predictable circumstances, so too will political markets. In a representative democracy, political markets fail, inter alia, when the interests of a dispersed interest group, such as consumers, and those of a concentrated interest group, such as the copyright industries, collide. Whether we think of our elected representatives as public-minded servants of the people or as venal and corrupt crooks merely waiting their turn to be indicted, Congress is systematically likely to enact measures that benefit a concentrated group at the expense of a dispersed group, even when the measures represent nothing more than undesirable rent-seeking* »
[1733] M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 101
[1734] G. S. LUNNEY Jr., *Copyright mercantilist turn*, 42 Fla. St. U. L. Rev., 95, 2014-2015, p. 150-151
[1735] J. LITMAN, *Real Copyright Reform*, 96 Iowa L. Rev. 1, 2010-2011, p. 1
[1736] *Ibid*., p. 53
[1737] *Ibid*., p. 53
[1738] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1185

d'enregistrement des œuvres, qui participerait à une meilleure traçabilité de celles-ci, ou encore la création d'un système qui permettrait aux auteurs de dédier leurs œuvres au domaine public[1739]. S'il n'y a pas de débat concernant le fait que la protection devrait être accordée dès la création de l'œuvre (et sa fixation), le point de départ du calcul du délai du terme de protection est plus difficilement appréhendable. C'est pourquoi la base de l'étude d'une potentielle réforme débute assez logiquement par l'analyse des différentes possibilités concernant la fixation d'un point de départ du calcul des délais de computation (2).

2) Point de départ du calcul de la protection

Date de création. Ce choix de la date de création comme point de départ du calcul de la protection permet de combler le fossé temporel qui existait auparavant entre création et enregistrement, d'éviter les incertitudes liées à la définition de la « publication », et permet de centrer toute la protection du copyright sous un unique régime (il n'existerait plus, en effet, de copyright de droit commun et de statutory copyright dans ce cas-ci, comme cela a pu être le cas auparavant aux Etats-Unis et en Angleterre[1740]). Cela règle aussi le problème des œuvres qualifiées de « non-publiées ». Néanmoins, si une protection de l'œuvre semble justifiée dès sa création, notamment dans l'optique d'offrir à l'auteur une certaine sécurité juridique, une difficulté considérable se pose dans ce cas de figure : comment arrêter la date de création lorsque l'œuvre a demandé un processus de création très long, ayant comporté plusieurs étapes de révision? En effet, dans le cas où la date choisie serait la date de début de création, un auteur qui aurait un processus créatif très long se verrait perdant au niveau de la durée d'exploitation. Si la date choisie est la finalisation de l'œuvre, alors se pose la question de l'insécurité juridique liée à la période pendant laquelle l'auteur développe son œuvre : celle-ci n'est pas protégée explicitement[1741]. De plus, il n'est pas évident de fixer la date de terminaison du travail (l'auteur pourrait d'ailleurs jouer sur cette subtilité pour retarder l'échéance du calcul). Ainsi, la création (même si celle-ci devrait marquer le début de la protection) ne semble pas le point de départ du calcul des délais de computation le plus adapté.

Date de publication. Il existe plusieurs arguments, la plupart basés sur la « *continuité* »[1742], pour défendre la date de publication comme point de départ du délai de protection des œuvres publiées. L'un d'eux est le fait que certaines catégories d'œuvres ne peuvent se voir accorder qu'un délai de protection démarrant à la date de publication : les œuvres « *make for hire* », les œuvres anonymes et pseudonymes ou encore les œuvres collectives. Les objections principales à ce choix de la date de publication comme point de départ du calcul sont principalement au nombre de deux : a) il est difficile dans de nombreuses situations de déterminer si oui ou non l'acte de publication a eu lieu ; b) selon la définition élaborée de la publication, certaines formes de diffusion de l'œuvre ne peuvent être qualifiées de « publication » ce qui pose problème en termes de cohérence et de sécurité juridique pour l'auteur et les titulaires de droit. L'expérience a prouvé que l'application de l'acte de publication comme point de départ du calcul des délais de computation aboutissait parfois à une confusion et une certaine ambiguïté concernant la date, le lieu et si oui ou non une œuvre

[1739] *Ibid*., p. 1185
[1740] Voir Partie I de la thèse
[1741] *Hearings held before the Committee on Patents*, House of Representatives, 74th Cong., 2d Sess. (Feb., Mar. and Apr., 1936), cité par J. J. GUINAN, Jr., *Study No. 30 Duration of Copyright*, January 1957, 2 Georges S. Grossman Omnibus Copyright Revision History 53, 2001, p. 72
[1742] *Ibid*., p. 70

était effectivement « publiée », ce qui compliquait d'autant le calcul du terme de protection dans le cadre de ce modèle de protection[1743]. Cet argument est particulièrement explicite au vu de la jurisprudence américaine liée à l'application de la loi sur le copyright pré-1976, notamment l'affaire *Martin Luther King*[1744]. De plus, lorsque la création d'une œuvre est réalisée de manière progressive, le choix d'un point de départ du calcul du délai de protection fondé sur la date de « *première publication* » paraît inadapté, tout comme lorsque la diffusion de l'œuvre s'opère de manière évolutive (la diffusion progressive), l'acte de première publication étant difficilement identifiable[1745]. Cette situation est notamment courante depuis la dématérialisation des œuvres et leur diffusion via le réseau internet. En effet, comme le précise les Professeurs Benghozi et Paris, « *la diffusion sur réseau, par exemple, se traduit rarement par une rupture nette entre un avant (où rien n'existe) et un après (quand l'œuvre est diffusée). Le plus souvent, les œuvres mises en exploitation continuent à se transformer au fil du temps (au fil des perfectionnements, réutilisations, adaptations, mises à jour, remix...) et ouvrent, à ce titre, des périodes de protection indéfinies. Là encore, la situation ne correspond plus au modèle qui s'est construit au départ pour un auteur produisant une oeuvre identifiable diffusée à un moment donné, qui peut espérer en jouir sa vie durant en cas de succès* »[1746].

Date de première présentation au public (« *date of first public dissemination* »[1747]). La « *Dissemination* » ou « *présentation* » est un acte positif portant l'œuvre à la connaissance du public par quelque moyen que ce soit : ainsi, au-delà de la distribution de copies, la « dissémination » implique les performances publiques, les expositions… Néanmoins, on retrouve un aspect similaire au choix de la date de première publication, la définition du terme implique d'importants enjeux selon sa rédaction (plus ou moins claire) et peut aboutir à une certaine opacité voire une confusion qui impliquerait de nombreuses difficultés concernant le calcul des délais de computation. Néanmoins, le problème de l'incertitude des dates de premières publication, dissémination ou présentation au public peut être toutefois réglé par l'application d'un point de départ au premier janvier de l'année civile suivant cet acte. Il n'est ainsi pas nécessaire de connaître avec exactitude et certitude le jour exact de première publication et cette caractéristique permet une certaine marge de manœuvre sécuritaire pour l'auteur et les titulaires de droit. C'est d'ailleurs ce principe qui est utilisé pour le calcul du délai de protection des œuvres pseudonymes, anonymes et collectives en France. Comme le dispose l'article L. 123-3 alinéa 1 du CPI : « *[p]our les œuvres pseudonymes, anonymes ou collectives, la durée du droit exclusif est de soixante-dix années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle où l'oeuvre a été publiée. La date de publication est déterminée par tout mode de preuve de droit commun, et notamment par le dépôt légal* »[1748]. On notera également que cet article évoque, à titre de preuve, la possibilité d'effectuer un « *dépôt légal* ».

Date d'enregistrement. Si le choix de la date d'enregistrement (et donc d'une formalité) règle les problèmes de l'identification précise de la date de départ du calcul du délai de computation et des œuvres non publiées (car celles-ci peuvent néanmoins être enregistrées), il

[1743] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1184
[1744] Voir précédemment
[1745] P.-J. BENGHOZI et T. PARIS, *Évolutions économiques et nouveaux modèles de protection de la propriété littéraire et artistique*, Réseaux, 1998, volume 16, n°88-89. pp. 18-19
[1746] *Ibid*., pp. 18-19
[1747] *Hearings held before the Committee on Patents*, House of Representatives, 74th Cong., 2d Sess. (Feb., Mar. and Apr., 1936), cité par J. J. GUINAN, Jr., *Study No. 30 Duration of Copyright*, January 1957, 2 Georges S. Grossman Omnibus Copyright Revision History 53, 2001, p. 72
[1748] Article L. 123-3, alinéa 1 CPI

en soulève un autre non moins conséquent : la période qui s'écoule entre la création de l'œuvre et son enregistrement. Aussi, l'obligation d'imposer un délai pour enregistrer son œuvre paraît nécessaire dans ce cas[1749]. De plus, l'obligation d'enregistrement engendrera certainement des coûts supplémentaires pour les auteurs et les titulaires de droit, ce qui provoquera certainement une levée de flambeau à l'encontre de ce système. A l'international, dans le cadre d'une harmonisation globale, il faudra nécessairement s'interroger sur le lieu d'enregistrement officiel (pays d'origine de l'œuvre, territoire sur lequel la protection est demandée ?), ce qui compliquera nécessairement la simplification d'une reconnaissance générale ; ainsi que revoir certains textes (telle la Convention de Berne) qui interdisent les formalités conditionnelles à l'obtention de la protection.

Date de décès de l'auteur. Le terme des délais de computation fondé sur une durée post mortem auctoris est le système de calcul le plus prisé dans le monde aujourd'hui. Ce calcul de la durée de protection repose sur la seule date de la mort de l'auteur, et ceci, pour l'ensemble des œuvres d'un même auteur. Ceci garanti la protection des œuvres de l'auteur pendant (au minimum) l'intégralité de sa vie[1750]. L'avantage est que ce système de calcul de la durée s'applique à pratiquement toutes les œuvres de l'auteur (exception : œuvre posthume) et facilite la détermination du délai de protection pour l'ensemble de son œuvre. De plus, toutes les œuvres de l'auteur sont protégées dès leur existence et il n'est plus question de définir, déterminer et fixer d'éventuelles dates de création, publication ou encore « dissémination » au public. Autre point positif, l'ensemble des œuvres (hors exception) d'un même auteur appartiendront au domaine public le même jour. Mais ce dernier point peut également être perçu comme négatif : en effet, la durée de la protection étant liée uniquement à la date de décès de l'auteur et non à la « vie » de l'œuvre, suivant la date de création, celle-ci sera assujetti à une protection (et donc une exploitation exclusive) plus ou moins longue, ce qui ne semble pas juste ni logique économiquement parlant[1751]. Les arguments suivants vont également à l'encontre de ce système de calcul: la difficulté que peut représenter la connaissance de la date exacte de la mort de l'auteur (mais cet argument est difficilement recevable[1752]); les disparités de durée de protection issue de la différence de durée de vie des auteurs (qui a pour conséquence la non connaissance de la véritable durée de la protection en amont) ; ce système ne peut s'appliquer qu'à des auteurs « individus » (impossibilité de le faire pour des œuvres *make for hire*, anonymes et pseudonymes ou encore collectives). Suite à la fixation d'un point de départ du délai de protection, il est nécessaire dans le cadre d'une étude de la structure du calcul des délais de computation, de s'interroger sur la structure du terme de protection (3).

3) Structure du terme (unique ou renouvelable)

Durée de protection écourtée. La durée de la protection a pour but de motiver l'auteur et de l'encourager dans son travail créatif en lui assurant qu'en cas de succès il obtiendra une juste

[1749] *Hearings held before the Committee on Patents*, House of Representatives, 74th Cong., 2d Sess. (Feb., Mar. and Apr., 1936), cité par J. J. GUINAN, Jr., *Study No. 30 Duration of Copyright*, January 1957, 2 Georges S. Grossman Omnibus Copyright Revision History 53, 2001, p. 73

[1750] Avant l'application d'une durée de protection post mortem auctoris du copyright il était possible que l'œuvre d'un auteur tombe dans le domaine public américain de son vivant

[1751] En effet, qu'est-ce qui justifie qu'une œuvre soit exploitée pour une durée moins longue par les titulaires de droits sur la seule base qu'elle a été réalisée peu de temps avant la mort de son auteur?

[1752] Difficilement recevable car si les cas où il a été impossible de déterminer la date exacte de la mort d'un auteur sont rares, le fait de faire démarrer exactement le début de la période de protection au premier jour de l'année civile suivant la date de la mort de l'auteur permet de combler une éventuelle erreur approximative.

rémunération voire un profit économique conséquent. Bien entendu, certains auteurs n'ont pas besoin d'une perspective de réussite économique pour créer, mais il est évident que le secteur artistique et culturel sera plus prolifique s'il existe une juste contrepartie aux efforts créatifs et au temps dédié à la réalisation d'œuvres littéraires et artistiques. De plus, cette rémunération intéresse également l'entourage proche de l'auteur, en premier lieu sa famille, qui participe également, ne serait-ce que par sa proximité, à l'effort créatif (ou du moins en supporte les inconvénients quotidiens). Etablir une durée de protection adéquate est aussi essentiel au dispositif de diffusion/distribution des œuvres. En effet, seul la garantie d'une durée significative d'un droit d'exploitation exclusif permettra aux éditeurs et distributeurs de contenu de s'engager financièrement dans l'exploitation des œuvres. Cette période de protection est pour eux la garantie d'un retour économique sur investissement. Le premier bénéficiaire de ses investissements dans la diffusion des œuvres étant le public qui profite d'un accès facilité aux œuvres. Or, s'il semble particulièrement difficile aujourd'hui d'établir avec certitude une durée de protection optimale, il est néanmoins certain que la durée actuelle de la protection est trop longue et doit être réduite[1753]. A cette fin, et sans établir arbitrairement une durée de protection qui pourrait paraître infondée, il paraît judicieux de mettre en place un système de renouvellement qui permettrait *a minima* de réduire la durée actuelle des délais de computation, ne serait-ce que pour les œuvres dont l'intérêt commercial n'est pas assez élevé aux yeux des titulaires de droit pour justifier l'acquittement de frais supplémentaires à l'obtention d'une durée plus longue.

Terme unique ou terme renouvelable. Le terme renouvelable permettrait, dans le cas où un auteur ne ferait pas de demande de renouvellement, de faire tomber automatiquement l'œuvre dans le domaine public. Ce qui serait profitable au public qui aurait accès à celle-ci plus tôt que prévu. Néanmoins, une réponse logique à cette idée serait de soulever que si un auteur délaisse son œuvre c'est qu'elle a peu d'intérêt et l'accès à cette œuvre désormais appartenant au domaine public serait donc négligeable. Mais ce manque d'intérêt de l'œuvre aux yeux de son auteur serait très certainement uniquement lié à sa dimension économique, or rien n'empêche de croire que si cette œuvre a peu de réussite commerciale (pour toute raison) elle ne peut être la base d'une adaptation d'un intérêt bien plus grand. L'intérêt également d'un renouvellement est la possibilité lors de cette étape de remettre à jour les titulaires de droits, ce qui facilite d'autant leur recherche dans le cas d'une éventuelle utilisation de l'œuvre. Un terme renouvelable, dans le cas où celui-ci serait « non mobilisable » en amont (entendre : une impossibilité de céder les droits patrimoniaux correspondant à cette période) pourrait permettre aux auteurs de renégocier ces droits à la hausse en cas de succès (mais le prix accordé en amont serait logiquement moins élevé que pour l'ensemble des deux termes ce qui, finalement, favoriserait essentiellement les auteurs les plus lucratifs). Mais ce renouvellement pourrait avoir un coût pour l'auteur et les titulaires de droits, ce qui peut être dommageable pour lui, de plus, l'échec de se conformer aux conditions de renouvellement peut leur poser problème également.

Conclusion Générale. Il semble que l'instauration de formalités d'enregistrement des œuvres, non pour valider l'obtention d'une protection, mais bel et bien pour « marquer » la titularité de celle-ci (et la date à laquelle il a été obtenu) et de renouvellement de la protection doit être étudiée. Cela présente de nombreux avantages non négligeables, aussi bien pour les auteurs (ou les titulaires de droits) que pour le public : une meilleure lisibilité et transparence dans la recherche des ayants-droit et titulaires de copyright, l'inversion de la charge de la preuve (sur celui qui remet en cause la titularité ou la date de création/publication), une plus

[1753] Voir précédemment

grande facilité à prouver les dates de création et de publication (et donc les délais de protection ainsi que les passages dans le domaine public)[1754]. Une appréciation juridique et économique pousse à conclure que l'auteur et les titulaires de droits sont plus à même de supporter le coût des formalités associées à la protection que le public de payer des frais pour repérer les ayants droit. Ces frais de recherche peuvent être particulièrement élevés, encore plus si l'œuvre date, ou si les droits ont été divisés entre de nombreux bénéficiaires ou descendants. Un système qui obligerait les auteurs à déclarer leurs droits, au travers d'une notification de copyright sur les copies diffusées, ou d'un enregistrement dans une base de données publique, permettrait une information claire et précise du public. Un système imposant que tous les transferts de droits (et donc les cessions) soient enregistrés dans un registre public faciliterait également le public dans ses recherches de titulaires de droits[1755]. Néanmoins, il est évident que le problème des coûts de telles formalités est à prendre en considération. Car si les grandes entreprises de production n'auront certainement aucun problème pour assumer ces frais, qu'en sera-t-il pour un auteur seul, qui de surcroît pourrait produire un nombre important d'œuvres par an (un système de forfait selon le nombre d'enregistrements par trimestre ou par an pourrait être étudié afin de ne pas aboutir à des montants prohibitifs). Ces arguments ont très certainement largement influencé le modèle de protection proposé par Landes et Posner. Ce modèle est semble-t-il aujourd'hui le plus cohérent et clairement le plus à-même de fonder la construction d'un nouveau modèle de protection plus transparent et efficient (B).

B. Intérêt de fonder ce nouveau modèle sur celui développé par Landes et Posner

Retour au modèle initial. Dans son livre, *Intellectual Privilege: Copyright, Common Law, and the Common Good*[1756], le Professeur Bell a défendu la réinstauration d'une protection par le copyright telle qu'elle était fixée à l'origine aux Etats-Unis (1790 Copyright Act), soit quatorze ans avec la possibilité de le renouveler pour la même durée dans le cas où l'auteur serait toujours vivant. Bien qu'il n'affirme pas l'idée que cette durée du délai de computation soit optimale et qu'un terme maximal de vingt-huit ans puisse paraître relativement court, il souligne néanmoins qu'à titre de comparaison avec la fin du XVIIIème siècle, les délais de production, de distribution/diffusion, ou encore de promotion sont aujourd'hui particulièrement plus courts qu'à l'époque. Cet état de fait implique que le processus d'exploitation commercial actuel est clairement plus simple, plus rapide et plus efficient, ce qui ne peut justifier la revendication de multiples prorogations des délais de protection. Mais si les œuvres littéraires font désormais l'objet d'adaptation et d'œuvres dérivées, notamment de films (ce qui n'était pas le cas au début du XIXème), et les coûts actuels de production d'œuvres cinématographiques sont particulièrement élevés, « *the ability to monetize has also kept up significantly, and given the revenue curves for movies, if a movie does not make its*

[1754] J. C. GINSBURG, *The U.S. Experience with Mandatory Copyright Formalities: A Love/Hate Relationship*, 33 Colum. J.L. & Arts 311, 2009-2010, p. 348, note n°149 : « D. W. KING, et Al., *Cost-Benefit Analysis of U.S. Copyright Formalities Final Report*, 1986, p. 105 : « *[I]n 1986 study, in 80% of lawsuits, prima facie evidentiary value of registration was found to be 'very important' (59%) or 'somawhat important' (21%) in settling or terminating the lawsuit. […] When prima facie evidence supplied by the copyright registration was challenged, the challenge was not successful 83 percent of the time* »

[1755] J. C. GINSBURG, *The U.S. Experience with Mandatory Copyright Formalities: A Love/Hate Relationship*, 33 Colum. J.L. & Arts 311, 2009-2010, p. 342

[1756] T. W. BELL, *Intellectual privilege: copyright, common law, and the common good*, Founders' ed., 1st ed., 2014, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 103

cost back in the first twenty-eight years, it's unlikely to make up the rest of the difference in the next hundred »[1757]. Cette proposition paraît cependant quelque peu radicale, notamment sur le fait que la plupart des œuvres pourraient appartenir au domaine public au cours de la vie de l'auteur, ce qui ne semble pas juste, aussi bien économiquement qu'éthiquement parlant. Pourtant fondé sur le même constat, Landes et Posner ont développé et proposé un modèle de protection qui reposerait sur un terme de protection dont la durée serait particulièrement court (en comparaison des durées actuelles) mais qui pourrait néanmoins et sous certaines conditions, être renouvelé, et ceci indéfiniment. Ils prônent également l'instauration d'une procédure d'enregistrement des œuvres de l'esprit et des formalités (1). Si ce modèle paraît le plus adapté aux dernières évolutions technologiques et le plus efficient dans le cadre d'une réforme en profondeur du modèle actuel de la protection, certaines nuances sont toutefois à apporter à celui-ci (2).

1) Recherche d'une maximisation du domaine public sans minimisation de l'incitation

Le but principal du modèle de protection de Posner et Landes est d'offrir à tous les « *Eldreds* »[1758] du monde ce qu'ils désirent : un large domaine public dont la croissance serait régulière plutôt qu'un système qui aboutirait à la diminution de celui-ci. De plus, ce modèle présenterait l'avantage de ne pas empiéter sur les bénéfices de titulaires de droits dont la réussite commerciale des œuvres semble irréductible au fil du temps (notamment une société telle que la Walt Disney Corporation). Cette proposition de modèle se fonde (en partie) sur un retour au modèle de protection édicté aux Etats-Unis avant le Copyright Act de 1976, les différences principales étant que le renouvellement du terme ne serait pas unique mais infini et que les frais de renouvellement seraient conséquents (« *the fee for renewal would be stiff* »[1759]). Néanmoins, si Landes et Posner considèrent que le terme initial de protection ne devrait pas dépasser la vingtaine d'années, ils suggèrent également que les frais de renouvellement ne soient pas uniformisés[1760], sans pour autant donner une réelle fourchette de prix de ces derniers. Selon eux, cette proposition de modèle semble un bon moyen de contenter les différents acteurs du marché et elle participerait à l'atteinte d'un compromis satisfaisant : « *[t]he fact that a system of indefinite renewals should satisfy both the owners of valuable copyrights, who were the principal force behind the enactment of the Sonny Bono Act, and the public-domain publishers, who were the Act's principal opponents, give some reason for hope that the proposed system would be a politically viable, as well as an economically preferable and constitutionnally permissible, alternative to the current,distinctly suboptimal, system* »[1761].

Dépréciation de la valeur des œuvres. Landes et Posner, s'appuyant sur leurs différentes études, aboutissent à la conclusion que la valeur de la protection (du copyright et des

[1757] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 104
[1758] R. A. POSNER, *How long should a copyright last ?*, 50 J. Copyright Soc'y U.S.A., 1, 2002-2003, p. 2: « *Professor William Landes and I [R. A. Posner] argue that indefinitely renewable copyrights can actually give the Eldreds of this world what they desire, namely a large and growing rather than an evershrinking public domain, without stepping on the corns of the Gershwin heirs, the Walt Disney Corporation, or Sonny ('copyright should be forever') Bono's widow, and probably without violating the Constitution (for copyright terms would still be limited)* », voir égalemment précédemment
[1759] *Ibid*., p. 2
[1760] *Ibid*., p. 2: « *the fee should not uniform – once fees are raised above a nominal level, it makes no sense to charge the same fee to renew the copyright on a poem and the copyright on a feature film* »
[1761] *Ibid*., p. 2

marques) est sujette à une dépréciation significative au fil du temps, a une durée de vie moyenne (ou prévisible) de quinze ans, et que les taux de renouvellement de la protection sont particulièrement liés aux frais de reconduction de la protection. C'est pourquoi ils suggèrent que l'instauration d'un système de protection infinie fondé sur le principe de renouvellements réguliers n'impliquerait aucunement la réduction du domaine public[1762]. Selon leurs analyses, les obligations d'enregistrement et de renouvellement du copyright sont extrêmement sensibles aux incitations économiques : plus la durée de vie du copyright est courte et plus les frais d'enregistrement et de renouvellement sont élevés, plus la probabilité que les titulaires de droit enregistrent et renouvellent leurs copyrights est faible. Ainsi, la création et l'application d'un modèle de protection dont les coûts d'enregistrements et de renouvellement sont sensiblement supérieurs à ceux pratiqués aujourd'hui, combiné à une durée du premier terme de protection relativement court (ils proposent un terme initial de vingt ans) et infiniment renouvelable, garantiraient l'entrée régulière et massive d'œuvres au sein du domaine public. Et ceux-ci peu de temps à compter de leurs créations (néanmoins principalement des œuvres dont l'intérêt commercial est faible)[1763]. Ceci permettrait à la fois que la société puisse profiter d'un fonds important d'œuvres libres de droit et que les titulaires de droits dont les œuvres sont des succès commerciaux de conserver les profits commerciaux liés à l'exploitation de celles-ci.

Durée optimale et domaine public. S'interrogeant sur le choix d'une durée optimale de la protection, Landes et Posner considèrent donc qu'une protection « hachée » par l'obligation de renouvellements payants (quand bien même celle-ci pourrait être infinie) permettrait une réelle revalorisation du domaine public, et serait donc bénéfique au bien-être social. Pour eux, si les frais de renouvellement sont substantiels, ce modèle aboutirait à l'enrichissement considérable du domaine public. Et même dans le cas où ces coûts de renouvellement seraient peu élevés, cela freinerait les titulaires de droits dans leur volonté de prolonger (renouveler) la protection d'œuvres dont la dimension n'est plus intéressante financièrement, ce qui participerait également à une augmentation du nombre d'œuvres appartenant au domaine public[1764]. L'application de ce modèle permettrait de réduire de manière drastique les difficultés associées à l'identification des titulaires de droit. Sous réserve que la loi impose un enregistrement des titres de protection auprès d'un organisme central qui ferait office de registre. L'enregistrement serait également accompagné d'une obligation d'informer le registre de tout transfert de titularité[1765]. Mais ce système présente une nouvelle difficulté : si le modèle actuel, reposant sur un calcul de la protection fondé sur la date de la mort de(s) auteur(s), n'implique aucune difficulté quant au point de départ de la protection (création et fixation de l'œuvre originale), l'application du modèle de Landes et Posner nécessite la création d'un nouveau (et différent) point de départ du calcul du délai de computation. Ce point de départ, de manière similaire à la loi américaine pré-Copyright Act de 1976, pourrait

[1762] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *Indefinitely renewable copyright*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 2003, p. 475
[1763] *Ibid*., pp. 517-518
[1764] S. K. MEHRA, *Review of 'The economic structure of intellectual property law' by William Landes and Richard A. Posner (Harvard: 2003)* », 77 Temp. L. Rev. 957, 2004, pp. 963-964: « *Strikingly, they conclude that this eternal copyright might make sense in order to create an incentive for publishers - as opposed to creators - to maintain or resurrect abandoned intellectual properties and invest in creating a demand for them. As a result, they point out that, depending on the magnitude of effects on creation versus distribution, "the drumbeat of criticisms of the retroactive extension of the Mickey Mouse copyright, overlooks valid, although in the present state of knowledge inconclusive, economic arguments for extended" or even perpetual copyright* »
[1765] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003, p. 215

être la date d'enregistrement ou de publication de l'œuvre[1766]. Il est donc nécessaire de nuancer les avantages apportés par cette proposition de modèle de protection (2).

2) Nuances concernant ce modèle de protection

Perpétuité. L'idée d'une durée perpétuelle de la protection ne semble pas appropriée (même dans le cadre de renouvellements successifs) : après que l'auteur, sa famille, et les éditeurs aient obtenu une plus-value raisonnable (et méritée) il semble n'y avoir aucune raison pratique de réduire l'accès libre du public aux œuvres en continuant indéfiniment à faire bénéficier les descendants de l'auteur du succès de l'œuvre. La logique utilitariste oriente plutôt à penser qu'une fois une œuvre protégée pendant un délai raisonnable (économiquement parlant) celle-ci devrait être accessible et utilisable librement par l'ensemble du public. Ceci permettrait une distribution plus aisée (car moins onéreuse) de l'œuvre libre de droits et la création de nouvelles œuvres adaptées de celle-ci. Il est aisément appréhendable économiquement de croire que ce système permettrait des gains plus élevés grâce à une fabrication d'un standard supérieur, une meilleure distribution de l'œuvre appartenant au domaine public plutôt que dans le cas où celle-ci serait protégée indéfiniment[1767]. Il est néanmoins difficile de déterminer avec précision et certitude la durée optimale des droits d'auteur et du copyright : s'il est vrai que les profits les plus importants sur une œuvre à succès sont réalisés en moyenne pendant les trois premières années suivant la publication de l'œuvre[1768], la réalité est plus complexe. Comme dans le cas de la recherche et développement dans le secteur technique, l'auteur peut dépenser beaucoup d'efforts, de temps et d'argent dans la création de plusieurs œuvres qui ne connaitront jamais de réussite commerciale avant d'aboutir à une œuvre à succès (les auteurs passent généralement beaucoup de leur temps dans l'ombre avant de réaliser une œuvre populaire). Ceci doit être pris en considération lors de la détermination de la durée de la protection. Une durée trop longue, et encore plus infinie, pose deux problèmes évidents : a) plus le temps passe et plus l'arbre généalogique de l'auteur a des possibilités de « s'élargir », rendant d'autant plus difficile la connaissance des ayants-droits et scindant la répartition des droits patrimoniaux en un nombre de parts de plus en plus important (mais ceci peut être compensé par l'obligation d'enregistrement et de renouvellement); b) les héritiers bénéficiaires de la fin de la période de protection n'auront que très peu de points communs avec l'auteur de l'œuvre et l'éditeur initial de l'œuvre.

Limiter « l'infini ». Landes et Posner soulèvent eux-mêmes l'idée qu'il pourrait être plus intéressant de limiter le nombre de renouvellements, car la perspective que les titulaires de droits puissent renouveler indéfiniment la protection de leurs œuvres (et donc qu'ils profitent d'une protection perpétuelle) semblent peu réaliste[1769]. Selon eux, il serait peut-être préférable de limiter, sur la base d'un terme initial de vingt ans, les renouvellements au nombre de six. Chaque renouvellement étant accordé pour une durée fixe de dix ans, ce qui aboutirait à une

[1766] *Ibid*., p. 215: « *Under existing law, when copyright protection begins is relatively unimportant because the duration of protection is determined not by that starting point but instead (except in the case of works for hire) by the death of the author. Under a system of renewals, the starting point becomes critical. So our suggested system would require a return to something like the pre-1976 law, when copyright protection generally began with publication or registration* »

[1767] *Hearings held before the Committee on Patents*, House of Representatives, 74th Cong., 2d Sess. (Feb., Mar. and Apr., 1936), cité par J. J. GUINAN, Jr., *Study No. 30 Duration of Copyright*, January 1957, 2 Georges S. Grossman Omnibus Copyright Revision History 53, 2001, p. 75

[1768] *Ibid*., p. 75

[1769] De plus, cette éventualité (bien que peu probable) irait également à l'encontre de la Copyright clause de la Constitution américaine qui impose une durée de protection limitée temporellement (voir précédemment)

durée maximale de la protection de quatre-vingt ans[1770]. Ce choix est également fondé sur leur étude empirique : selon celle-ci, seuls 11% des copyrights enregistrés entre 1883 et 1964 furent renouvelés à l'expiration du terme de vingt-huit ans, alors que les frais de renouvellement étaient particulièrement bas. De plus, une infime propension des livres publiés sont toujours édités et diffusés aujourd'hui sur le marché (« *for example, of 10,027 books published in the United States in 1930, only 174, or 1.7 percent, were still in print in 2001* »), ce qui suggère que la plupart des copyrights ont une dépréciation très importante au fil du temps et que seulement un petit nombre de ceux-ci feraient l'objet d'un renouvellement (en application de leur modèle) quand bien même les frais associés à la prorogation de la protection seraient peu élevés[1771]. Le modèle de protection proposé par Landes et Posner semble donc être une solution intéressante dans l'optique d'un retour aux fondamentaux de la protection : l'incitation à la création combiné au bien-être social. Car si les auteurs se voient attribuer un délai de protection exclusive sur leurs œuvres, il n'en reste pas moins que « *[t]he primary purpose of copyright is not to reward the author, but is rather to secure the general benefits derived by the public from the labors of the authors* »[1772]. Ce qu'a d'ailleurs confirmé la Cour Suprême des Etats-Unis : « *[c]reative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and other arts. The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an author's creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good* »[1773].

Proposition avortée de réforme. Les réactions aux dernières propositions de réforme du modèle, essentiellement réalisées aux Etats-Unis, prouvent explicitement que si une rénovation en profondeur du modèle de protection est essentielle aujourd'hui, les acteurs du marché de la culture et le législateur ne sont toujours pas disposés à l'accepter et la réaliser. En 2010, un groupe de spécialistes du domaine du copyright et du secteur culturel ont rédigé un projet de réforme du modèle de protection américain : *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*[1774]. Ce projet de réforme liste vingt-cinq recommandations afin de réformer en profondeur le copyright américain. Le but de ce projet était de trouver un consensus entre les différentes parties concernées par la protection et d'étudier comment la loi sur le copyright pouvait être améliorée afin d'atténuer et pallier les différents problèmes contemporains inhérents à celle-ci[1775]. Ce rapport, bien que présenté devant le Congrès en 2013 et ayant reçu un accueil majoritairement positif[1776], n'a à ce jour donné lieu à aucune réforme officielle aux Etats-Unis. Quelques années plus tard, en novembre 2012, le Comité d'études de la Chambre des Républicains a, dans la même optique, déposé une proposition de réforme de la durée du copyright. Cette nouvelle durée de protection du copyright serait

[1770] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *Indefinitely renewable copyright*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 2003, pp. 473-474
[1771] *Ibid*., pp. 473-474
[1772] M. B. NIMMER et D. NIMMER, *Nimmer on copyright*, 1.03 [A], 1996, (citant *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127, 1932), cités par Hon. H. BROWN et D. MILLER, *Copyright term extension : sapping American creativity*, 44 J. Copyright Soc'y, U.S.A., 94, 1996-1997, p. 94
[1773] *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156, 1975, cité par Hon. H. BROWN et D. MILLER, *Copyright term extension : sapping American creativity*, 44 J. Copyright Soc'y, U.S.A., 94, 1996-1997, p. 94
[1774] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010
[1775] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 101
[1776] T. HART, *Copyright Principles Project: Increasing the US Copyright Office's Role*, Copyhype, Nov. 1, 2010, disponible sur http://bit.ly/16zxP2o : "*Working together they crafted twenty- five specific proposals…[r]eaction to the report from the Copyright Principles Project has been generally positive*"; *Hearing on a case study in consensus building: the copyright principles project before the H. SubComm. on courts, intellectual property and the internet*, Comm. on Judiciary, 113th Cong. 1, 2013: *statement of Pamela Samuelson, Richard M. Sherman Distinguished Professor*, Berkley Law School, cités par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 101

découpée en cinq termes distincts, gratuits ou payants et dont la durée n'est pas uniforme. Sur la base de ce modèle, les renouvellements du terme de protection seraient également de plus en plus chers[1777]. Selon cette proposition, la durée de la protection du copyright ne pourrait dépasser quarante-six années et serait découpée comme suit :
« *A. Free 12-year copyright term for all new works – subject to registration, and all existing works are renewed as of the passage of the reform legislation. If passed today this would mean that new works have a copyright until 2024,*
B. Elective 12-year renewal (cost 1% of all United States revenue from first 12 years – which equals all sales),
C. Elective 6-year renewal (cost 3% of revenue from the previous 12 years),
D. Elective 6-year renewal (cost 5% of revenue in previous 6 years),
E. Elective 10-year renewal (10% of ALL overall revenue – [minus] fees paid so far) »[1778]. Cette proposition de nouveau modèle de la protection est assez proche de l'idée que se faisaient Landes et Posner d'un système fondé sur les formalités et les renouvellements. Selon ce modèle, les titulaires de droits seraient obligés de choisir entre la possibilité de renouveler la protection de leurs œuvres (et cette démarche aurait un coût) ou « d'abandonner » celles-ci au domaine public. Plus la protection demandée par les ayants droit serait longue, plus les frais associés à celle-ci seraient importants : « *[u]nder this system economic actors would make a choice on whether to renew their copyright at an increasing fee rate – the idea being that since the cost of copyright terms to society and other content creators, versus the benefit of the content creation, becomes more significant the longer copyright terms are, then if an owner wanted to renew their term every term would become more expensive until it reached market equilibrium and they chose not to renew because the economic costs were higher than the expected value. This proposal was designed to use market forces to have copyright holders choose how much retaining their copyright was worth* »[1779]. L'intérêt de cette protection évolutive est que le titulaire de droit définit de lui-même la valeur qu'il veut donner à l'exploitation de son œuvre, et que ce choix de la protection (ou non) n'aura aucun impact sur le reste du marché, au sens où la protection demandée (et obtenue) n'influencera pas celle des autres œuvres de l'esprit (contrairement aux conséquences de l'obtention auprès du législateur d'une prorogation des délais de computation).

Incertitudes. Malgré la clarté de ces propositions, certains experts considèrent que l'une des leçons les plus importantes du livre *The Economic Structure of Intellectual Property Law* de Landes et Posner est très certainement que le niveau de connaissance actuelle ne permet pas d'établir avec certitude le fonctionnement de la propriété intellectuelle pour justifier des propositions de réforme radicale[1780]. Néanmoins, ces incertitudes n'empêchent aucunement que l'on puisse s'interroger sur les failles du modèle actuel et proposer des transformations de celui-ci afin que le système de protection des œuvres de l'esprit puisse être mieux adapté et plus efficient à l'heure du numérique pour l'ensemble des acteurs du marché de la culture (§II).

[1777] D. KHANNA, *RSC Policy Brief: three myths about copyright law and where to start to fix It*, Republican study comm. 8, Nov. 16, 2012, http://bit.ly/1v8o7tj, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 102
[1778] *Ibid*.
[1779] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 102
[1780] S. K. MEHRA, *Review of 'The economic structure of intellectual property law' by William Landes and Richard A. Posner (Harvard: 2003)* », 77 Temp. L. Rev. 957, 2004, p. 966: "*In fact, this may be one of the most important lessons of this book: that the current state of knowledge does not give us the level of certainty about how intellectual property law works to justify extreme proposals for its modification*"

§II. Un nouveau modèle de protection fondé sur celui de Landes et Posner

La proposition de réforme développée par Landes et Posner paraît être la meilleure base théorique actuelle pour une véritable réforme du modèle de protection tel qu'il est aujourd'hui appliqué ; c'est pourquoi il semble nécessaire de fonder la réforme du modèle sur l'instauration de formalités conditionnelles (A'), bien que cela nécessite obligatoirement des aménagements de certaines dispositions internationales (B').

A'. Un nouveau modèle de protection fondé sur les formalités conditionnelles

Comme le suggère Landes et Posner, une réforme du modèle, dont le principal changement serait l'instauration de formalités conditionnelles à l'obtention de la protection (1), est actuellement nécessaire. Cette réforme serait basée sur l'instauration d'un enregistrement obligatoire en vue d'acquérir une protection sur l'œuvre (2) et la mise en place de différents renouvellements qui permettraient de réduire la durée globale de la protection et de maximiser le domaine public, et par la même le bien-être social.

1) Intérêt de l'instauration de formalités conditionnelles à l'obtention de la protection

Fin des formalités. Si certains spécialistes se sont satisfaits de la fin des formalités du modèle de protection américain[1781], aussi nommé « *déformalisation* » (« *deformalization* »), d'autres ont considéré qu'un modèle de protection automatique (« *opt out regime* ») était plus néfaste pour la société car il représentait un frein au processus créatif et diminuait le nombre d'œuvres produites[1782]. Or, si la fin des formalités a présenté certains avantages pour les auteurs et ceux qui exploitent les œuvres protégées (notamment en ce qui concerne le risque de perdre la protection du fait du non-respect des formalités conditionnelles), elle a également causé du tort aux auteurs, aux futures utilisateurs de contenu, et a diminué le bien-être social, notamment parce qu'il est devenu beaucoup plus difficile de déterminer, d'identifier et de localiser les titulaires de droits afin d'obtenir une autorisation d'utilisation et/ ou d'exploitation des œuvres protégées[1783]. La fin des formalités du système de protection américain a donc considérablement diminué l'adaptation ou la réutilisation (« *reuses* ») d'un grand nombre d'œuvres car il n'existait plus de clair moyen de distinguer entre les œuvres pour lesquelles les auteurs se préoccupaient de leur protection et celles pour lesquels ils n'avaient pas cette même considération[1784]. Il est donc nécessaire pour réinstaurer un certain équilibre entre auteurs, titulaires de droits et public, de « *remettre en question ces principes [droit obtenu automatiquement, sans formalité et pour une période uniforme et de longue durée] et amener les créateurs individuellement à révéler la valeur qu'ils attachent à leur*

[1781] A. LEVINE, *The end of formalities: no more second-class copyright owners*, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 553, 556-57, 1995, cité par P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, p. 749
[1782] C. SPRIGMAN, *Reform (aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, pp. 546-547
[1783] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1198
[1784] *Ibid*., p. 1198

droit en le renouvelant, permettant que le droit glisse dans le domaine public s'il n'y attachent plus de valeur suffisante »[1785]. Considérant les grandes disparités de valeur commerciale qui peuvent exister d'une œuvre à l'autre, et selon les titulaires de droits, créer un modèle de protection « *qui amène les créateurs à révéler l'utilité qu'ils y attachent eux-mêmes et qui n'étend pas la durée du droit d'auteur au-delà du besoin exprimé de chaque créateur* »[1786] semble aujourd'hui une nécessité, néanmoins, la révélation de cette utilité de la protection ne peut passer que par l'instauration d'un système de formalités conditionnelles à l'obtention de la protection[1787].

Retour (ou instauration) des formalités. Parmi les opposants au modèle actuel de protection, le Professeur Patry, qui considère que les formalités servent un important intérêt social, et revendique que celles-ci devraient être réinstaurées pour fixer les délais de protection[1788]. Cette vision de ce que devrait être le modèle de protection (« *opt in regime* ») est également partagée par la majorité des rédacteurs du *copyright principles project: directions for reform* (notamment les Professeurs Litman et Samuelson[1789]), qui préconisent dans ce rapport différentes idées sur le rôle que pourraient jouer les formalités dans un modèle de protection transformé[1790]. Le Professeur Bitton, qui s'appuie sur les travaux du Professeur Sprigman, revendique également que les formalités liées à l'obtention de la protection (« *publication, notice, registration, and deposit as threshold requirements for copyright protection* ») permettraient de résoudre les incertitudes liées à l'appartenance ou non des œuvres au domaine public, tout en assurant qu'une protection automatique ne bloquerait pas l'exploitation d'œuvres alors que cette privatisation n'est pas nécessaire ou utile[1791]. Ces formalités assureraient que les œuvres dont l'intérêt commercial est faible ou nul ne seraient pas protégées, les auteurs ou ayants droit considérant que les frais d'obtention de la protection sont supérieurs aux éventuels bénéfices tirés de l'exploitation des œuvres concernées[1792].

Bénéfices des formalités. Les bénéfices que pourraient avoir l'instauration de formalités conditionnelles dans le processus d'obtention de la protection des œuvres de l'esprit sont multiples : 1) plus d'informations concernant les œuvres pour lesquelles les auteurs souhaitent réellement obtenir une protection seraient disponibles[1793] ; 2) cela faciliterait la négociation et l'obtention de licences d'exploitation[1794] ; 3) cela apporterait plus de respect vis-à-vis du modèle de protection (notamment du public) qui est actuellement beaucoup trop large et protège pour une durée trop longue (soixante-dix ans post mortem auctoris) des œuvres sans que cela ait un sens réel (notamment les logiciels, les emails, les photos réalisées par des téléphones personnels…), ce qui est économiquement inutile, inefficient et crée une incompréhension sociale[1795] ; 4) cela permettrait une meilleure notification concernant les

[1785] E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 1
[1786] *Ibid*., p. 14
[1787] *Ibid*., p. 14
[1788] W. PATRY, *How to fix copyright?*, New York, N.Y.: Oxford University Press. 2012, pp. 208-209, cité par P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, p. 749
[1789] P. SAMUELSON et autres, *The copyright principles project: directions for reform*, 25 Berkeley Tech. L.J., p. 1175, 2010, pp. 1198-1202
[1790] P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, p. 750
[1791] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing copyright*, 57 Stan. L. Rev. 485, 488, 2004, pp. 489 à 556; voir également J. GIBSON, *Once and future copyright*, 81 Notre Dame L. Rev. 167, 172, 2005, Gibson suggère que la resurrection des formalités "*prevents authors and publishers from achieving technologically what they do not merit legally, while at the same time ensuring that copyright does not apply in contexts where it is neither necessary nor useful*"), cités par M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 93
[1792] *Ibid*., p. 93
[1793] P. SAMUELSON et autres, *The copyright principles project: directions for reform*, 25 Berkeley Tech. L.J., p. 1175, 2010, pp. 1200-1201
[1794] *Ibid*., p. 1201
[1795] *Ibid*., pp. 1198-1199

œuvres protégées[1796] ; 5) cela aboutirait à une meilleure indication de la date de passage des œuvres dans le domaine public[1797] ; 6) et créerait un domaine public mieux formalisé et plus facilement identifiable[1798] ; 7) une réduction significative des coûts d'identification et de transaction[1799] ; 8) les formalités rendraient la protection sur demande (« *on demand* ») au sens où celles-ci opèrent une distinction entre les auteurs qui sont motivés par un gain économique tiré de l'exploitation de leurs œuvres et les autres[1800].
Si l'on accepte que l'argument économique concernant la création d'œuvres n'arrivera qu'à la condition qu'une forme de protection exclusive soit introduite, alors on peut assumer que la plupart des auteurs qui souhaitent obtenir une protection sur leurs œuvres sont ceux qui recherchent une réelle motivation économique[1801]. Ce modèle permettrait que l'application de la protection soit motivée par des incitations économiques plutôt qu'exercée automatiquement alors qu'elle n'est pas nécessaire[1802]. Ceci débuterait dès l'enregistrement de l'œuvre de l'esprit par son auteur ou potentiel titulaire de droit (2).

2) Choix d'un enregistrement obligatoire des œuvres de l'esprit

Le principe d'une protection automatique a abouti à une distorsion avec le principe selon lequel il devrait exister des moyens pour le public d'obtenir des informations sur les titulaires de droits et quelles œuvres sont disponibles (ou non) à l'exploitation ou appartiennent au domaine public[1803] (a). De plus, cette protection automatique implique que certains documents ou œuvres, qui ne nécessitent pas réellement une protection l'ont de facto, ce qui bloque l'opportunité de les utiliser dans un processus créatif (adaptation, œuvres dérivées…) ou de les diffuser librement par risque de s'exposer à des procédures judiciaires[1804]. L'instauration d'un enregistrement préalable pour l'obtention de la protection présente donc de sérieux avantages en comparaison au modèle actuel (b).

a) Nécessité de l'instauration d'un enregistrement préalable à la protection

Coût de la protection sans enregistrement. Selon le modèle actuel de protection (fondé sur l'obtention d'une protection automatique) un filtre initial n'existe pas et a pour résultat que le processus créatif s'en retrouve entravé à un degré qui n'existait pas auparavant. Par exemple, les œuvres dont l'intérêt commercial est faible mais qui présentent néanmoins une véritable valeur culturelle et qui bénéficient automatiquement de la protection participent à l'augmentation des coûts de copie et des utilisations dans le cadre scolaire ou universitaire, ne serait-ce que par le temps nécessaire à l'identification de leurs auteurs et/ou leurs ayants droit, et à l'obtention d'une autorisation d'exploitation. Ces coûts de temps et d'argent s'appliquent également aux œuvres dérivées, dont la production se trouve forcément diminuée du fait de ces complications. A titre de comparaison, un modèle de protection conditionnelle, qui implique un filtre lié la valeur commerciale des œuvres permettrait d'augmenter la production

[1796] M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 103
[1797] *Ibid*., p. 103
[1798] *Ibid*., p. 103
[1799] *Ibid*., p. 103
[1800] *Ibid*., p. 103
[1801] *Ibid*., p. 103
[1802] *Ibid*., p. 103
[1803] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1186
[1804] *Ibid*., p. 1186

d'œuvres dérivées[1805]. Selon le professeur Sprigman[1806], le modèle de protection actuel pèse sur la création, et pas seulement sur la liberté d'expression, mais bien sur le processus créatif même, en imposant des coûts sur les futures créations. Selon lui, la protection, particulièrement longue, réduit significativement le volume d'œuvres préexistantes disponibles pour les futurs auteurs, et par ricochet limite considérablement la production d'œuvres dérivées[1807]. Ainsi, les coûts associés à la protection sont particulièrement plus élevés dans le cadre d'une protection automatique qu'une protection soumise à des conditions et des formalités. Ces dernières, au moins de la façon dont elles étaient établies et appliquées sous le régime pré-1976, minimisaient les coûts associés aux droits exclusifs tout en retenant tous, ou virtuellement tous, les bénéfices. Cette minimisation des coûts existait car le modèle de cette époque se fondait sur une protection exclusive des œuvres qui étaient jugées par leurs auteurs (premièrement lors de l'enregistrement et du premier terme de protection, puis lors du renouvellement et du second terme de protection) comme assez intéressantes commercialement parlant pour, si elles faisaient l'objet d'une protection, générer des revenus (ou royalties). Pour ces œuvres, l'effet incitatif du modèle de protection était potentiellement assez important pour justifier le paiement de frais afin d'obtenir cette protection ; tandis que dans le cadre d'une protection automatique, les œuvres (la grande majorité) qui ne représentaient pas aux yeux des auteurs un potentiel commercial suffisant, le fait qu'elles soient protégées (et donc privatisées) sans procédure ou formalités particulières, impliquait de fait une perte nette de bien-être social[1808].

Retour au système de l'enregistrement. Pour le Professeur Frazier, l'ironie de la situation actuelle est qu'une solution optimale concernant le modèle de protection serait un retour au système de protection américain de la fin du XVIIIème siècle[1809] ; système, s'il était réappliqué aujourd'hui permettrait de rééquilibrer les intérêts entre titulaires de droits, le public et les futurs auteurs[1810]. C'est pourquoi certains auteurs, même français, tel que J. Pénin[1811] envisage un retour à ce modèle de protection, fondé sur une protection conditionnée à l'enregistrement. Comme il le précise, il semble que par le passé, la seule barrière au principe de l'enregistrement était d'ordre matériel ; or, les dernières avancées technologiques, que ce soit internet, la numérisation et donc la dématérialisation des œuvres, semblent pouvoir apporter un palliatif concret à ce problème : il n'est pas exagéré de croire qu'aujourd'hui les auteurs pourraient aisément enregistrer et stocker leurs œuvres en format numérique (dans une base de données centrale par exemple). Un retour au principe de la non-exclusivité serait selon lui plus « *intuitif* », et que les auteurs se voient dans l'obligation, pour jouir d'une protection légale caractérisée par une période d'exploitation exclusive, de faire la démarche d'enregistrer les œuvres concernées. Pour lui, « *l'obtention d'un tel droit peut se révéler très profitable pour les auteurs. Il n'est donc pas anormal de leur demander un effort minimal pour en bénéficier. Un tel renversement aurait le mérite de réduire radicalement la prolifération des droits, et donc de réduire l'incertitude quant à la liberté d'exploitation de nouvelles œuvres. […] Très rapidement, les créateurs qui réutilisent des œuvres pourraient en vérifier la disponibilité et, si besoin, accéder aux coordonnées des ayants droit sur une plateforme dédiée, comme cela se fait déjà pour les marques et les brevets* »[1812]. Ainsi,

[1805] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, pp. 515-516
[1806] *Ibid*., pp. 527-528
[1807] *Ibid*., pp. 527-528
[1808] *Ibid*., pp. 527-528
[1809] B. W. FRAZIER, *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012, p. 238
[1810] *Ibid*., p. 238
[1811] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, pp. 223-224
[1812] *Ibid*., p. 223-224

l'impact de l'obligation d'enregistrement et de renouvellement suggère que les effets d'un système de protection automatique ou d'un système de protection conditionnel sont particulièrement éloignés : dans un système conditionnel, la grande majorité des œuvres n'ont pas un intérêt commercial suffisant pour justifier l'engagement de frais dans l'optique d'obtenir la protection, et une infime partie des œuvres parmi les œuvres faisant l'objet d'une protection ont une vie commerciale assez longue pour mériter qu'un renouvellement de leur protection soit opéré ; alors qu'un système automatique privatise l'ensemble des œuvres pour la durée totale de la protection légale[1813]. L'obligation d'enregistrement présente, en lui-même, de nombreux avantages (b).

b) Avantages de l'enregistrement

Filtre préalable à la protection. L'instauration d'une redevance « *raisonnable* » obligatoire pour obtenir une protection des œuvres, autrement un droit exclusif d'exploitation sur celles-ci (comme c'est actuellement le cas pour les brevets), semble être une bonne solution pour pallier les défauts actuels du modèle de protection, notamment les effets de la protection automatique des œuvres de l'esprit[1814]. Si les formalités permettent l'élaboration d'une trace concernant la propriété, elles ont également une autre fonction : celle d'autoriser (ou obliger c'est selon) les auteurs à faire une distinction entre les œuvres qu'ils souhaitent voir protégées et celles pour lesquelles ils ne considèrent pas la protection comme nécessaire. Ce filtre établi par les formalités repose sur deux processus : l'enregistrement accompagné d'une notification et le renouvellement[1815]. Ainsi les formalités d'enregistrement et de notification imposent un filtre initial séparant les œuvres à fort potentiel commercial pour lesquelles les auteurs souhaitent obtenir une protection des œuvres pour lesquelles celle-ci s'avère non pertinente : la deuxième catégorie d'œuvres, qui ne feront pas l'objet d'une protection, tombent directement dans le domaine public et seront disponibles pour une exploitation et/ou de futures adaptation sans la nécessité de demander une permission préalable (grâce à l'obligation de notification existante aux Etats-Unis sous le régime pré-1976, le caractère « libre de droit/appartenance au domaine public » était facilement reconnaissable sans pour autant avoir à se renseigner auprès d'un quelconque registre)[1816].

L'identification de la protection. Les ayants droit devraient également être obligés d'informer le registre sur les évolutions liées à la chaîne de droits, comme les transferts/cessions de droits, la date de décès de l'auteur ou encore l'identité des héritiers de l'auteur, afin que le registre soit régulièrement à jour (une faute concernant ces démarches pourraient d'ailleurs être sanctionnée par une perte des avantages liés à l'enregistrement)[1817]. En participant à l'élaboration d'un modèle de protection plus transparent concernant la titularité de la protection et la durée du terme de protection, les formalités afférentes à la protection (enregistrement et notification) remplissent l'importante fonction de signaler quelles œuvres sont passées du marché privé au domaine public : ainsi, celles-ci assurent que l'obligation d'une limite temporelle du terme est effective au niveau des œuvres individuelles (car il est évident que les futurs auteurs ont besoin de connaître les ayants droit des œuvres de l'esprit et pour quelle durée –début/fin- celles-ci sont protégées)[1818]. Le principe (et

[1813] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, p. 521
[1814] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 224
[1815] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, p. 502
[1816] *Ibid*.
[1817] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1201
[1818] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, p. 501

l'obligation) de l'enregistrement permettrait de signaler au public que la protection est importante aux yeux des auteurs et titulaires de droits sur certaines œuvres, et cela faciliterait l'identification de ceux-ci par les futurs auteurs d'œuvres dérivées et la connaissance des termes et conditions sous lesquels ils pourraient obtenir une licence d'exploitation ou d'adaptation[1819]. C'est pourquoi il est nécessaire, dans le cadre d'une procédure d'enregistrement, que les données associées à ce nouveau modèle puissent être accessibles via un système de réseau en ligne, afin que les potentiels utilisateurs d'œuvres puissent identifier les titulaires de droits plus aisément[1820].

Augmentations des incitations privées. Le modèle de protection ne crée pas en lui-même une demande commerciale sur les œuvres protégées : dans un système de protection fondé sur le « opt-out », les œuvres commercialement « *mortes* » ne peuvent être réutilisées avec certitude, ce qui constitue une barrière à la création de nouvelles œuvres[1821]. Les coûts associés à la recherche, l'identification des titulaires de droits et l'obtention d'une autorisation d'exploitation (par le biais d'une licence par exemple) sont souvent prohibitifs car particulièrement élevés ; ainsi dans le cadre d'un modèle de protection tel que celui-ci, le déséquilibre est flagrant, car les potentiels bénéfices sont absents ou réduits et cela implique exclusivement un coût social[1822].L'objectif de la propriété intellectuelle est de promouvoir le processus de concession de licences privées car ce modèle a prouvé son efficacité sur le marché : bien entendu l'octroi de licences serait plus fréquent si les coûts de négociation et de transaction lors de l'acquisition d'une licence étaient faibles[1823]. Historiquement, les formalités conditionnelles d'obtention de la protection ont participé à réduire ces coûts : en instituant une source d'informations sur les titulaires de droits et la durée de protection, l'identification des potentiels cessionnaires de licences était plus aisée et la durée des droits exclusifs d'exploitation susceptibles d'être cédés plus facilement reconnaissable[1824].

Enregistrement courant dans d'autres domaines. Les procédures d'enregistrement sont courantes dans de nombreux domaines : afin de pouvoir créer un site web il est nécessaire et obligatoire de déposer/enregistrer un nom de domaine et d'obtenir une adresse internet, suite à l'achat d'une voiture il est obligatoire d'enregistrer le titre de propriété et d'acquérir une nouvelle immatriculation auprès des services publics concernés. Il existe d'autres exemples, tels que l'enregistrement de licences professionnelles dans certains secteurs, les titres de propriété dans l'immobilier… Or, toutes ces procédures ne semblent pas insurmontables ni poser aujourd'hui un quelconque problème aux personnes qui doivent les respecter. Aussi, les auteurs et titulaires de droits, sous réserve que le système d'enregistrement soit construit efficacement et incitatif, devraient pouvoir respecter les procédures conditionnelles (enregistrement et renouvellement) d'obtention de la protection sans difficulté particulière. C'est pourquoi le système d'enregistrement doit absolument être construit prudemment afin d'éviter tout abus ou fraude, ou que des conflits puissent exister concernant l'enregistrement d'une même œuvre par différentes personnes. De plus, la création et la mise en place d'un tel système doit être pensé à l'échelle internationale[1825] et non locale, afin qu'il n'existe aucune injustice d'une juridiction à une autre dans le cadre des procédures d'enregistrement, tout

[1819] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1200-1201
[1820] *Ibid*., p. 1200-1201
[1821] *Ibid*., p. 1199
[1822] *Ibid*., p. 1199
[1823] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, p. 502
[1824] *Ibid*.
[1825] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1202

comme pour les renouvellements du terme de protection. Fort heureusement, l'intérêt pour les formalités prend aujourd'hui de l'ampleur, que ce soit aux Etats-Unis mais également à l'échelle internationale[1826]. Il y a donc de bonnes raisons d'être optimiste que la future réforme du modèle de protection puisse être fondée sur une (ré)[1827]instauration des formalités conditionnelles[1828] (B').

B'. Un nouveau modèle de protection fondé sur un terme renouvelable

Recherche d'un compromis. Le compromis étudié ne concerne pas la comparaison du modèle actuel de protection et d'une durée perpétuelle du terme mais bien le principe d'une durée de soixante-dix ans post mortem auctoris opposé à des termes courts renouvelables et combien de renouvellements (payants) les titulaires de droits serait prêts à réaliser. L'intérêt de ce second modèle (par rapport à l'actuel) serait l'enrichissement du domaine public, et la diminution des restrictions associées à la reproduction et l'exploitation des œuvres récemment créées[1829]. En effet, il n'est pas audacieux de penser que les titulaires de droits ne renouvelleront pas, même pour une somme modique, leurs œuvres dont ils estiment que l'intérêt commercial est faible voire nul. Le principe du renouvellement permet de mesurer l'intérêt des auteurs et ayants droit pour la protection[1830]. Cet effet est le même que pour l'obligation d'enregistrement : l'instauration d'un filtre, qui permet de différencier les œuvres dont l'intérêt commercial est assez important pour justifier d'investissements supplémentaires (les frais d'enregistrement et de renouvellement) et celles dont l'exploitation n'impliquerait que peu ou pas de revenus. Le non-respect de cette formalité (le manquement au renouvellement donc) aurait pour conséquence le passage immédiat de l'œuvre dans le domaine public, ce qui permettrait qu'elle soit librement copiée ou exploitée[1831]. Le coût pour les ayants droit serait minime, car il existe un nombre infime d'œuvres dont la protection a été obtenue il y a si longtemps (+ de 50 ans) qui ont toujours une réelle valeur commerciale et seront donc affectées par cette réforme (seules ces œuvres seraient susceptibles de créer une motivation suffisante aux ayants droit pour respecter ce processus de réenregistrement)[1832]. Ceci permettrait d'enrichir le domaine public, de réduire les coûts associés à la création de nouvelles œuvres, et cela, à un prix modique pour les titulaires de droits[1833]. L'étude de l'époque pendant laquelle les renouvellements étaient obligatoires et nécessaires pour conserver une protection a prouvé qu'approximativement 15% des œuvres de l'esprit avaient fait l'objet d'un renouvellement (à l'issue du premier terme de quatorze ans) tandis que 85% des œuvres étaient laissées libres de droit et par voie de conséquence intégraient le domaine public[1834].

[1826] Voir notamment, en plus des articles et rapports précédemment cites dans cette partie: Comité des Sages, *The new renaissance*, 2011; I. HARGREAVES, *Digital opportunity: a review of intellectual property and growth*, 2011, disponible sur:
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf; cité par P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, note n° 72 p. 751, voir également note n° 1 du même auteur p. 740 pour une remise en cause du modèle de protection actuel

[1827] Dans le cas de la protection aux Etats-Unis

[1828] P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, p. 751

[1829] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003, p. 210

[1830] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, p. 520

[1831] R. A. POSNER, *Intellectual property : the law and economics approach*, Journal of economics perspectives, Vol. 19, n° 2, pp. 57-73, 2005, p. 61

[1832] *Ibid*., p. 61

[1833] *Ibid*., p. 61

[1834] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, p. 520

Réduction de la durée de protection grâce au renouvellement. Le principe du renouvellement permettrait ainsi de rendre la « réelle » durée de protection beaucoup plus courte que celle définie par le modèle de protection actuel[1835]. En effet, sur l'ensemble des œuvres qui ont dépassées le filtre initial que représentait l'obligation d'enregistrement et de notice (avant la loi de 1976) et étaient donc protégées, seulement 15% d'entre elles ont vu leur protection renouvelée, la durée effective la plus longue du terme du copyright était de 32,2 années (selon la loi précédent 1976 aux Etats-Unis, la durée de protection la plus longue, que ce soit le terme initial ou le terme renouvelé, était de vingt-huit ans). En prenant en compte le taux de renouvellement de 15%, la durée moyenne de la protection était de (0,15 x 56) + (0,85 x 28), soit 32,2 années. En prenant en compte le taux de renouvellement le plus élevé historiquement, 22% en 1990 (et pour l'ensemble des types d'œuvres de l'esprit soumises au copyright) la durée moyenne de la protection serait égale à (0,22 x 56) + (0,78 x 28), soit 34,2 années[1836].

Etudes renouvellements. Sur la base des études et les calculs de la dépréciation de la valeur des œuvres de Landes et Posner, le Professeur Sprigman estime que les pays adhérents de la Convention de Berne pourraient imposer un système de renouvellement obligatoire (de plus d'un terme) au cours de la période de protection : un renouvellement impératif à l'issue d'un premier terme de dix ans aboutiraient à une chute de 50% des œuvres protégées dans le domaine public, puis l'instauration d'un second renouvellement à l'issue d'une protection de quarante-trois ans résulterait que seules 10% des œuvres protégées à l'origine seraient toujours volontairement protégées, enfin, un troisième renouvellement à l'issue d'une protection globale de soixante-cinq ans résulterait que 99% des œuvres protégées à l'origine appartiendraient au domaine public (« *[a] third renewal requirement set at sixty-five years would move all but 1% of the number of originally registered works into the public domain* »)[1837]. Logiquement, les œuvres toujours protégées à l'issue d'un délai de soixante-cinq ans (et dont la protection aurait donc été renouvellée trois fois : après 10, 43 et 65 ans) correspondraient à celles dont la valeur commerciale permettrait de tirer de significatifs bénéfices pendant toute la durée de la protection[1838].

Enregistrement et renouvellement. Le nouveau modèle de protection reposerait ainsi sur une procédure (onéreuse ou non) d'obtention de la protection et des formalités conditionnelles (enregistrement, notice, frais de dépôt et de renouvellement) plutôt que sur un automatisme de la protection en faveur des auteurs[1839]. Selon le Professeur Bitton, le nouveau modèle ne devrait pas revenir à une date de publication comme point de départ de l'obtention de la protection, mais plutôt sur l'idée que la création et la fixation seraient les dates pertinentes pour réclamer la protection[1840]. Concernant les frais d'enregistrement et de renouvellement, s'il est possible de croire que tous les créateurs et auteurs d'œuvres de l'esprit pourraient s'en acquitter de facon si systématique que l'objet premier du nouveau modèle de protection, l'enrichissement du domaine public, deviendrait futile, il est néanmoins possible de construire

---

[1835] *Ibid*., p. 521
[1836] *Ibid*., p. 521: « *The renewal formality made the "real" term of copyright (in contrast to the nominal term set out in the copyright statutes) very short by our current standards. For the subset of works that was not eliminated by the initial (registration and notice) filter and was therefore subject to copyright, the longest effective copyright term prior to the 1976 Act, at an average renewal rate of 15%, was 32.2 years (Under pre-1976 law, the longest duration for either the initial or renewal term was twenty-eight years. Accordingly, using a renewal rate of 15%, the average term of copyright equals (0.15 * 56) + (0.85 * 28). Using the highest historical renewal figure for all works, 22% (in 1990), the average term of copyright would be 34.2 years (Using the highest renewal figure of 22%, the calculation is (0.22 * 56) + (0.78 *28)* »
[1837] *Ibid*., p. 551
[1838] *Ibid*.
[1839] M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 102
[1840] *Ibid*., p. 102

le nouveau modèle (notamment les procédures d'enregistrement et de renouvellement) de telle façon que ces formalités affectent les prises de décision des auteurs concernant les demandes de protection sur leurs œuvres[1841].

Nuances. Néanmoins, certains problèmes et interrogations existent concernant ce modèle de protection conditionnelle : notamment le fait qu'à l'heure du numérique et de la dématérialisation des œuvres, les notifications apposées sur ces dernières peuvent être techniquement retirées ou effacées ce qui créerait une certaine confusion, d'autant que les utilisateurs n'ont pas le réflexe de consulter et vérifier les registres d'enregistrement des œuvres[1842]. Le nouveau modèle de protection ne devrait pas seulement réintroduire des formalités telles qu'elles étaient établies par le passé, notamment en ce qui concerne l'appartenance automatique de l'œuvre dont la protection n'a pas été obtenue du fait d'un manquement aux procédures d'enregistrement[1843]. Plutôt que d'appliquer une solution aussi radicale, il serait plus productif d'établir qu'un manquement au respect des formalités aboutisse à une atténuation des droits et/ou des recours disponibles aux ayants droit, tels que les risques judiciaires associés à la réutilisation des œuvres non enregistrées[1844]. Aux Etats-Unis, un tel principe existe toujours en imposant des conditions à l'obtention de dommages et intérêts (« *statutory damages* ») et du remboursement de certains frais de justice (« *attorney fee awards* »), même si cela n'a pas suffi à créer une réelle incitation au principe d'enregistrement[1845]. L'application temporelle d'un tel modèle de protection pose aussi question : faut-il imposer ces nouvelles règles aux seules œuvres futures ou les mettre en exécution de façon rétroactive ? Car si une application rétroactive du modèle impliquerait que le modèle de protection serait harmonisé, il n'en reste pas moins que la charge des enregistrements (et des frais associés) serait considérable ; tandis qu'une seule application future du nouveau modèle créérait des divergences de durées entre œuvres futures et œuvres déjà créées (et soumises à l'ancien modèle). Une autre question ne peut toutefois être occultée, celle de la revalorisation du domaine public par la nécessaire réduction de la durée de protection. La sauvegarde du domaine public est aujourd'hui un enjeu majeur qui, s'il n'est pas ignoré, n'a pas encore donné lieu à des changements drastiques du modèle actuel de protection. C'est pourquoi la réforme du modèle de protection doit également être pensée comme un outil de sauvegarde et de revalorisation du domaine public (Chapitre II), afin que l'accès à la culture par la société dans son ensemble soit favorisé.

Chapitre II. Revalorisation du domaine public par la réforme du modèle de protection actuel

Si sur de nombreux aspects le droit d'auteur et le copyright participent concrètement aux intérêts des auteurs, les titulaires de droits et le public, les changements drastiques de l'environnement du modèle de protection depuis le milieu du XXème siècle, notamment au

[1841] *Ibid*., p. 102
[1842] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing copyright*, 57 Stan. L. Rev. 485, 488, 2004, pp. 489 à 556; voir également J. GIBSON, *Once and future copyright*, 81 Notre Dame L. Rev. 167, 172, 2005, voir note n° 1791
[1843] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1199
[1844] *Ibid*., p. 1199
[1845] *Ibid*., p. 1199

niveau technologique, ont remis en cause leur cohérence[1846]. Le débat opposant les défenseurs de la prorogation des délais de computation et de l'élargissement du champ d'application de la protection des œuvres de l'esprit à ceux dont l'objectif premier est la recherche d'une durée optimale de la protection a produit de nombreux articles et théories[1847], sans pour autant freiner la direction des récents développements du modèle de protection, qui continue de s'inscrire aujourd'hui dans un processus de contrôle toujours plus important des œuvres[1848]. Comme l'explique Richard Epstein, « *copyright law . . . flipped over from a system that protected only rights that were claimed to one that vests all rights, whether claimed or not* »[1849]. Pourtant, il ne paraît pas opportun de régler les questions relatives aux pratiques nouvelles et actuelles qui affectent la grande majorité des secteurs de la culture, par « *un renforcement d'un droit au fond inchangé mais coûteux et peu réaliste* »[1850]. Le modèle de protection tel qu'il est construit et appliqué aujourd'hui, à l'heure de l'univers d'internet et du format numérique[1851] n'est plus adapté et présente de nombreux défauts qu'il est nécessaire de gommer par une réforme en profondeur[1852] (Section I). Cette réforme du modèle, fondée sur un raccourcissement des délais de computation et l'instauration de formalités conditionnelles à l'obtention de la protection, a pour but premier la revalorisation du domaine public et une meilleure identification des œuvres et de leurs ayants droit afin que le processus créatif soit moins entravé qu'aujourd'hui (Section II).

Section I. Une revalorisation du domaine public fondée sur une durée plus courte de la protection

En France, si certains spécialistes se sont positionnés en faveur d'une réforme en profondeur du modèle de protection actuel, d'autres s'y opposent fermement, notamment le Professeur Sirinelli qui considère « *[qu'] il n'est pas nécessaire de transformer notre législation* »[1853], bien qu'il reconnaisse que le modèle se modifie depuis ces dernières années[1854]. Néanmoins, le modèle de protection actuel a fait l'objet de nombreuses critiques durant les dix dernières années, la plupart de celles-ci appelant à une réforme de celui-ci[1855]. L'un des fondements

[1846] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1245
[1847] Voir chapitre précédent
[1848] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, pp. 486-487
[1849] R. A. EPSTEIN, *The dubious constitutionality of the copyright term extension act*, 36 Loy. L.A. L. Rev. 123, 2002, cité par C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, p. 488
[1850] F. BENHAMOU, *Les politiques publiques face aux mutations de l'économie de la culture. Le droit d'auteur contesté par le numérique ?*, Les politiques culturelles, Cahiers français n° 348, janv-fév. 2009, p. 28
[1851] P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, pp. 778-779
[1852] *Ibid*., pp. 778-779
[1853] P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 5 Janvier 2000, I 194, p. 5
[1854] *Ibid*., p. 5: « *La mort du droit d'auteur n'est donc pas à l'ordre du jour. Il est vrai, en revanche, que, petit à petit, le droit d'auteur se transforme. C'est peut-être, même, une certaine idée - romantique - du droit d'auteur qui est appelée à disparaître*»
[1855] Voir notamment: C. BOHANNAN et H. HOVENKAMP, *Creation without restraint*, 2012; J. BOYLE, *The public domain*, 2008; W. W. FISHER III, *Promises to keep*, 2004; L. LESSIG, *Remix*, 2008; J. LITMAN, *Digital copyright*, 2001; K. McLEOD, *Freedom of expression*, 2007; K. McLEOD et P. DICOLA, *Creative Licenses*, 2011; N. W. NETANEL, *Copyright's Paradox*, 2008; J. TEHRANIAN, *Infringement Nation*, 2011; S. VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs*, 2001, P. SAMUELSON et autres, *The copyright principles project: directions for reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1175, 2010; P. SAMUELSON, *Leary lecture, preliminary thoughts on copyright reform*, 2007 UTAH L. REV. 551; Comité des Sages, *The new renaissance*, 2011; C. ENGSTROM et R. FALKVINGE, *The case for copyright reform*, 2012, disponible sur http://www.copyrightreform.eu ; I. HARGREAVES, *Digital opportunity: a review of intellectual property and*

principaux de cette potentielle réforme est la durée de protection des œuvres de l'esprit : si la raccourcir semble aujourd'hui une nécessité (§I), il n'en reste pas moins qu'arrêter un délai de computation objectivement optimal semble particulièrement difficile, aussi bient théoriquement que juridiquement (§II).

§I. La recherche d'une durée optimale de la protection…

La durée des délais de computation n'ont jamais été aussi contesté qu'aujourd'hui. La plupart des juristes et des économiques dénoncent l'application d'un modèle de protection fondé sur une durée excessive au regard de l'environnement numérique et des nouveaux moyens de diffusion des œuvres[1856]. Ceci est confirmé aussi bien par les analyses théoriques (A) qu'empiriques (B), qui dénoncent en grande majorité les durées excessives de protection des œuvres de l'esprit telles qu'elles sont appliquées aujourd'hui.

A. Une durée actuelle de protection trop longue…

Remise en cause de la durée actuelle. Depuis le milieu du XXème siècle, l'évolution du modèle de protection s'est fait principalement selon deux axes : « *la privatisation du bien commun et la capture de la réglementation* »[1857], ce qui aboutit, comme l'expliquent M. Vivant et J-M. Bruguière, à un « *mouvement international et européen [vers] la qualification du droit d'auteur comme un droit de propriété* »[1858]. Pour Pollock, le modèle de protection doit être repensé en se basant sur les trois principes suivants, issus de son analyse du domaine littéraire: (a) la durée de protection optimale est susceptible de diminuer en parallèle de la baisse des coûts de production des œuvres originales (et inversement) ; (b) les changements technologiques impliqueraient une augmentation ou une diminution des durées optimales de protection ; et (c) le niveau optimal de protection devrait, en général, diminuer au fil du temps alors que le nombre d'œuvres créées augmentent[1859]. Il est évident qu'aujourd'hui ces principes directeurs ne sont pas du tout pris en considération lors des différents débats sur l'élaboration d'un modèle de protection et tout particulièrement concernant les évolutions des délais de computation. Ce désir de diminuer la durée de la protection du modèle actuel paraît

---

growth, 2011, disponible sur http://www.ipo.gov.uklipreview-finalreport.pdf ; WITTEM GROUP, *European copyright code*, 2010, disponible sur http://www.copyrightcode.eu, cites par P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, p. 740; J. LITMAN, *Real Copyright Reform, 96* Iowa L. Rev. I, 2010; J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie; A-R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action; également mais dans une moindre mesure (ces auteurs soulèvent surtout les derives du modèle actuel): BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, La Découverte, 2009; F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003

[1856] Voir précédemment

[1857] V. BULLICH, *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, p. 5

[1858] M. VIVANT et J-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, p. 35, cité par V. BULLICH, *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, disponible sur http://lesenjeux.u-grenoble3.fr/2013-supplement/07Bullich/07Bullich.pdf, p. 4

[1859] R. POLLOCK, *Optimal copyright over time : technological change and the stock of works*, Review of economic research on copyright issues, 2007, vol. 4(2), 51-64, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1144288, p. 52 : « *we show that (a) optimal protection is likely to decrease as the cost of production for 'originals' falls (and vice-versa); (b) technological change which reduces costs of production may imply an increase or a decrease in optimal levels of protection (this contrasts with a large number of commentators particularly in the copyright industries who have argued that such change necessitates increases in protection); and (c) the optimal level of copyright will, in general, fall over time as the stock of work increases* »

d'autant plus justifié que les arguments énoncés ces vingt dernières années en faveur d'une protection plus longue et plus large ont pris une tournure de plus en plus mercantile[1860]. Fondés sur la nécessité d'obtenir plus de ressources afin de compenser les pertes occasionnées par le copiage illicite d'œuvres protégées et la diffusion de celles-ci ainsi que par la destruction d'emplois qui en découlent, ces arguments, s'ils ne font pas l'unanimité, sont mêmes selon certains vides de sens[1861].

Diminution de la durée. La durée des délais de computation du modèle actuel est aujourd'hui clairement trop longue, car *a minima*, elle fournit une privatisation excessive au regard de ses objectifs originels[1862] : l'incitation à la création, l'assurance d'une juste rémunération pour les auteurs et un accès optimisé au savoir pour l'ensemble de la société[1863]. Ainsi, changer le modèle de protection des œuvres de l'esprit, et tout d'abord sa durée, semble aujourd'hui nécessaire et justifié, que ce soit par les études théoriques ou les analyses empiriques. Ce changement est essentiel dans l'optique de favoriser l'accès à la culture des futures générations, et d'éviter de reproduire les raisonnements du passé pour aboutir à une solution réaliste[1864].D'autant qu'une durée de protection trop longue présente de sérieuses dérives, notamment concernant l'incitation à la création, qui est susceptible de considérablement diminuer du fait de l'assurance d'encaisser des royalties pendant de nombreuses années : comme l'explique le Professeur Lunney Jr, « *[a]s an example of this, Mike Scherer has traced the productivity of Giuseppi Verdi, one of the most influential 19th century Italian composers, following the introduction of copyright in northern Italy. After copyright was introduced and Verdi's per-opera earnings increased, Verdi substantially reduced the number of operas he wrote and released each decade[1865]. My own favorite example of this is country-and-western singer, Garth Brooks. After releasing his first album in 1989, Mr. Brooks became one of the top-selling solo artists of all time. Yet, rather than encourage Mr. Brooks to write and perform more music, copyright ensured that Mr. Brooks earned so much from his music that he could afford to and did retire in 2001, at the age of 39. While he announced his return to music in 2009 and is doing stage shows in Las Vegas, since his retirement, Garth Brooks has not been the creative musical force that he was during the 1990s* »[1866]. Ainsi, le modèle de protection se voit aujourd'hui remis en cause et incite à la mise en place « *[d']aménagements sinon des transformations dans ses principes directeurs, dans ses conditions d'application comme dans son contrôle et sa régulation* »[1867]. Il semble donc particulièrement raisonnable aujourd'hui de s'accorder avec les Professeurs Benhamou[1868] et Patry[1869], qui comme bien d'autres spécialistes français ou américains[1870], souhaitent qu'une transformation « *raisonnable et efficace* » du modèle de protection soit

[1860] G. S. LUNNEY Jr., *Copyright mercantilist turn*, 42 Fla. St. U. L. Rev., 95, 2014-2015, p. 95
[1861] G. S. LUNNEY Jr., *Copyright mercantilist turn*, 42 Fla. St. U. L. Rev., 95, 2014-2015, p. 95
[1862] *Ibid*., p. 133
[1863] Voir Partie I et l'évolution historique du fondement du modèle actuel de la protection
[1864] B. W. FRAZIER, *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012, p. 240
[1865] F.M. SCHERER, *The emergence of musical copyright in Europe from 1709 to 1850*, 5 Rev. Econ. Res. on copyright issue 3, 2008, p. 11, cité par G. S. LUNNEY Jr., *Copyright mercantilist turn*, 42 Fla. St. U. L. Rev., 95, 2014-2015, p. 111
[1866] G. S. LUNNEY Jr., *Copyright mercantilist turn*, 42 Fla. St. U. L. Rev., 95, 2014-2015, p. 110-111
[1867] P.-J. BENGHOZI et T. PARIS, *Évolutions économiques et nouveaux modèles de protection de la propriété littéraire et artistique*, Réseaux, 1998, volume 16, n°88-89. p. 15
[1868] Entre autres, F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, Collection repères, 3ème éd., 2014, p. 105 et F. BENHAMOU, *L'industrie du livre*, dans Cohen D. et Verdier T., *La mondialisation immatérielle*, Conseil d'analyse économique, Rapport n°76, Paris, La Documentation française, pp. 73-96
[1869] P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, études des publications suivantes: *Copyfraud and other abuses of intellectual property law*, J. MAZZONE. Stanford, Cal., Stanford University Press., 2011, Pp. xiii, 295 et *How to fix copyright?*, W. PATRY, New York, N.Y.: Oxford University Press, 2012
[1870] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1185; Voir également les références du chapitre précédant

réalisée. Selon Benhamou, celle-ci devrait être construite sur une diminution du terme de protection plutôt que sur « *une course-poursuite entre la législation et ses contrevenants* »[1871], qui n'a jusqu'à présent pas fait ses preuves.

Durée courte. Le but de la réforme proposée du modèle de protection est de rééquilibrer les intérêts des auteurs/titulaires de droits avec ceux du public et de la société en général : aussi, une réduction de la durée de la protection (en temps et par le biais des formalités) combiné à une meilleure transparence sur les droits existants et associés aux œuvres de l'esprit permettrait une information claire telle qu'elle est nécessaire aujourd'hui à la société et que le modèle actuel n'arrive pas à fournir[1872]. S'il est particulièrement compliqué de fixer avec certitude une durée de protection optimale, la réflexion concernant les délais de computation pourrait se focaliser principalement sur la recherche d'une période d'exclusivité accordée aux auteurs et titulaires de droits afin que ces derniers (comme les inventeurs du domaine de la propriété industrielle) puissent jouir d'un revenu raisonnable, sans que le marché présente des problèmes de sous ou surproduction. Un retour au terme fixe et unique de quatorze années semble proche de l'idéal[1873].

Durée propre à chaque type d'œuvres. Un autre problème concernant la durée de protection est le fait qu'elle soit uniforme à l'ensemble des œuvres, cette situation ne pouvant aucunement impliquer que le modèle actuel soit optimal, les durées moyennes d'exploitation commerciale n'étant pas les mêmes selon chaque catégorie d'œuvres. En effet, vu l'hétérogénéité des œuvres de l'esprit, un terme fixe appliqué à toutes les œuvres quel que soit leur nature a de grandes chances de sur récompenser certains auteurs/titulaires de droits et d'en sous-récompenser d'autres, causant ainsi une mauvaise répartition des richesses (bien qu'il soit peu crédible, au regard de la durée actuelle de protection, que certains soient sous-récompensés)[1874]. Les œuvres n'ont pas besoin d'être protégées pour la même durée : par exemple, il ne serait pas logique (économiquement) d'accorder la même protection à un logiciel qu'à un livre au vu des durées d'exploitation sur le marché de ces deux types de bien. Cette situation fausse le débat sur l'élaboration d'une durée optimale de protection, surtout si celle-ci est uniformisée à l'ensemble des œuvres de l'esprit, quelle qu'elles soient[1875]. Néanmoins, outre les analyses théoriques, les recherches empiriques s'accordent également sur le fait que la durée de protection actuelle est trop longue et doit être réduite, afin que le modèle retrouve son sens et son efficience premiers[1876] (B)

[1871] F. BENHAMOU, *Les politiques publiques face aux mutations de l'économie de la culture. Le droit d'auteur contesté par le numérique?*, Les politiques culturelles, Cahiers français n° 348, janv-fév. 2009, p. 25

[1872] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1178 disponible sur http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2380&context=articles

[1873] G. S. LUNNEY Jr., *Copyright mercantilist turn*, 42 Fla. St. U. L. Rev., 95, 2014-2015, p. 116-117

[1874] R. A. POSNER, *Intellectual property : the law and economics approach*, Journal of economics perspectives, Vol. 19, n° 2, pp. 57-73, 2005, p. 61

[1875] J. P. LIU, *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374, p. 430-431

[1876] D. KHANNA, *Guarding against abuse: the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 58: « *To restore the original public meaning of copyright, copyright's term must be shortened, and to do so we must reconsider existing international treaties on copyright and not sign any treaty that either would lock in existing terms or extend terms even longer. Finally, copyright terms must not be extended to "life plus 100" when the next copyright extension bill may come before Congress in 2018* »

B. …ce que confirment les études empiriques

Depuis plusieurs années, de nombreux juristes et économistes se sont penchés sur la question de l'impact des récentes évolutions des délais de computation sur le marché de la culture par le biais d'études empiriques afin d'apporter un complément aux analyses théoriques[1877]. Ces études concernent aussi bien la question de l'accès aux œuvres en général par le public (donc de la diffusion), suivant que celles-ci soient toujours protégées ou non, que l'impact des prorogations sur l'incitation à la création. La méthode de l'analyse empirique semble particulièrement adaptée et efficiente concernant les problématiques liées à la durée de la propriété intellectuelle, car c'est un domaine dans lequel les marchés, les incitations et les comportements humains sont explicites[1878] et donc aisément identifiables. Ces études ont largement participé à la remise en cause du modèle de protection actuel, tout particulièrement sa durée, et des arguments en faveur des prorogations. Mais si ces travaux s'accordent en très grande majorité sur la nécessité de diminuer la durée des délais de computation, ils ne semblent néanmoins pas suffisants quant à l'élaboration d'une durée optimale de protection. Les données issues de ces différentes études empiriques suggèrent toutefois clairement que les principaux arguments en faveur des récentes extensions temporelles du copyright et du droit d'auteur, notamment les hypothèses de sous-utilisation, de surutilisation et de dépréciation des œuvres ne sont pas fondées : il semble en effet peu probable qu'une œuvre, une fois partie au domaine public, perde de sa valeur soudainement et de manière conséquente du fait de la nouvelle utilisation qui en serait faite. Et ceci, bien que le passage d'une œuvre dans le domaine public puisse impliquer des coûts, les nouvelles possibilités d'exploitation de celle-ci occasionnant des bénéfices qui outrepassent radicalement ces frais[1879]. L'application d'un modèle de protection fondé aujourd'hui sur une durée de protection particulièrement longue, soixante-dix ans post mortem auctoris, a pour conséquence la disparition de certaines œuvres

---

[1877] S. J. LIEBOWITZ & S. MARGOLIS, *Seventeen famous economists weigh in on copyright: the role of theory, empirics, and network effects*, 18 Harv. J. L. & Tech., 345, 451, 2005; R. POLLOCK, Forever minus a day? Some theory and empirics of optimal copyright, Cambridge university, 2007 ; R. A. POSNER, *How long should a copyright last ?*, 50 J. Copyright Soc'y U.S.A, 1, 2002-2003 ; D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014 ; D. S. KARJALA, *Hary Potter, Tanya Grotter, and the copyright derivative work*, 38 Ariz. ST. L.J. 17, 37, 2006; P. J. HEALD, *Property rights and the efficient exploitation of copyrighted works: an empirical analysis of public domain and copyrighted fiction bestsellers*, 92 Minn. L. REv. 1031, 1046-50, p. 2008 ; P. J. HEALD, *Does the song remain the same? an empirical study of bestselling musical compositions (1913-32) and their use in cinema (1968-2007)*, 60 Case. W. Res. L. Rev. 1, 2009; S. BREYER, *The uneasy case for copyright: a study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, 84 Harv. L. rev. 281, 1970-1971; I. P. L. PNG & Q-H. WANG, *Copyright duration and the supply of creative work : evidence from the movies*, 2006 ; P. J. HEALD, *How copyright makes books and music disappear (and how secondary liability rules help resurrect old songs)*, 2013 ; W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003 ; R. WATT, *An empirical analysis of the economics of copyright : how valid are the results studies in developed countries for developing countries* ?, dans *The economics of intellectual property publication on "the economics of intellectual property. Suggestions for further research in developing countries and countries with economies in transition"*, 2009; I. P. L. PNG, *Copyright: a plea for empirical research*, Review of economic research on copyright issues, 2006; S. J. LIEBOWITZ et R. WATT, *How to best ensure remuneration for creators in the market for music? Copyright and its alternatives*, Journal of economic surveys, Vol. 20, No. 4, p. 518 ; I. P. L. PNG, *Copyright : a plea for empirical research*, Review of economic research on copyright issues, 2006 ; voir également C. BUCCAFUSCO et C. J. SPRIGMAN, *The Creativity Effect*, 78 U. Chi. L. Rev. 31, 2011; D. R. GERHARD, *Copyright Publication: An Empirical Study*, 87 Notre Dame L. Rev. 135, 2011; C. BUCCAFUSCO et C. J. SPRIGMAN, *Valuing Intellectual Property: An Experiment*, 96 Corn. L. Rev. 1, 2010; R. KU, *Does Copyright Law Promote Creativity? An Empirical Analysis of Copyright's Bounty*, 62 Vand. L. Rev. 1669, 2009, cités par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 4, note n°6 des auteurs

[1878] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 4 : « *In recent years, legal scholars have turned increasingly to empirical and experimental methods to test longstanding assumptions about how laws operate. These methods have been particularly successful when applied to IP, because, unlike some areas of the law, IP law's assumptions about markets, incentives, and human behavior are explicit* »

[1879] *Ibid*., p. 37

protégées du marché du fait de leur inintérêt économique (1). Cette réalité vient également alimenter la remise en cause des principaux arguments aux extensions de la durée de protection (2). Mais s'il est évident que les études empiriques participent à la promotion d'une réduction conséquente de la durée de protection des œuvres de l'esprit actuelle, leurs auteurs soulignent néanmoins la nécessité de réaliser de plus amples recherches empiriques sur le sujet (3).

1) Longue durée de protection et accessibilité des œuvres

Problème d'accès aux œuvres protégées. Une étude de 2012 concernant la vente en ligne de livres par la société Amazon a démontré que les livres créés peu après 1923 (et donc particulièrement anciens mais toujours protégés) étaient considérablement moins accessibles, car non édités, que les livres créés avant cette date et appartenant au domaine public[1880]. Ainsi, il est plus aisé aujourd'hui d'accéder à la plupart des œuvres du XIXème siècle que du XXème, ce qui est particulièrement inquiétant. Ce phénomène fut qualifié par The Atlantic Magazine de « *The Missing 20th Century* »[1881]. En effet, cette étude montre qu'il y a aujourd'hui 700% de livres disponibles de plus datant des années 1910 que des années 1950, et ceci, bien que plus de livres furent écrits et édités dans les années 1950. Ce résultat ne se limite d'ailleurs pas aux seuls livres imprimés mais également aux livres audio : l'analyse de ce marché suggère qu'ils existent plus de livres audio dont le texte appartient au domaine public que de livres audio dont l'œuvre première est toujours protégée[1882]. Cette profusion de création de livre audio à partir du domaine public prouve donc que le marché « *tak[e] car of the content* » et « *promot[e] distribution* » avec ou sans une véritable motivation financière[1883], ce qui ne semble d'ailleurs pas avoir été remis en cause concrètement à ce jour[1884]. Il ne paraît donc pas exagéré d'y voir une réelle dimension positive du domaine public quant à l'accessibilité des œuvres par le public (et *a contrario* une dérive négative du modèle actuel de protection). Ces résultats confirment d'ailleurs la vision (et les études) de Heald selon laquelle les business modèles de la culture fondés sur une distribution des œuvres de l'esprit pour une durée relativement courte peuvent aboutir à une disparition de celles-ci, alors qu'il existe un véritable marché pour les œuvres très anciennes et non éditées (selon son analyse il y aurait trois fois plus de livres datant des années 1850 disponibles sur Amazon que de livres datant des années 1950)[1885]. Il a d'ailleurs été également prouvé que la retranscription en format digital de vieux vinyles, dont les musiques sont protégées, était plus importante par des non titulaires de droits que par des propriétaires de copyright[1886]. Ainsi, les

[1880] T. TAYLOR, *Absurdities of Copyright Protection, Conversable Economist*, Conversable Economist, 2014, disponible sur http://conversableeconomist.blogspot.com/2014/05/absurdities-of-copyright, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 80

[1881] Rebecca Rosen, The Missing 20th Century: How Copyright Protection Makes Books Vanish, THE ATLANTIC (Mar. 30, 2012), http://theatln.tc/1zcC0Nz, D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 81

[1882] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 29-30

[1883] D. KHANNA, *R Street Policy Study No. 20: Guarding Against Abuse: Restoring Constitutional Copyright*, R STREET 1, 2014, disponible sur http://www.rstreet.org/wp-content/uploads/2014/04/RSTREET20.pdf

[1884] *Ibid*., p. 81-82

[1885] P. J. HEALD, *How copyright makes books and music disappear (and how secondary liability rules help resurrect old songs*, 2013, dispnible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290181, pp. 32-33

[1886] T. BROOKS, *Nat'l Recording Pres. Bd., Library of Cong., Survey of reissues of U.S. recordings 7-8 & 7 tbl. 4*, 2005, demonstrating that copyright owners have made only an average of 14% of popular recordings from 1890 to 1964 available on CD, while non-owners have made 22% of them available to the public on CD, cité par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 19

durées de protection particulièrement longues et leurs prorogations (qui ne présentent aucune logique avec les stratégies de retour sur investissement à court terme des industries culturelles[1887]) « *exacerbate the availability and distribution crisis by delaying the moment when the market can intervene and restart production* »[1888]. Cette contradiction était déjà soulevée dès les années trente par Plant qui, après avoir étudié le marché du livre, considérait que la durée de protection devait se limiter à une période de trois à cinq ans, celle-ci correspondant au terme pendant lequel l'essentiel des ventes étaient réalisé[1889].

Disponibilité. Landes et Posner ont eux aussi étudié le marché des livres anciens et ont remarqué que moins de 11% des copyrights enregistrés entre 1883 et 1964 ont été renouvelés à la fin du terme de vingt-huit ans (bien que le coût de ce renouvellement soit modique), et qu'une infime proportion des livres publiés est toujours disponible aujourd'hui[1890]. Landes et Posner en arrivent à la conclusion, d'après leurs différentes études, que la plupart des œuvres ont une valeur qui se déprécie rapidement et que la plupart des titulaires de droits ne renouvelleraient pas aujourd'hui leurs copyrights même à bas prix. Il semble plus cher de continuer à imprimer un livre que d'en renouveler la protection[1891]. Ces résultats sont à mettre en corrélation avec ceux de l'étude de Liebowitz et Margolis selon laquelle seulement environ 41% des livres édités dans les années 1920 étaient toujours édités et disponibles cinquante-huit ans plus tard[1892].Cette question de la disponibilité des œuvres protégées non exploitées est également mise en exergue par d'autres études empiriques. Dans son ouvrage *How to Fix Copyright*, Patry explique que 95% du catalogue de la Motown est aujourd'hui indisponible (des données similaires existent pour les autres labels musicaux)[1893]. Cette « désertification » culturelle concerne l'ensemble des catégories des œuvres de l'esprit : en 2002, seulement 2,3% des livres publiés aux Etats-Unis entre 1927 et 1947 étaient toujours disponibles sur le marché[1894], tandis que pour les mêmes dates, seulement 9,2% des films l'étaient[1895]. Il a également été prouvé que, d'une manière générale, seulement 5% des livres sont toujours publiés après l'expiration du droit d'auteur sur l'œuvre[1896]. Concernant les œuvres audiovisuelles de télévision, le constat est également que la longue durée de protection, qui aujourd'hui sert généralement de base pour la durée des cessions de droits entre auteurs et producteurs, participe à une baisse de la disponibilité des contenus[1897]. Finalement, il semble

[1887] Sauf celle de vouloir maintenir un système de rente en faveur des titulaires de droits d'œuvres (« classiques et populaires ») dont la valeur économique ne varie que très peu au fil du temps et présentent toujours un intérêt financier

[1888] P. J. HEALD, *How copyright makes books and music disappear (and how secondary liability rules help resurrect old songs*, 2013, dispnible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290181, pp. 32-33

[1889] A. PLANT, *The economic aspects of copyright in books*, Economica, vol. 1, p. 167-195, cités par F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, 3ème ed., La découverte, p. 105

[1890] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003, p. 211 : « *for example, of 10,027 books published in the United States in 1930, only 174 were still in print in 2001 (1.7 percent)* »

[1891] *Ibid*., p. 211

[1892] S. J. LIEBOWITZ et S. MARGOLIS, *Seventeen famous economists weigh in on copyright: the role of theory, empirics, and network effects*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 18 No. 2, Spring 2005, 435-457, disponible sur http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v18/18HarvJLTech435.pdf

[1893] W. PATRY, *How to fix copyright*, Oxford University Press, 2011, p. 61 cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 83

[1894] A. MELVILLE et S. SIMMON, Film Preservation 1993: a study of the current of American film PRESERVATION 5, Librarian of Cong., 1993, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 83

[1895] L. W. BOWEN, Jr., *Givings and the next copyright deferment*, 77 Fordham L. Rev. 809, 832, 2008, disponible sur http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4398&context=flr, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 83 ;; voir également concernant l'application du droit d'auteur et des droits voisins aux œuvres audiovisuelles (TV) :

[1896] R. TOWSE, *Economies of lntellectual Property Rights*, 2002, cité dans le Guide pour l'évaluation de la contribution économique des industries du droit d'auteur de l'OMC, 2003, p. 21

[1897] F. BENHAMOU et S. PELTIER, *Le droit d'auteur, incitation à la création ou frein à la diffusion? Une analyse empirique du cas de la création télévisuelle*, Revue d'économie industrielle, 135 / 2011, pp. 66-67, disponible sur

que les industries culturelles font peu pour la préservation des œuvres anciennes, et que la protection de ces œuvres (non exploitées par les titulaires de droits) empêche légalement le marché de donner une seconde vie économique à celles-ci tout en assurant leur diffusion et leur accès au public[1898]. En somme, et malheureusement, « *our culture is literally falling apart because copyright is preventing us from keeping it for the ages* »[1899], ce qui s'oppose clairement au sens premier du modèle de protection qui est censé préserver un équilibre entre l'incitation à la création et la diffusion de la culture.

Etouffer la création et la diffusion des œuvres. Ainsi, la préservation des intérêts des titulaires de droits, et tout particulièrement ceux des principales entreprises de l'industrie culturelle, au détriment des créateurs de nouveaux contenus (qui ont besoin d'œuvres disponibles pour créer), aboutit à étouffer le processus créatif. Par exemple, un certains nombres d'orchestres ont arrêté de jouer *Pierre et le loup* de Prokofiev aux Etats-Unis depuis que sa protection par le copyright a été rétablie suite à la prorogation de 1998. Toujours aussi inquiétant, soixante-dix pour cent des orchestres interrogés précisent qu'ils ne sont plus capables de jouer certaines œuvres appartenant auparavant au domaine public… car celles-ci sont de nouveau sous la protection d'un copyright[1900]. David et Rubin ont d'ailleurs réalisé qu'en 2027, 3,5 millions d'ouvrages seront toujours hors du domaine public des suites des prorogations successives des délais de computation américains réalisées depuis 1962[1901]. Dans

---

http://rei.revues.org/5110: « *le producteur est enclin à signer des contrats qui lui confèrent des droits sur une durée la plus longue possible, au risque de stocker l'oeuvre si la qualité finale le déçoit. Il en empêche ainsi l'exploitation par des concurrents et se réserve l'éventualité d'une diffusion ultérieure. Quant à l'auteur, il dispose de peu de moyens de faire connaître et valoir devant les tribunaux son insatisfaction devant l'effort de promotion et de diffusion fourni. Un tel recours risquerait de réduire ses chances de passer de nouveaux contrats, dans une économie fondée sur la réputation et fonctionnant en réseaux. […] Le système actuel du droit d'auteur ne garantit pas un partage du risque entre producteurs et auteurs. On a montré que les auteurs à faible notoriété supportent la quasi-totalité du risque. À l'inverse, les auteurs à forte notoriété parviennent à reporter ce risque sur les producteurs. Enfin, l'application du droit d'auteur, et plus particulièrement des droits voisins du droit d'auteur, s'accompagne d'un recul du niveau de la diffusion. Alors que l'offre de programmes s'étend, traversée par de nouvelles technologies, les auteurs de fictions sont laissés à l'écart des retombées de ces évolutions* » ; voir également la question des films muets et des œuvres audiovisuelles (TV) : D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 83-84 : « *A recent study by the Library of Congress demonstrates the industry has done an extremely poor job of preserving older films. Of the nearly 11,000 silent feature films made from 1912 through 1929, the survey found only about 3,311 are known to exist today and only 1,575 exist in their original 35 millimeter release format. The rest survive in foreign versions, are incomplete, or are in lower-quality formats. This means only about fourteen percent of silent era films survived in their original form, and even those may not be in good quality today. Our culture is literally falling apart because copyright is preventing us from keeping it for the ages. This epidemic doesn't just affect films, it also affects our television history for which has historically been even less of an economic incentive of preserving. For example, BBC is currently missing 97 of 800 Doctor Who episodes after the BBC had wiped its tapes. In fact, BBC was missing more episodes until in April 2009, while searching deep space for extra-terrestrial signals, scientists in Puerto Rico discovered old television broadcasts that "seemed to be originating from deep space." Several weeks of broadcasts were recovered through this method, including lost episodes of Doctor Who. This is not the only example, it was also true of other classic shows like Dad's Army210 and Z Cars. Even Monty Python's Flying Circus almost suffered this fate. According to Monty Python troupe member Terry Jones, 'the shows were nearly wiped [erased] by the BBC'. Jones says that in 1971 he got a call that the BBC was going to erase all of the original tapes to save money. 'That is what the BBC did in those days; they wanted the videotapes to reuse. According to the documentary, Gilliam came to the rescue, buying the run of 'Python' episodes before they could be erased." Incredibly, '[u]ntil the 1970s the networks did not have a systemic policy to preserve programming other than prime time. So all other genres - sports, talk, daytime, news - were haphazardly recorded and archived'* »

[1898] P. J. HEALD, *How copyright keeps works disappeared*, 2013, dispnible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290181 , pp. 48-49 : « *Copyright term extensions have clearly prevented the development of a market for re-printing the massive number of 'missing' works from the 20th century* »

[1899] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 83

[1900] *Ibid*., p. 92-93 : « *About seventy percent said they are 'no longer able to perform some works previously in the public domain … because those works are now under copyright protection*'"

[1901] P. DAVID et J. RUBIN, *Restrincting access to books on the Internet : some unanticipated effects of U.S. copyright legislation*, Rev. of economic research on copyright issues, vol. 5, n°1, p. 23-53 ; voir également J. LITMAN, *Digital copyright*, Amherst, Prometheus books, 2001, « *les multiples extensions de la durée des droits empêchent des œuvres de*

la même veine, un professeur de cinéma de l'Université de Pennsylvanie exprimait il y a quelques années son désarroi dans une tribune du New York Times quant à la privatisation du domaine public par l'extension de la durée de protection et son impact sur la disponibilité des œuvres cinématographiques: « *[i]n my own field - film - the effects of the 1994*[1902] *law have been palpable. Distributors of classic foreign films have seen their catalogs diminished. Students can no longer get copies of many films. Archivists have postponed the preservation of important films. And of course filmmakers have lost access to works of literature that they might have adapted and music that might have enhanced soundtracks… [M]ore important, for Hollywood and every other American cultural industry, access to a stable and growing public domain has been essential to innovation. Unfortunately, even representatives of the American film industry don't always recognize this truth…[t]he M.P.A.A. contends that the expansion of copyright is good for its industry. . .[b]ut history tells a different story. Filmmakers have consistently used public domain works to anchor artistic and technological innovation. […] Because of Congress's transformation of the copyright system, filmmakers and producers today do not have the same access to the public domain as their predecessors. Technical, artistic and industrial innovation are at risk* »[1903]. Le domaine public ne devrait pas devenir un simple cimetière pour les œuvres ayant perdu toute valeur sur le marché, mais bien rester une source d'inspiration essentielle pour les créateurs et les distributeurs[1904], ainsi qu'un fonds culturel riche aisément accessible pour le public dans son ensemble. De plus, si les études empiriques de l'impact de la durée de protection sur l'accessibilité aux œuvres démontrent que l'application de longues durées peut être contre-productive, elles remettent également en cause les principaux arguments en faveur des récentes extensions de la durée de protection (2), qui seront certainement de nouveaux utilisés lorsque la question d'une prochaine prolongation des délais de computation sera une nouvelle posée au législateur.

2) Remise en cause des arguments à l'extension des délais de computation

Les principaux arguments en faveur des extensions (passées mais certainement prochaines) de la durée de protection sont fondés sur les craintes intimement liées au domaine public : ce sont les hypothèses de sous/surutilisations et de dépréciation des œuvres dont la protection est échue. Ces craintes sont issues d'une vision négative de l'exploitation libre qui pourrait être faite des œuvres appartenant au domaine public.

Hypothèse de sous-utilisation. Buccafusco et Heald[1905], tout comme nombre d'études précédentes[1906], sont arrivés à la même conclusion suite à leur étude du marché des livres

---

tomber dans le domaine public au profit des grandes firmes gestionnaires de l'essentiel des catalogues et au détriment de la liberté d'accès à la culture et à la connaissance », cités par F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, Collection Repères, 3ème ed., La découverte, p. 104 : « *les modifications de 1976 et de 1992, qui ont aboli les formalités de renouvellement pour les livres publiés à certaines périodes, ont eu le plus d'effet restrictif du domaine public* »

[1902] L'auteur fait ici référence aux Accords de l'Uruguay Round de 1994 qui ont obligé les Etats-Unis à appliquer une protection aux œuvres d'auteurs non-américains (voir précédemment)

[1903] P. DECHERNEY, *Will Copyright Stifle Hollywood*, N.Y. TIMES, Oct. 5, 2011, at A27, disponible sur http://www.nytimes.com/2011/10/05/opinion/keep-works-in-the-public-domain-public.html

[1904] N. HELBERGER, N. DUFFT, S. VAN GOMPEL et B. HUGENHOLTZ, *Never forever: why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea*, European Intellectual Property Review, 2008/5, p. 181

[1905] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 29-30

[1906] D. S. KARJALA, *Hary Potter, Tanya Grotter, and the copyright derivative work*, 38 Ariz. ST. L.J. 17, 37, 2006, S. J. LIEBOWITZ & S. MARGOLIS, *Seventeen famous economists weigh in on copyright: the role of theory, empirics, and network effects*, 18 Harv. J. L. & Tech., 345, 451, 2005 ; P. J. HEALD, *Property rights and the efficient exploitation of copyrighted works: an empirical analysis of public domain and copyrighted fiction bestsellers*, 92 Minn. L. Rev. 1031, 1046-50, p. 2008 ; P. J. HEALD, *Does the song remain the same? an empirical study of bestselling musical compositions (1913-*

audio : la conversion en format audio d'anciens bestsellers appartenant au domaine public est plus importante que celle de bestsellers encore sous copyright. Finalement, leur analyse prouve que les œuvres appartenant au domaine public (sur leur échantillon global d'étude) ont deux fois plus de chance d'être disponible en format audio, tandis que pour les seules œuvres durablement populaires, celles appartenant au domaine public avaient 20% de chances supplémentaires d'être disponibles en format audio que celles toujours protégées[1907]. Ce résultat, au-delà de prouver que l'hypothèse de sous-utilisation des œuvres appartenant au domaine public n'a que peu de crédit, prouve au contraire que c'est la protection offerte par la loi qui participe à la réduction de la disponibilité des œuvres, et ceci, même concernant les œuvres les plus populaires. Ainsi, le processus récent de prorogation des durées de protection ne paraît pas justifié et semble même être un frein à l'incitation de reproduire des œuvres anciennes ou de créer des œuvres dérivées à partir de celles-ci, ce qui est clairement contreproductif. Cette étude vient confirmer l'idée de Heald selon laquelle l'appartenance au domaine public d'une œuvre n'est pas synonyme d'indisponibilité sur le marché[1908], bien au contraire. Dans son étude empirique portant sur la disponibilité des bestsellers de fiction, Heald a étudié le cycle commercial de 166 ouvrages de fiction (considérés comme des bestsellers) datant de 1913 à 1922. Il a divisé ce cycle en deux parties, la première correspondant à la période de protection (pendant laquelle les œuvres sont sous copyright), la seconde débutant lorsque ces œuvres entrent dans le domaine public (entre 1985 et 1997). Son étude repose sur l'analyse de la disponibilité de ces œuvres en format papier et le nombre d'éditeurs par œuvre selon qu'elles appartiennent à la première ou seconde phase. Heald aboutit à la conclusion suivante : jusqu'en 2001, les livres appartenant au domaine public étaient autant disponible sur le marché que ceux encore protégés par copyright ; après 2001, le nombre de livres du domaine public toujours imprimés était significativement supérieur, tout comme le nombre d'éditeurs par œuvre ; puis, à partir de 2006, 98% des bestsellers datant de 1913 à 1922 appartenant au domaine public étaient toujours imprimés tandis que seulement 74% des bestsellers datant de 1923 à 1932 toujours protégés l'étaient[1909]. Ces résultats confirment donc que « *the fears about underuse may be inflated* »[1910].

Hypothèse de surutilisation. L'argument issu de la tragédie des biens communs, qui stipule que si personne ne peut exclure les autres de l'exploitation d'un bien ou d'une ressource tout un chacun se précipitera pour exploiter celui/celle-ci au point que celle-ci n'ait plus de valeur ou disparaisse, ne tient pas non plus selon l'étude de Buccafusco et Heald. Selon eux et l'analyse de leurs données, rien ne prouve, bien que l'exploitation des œuvres concernées augmente, que l'appartenance au domaine public (même dans le cas de bestsellers) implique de facto une surexploitation dommageable de celles-ci[1911]. Ces résultats sont à mettre en corrélation avec une autre étude de Heald selon laquelle l'usage de musiques appartenant au domaine public dans des films était équivalent à celui de musiques protégées. Selon lui, le spectateur est autant exposé à des musiques libres de droit qu'à des musiques protégées

---

32) and their use in cinema (1968-2007), 60 Case. W. Res. L. Rev. 1, 2009, cités par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 29

[1907] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 29-30

[1908] P. J. HEALD, *Property rights and the efficient exploitation of copyrighted works: an empirical analysis of public domain and copyrighted fiction bestsellers*, 92 Minn. L. Rev. 1031, p. 1046-50, 2008

[1909] *Ibid*.; voir également C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 20

[1910] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 21

[1911] *Ibid*., p. 31

lorsqu'il regarde une œuvre cinématographique[1912], ce qui contredit l'hypothèse de surutilisation.

Hypothèse de dépréciation[1913]. De nombreux juristes sont également sceptiques concernant la crainte d'une potentielle utilisation inappropriée des œuvres une fois celles-ci appartenant au domaine public et qui aboutirait à une perte de valeur[1914]. Si les principaux partisans[1915] de cet argument (dans le cadre de la promotion d'une extension de la durée de la protection) ne semblent s'appuyer sur aucune preuve tangible et le soulever quelque peu légèrement[1916], l'étude de Buccafusco et Heald ne leur donne définitivement aucun crédit sur ce point. Selon leurs données, rien n'indique qu'il existe des différences qualitatives entre les livres audio issus de textes protégés ou appartenant au domaine public (ces auteurs reconnaissent néanmoins que les livres audio produits par des amateurs sont de bien moindre qualité que ceux enregistrés par des professionnels)[1917]. De plus, le principe du droit moral (en tout cas pour les juridictions dans lesquelles sa durée est infinie) vient également nuancer cette hypothèse de dépréciation car l'usage et l'exploitation des œuvres appartenant au domaine ne peuvent être totalement libres, la protection morale de ces œuvres ne permettant pas de faire tout et n'importe quoi. C'est d'ailleurs ce qu'a confirmé l'affaire Salvador (évoquée précédemment) : malgré l'appartenance des œuvres de cet artiste interprète au domaine public, il a été autorisé, au titre de son droit moral, de maintenir un certain contrôle sur ses prestations, notamment en ce qui concerne la qualité des exploitations et éditions faites de ses performances[1918].

Extensions n'impliquent pas la création de nouvelles œuvres. De plus, les différentes extensions des délais de computation n'ont pas confirmé les attentes économiques de ses nombreux fervents défenseurs, à savoir l'augmentation de l'incitation à la création et par voie de conséquence la hausse du volume d'œuvres de l'esprit créées. En effet, une étude portant sur la production cinématographique de vingt-six pays de l'OCDE, dont dix-neuf ont prorogé leurs durées de protection entre 1991 et 2002, a prouvé que la récente augmentation du volume de films produits n'était pas due à l'augmentation de la durée de protection mais à l'entrée de nouvelles sociétés de production sur le marché (plutôt qu'une augmentation du

---

[1912] *Ibid*., p. 18-19: « *Also, the study took on the overuse claim directly and found that copyright owners were willing to license their songs for use in movies at an equal or higher rate than public domain songs were used. In other words, ownership did not function as a relative constraint on comparative use rates in that market* »

[1913] Cette hypothèse n'est pas rationnelle concernant les modèles de protection qui appliquent une durée perpétuelle du droit moral qui a justement pour but premier de permettre aux auteurs et titulaires de droit d'empêcher toute dénaturation des œuvres

[1914] R. A. EPSTEIN, *Liberty versus Property? Cracks in the Foundations of Copyright Law*, 42 San Diego L. Rev. 1, 26, 2005; Y. QIAN, *Counterfeiters: Foes or Friends?*, Nber Working Paper No. 16785, 2011; R. A. R. GOSLINE, *The Real Value of Fakes: Dynamic Symbolic Boundaries in Socially Embedded Consumption*, 2009, cités par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 33

[1915] S. J. LIEBOWITZ & S. MARGOLIS, *Seventeen famous economists weigh in on copyright: the role of theory, empirics, and network effects*, 18 Harv. J. L. & Tech., 345, 451, 2005, p. 449 ; S. GREEN, *Copyrighting Facts*, 78 Ind. L.J. 919, 925, 2003; A. KOZINSKI, *Mickey & Me*, 11 U. Miami Ent. & Sports L. REV. 465, 469, 1994 ; J. HUGHES, *'Recoding' Intellectual Property and Overlooked Audience Interests*, 77 Tex. L. Rev. 923, 926, 1999, cités par C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, voir note n° 55 des auteurs

[1916] C. BUCCAFUSCO & P. J. HEALD, *Do bad things happen when works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L. J., 1, 2013, p. 34

[1917] *Ibid*., p. 34

[1918] Civ.1ère, 24 septembre 2009, N° de pourvoi: 08-11112 : « *[m]ais attendu que le droit imprescriptible reconnu à l'artiste-interprète au respect de son interprétation lui permet de s'opposer à toute reproduction altérée de celle-ci, quand bien même l'altération de l'interprétation procéderait de l'enregistrement d'origine et serait appréciée au regard de l'écoulement du temps et de l'évolution des techniques ; qu'ayant constaté que la compilation litigieuse était ' d'une qualité sonore de grande médiocrité', la cour d'appel a caractérisé l'atteinte au droit moral de l'artiste-interprète et par ce seul motif légalement justifié sa décision* »

volume de production de chaque studio existant)[1919]. Ainsi, les sociétés de production, titulaires de nombreux droits sur des œuvres déjà produites, ne semblent pas augmenter leur volume de production alors que la perspective d'une augmentation de revenus se dessinent du fait de l'application d'une durée plus longue d'exploitation (et donc de gains) exclusive. Mais si les résultats de ces différentes études empiriques semblent présenter des arguments convaincants à l'encontre d'une durée excessive de la protection, il paraît toutefois nécessaire d'en réaliser d'avantage (3).

3) La nécessité de réaliser de nouvelles études empiriques

Manque d'études empiriques. S'il ressort donc de ces différentes analyses que l'approche « *mercantiliste* » du copyright et du droit d'auteur, qui se caractérise par l'allongement des délais légaux de computation, n'est justifiée par aucune étude empirique en termes d'efficience économique et sociale[1920], nombreux sont les juristes[1921] qui considèrent toutefois que de nouvelles recherches empiriques détaillées[1922] doivent être réalisées aujourd'hui[1923], surtout vu le nombre peu conséquent d'analyses empiriques réalisées à l'heure actuelle comparé à celui des études théoriques[1924]. Ces études empiriques devraient d'ailleurs aussi bien concerner l'étude du modèle de protection en général[1925], que l'impact de la protection sur les différentes catégories d'œuvres de l'esprit[1926]. Il serait notamment particulièrement intéressant d'étudier l'impact concret de la récente réduction des coûts de production et de distribution occasionnée par le numérique ; le challenge principal étant d'améliorer les estimations des différents paramètres clés de l'élaboration d'une durée optimale de protection (tels le ratio de perte de bien-être occasionné par la protection)[1927]. Car aujourd'hui encore, l'élaboration d'une durée optimale de la protection est toujours une question empirique non résolue, notamment en ce qui concerne l'application d'un même délai de computation arbitraire à toutes les catégories d'œuvres de l'esprit. Car selon la catégorie de l'œuvre

---

[1919] I. P. L. PNG & Q-H. WANG, *Copyright duration and the supply of creative work : evidence from the movies*, 2006, disponible sur http://levine.sscnet.ucla.edu/archive/refs4321307000000000478.pdf, pp. 14-15

[1920] V. BULLICH, *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, p. 7-8

[1921] S. J. LIEBOWITZ & S. MARGOLIS, *Seventeen famous economists weigh in on copyright: the role of theory, empirics, and network effects*, 18 Harv. J. L. & Tech., 2005, p. 457 ; R. A. POSNER, *Intellectual property : the law and economics approach*, Journal of economics perspectives, Vol. 19, n° 2, pp. 57-73, 2005 ; I. P. L. PNG, *Copyright : a plea for empirical research, Review of economic research on copyright issues*, 2006 ; R. POLLOCK, *Forever minus a day ? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge University, 2007; I. P. L. PNG & Q-H. WANG, *Copyright duration and the supply of creative work: evidence from the movies*, 2006; R. WATT, *An empirical analysis of the economics of copyright: how valid are the results studies in developed countries for developing countries?*, dans *The economics of intellectual property publication on "the economics of intellectual property. Suggestions for further research in developing countries and countries with economies in transition*", 2009; S. J. LIEBOWITZ et R. WATT, *How to best ensure remuneration for creators in the market for music? Copyright and its alternatives*, Journal of economic surveys, Vol. 20, No. 4, p. 518 ; R. A. POSNER, *How long should a copyright last ?*, 50 J. Copyright Soc'y U.S.A, 1, 2002-2003, pp. 12-13

[1922] S. J. LIEBOWITZ et R. WATT, *How to best ensure remuneration for creators in the market for music? Copyright and its alternatives*, Journal of economic surveys, Vol. 20, No. 4, p. 518 : « *What is lacking are detailed empirical analyses* »

[1923] I. P. L. PNG, *Copyright: a plea for empirical research*, Review of economic research on copyright issues, 2006, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144312, p. 10: « *I have reviewed various strands of empirical research into copyright law. Clearly, much more work needs to be done* »

[1924] R. WATT, *An empirical analysis of the economics of copyright: how valid are the results studies in developed countries for developing countries?*, dans *The economics of intellectual property publication on "the economics of intellectual property. Suggestions for further research in developing countries and countries with economies in transition"*, 2009, disponible sur http://www.wipo.int/ip-development/en/economics/

[1925] I. P. L. PNG, *Copyright: a plea for empirical research, Review of economic research on copyright issues*, 2006; R. POLLOCK, *Forever minus a day? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 3

[1926] I. P. L. PNG, *Copyright : a plea for empirical research*, Review of economic research on copyright issues, 2006, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144312, p. 11

[1927] R. POLLOCK, *Forever minus a day? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 29-30

concernée, il est clair que l'application d'un terme fixe est susceptible de sur-récompenser certains producteurs et d'en sous-récompenser d'autres, bien qu'il paraît peu probable au vue des durées appliquées que la seconde catégorie existe réellement aujourd'hui[1928]. Il serait également bénéfique d'étudier plus profondément le processus créatif afin de mieux appréhender le lien entre la protection et le volume des œuvres produites, notamment en termes d'investissement et de création d'œuvres dérivées[1929]. Néanmoins, si des travaux restent à être réalisés, les études précédentes participent effectivement à l'idée qu'une réduction des délais de computation du modèle actuel est nécessaire (§II).

§II. … qui implique une nécessaire réduction de la durée des délais de computation

Bien que nécessaire, l'affirmation et l'application d'une durée plus courte des délais de computation, qu'elle soit issue d'une réduction drastique de la durée de principe de la protection ou de la mise en place de renouvellements (qui permettraient de « hacher » cette période de protection et de la diminuer dans certains cas[1930]) ne sont pas des démarches aisées. Car si les propositions de diminutions potentielles de la durée de la protection sont aussi nombreuses, elles n'en restent pas moins diverses (A'). De plus, le choix d'une réforme du modèle, fondé majoritairement sur une réduction de la durée de protection, est emprunt de divers enjeux juridiques (B').

A'. Choix d'une durée plus courte de la durée de protection

Equilibre optimal. Locke reconnaissait déjà que pour déterminer une durée optimale de protection il était nécessaire de s'appuyer sur l'équilibre entre l'intérêt de fournir une incitation à la création et la diffusion des œuvres et les intérêts de tout un chacun, du public aux créateurs de contenus[1931]. Bien qu'il considérait que cet équilibre puisse être atteint au bout d'une durée particulièrement longue (pour son époque), à savoir cinquante ans ou, dans le cas où les droits portant sur l'œuvre auraient été acquis par un éditeur, cinquante à soixante-

[1928] R. A. POSNER, *Intellectual property : the law and economics approach*, Journal of economics perspectives, Vol. 19, n° 2, pp. 57-73, 2005, p. 61

[1929] I. P. L. PNG & Q-H. WANG, *Copyright duration and the supply of creative work: evidence from the movies*, 2006, disponible sur http://levine.sscnet.ucla.edu/archive/refs4321307000000000478.pdf, pp. 14-15: « *The next direction for future work is to study the production of creative work more deeply, to better understand the intermediate links between copyright law and creative output. How does copyright law affect investment in creative activity on two margins – the number of titles and the investment in each title? And, how do these investments translate into the quantity and quality of creative output such as movies, books, and recorded music? The other direction for future work is to measure the impact of copyright law on the use of existing creative work, and specifically, on the benefit to end-users and also investment in creations that build upon earlier work* »

[1930] Voir chapitre précédent

[1931] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 73 : « *Despite the content industries obsession with using Locke to argue their case, even John Locke recognized the importance of a balance between at least two interests, one the interests of providing a sufficient incentive to create, market, disseminate and improve/invest in content and two, the interests of everyone else, from the general public to other content creators; Locke just believed this balance was found at a much longer term*»

dix ans post mortem auctoris, il n'était toutefois pas en faveur d'une protection perpétuelle[1932].

Durée optimale. Si pour certain la durée optimale de protection serait en principe égale à une période de monopole permettant de rembourser le coût des créations à succès et des projets qui n'ont pas obtenu d'intérêt commercial[1933], il paraît injuste et injustifié de fixer cette durée en occultant une période de bénéfices et donc de rémunération pour les créateurs et les exploitants de l'œuvre. Mais comment établir une juste rémunération pour ces acteurs du marché de la culture ; ou plutôt, comment arrêter un délai de monopole raisonnable sans avoir connaissance de toutes les variables liées à cette durée ? C'est ce qui fait que l'élaboration d'une durée fixe de protection est virtuellement impossible et emprunte d'une forte dimension subjective[1934]. Ainsi, la détermination d'une durée de protection idéale ne peut être prouvée avec certitude, tout comme l'analyse des intérêts et inconvénients d'une prorogation des délais de computation[1935]. Car si la détermination d'une durée optimale de protection est fondée logiquement sur un équilibre entre l'incitation à la création et les coûts d'accès à celle-ci, il est notamment également nécessaire de prendre en considération le principe de dépréciation de la valeur au fil du temps. Ces nombreuses variables et incertitudes expliquent (en partie) pourquoi les différentes études théoriques portant sur la détermination d'une durée optimale de protection aboutissent à des résultats différents.

Disparités selon les études théoriques. Selon Landes et Posner, au-delà d'une période de vingt-cinq ans, les coûts d'accès à l'œuvre protégée dominent l'incitation à la création[1936], ce qui implique qu'une durée optimale de protection devrait être particulièrement plus courte que celle établie actuellement[1937]. Pour Pollock, la durée de la protection est vouée à diminuer

---

[1932] *Ibid*., p. 72: « *To be clear, Locke was in favor of very long copyright – he was in favor of either fifty-year copyright terms, or if the work was bought by a publisher, in favor of terms of life of the author plus fifty or life plus seventy terms. […] Modern data establishes that Locke correctly recognized that perpetual copyright was detrimental to learning and content creation – but that Locke's prescription for optimal copyright was much too long for achieving a proper balance between interests to "promote the progress of the sciences and useful arts"* »

[1933] E. RAPPAPORT, *Copyright term extension : estimating the economic values*, CBS report for Congress, Congressional research service, The library of Congress, may 1998, disponible sur http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs727/m1/1/high_res_d/98-144e_1998May11.pdf, CRS-2

[1934] *Ibid*., CRS-2 : « *In principle the optimal duration would be such that the monopoly-period profits of successful works just equaled the cost of creation viewed prospectively (that is, including the costs of projects that do not result in works of commercial value). To derive a single number as the average optimal duration would be a virtually impossible calculation involving variables that are as yet unmeasurable (such as "cost of creation"), and would not be practicable. Thus, setting duration remains a matter of subjective judgment, although the foregoing indicates the basics of what could be considered* »

[1935] S. J. LIEBOWITZ & S. MARGOLIS, *Seventeen famous economists weigh in on copyright: the role of theory, empirics, and network effects*, Harv. J. Law & Tech., vol. 18, n° 2, spring 2005, p. 438: « *To make a full determination of the costs and benefits of copyright extension, economists need to know more about these markets than they currently do. Economists are far from alone in this ignorance; the information requirements are severe. The data that economists would need, but do not have, include (1) the number and value of new works created as a result of extensions of copyright duration (i.e., the elasticity of supply of creative works and the surplus created by additional works); (2) the reduction of surplus for reproductions of copyrighted materials under extended copyright, relative to the sur-plus that would be generated if copyright protection were less lengthy (i.e., the increased unnecessary deadweight losses)* »

[1936] W. M. LANDES & R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003, p. 214, note n° 12 des auteurs: "*Suppose a copyright on a particular work would yield $1 per year in perpetuity at a discount rate of 10 percent. Under a system of perpetual copyright, the present value of this infinite sueam of income would equal $10 (= 1/r). Under a limited copyright term (= t) the present value would be (1 – c^-rt)/r. So if t = 25 and r = .10, the present value of $1 per year for twenty-five years is $9.18, which is more than 90 percent of the present value of a perpetual copyright. If the value of the copyright depreciates by, say, 5 percent per year, the difference in present value between a perpetual and twenty-five-year copyright is only about 2.5 percent ($6.67 versus $6.51)*",

[1937] *Ibid*., p. 213-214 : « *Since, given discounting and depreciation, the incremental incentive to create new works as a function of a longer term is likely to be very small beyond a term of twenty-five years or soadministrative and access costs will tend to dominate, implying an optimal copyright term considerably shorter than the current term of life plus seventy years* »

lorsque les coûts de production de l'œuvre originale diminuent et, plus généralement au simple fil du temps. S'appuyant sur le marché du livre, il établit que la durée optimale de protection devrait être d'environ quinze années[1938], tandis que selon l'étude de Breyer, et ceci dès les années soixante-dix, la période de protection ne devrait pas être étendue à plus de cinquante-six ans[1939]. Selon Frazier, la protection des œuvres de l'esprit devrait durer seulement dix ans à compter de la date de publication ou de la date de demande de la protection (en cas de formalités), quel que soit la première. Puis l'auteur (et seulement lui, la seconde période étant non-cessible), à l'échéance de cette période, aurait la possibilité de demander le renouvellement de la protection pour la même durée (dix ans) sous réserve de s'acquitter de frais substantiels. A l'issue de ce second délai de protection, l'œuvre serait considérée comme libre de droit car appartenant au domaine public[1940]. Ainsi, l'auteur serait incité à créer car la période de protection serait (potentiellement) de vingt ans, et le public satisfait car les œuvres appartiendraient relativement rapidement au domaine public. D'autres, on établit qu'une durée optimale de protection serait un terme unique de quinze années[1941], quand l'économiste J. Pénin préconise une durée de vingt années à compter de la diffusion publique de l'œuvre. Durée qui permettrait de favoriser le bien-être social (par le gain occasionné pour le public) et de rendre « *le système plus légitime aux yeux de ses utilisateurs* »[1942]. Au-delà des disparités concernant la durée du terme de protection, il faut également relever que ces différents auteurs ne fixent pas le même point de départ du calcul de leurs délais de computation optimaux.

Arbitraire du choix de la durée optimale de protection. Il existe donc de nombreuses études sur la durée optimale de protection, et selon D. Khanna, elles ont toutes abouti à la conclusion que les durées actuelles de protection sont trop longues et contre-productives[1943]. A l'appui de ce propos il cite notamment l'étude de l'Université de Cambridge qui préconise une durée de protection de quinze ans et appuie avec certitude (« *95% certainty* ») que la

---

[1938] R. POLLOCK, *Forever minus a day? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 1 : « *Specifically, we demonstrate that (a) optimal copyright is likely to fall as the production costs of 'originals' decline (for example as a result of digitization) and that (b) the optimal level of copyright will, in general, fall over time. […] We estimate this function using a combination of new and existing data on recordings and books and find an optimal term of around fifteen years. This is substantially shorter than any current copyright term and implies that existing copyright terms are too long* »

[1939] S. BREYER, *The uneasy case for copyright: a study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, 84 Harv. L. rev. 281, 1970-1971, p. 350

[1940] B. W. FRAZIER, *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012, p. 238 : « *The copyright duration would last for exactly ten years from either the date of publication or the date of application, whichever is first. At the end of this ten year period, the author would be free to renew the copyright for another ten year term for a substantial fee. However, this right to renew would be non-conveyable and could only be exercised by the actual living author. Following this second term, all copyrights should be extinguished and the work moves into the public domain. Thus, an artist is incentivized to create, use, and license his work to the fullest extent during his lifetime and during the twenty years of possible copyright protection if he so chooses, but he is also free to abandon the work after ten years if it fails to make money*»

[1941] R. POLLOCK, *Forever minus a day? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 29-30 : « *[u]sing the estimates for these variables derived from the available empirical data we obtained an estimate for optimal copyright term of approximately 15 years* »

[1942] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 223

[1943] D. KHANNA, *R Street Policy Study No. 20: Guarding Against Abuse: Restoring Constitutional Copyright*, R STREET 1 (Apr. 2014), http://www.rstreet.org/wp-content/uploads/2014/04/RSTREET20.pdf , pp. 20-21, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 100 , à nuancer toutefois car par exemple, Liebowitz et Margolis ont soutenu que la durée actuelle de soixante-dix ans post mortem auctoris n'était pas certainement trop longue (sans toutefois s'appuyer sur un quelconque modèle), voir S. LIEBOWITZ et S. MARGOLIS, *Seventeen Famous Economists Weigh in on Copyright: The Role of Theory, Empirics, & Network Effects*, Harvard Journal of Law and Technology, 18(2), 2005, cité par R. POLLOCK, *Forever minus a day ? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 3

durée optimale de protection devrait au moins être inférieure à trente ans[1944]. Les différentes estimations de la durée optimale de protection sont toutefois particulièrement diverses. Boldrin et Levine, s'appuyant sur un modèle macroéconomique aboutissent à un terme optimum de sept ans[1945]. Ces différentes conclusions quant à la détermination d'une durée optimale de protection prouvent que des incertitudes demeurent et que le choix final de cette durée présente une certaine dimension arbitraire[1946]. Mais si de plus en plus d'auteurs s'accordent sur la nécessité d'une réduction drastique des délais de computation, il paraît peu probable que cette réforme du modèle de protection soit envisagée très prochainement par le législateur, au regard des nombreuses difficultés que celle-ci soulève (B').

B'. Difficultés liées à cette proposition de modèle de protection

Afin de restaurer le sens premier du modèle de protection il est nécessaire que les délais de computation soient réduits ; à cette fin, il est évidemment nécessaire de reconsidérer les traités internationaux actuels et de ne surtout pas signer de nouvelles conventions internationales qui vérouilleraient la durée actuelle du modèle ou la prorogeraient de nouveau[1947] (2). L'application de formalités conditionnelles à l'obtention de la protection, tel qu'exposé précédemment, semble également un bon moyen de rendre le modèle de protection plus juste et efficient pour l'ensemble des acteurs du marché de la culture. Mais on peut toutefois douter qu'une telle réforme du modèle soit prochainement établie, car comme le précise le Professeur Sirinelli, « *la Convention de Berne rejetant, depuis longtemps, toute idée de formalités, la règle n'est pas prête de changer* »[1948] (1).

1) Des difficultés liées à l'instauration de formalités conditionnelles

Formalités. Pourtant, selon le Professeur Samuelson, cette convention n'interdit aucunement au législateur national d'imposer des formalités à ses nationaux, elle dispose seulement que celui-ci ne peut les rendre obligatoires aux non-nationaux[1949]. Ceci pourrait justifier que selon celui-ci et le Professeur Litman, la transformation du modèle actuel de protection automatique en un modèle soumettant la protection à des formalités conditionnelles serait compatible avec les obligations de la Convention de Berne et les accords TRIPS[1950]. Ainsi, si les Etats

[1944] R. POLLOCK, *Forever minus a day? Calculating optimal copyright term 2*, Univ. of Cambridge ed., 2009, disponible sur http://rufuspollock.org/papers/optimal__term.pdf, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 100

[1945] M. BOLDRIN et D. LEVINE, *IP and market size*, Levine's Working Paper Archive 618897000000000836, UCLA Department of Economics, July 2005, cité par R. POLLOCK, *Forever minus a day? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 3

[1946] S. RICKETSON, *The copyright term*, 23 Int. Rev. Ind. Prop. And Cop. L. (IIC), 753-785, 1992, p. 766 et 783, cité par E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 3

[1947] *Trans-Pacific Partnership Agreement Draft*, Art. QQ.A.2 (2013), available at http://bit.ly/18vYho6; *Trans-Pacific Partnership Agreement*, Electronic Frontier Found., https://www.eff.org/issues/tpp (last visited Nov. 6, 2014), cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 58

[1948] P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 5 Janvier 2000, I 194, p. 8

[1949] P. SAMUELSON, *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, p. 750

[1950] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1199 : « *[w]e believe that a reinvigorated registry regime would comply with U.S.*

imposaient tous des mesures d'enregistrement (et de formalités de renouvellement de la protection) à leurs nationaux (exclusivement), ce qui ne contrevient pas à la Convention de Berne et aux accords TRIPS, le principe des formalités conditionnelles pourrait être affirmé sans pour autant avoir à re-rédiger lesdits accords. Seuls les auteurs et ayants droit qui n'appartiendraient pas à l'un des Etats membres à ces accords ne seraient pas (obligatoirement) concernés par ces mesures, ce qui représente finalement peu de cas[1951]. Néanmoins si la finalité est d'appliquer un système de formalités conditionnelles pour les nationaux comme pour les étrangers, il paraît toutefois nécessaire de changer les dispositions de la Convention de Berne, telle qu'elles sont rédigées à ce jour, afin de permettre (et non d'obliger) les pays membres à changer leur modèle de protection, notamment réduire la durée de protection[1952]. Selon le Professeur Sprigman, en lieu et place des actuelles dispositions il est nécessaire que la révision de ladite convention (dans le cas où elle serait nécessaire) se fonde sur un principe de réciprocité (« *reciprocity principle* ») qui impliquerait que tous les Etats membres imposant des formalités « *(1) permit foreign authors to comply with formalities in their national laws by complying with formalities either in their home country or in the work's country of first publication or registration and (2) adhere to a set of standards set out in Berne that are designed to make different countries' formalities "interoperable"* »[1953]. Afin de faciliter les procédures liées aux formalités et la transparence des informations liées à celles-ci, les Etats membres pourraient construire un registre central dirigé par l'OMPI, afin de créer un réel outil permettant le réel exercice du principe de réciprocité entre les parties signataires de la convention (un cadre légal structurant les procédures et les données de ce registre devrait également être créé et imposé aux Etats membres)[1954]. Ainsi, selon le Professeur Sprigman, « *Berne signatories could then establish an information-sharing agreement whereby registration data obtained in one country could be made available to other jurisdictions, at the rightsholder's discretion. As the secretariat for the Berne Union, WIPO would be well placed to coordinate the actual transfer of data among Berne members* »[1955].

Renouvellement. L'autre problème associé aux formalités est d'ordre pratique : comment accorder les renouvellements suivant les juridictions, alors que les Etats membres pourraient imposer ceux-ci dans des délais différents au fil du terme de protection (une simple application du principe de réciprocité pouvant dans ce cas-ci créer une certaine confusion)[1956]. Car si un titulaire de droit renouvelle la protection de son œuvre dans une juridiction, il peut lui sembler perturbant de devoir la réitérer dans une autre à autre moment (et peut-être selon des conditions différentes), ce qui augmentera également son obligation de vigilance quant aux délais et dates de renouvellement et alourdira les procédures à son encontre. A l'appui de ce problème, le Professeur Sprigman présente l'exemple suivant qui représente judicieusement les difficultés associées à de telles disparités : « *[f]or example, suppose that a work is first registered in country A, which imposes a renewal requirement at thirty years. Twenty-five years into the work's term, a would-be user in country B inquires whether the work is in the public domain. Country B imposes a renewal formality at fifteen years. The user sees that the work was registered twenty-five years ago; under country B's law, the work would have passed into the public domain when the rightsholder failed to timely renew. But*

---

obligations under the Berne Convention and the subsequent Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs), which incorporates by reference many of Berne's provisions »

[1951] 172 pays sont signataires de la Convention de Berne au 31 décembre 2016

[1952] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 STAN. L. REV 485, 519-28, 2004, p. 490

[1953] *Ibid*., p. 490

[1954] *Ibid*., p. 547

[1955] *Ibid*., p. 547

[1956] *Ibid*., p. 550

under country A's laws, the work is still in its initial term; renewal will not be required for another five years. Accordingly, under a simple application of the reciprocity principle, unless the user understands (1) where the work was first registered, (2) when the renewal requirement occurs in that jurisdiction, and (3) that country A's renewal requirement is the relevant one, the user will not easily be able to determine whether the work is in the public domain »[1957].

Harmonisation internationale. L'idéal serait certainement que les Etats membres s'accordent sur une procédure de renouvellement unique et centralisée (idem que la formalité d'enregistrement), laissant toutefois le choix des juridictions pour lesquelles la protection est demandée[1958] (ce qui impactera seulement les coûts). S'il paraît peu probable que les Etats membres s'accordent unanimement sur des points aussi importants, cette situation ne semble toutefois pas incongrue techniquement car c'est le système mis en place à ce jour pour les enregistrements de marques et de brevets. En effet, la dimension utilitariste de la propriété industrielle (marques, brevets et dessins et modèles) pourrait influencer le modèle de protection actuel d'un souffle nouveau, notamment en termes de durée, d'enregistrement et de renouvellement. Selon l'article L. 513-1 al. 1er du CPI les dessins et modèles sont protégeables pour une durée de cinq années renouvelables par périodes identiques jusqu'à une protection maximale de vingt-cinq années[1959]. Le CPI confère au brevet, selon les dispositions de l'article L. 611-2 al. 1er, une protection de vingt années à compter de la date de dépôt[1960]. Quand la marque est protégée pour une période (indéfiniment renouvelable) de dix ans à compter de la date de dépôt[1961]. Si ces courtes durées peuvent se justifier d'un point de vue technique (par le phénomène d'obsolescence), la principale explication est d'ordre économique (et donc emprunte d'une dimension utilitariste) : « *[…] les droits de propriété intellectuelle s'analys[ant] comme des monopoles d'exploitation qui déroge[nt] à la liberté du commerce et de l'industrie. […] On souhaite, par l'exclusivité, rémunérer un investissement économique sur une durée raisonnable. […] [S]i l'on admettait le contraire […] nous serions en présence d'une rente comme ce fut le cas au temps où les Patentes répondaient au bon plaisir du Monarque. […] [Comme le précisait déjà] la déclaration du 24 décembre 1762 qui vint mettre un terme aux concessions illimitées sous l'Ancien Régime : 'les privilèges en fait de commerce qui ont pour objet de récompenser l'industrie des inventeurs ou d'exciter celle qui languissait dans une concurrence sans émulation n'ont toujours pas eu le succès que l'on peut attendre… parce que des privilèges accordés pour des temps illimités semblent plutôt être un patrimoine héréditaire qu'une récompense personnelle à l'inventeur* »[1962]. Or, concernant le droit d'auteur, et contrairement à la propriété industrielle, « *le retour à la rente n'est pas loin […]* »[1963].

[1957] *Ibid*., p. 550

[1958] Sur le même principe que dans le cadre de la propriété industrielle

[1959] Art. L. 513-1 du CPI : « *[l]'enregistrement produit ses effets, à compter de la date de dépôt de la demande, pour une période de cinq ans, qui peut être prorogée par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans. Les dessins ou modèles déposés avant le 1er octobre 2001 restent protégés, sans prorogation possible, pour une période de vingt-cinq ans à compter de leur date de dépôt. Les dessins ou modèles dont la protection a été prorogée, avant le 1er octobre 2001, pour une nouvelle période de vingt-cinq ans restent protégés jusqu'à l'expiration de cette période* »

[1960] Art. L. 611-2 al. 1er du CPI : « *1° Les brevets d'invention, délivrés pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande* »

[1961] Art. L. 712-1 du CPI : « *[l]a propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. La marque peut être acquise en copropriété. L'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable* »

[1962] J-M. BRUGUIERE, *Droits des propriétés intellectuelles*, 2ème édition, Ellipses, p. 107

[1963] J-M. BRUGUIERE, *Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique*, Colloque du CUERPI « *Les fonctions des droits de propriété intellectuelle* », 2009, Propriétés industrielles, 2010, n°10, p. 42, cité par J-M. BRUGUIERE, *Droits des propriétés intellectuelles*, 2ème édition, Ellipses, p. 108

Livres indisponibles et formalités: l'arrêt Soulier. Mais la question des formalités est fortement contrée par les dispositions du droit de l'Union européenne, quant bien même celles-ci auraient pour vocation de promouvoir la diffusion et l'accès à la connaissance. C'est ce qu'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Soulier*[1964] et le cas des livres indisponibles. Le Décret n° 2013-182 du 27 février 2013 portant application des articles L. 134-1 à L. 134-9 du code de la propriété intellectuelle et relatif à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXème siècle[1965] « *précise les modalités de constitution et d'accès à la base de données des livres indisponibles prévue à l'article L. 134-2 du code de la propriété intellectuelle ainsi que la nature des données collectées et les mesures de publicité destinées à informer les auteurs et les éditeurs de l'inscription de leurs livres dans la base de données […] [et] fixe également les procédures permettant aux titulaires de droits de s'opposer à l'inscription de leurs livres indisponibles dans la base de données et à la mise en gestion collective de leurs droits d'exploitation numérique* »[1966]. Par ce décret, les « *livres indisponibles* », définis comme les livres publiés avant le 1er janvier 2001 et qui ne sont plus diffusés ni publiés sous une forme imprimée ou numérique, peuvent être reproduits et diffusés sous forme numérique grâce à l'autorisation d'une société agréée de perception et de répartition des droits, la SOFIA. Les auteurs et ayants droit de ces livres indisponibles[1967], mais référencées numériquement à la Bibliothèque nationale de France (ou « BNF »), n'ont qu'un délai de six mois pour s'opposer à une nouvelle exploitation commerciale en format numérique de leurs œuvres. Passé ce délai, « *tout se passe comme si le consentement a été donné implicitement à l'organisme de gestion collective* »[1968] d'exploiter commercialement ces livres. Face à cette modalité de « opt-out » imposée aux auteurs de livres indisponibles référencées au sein de la base de données numériques de la Bibliothèque nationale de France, la Cour de justice de l'Union européenne (ou « CJUE ») a jugé que ce décret était incompatible avec les dispositions de la Directive 2001/29/CE relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur[1969]. La Cour a en effet suivit les conclusions de l'Avocat général de cette affaire, M. Wathelet, qui expliquait que « *[…] l'article 2, sous a), et l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 exigent le consentement exprès et préalable de l'auteur pour toute reproduction ou toute communication au public de son œuvre, y compris sous forme numérique. Ce consentement constitue une prérogative essentielle des auteurs. En l'absence de législation européenne dérogatoire, le consentement exprès et préalable de l'auteur pour la reproduction ou la communication au public de son œuvre ne saurait être supprimé, supposé ou limité en lui substituant un consentement tacite ou une présomption de transfert auxquels l'auteur devrait s'opposer dans un délai déterminé et aux conditions prévues par le droit national. Il s'ensuit qu'une réglementation nationale comme le décret litigieux, qui substitue au consentement exprès et préalable de l'auteur un consentement tacite ou une présomption de consentement, prive l'auteur d'une composante essentielle de son droit de propriété intellectuelle* »[1970]. Ainsi,

[1964] Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 16 novembre 2016, *Marc Soulier et Sara Doke contre Premier ministre et Ministre de la culture et de la communication*, demande de décision préjudicielle introduite par le Conseil d'État (France), affaire C-301/15, disponible sur http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&td=ALL&num=C-301/15

[1965] Décret n° 2013-182 du 27 février 2013 portant application des articles L. 134-1 à L. 134-9 du code de la propriété intellectuelle et relatif à l'exploitation numérique des livres indisponibles du xxe siècle, JORF n°0051 du 1 mars 2013 p. 3835 texte n° 41, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2013/2/27/MCCB1240663D/jo/texte

[1966] Notice du Décret n° 2013-182 du 27 février 2013

[1967] Et donc publiés en France avant le 1er janvier 2001 et ne faisant plus l'objet d'une quelconque diffusion commerciale ou d'une publication/édition en format papier ou numérique

[1968] E. SCARAMOZZINO, *Nécessité d'un consentement exprès préalable de l'auteur pour l'exercice de ses droits exclusifs*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, janvier 2017, p. 6

[1969] Directive 2001/29/CE relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur, JOUE n°167 du 22 juin 2001 p. 10

[1970] Conclusions de l'Avocat général M. M. WATHELET présentées le 7 juillet 2016, Aff. C-301/15 *M. Soulier, S. Doke contre Ministre de la culture et de la communication, Premier ministre*, demande de décision préjudicielle formée par le

« *[a]lors que le législateur français a privilégié l'intérêt culturel des consommateurs, la Cour a opté pour une protection de l'exercice des droits exclusifs de de l'auteur […] [rappelant] que le législateur national ne peut pas organiser la dépossession ab initio de l'auteur de ses droits au profit d'une société agréée de perception et de répartition des droits, sans consentement exprès* »[1971]. Mais l'instauration de formalités conditionnelles à la protection n'est pas la seule difficulté juridique en lien avec la mise en place d'un nouveau modèle de protection, la question du raccourcissement de la durée est elle aussi problématique (2).

2) Des difficultés liées à une réduction de la durée de protection

Application d'une réduction de la durée. Pour le Professeur Towse, le scepticisme règne autour des évolutions du modèle de protection. Selon lui, ce n'est pas parce qu'il est nécessaire de conserver le principe d'une période de monopole exclusif (nécessaire à l'incitation des auteurs) sur les œuvres créées que ce modèle ne pourrait pas être transformé en profondeur ; et le terme de la protection devrait ainsi être réduit à vingt années, avec un système de renouvellement afin que le jeu du marché définisse la réelle valeur de ce monopole exclusif[1972]. Néanmoins, si la durée de protection est censée diminuer au fil du temps et des avancées technologiques qui permettent la baisse des coûts de création et de production, il paraît extrêmement difficile pour le législateur d'appliquer ce raisonnement. En effet, par le passé, la plupart des pays ont procédé à l'application d'une logique inverse en augmentant régulièrement les délais de protection[1973].

Réduction de la durée à cinquante post mortem auctoris. L'article 7 de la Convention de Berne impose comme durée de principe de la protection « *la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort* »[1974], à l'ensemble des Etats parties à la convention. Or cette même convention n'interdit pas la création de nouvelles dispositions concernant le modèle de protection des œuvres de l'esprit. En effet son article 19 (intitulé « *Protection plus large que celle qui découle de la Convention* ») dispose que : « *[…] la présente Convention n'empêchent pas de revendiquer l'application de dispositions plus larges qui seraient édictées par la législation d'un pays de l'Union* »[1975]. Ceci suggère toutefois que les dispositions supplémentaires apportées par un (ou plusieurs) Etat(s) membre(s) doivent proposer une protection plus importante pour les auteurs et ayants droit que celle issue de ladite convention. Malgré les dispositions de l'article 20 de la Convention de Berne (« *Arrangements particuliers entre pays de l'Union* »), qui impliquent que des arrangements supplémentaires et particuliers entre les pays membres sont possibles sous réserve que ceux-ci ne confèrent pas aux auteurs des droits moins étendus (ou contraires) à ceux de ladite convention[1976], il fut décidé dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce du 15 avril 1994,

---

Conseil d'État (France), p. 12, disponible sur http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0301&from=FR

[1971] E. SCARAMOZZINO, *Nécessité d'un consentement exprès préalable de l'auteur pour l'exercice de ses droits exclusifs*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, janvier 2017, p. 6

[1972] R. TOWSE, *Copyright and creativity : an application of cultural economics*, Review of economic research on copyright issues, 2006, vol. 3(2), 83-91, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1144327, p. 90

[1973] Voir précédemment

[1974] Article 7 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 28 septembre 1979 : « *[l]a durée de la protection accordée par la présente Convention comprend la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort* »

[1975] Article 20 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 28 septembre 1979

[1976] Article 20 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 28 septembre 1979 : « *[l]es Gouvernements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention* »

dans un article 12 intitulé « *Durée de la protection* », que « *[c]haque fois que la durée de la protection d'une oeuvre, autre qu'une œuvre photographique ou une oeuvre des arts appliqués, est calculée sur une base autre que la vie d'une personne physique, cette durée sera d'au moins 50 ans à compter de la fin de l'année civile de la publication autorisée, ou, si une telle publication autorisée n'a pas lieu dans les 50 ans à compter de la réalisation de l'oeuvre, d'au moins 50 ans à compter de la fin de l'année civile de la réalisation* »[1977]. Ainsi, selon ces différents accords, rien n'empêche un retour à une durée officielle (et de principe) de cinquante ans post mortem auctoris. C'est d'ailleurs ce qu'a proposé la député européenne Julia Reda au point 7 de son rapport : une harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur à une durée qui ne dépasse pas les normes internationales actuelles fixées dans la Convention de Berne[1978]. Cette volonté de raccourcir la durée de protection au sein de l'Union européenne aux minimas internationaux était motivée par « *le manque d'harmonisation dans les domaines du droit d'auteur qui ne relèvent explicitement pas du champ d'action de la directive InfoSoc [la directive 2001/29/CE], comme la durée de la protection du droit d'auteur, a des conséquences négatives démontrables sur la clarté de la réglementation. Comme le révèle le "calculateur du domaine public" établi par Europeana, la détermination des différentes durées du droit d'auteur revêt une complexité effarante dans les États membres, certains d'entre eux exigeant de connaître les circonstances du décès de l'auteur ou la situation des héritiers de l'auteur au moment de son décès, des informations rarement à la disposition des individus ou des institutions qui tentent de déterminer si une œuvre entre dans le domaine public. En outre, les dernières augmentations des durées de protection minimales effectuées par l'Union européenne pour certaines catégories d'œuvres et de sujets ont été entreprises contre l'avis explicite des études universitaires commandées par la Commission, alors que les extensions des durées du droit d'auteur sont connues pour avoir des répercussions négatives sur la disponibilité des œuvres. Par conséquent, les durées du droit d'auteur devraient être harmonisées et fixées sur la norme internationale minimale établie par la Convention de Berne* »[1979]. Ceci fait suite, et se fonde en partie sur une large étude européenne qui a mis en exergue que « *[l]a grande majorité des utilisateurs finaux considère que les durées actuelles de protection par droit d'auteur sont inappropriées. […] Les utilisateurs institutionnels estiment généralement que les durées actuelles […] devraient être réduites. Certains diffuseurs […] pensent que la durée de protection est trop longue […] La […] grande majorité des intermédiaires et prestataires de services estiment que la durée de protection est trop longue* » (à la différence de la grande majorité des auteurs, artistes, producteurs, éditeurs, sociétés de gestion collective, distributeurs et diffuseurs qui considèrent que la durée actuelle convient aux objectifs communautaires et ne doit pas être réduite)[1980]. Présenté et adopté le 16 juin 2016 (finalisation de l'adoption en assemblée plénière le 9 juillet 2016), le rapport Reda a été considérablement transformé, après avoir fait l'objet de pas moins de 556 amendements. Le point (anciennement n°7) concernant la durée de protection n'est d'ailleurs plus du tout le même au final. Désormais, au point n°32 du texte adopté, il est demandé « *à la Commission d'harmoniser davantage la durée de protection du droit d'auteur, tout en s'abstenant de prolonger cette durée, conformément aux normes internationales définies dans la convention de Berne; [et d']encourage[r] les États membres à finaliser la*

[1977] Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ou ADPIC) du 15 avril 1994
[1978] J. REDA, *Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 2014/2256 (INI), 15 janvier 2015, point n° 7, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//FR&language=FR
[1979] *Ibid*.
[1980] *Rapport sur la consultation relative au droit d'auteur UE* (*Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*), juillet 2014, pp. 27-29, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf

transposition et la mise en œuvre des directives 2006/116/CE et 2011/77/UE de manière rationalisée »[1981]. Pourtant la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie avait invité la Commission des affaires juridiques « *à envisager la possibilité de réduire considérablement la durée harmonisée de protection du droit d'auteur dans le cadre d'un programme moderne de politique commerciale* »[1982]. Ceci démontre clairement qu'à ce jour, la perspective d'une réduction de la durée de protection n'est pas encore prête d'aboutir… et encore plus au vu des différents débats à l'échelle internationale.

Nouvel enjeu de la durée de protection: les TPP et TIPP. Le *Trans-Pacific Partnership Agreement* (ou « TPP ») est un traité multilatéral de libre-échange signé le 4 février 2016, et qui vise à intégrer les économies des régions Asie-Pacifique et Amérique (les pays signataires sont : les Etats-Unis, le Canada, le Mexique, le Chili, le Pérou, le Japon, la Malaisie, le Vietnam, Singapour, Bruneï, l'Australie et la Nouvelle-Zélande). Parmi les propositions de cet accord existent des dispositions particulièrement drastiques concernant la durée de protection du copyright. Or, il semblerait que la rédaction de ces dispositions permettrait la fixation d'une durée définitive de soixante-dix ans post mortem auctoris des protections des œuvres de l'esprit dans l'ensemble des pays signataires[1983]. Cet accord forme aussi la base des négociations du *Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement* (ou *Traité de libre-échange transatlantique* « TTIP », ou encore « TAFTA »). Cet accord commercial, en cours de négociation actuellement entre l'Union européenne et les Etats-Unis, prévoit la création d'une zone de libre-échange transatlantique[1984]. Les Etats-Unis étant le plus fervent défenseur d'une longue durée de la protection des œuvres de l'esprit à l'échelle internationale, ils participent activement à ce que l'ensemble des pays développés établissent une durée de protection de soixante-dix ans post mortem auctoris dans le cadre du TPP, bien que de nombreux états, lors des négociations, aient exprimés leur désaccord à une extension de vingt années supplémentaires de leurs délais de computation (notamment le Vietnam, Brunei, la Nouvelle Zelande, la Malaysie, le Canada et le Japon)[1985]. Pourtant, nombreux sont les défenseurs américains d'une réduction des délais de computation : le Copyright Office lui-même a appelé le législateur à considérer une réduction des délais de computation et l'intérêt de rendre optionelles les dernières vingt années du terme de soixante-dix ans post mortem auctoris, ceci par le biais de la rédaction d'une nouvelle loi reformatrice, le *Next Great Copyright Act*[1986]. En 2014, dans la même mouvance, le *House Leadership's Young Gun Network* préconisa également une réduction des délais de protection du copyright[1987]. Peut-on

[1981] *Proposition de résolution du Parlement sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 2014/2256 (INI)

[1982] *Avis de la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie à l'intention de la commission des affaires juridiques sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 2014/2256(INI), 20 avril 2015, point n° 18, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0209+0+DOC+XML+V0//FR

[1983] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 116

[1984] *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Office of the US trade representative, disponible sur http://www.ustr.gov/ttip

[1985] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 121

[1986] *The Register's call for updates to U.S. copyright law: hearing before the S. Comm. on courts, intellectual property and the internet Comm. on the judiciary*, 133th Cong. 7-8, 2013, declaration de M. A. PALLANTE, Register of Copyrights, United States Copyright Office, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 118

[1987] J. PETHOKOUKIS, *Regulatory & financial reforms to combat cronyism and modernize our economy*, in Room to grow: conservative reforms for a limited government and a thriving middle class, 81, 85, YG Network ed., 1st ed. 2014, available at http://ygnetwork.org/wp-content/uploads/2014/05/Room-To-Grow.pdf, D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of*

y voir la cause de la « démission » de Maria Pallente, alors à la tête du Copyright Office (« *Acting Register of Copyrights* »), le 21 octobre 2016 ? Ce qui est certain, c'est que si le TPP et le TIPP sont ratifiés par les différents pays concernés (notamment les Etats-Unis et la France), l'éventualité d'une réforme du modèle de protection deviendra lettre morte… L'espoir pourrait naître toutefois de la volonté affichée du nouveau Président américain, Donald Trump, de désengager les Etats-Unis de cet accord et du refus de l'Union européenne de s'engager dans le TIPP[1988].

Nouvelle prorogation de la durée de protection? 2018 est une nouvelle année charnière concernant la durée de protection du copyright américain, notamment pour les lobbyistes des industries culturelles. Comme en 1998 et l'élaboration du dernier Copyright Act[1989], les enjeux vont être considérables pour les grandes sociétés de la culture, particulièrement la société Disney, dont les œuvres datant de 1923 seront susceptibles de tomber dans le domaine public. Faut-il s'attendre à une nouvelle extension de vingt années supplémentaires de la durée du copyight américain (qui pourrait influencer l'Union européenne à en faire de même…dans un souci « d'harmonisation ») ? Ceci pourrait prouver une fois de plus que la réforme générale du modèle de protection n'est décidément pas à l'ordre du jour et que la réduction des délais de computation semble politiquement impossible à mettre en place. Il paraît donc aujourd'hui particulièrement compliqué politiquement et socialement de réduire des droits préalablement accordés et considérés comme acquis. Mais ces réflexions sur la durée optimale de protection pourraient néanmoins influencer le législateur afin, qu'*a minima*, celui-ci refuse à l'avenir des extensions complémentaires des durées de protection[1990]. Réduire la durée de protection des œuvres de l'esprit impliquerait que les sommes récoltées par les auteurs ou les ayants droit diminueraient, et il paraît bien difficile à première vue de faire entendre à ceux-ci que dans l'intérêt général, ils devraient renoncer à une part de leurs revenus. Diminuer drastiquement des droits acquis semble compliqué socialement parlant et il est logique d'être sceptique quant à l'éventualité d'un accord sur ce point. Néanmoins, si les précédentes prorogations de la durée de protection ont été appliquées rétroactivement, il serait judicieux d'appliquer une réduction de la durée de protection exclusivement aux futures œuvres de l'esprit. Toutefois, ces craintes n'empêchent en rien de proposer (même sans conviction de sa réalisation) une réforme du modèle de protection. Cette réforme est justifiée par la nécessité de mettre un terme à une privatisation excessive de la culture et du domaine public. Liée à une réduction du délai de protection, une instauration des formalités conditionnelles à l'obtention de la protection, et la revalorisation du domaine public, la création d'un nouveau modèle de protection plus efficient et plus juste (bien que certainement rejeté par un grand nombre d'acteurs du monde culturel) pourrait rééquilibrer la balance entre incitation à la création et diffusion des fruits de celle-ci, afin d'augmenter le bien-être social. Mais si cette proposition de réforme du modèle de protection n'aboutit pas, d'autres moyens

---

excessively long copyright terms, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 118

[1988] Ce qu'il fit d'ailleurs dès janvier 2017; voir également R. REVESZ, *TPP and TIPP trade deals likely 'dead' after Donald Trump's election — but for how long? Is it the end for massive international free trade?,* disponible sur http://www.independent.co.uk/news/world/americas/tpp-tipp-trade-deal-dead-in-water-congress-donald-trump-election-barack-obama-asia-us-europe-a7421741.html

[1989] Voir précédemment

[1990] R. POLLOCK, *Optimal copyright over time : technological change and the stock of works*, Review of economic research on copyright issues, 2007, vol. 4(2), 51-64, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1144288, p. 52-53 ; voir également R. POLLOCK, *Forever minus a day ? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 3: « *[i]n most systems of law, it is extremely difficult to remove or diminish rights once they have been granted. Thus, once a given level of protection has been awarded it will be all but impossible to reduce it. However, according to our result, the optimal level of protection will decline over time (as the amount of work available grows). This being the case, a prudent policy-maker faced with uncertainty would want to be especially careful about increasing the level of copyright* »

sont à disposition pour une meilleure transparence de celui-ci et surtout dans une démarche de revalorisation du domaine public (Section II).

Section II. Une revalorisation du domaine public fondée sur une meilleure transparence de la protection

Si la revalorisation du domaine public passe par une diminution des délais de computation[1991], la création et la mise en place de nouvelles techniques d'identification et de gestion des œuvres de l'esprit peuvent être un moyen technique d'aboutir au même but (§I). Mais au-delà de l'exploitation des outils numériques, c'est certainement l'élaboration d'une définition positive et légale du domaine public qui garantira à l'avenir sa revalorisation (§II).

§I. Revalorisation du domaine public par l'encadrement technique du modèle de protection

Les évolutions techniques, notamment liées au numérique, permettent aujourd'hui d'envisager la création et le développement de nouveaux outils d'identification des œuvres de l'esprit. Ces outils, tels que des bases de données regroupant les œuvres de l'esprit et las caractéristiques les concernant (auteurs, ayants droit, appartenance ou non au domaine public…), faciliteraient l'information du public (A). Ces bases de données pourraient également être complétées par un « marquage » numérique individuel des œuvres (B).

A. Création d'une base de données des œuvres de l'esprit et leurs ayants droit

Si l'identification des œuvres de l'esprit au sein de bases de données publiques ou privées est aujourd'hui techniquement réalisable (1), ceci faciliterait d'autant l'information du public et pourrait permettre à terme la mise en place de formalités conditionnelles au sein d'un nouveau modèle de protection, (2).

[1991] Voir section précédente

1) Une création techniquement réalisable

Capacité technologique. Les récentes évolutions technologiques devraient être exploitées dans le but de faciliter la création de nouvelles procédures d'enregistrement et de notification des œuvres de l'esprit, et ceci, afin de construire un modèle de protection plus simple et plus clair pour que les titulaires de droits comme le public puissent mieux comprendre et appréhender ce système[1992]. Il semble en effet qu'aujourd'hui l'idée que les technologies modernes (notamment le numérique et internet) rendent possible l'élaboration technique d'un registre commun à l'échelle planétaire (« *a "register once, register everywhere" regime* »[1993]), ce qui confirme que les obstacles aux formalités conditionnelles, notamment l'enregistrement des œuvres de l'esprit, pourraient être surmontés. S'il est vrai que les formalités conditionnelles du modèle de protection américain pré-1976 s'apparentaient à un système de procédure coûteuse et parfois complexe pour les auteurs et les titulaires de droits[1994], les récentes avancées techniques rendent celui-ci moins onéreux qu'à cette époque[1995] et certainement plus facilement réalisable. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et la Commission européenne souhaitent d'ailleurs que soit adoptés des moyens et outils techniques permettant une meilleure identification des œuvres (certainement aussi de leurs titulaires) et empêchant toute copie non autorisée[1996].

Enregistrement et consultation en ligne. Plusieurs spécialistes se rejoignent sur le fait que les techniques modernes permettraient l'inscription et la consultation directe en ligne de registres répertoriant l'enregistrement, les renouvellements de la protection des œuvres de l'esprit ainsi que leurs titulaires, et ce, pour un coût bien moindre que par le passé (c'est pourquoi ils prônent leurs utilisations)[1997]. Néanmoins, comme le souligne judicieusement le Professeur Ginsburg, s'il est essentiel de ne pas aller trop vite en besogne et de considérer concrètement les potentielles difficultés liées à la création d'un registre efficient, tout comme celles du « marquage » des œuvres, elle admet toutefois que les formalités peuvent être bénéfiques au sein d'un modèle de protection: « *[i]f the creator cannot take care enough to mark off her claims, then perhaps the public should be entitled to rely on the absence of notice to treat the work as unclaimed and free. Law and economics reasoning might reinforce this conclusion : the creator is better able to assume the costs of notification than the public is to incur the costs of tracing right holders* »[1998]. Les avancées techniques et l'utilisation de ce type de bases de données pour les enregistrements de noms de domaine, de marques (notamment) permettent d'espérer que la création de bases de données regroupant les œuvres de l'esprit n'est pas utopique à moyen terme (2).

[1992] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1186-1187

[1993] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, pp. 546-547

[1994] Voir partie précédente

[1995] E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 1

[1996] P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 5 Janvier 2000, I 194, p. 3

[1997] S. VON GOMPEL, *Formalities in the digital era : an obstacle or opportunity ?,* dans *Global copyright : three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cyberspace*, L. BENTLY, U. SUTHERSANEN & P. TORREMENS (Dir.), Cheltenham UK, Edward Elgar, 2010, pp. 395-424, cité par E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 14-15

[1998] J. C. GINSBURG, *The US experience with formalities : a love/hate relationship*, dans *Global copyright : three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cyberspace*, L. BENTLY, U. SUTHERSANEN & P. TORREMENS (Dir.), Cheltenham UK, Edward Elgar, 2010, pp. 425-459, cité par E. MACKAAY, *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf, p. 14-15

2) Un système déjà en devenir ?

Création d'une base de données. Le développement du monde digital et les technologies qui y sont associées augmentent tous les jours les attentes du public quant à un accès à l'information toujours plus rapide. Par exemple, le Copyright Office américain collecte et administre aujourd'hui un certain nombre d'informations concernant l'enregistrement de copyrights et ce sont ce type d'indications auxquelles l'ensemble de la société souhaiterait avoir accès par le biais d'un simple recherche internet[1999]. Mais plus important, les transactions liées aux œuvres protégées s'opèrent régulièrement au sein d'un environnement « *hyper-efficient* »[2000], et les parties concernées par celles-ci ont besoin aujourd'hui d'un accès aux informations concernant la protection à une vitesse et dans un format qui correspond à cette efficience. Il serait donc extrêmement intéressant, pour les auteurs comme pour la société, de créer une base de données en ligne centralisant les demandes d'enregistrement, les renouvellements et l'ensemble des œuvres (qui seraient directement téléchargées) ; ainsi, un numéro d'identifiant serait délivré pour chaque œuvre (comme c'est le cas pour les livres avec le numéro ISBN), ce qui permettrait de tracer et d'identifier les principales informations concernant la protection des œuvres de l'esprit (comme pour les brevets)[2001]. Cela permettrait d'augmenter la transparence du modèle de protection, de savoir si une œuvre est protégée ou non, et de réduire considérablement le temps et les frais associés à la recherche des titulaires de droits. Avec une base de données regroupant toutes les œuvres protégées, mise à jour régulièrement, et financée par les frais d'enregistrement et de renouvellement, le public pourrait avoir accès instantanément aux informations relatives à la titularité de la protection et aux dates d'échéances des termes de protection (et donc aux dates auxquelles les œuvres appartiendraient au domaine public)[2002]. Une base de données de ce type bénéficierait aussi bien aux titulaires de droits, qui seront contactés plus aisément et rapidement pour l'obtention de licences, qu'aux auteurs, qui éviteraient le risque de contrefaçon et auraient accès à un riche domaine public constamment renouvelé[2003].

Gestion par des sociétés privées. Il est d'ailleurs intéressant de s'interroger sur l'intérêt de confier cette mission à des sociétés privées, notamment du type ASCAP, BMI, et du Copyright Clearance Center, qui depuis la fin des formalités conditionnelles aux Etats-Unis ont pris une dimension de plus en plus importante sur le marché[2004]. Le Professeur Lessig a également suggéré que les formalités conditionnelles à l'obtention de la protection soient enregistrées et managées par des sociétés privées (et chapeautées en amont par une organisation gouvernementale ou un partenariat public-privé tel que l'ICANN[2005]) sur la base du système actuel d'enregistrement des noms de domaine internet et pour lequel de nombreux registres alimentent en données le public. Comme le précise Lessig, la concurrence créée entre les différentes sociétés d'enregistrement (et de renouvellement) des noms de domaine a participé à la réduction des coûts associés aux procédures d'enregistrement et il n'y a vraisemblablement aucune raison que ce schéma ne s'applique pas aux formalités[2006]. Pour les rédacteurs du rapport *The copyright principles project: directions for reform*, il serait question

---

[1999] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1203
[2000] *Ibid*., p. 1203
[2001] B. W. FRAZIER, *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012, p. 238
[2002] *Ibid*., pp. 238-239
[2003] *Ibid*., pp. 238-239
[2004] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1201
[2005] Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
[2006] C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright,* 57 Stan. L. Rev. 485, 519-28, 2004, pp. 517-518

que des registres privés existent selon les différentes catégories de titulaires de droits et l'idéal serait que ceux-ci partagent leurs informations réciproquement avec les institutions publiques, afin que la valeur sociale de tous les registres soit maximale[2007]. Il existe aujourd'hui de nombreuses sociétés privées d'enregistrement des œuvres de l'esprit ; celles-ci n'ont pas pour vocation de certifier le caractère privé des œuvres mais plutôt de lier des informations électroniques sur les droits de celles-ci[2008]. Elles délivrent également des certificats d'enregistrement signés électroniquement qui peuvent éventuellement servir de preuve juridique dans des procédures judiciaires[2009]. Ces sociétés gèrent surtout des œuvres protégées par le droit et des œuvres couvertes par une licence d'accès libre (ou « *copyleft* ») mais très peu d'œuvres appartenant au domaine public (ou alors dans le cas où la protection des œuvres de la première catégorie citée serait échue)[2010]. Ces systèmes d'identification des œuvres protégés sont aujourd'hui également utilisés par certaines plateformes de diffusion de contenus. Par exemple, le « *Content ID* » mis en place par la société YouTube est un outil développé pour faciliter l'identification et la gestion des contenus sur la plateforme vidéo par les titulaires de droits d'auteur. Ce système automatisé et évolutif permet aux titulaires de droits d'auteur d'identifier les vidéos YouTube incluant certains de leurs contenus en les comparant automatiquement à une base de données de fichiers fournis par les auteurs ou ayants droit de contenu. Ce sont eux qui décident de la procédure à suivre lorsqu'une correspondance est établie entre une vidéo mise en ligne sur YouTube et leur propre contenu. Dans le cas où une vidéo fait l'objet d'une revendication Content ID et qu'une correspondance de contenu est établie, YouTube applique les règles que les auteurs ou ayants droit ont choisies: notamment la monétisation, le suivi ou le blocage du contenu vidéo concerné[2011].
Mais la centralisation (privée ou publique) des œuvres de l'esprit et de leurs titulaires de droits pourrait également s'accompagner d'un « marquage » individuel des œuvres, pour une meilleure traçabilité de celles-ci (B).

B. Le « marquage » des œuvres de l'esprit

Si l'idée de créer des bases de données regroupant un maximum d'œuvres de l'esprit afin de faciliter l'information du public (au sens large) semble déjà devenir concrète dans les faits, et tout particulièrement en ce qui concerne les œuvres appartenant au domaine public, l'étape (ou l'évolution) suivante pourrait être la création d'un passeport numérique propre à chaque œuvre (1). Mais cette perspective doit se réaliser en prenant compte des difficultés qui y sont associées : notamment la question de son coût et des fraudes qu'elles peuvent impliquer (2).

[2007] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1201

[2008] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 72

[2009] *Ibid*., p. 72

[2010] *Ibid*., p. 73: "*A titre d'exemples, on peut citer les sociétés ou de sites web spécialisés dans l'étiquetage et l'enregistrement des oeuvres la licence libre SafeCreative, créée en Espagne (qui collabore étroitement avec Creative Commons), Registered Commons, et Numly*"

[2011] Voir, pour plus d'explications : https://support.google.com/youtube/answer/3244015?hl=fr, https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=fr

1) Système d'identification numérique des œuvres

Meilleure identification des œuvres. Dans la même lignée que la création de registres, il semble nécessaire, afin de promouvoir l'utilisation licite des œuvres protégées, de créer un « *marquage des créations (plaque d'immatriculation numérique)* »[2012] afin de favoriser les transferts de droits, leur acquisition et une certaine transparence concernant les délais de protection et la titularité des droits. Ce marquage des œuvres viendrait pallier le fait que « *[l]'immatérialité grandissante des oeuvre […] [et] le simple fonctionnement du marché ne suffit pas à assurer la mise en relation des auteurs, des producteurs, des diffuseurs et des consommateurs : il se pose un problème de repérage des œuvres et des ayants droit, et un problème de contrôle* »[2013].

Exemple. Le marquage des œuvres se rapproche aujourd'hui de plus en plus de la norme. En France, le Centre National du Cinéma et de l'image animée (« CNC ») et l'Agence Française ISAN[2014], ont décidé récemment de s'associer afin de développer le principe d'immatriculation des œuvres audiovisuelles. Dès le 1er janvier 2017, un numéro d'immatriculation ISAN[2015] sera requis par le CNC pour toute œuvre ou projet d'œuvre (cinéma, télévision, multimédia ou jeu vidéo) qui ferait l'objet d'une procédure d'obtention d'une aide ou subvention. Pour la Présidente du CNC, Mme Bredin, « *[l]e repérage précis des œuvres est devenu un enjeu essentiel à l'heure du numérique. Il permet un meilleur suivi des exploitations sur l'ensemble des modes de diffusion pour garantir la plus juste rémunération des ayants droit et pour mieux lutter contre la contrefaçon* »[2016]. S'il n'est pas question ici de la durée de la protection ni de l'identification des titulaires, il semble clair que ces outils pourraient servir à ces fins. D'ailleurs, comment concevoir qu'une immatriculation obligatoire des œuvres visées puisse être réalisée sans enregistrement préalable (de l'œuvre), et qu'une rémunération des ayants droit soit efficiente sans connaissance de leurs identités respectives ? Tout porte donc à croire que les outils techniques actuels permettraient de créer des marqueurs d'œuvres de l'esprit et des bases de données permettant la centralisation de ces informations.

Marché privé de l'information sur la protection. Au final, si l'organisation de ses bases de données par des entreprises privées était réalisée sérieusement, cela créerait un environnement favorable pour que celles-ci soient en compétition dans le cadre de l'obtention des informations d'enregistrement et de renouvellement de la protection par les ayants droit[2017]. Cette concurrence devrait d'ailleurs faire baisser les coûts associés aux procédures d'enregistrement et de renouvellement. De plus, si des accords de transmission de données existent entre les différentes sociétés de gestion des formalités, les utilisateurs pourraient ainsi

---

[2012] P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 5 Janvier 2000, I 194, p. 9

[2013] P.-J. BENGHOZI et T. PARIS, *Évolutions économiques et nouveaux modèles de protection de la propriété littéraire et artistique*, Réseaux, 1998, volume 16, n°88-89. pp. 20

[2014] L'ISAN est une antenne française de l'Agence internationale ISAN (ISAN-IA)

[2015] Le numéro ISAN (International Standard Audiovisual Number) est un numéro unique, universel et permanent d'immatriculation des œuvres audiovisuelles de toute nature. Norme ISO créée en 2002 à l'initiative d'organisations professionnelles françaises et internationales, l'ISAN est déjà utilisé par près de 10 000 producteurs d'œuvres audiovisuelles dans le monde, notamment en France, où il est requis depuis 2010 pour les déclarations de droits et demandes d'aides à la création auprès des sociétés de gestion collective de producteurs PROCIREP et ANGOA, CNC, *L'immatriculation ISAN pour toutes les œuvres aidées par le CNC à compter du 1er janvier 2017*, article publié le 12 décembre 2016 et disponible sur http://www.cnc.fr/web/fr/actualites/-/liste/18/10728434;jsessionid=51B33609271609C315D64A2E3B0B4240.liferay

[2016] CNC, *L'immatriculation ISAN pour toutes les œuvres aidées par le CNC à compter du 1er janvier 2017*, article publié le 12 décembre 2016 et disponible sur http://www.cnc.fr/web/fr/actualites//liste/18/10728434;jsessionid=51B33609271609C315D64A2E3B0B4240.liferay

[2017] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1204

avoir accès à l'ensemble des informations détenues par tous les registres : le résultat en serait que le système des registres, bien que décentralisé en réalité, serait construit et géré de façon à proposer une expérience de « *search once, search everywhere* » à tous les utilisateurs, comme cela peut être le cas actuellement avec le système d'enregistrement des noms de domaines[2018]. Néanmoins cette éventualité présente des difficultés conséquentes qui ne peuvent être écartées (2).

2) Difficultés

Financement. Les instruments techniques permettant d'enregistrer, certifier, et identifier les œuvres de l'esprit (qu'elles soient protégées ou appartenant au domaine public) ont nécessairement été développé et produit grâce à des investissements considérables (publics ou privés). La mise en place de bases de données regroupant toutes les informations concernant l'enregistrement d'oeuvre, les renouvellements de protection, la titularité et la durée des droits ne se fera donc pas sans de lourds investissements qui restent aujourd'hui à trouver[2019]. De plus, il « *faudrait également considérer comme un objectif essentiel l'implication des pays en développement qui n'auront pas les mêmes possibilités d'élaborer des instruments coûteux pour le domaine public* »[2020].

Contrôle des fraudes. Néanmoins, il est certain que ce système de bases de données puisse comporter et générer des écueils qu'il reste nécessaire d'étudier. Notamment en ce qui concerne des procédures frauduleuses d'enregistrement et/ou de renouvellement ainsi que des revendications abusives de protection. L'interopérabilité entre les différentes entités de gestion des données doit également être surveillée et contrôlée afin d'assurer que les sociétés privées évoluent réellement dans l'intérêt des titulaires de droits comme du public, car ce système décentralisé pourrait potentiellement créer des enjeux technologiques et juridiques entre les différents registres[2021]. Il faudra également s'assurer que ces registres privés, dans le cas où ils cesseraient d'exister (quelle qu'en soit la raison), ne puissent pas effacer ou perdre les données collectées et que ces dernières restent toujours accessibles au public[2022].
Ces nouveaux moyens techniques issus du numériques permettent d'espérer une meilleure identification des œuvres de l'esprit et de leurs titulaires de droits, et par ricochet, les œuvres appartenant au domaine public (leur reconnaissance permettant une meilleure valorisation de celui-ci). Mais il paraît vraisemblable qu'une réelle revalorisation du domaine public devrait être effective grâce à l'élaboration et l'application d'une définition positive de celui-ci, ce qui n'est toujours pas le cas au sein du modèle actuel de protection (§II).

[2018] *Ibid*., p. 1204
[2019] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 73
[2020] *Ibid*., p. 73
[2021] J. D. LITMAN, P. SAMUELSON and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1205
[2022] *Ibid*., p. 1205

§II. Revalorisation du domaine public par la création d'une définition positive

Bien plus que les multiples prorogations des délais de computation, c'est certainement l'inexistence d'une définition positive au sein du modèle juridique de protection qui dévalorise le domaine public (A'). Ce dernier, aujourd'hui clairement atteint dans sa substance par le modèle actuel de protection des œuvres de l'esprit et les démarches toujours plus originales des ayants droit pour l'éviter[2023], doit être mieux protéger afin de garantir à la société dans son ensemble (public comme auteurs) un fonds commun irréductible de connaissance et de culture (B').

A'. Un domaine public en danger

Définition classique du domaine public. Si l'expression « *domaine public* » n'est apparue qu'au XIXe siècle[2024], son objet, l'assurance qu'à un instant T la société ait accès aux œuvres de l'esprit gratuitement, a toujours été au centre du débat concernant le modèle de protection[2025]. Aujourd'hui, le domaine public est généralement défini comme « *l'ensemble des éléments intellectuels qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur ou dont la durée la protection est arrivée à terme* »[2026]. Cette définition du domaine public est clairement négative au sens où elle se fonde sur son opposition avec le temps pendant lequel les œuvres sont protégées[2027]. Il n'existe d'ailleurs en France, au sein du Code de la propriété intellectuelle, aucune définition explicite du domaine public, celui-ci n'ayant une reconnaissance officielle qu'en vertu de son opposition de la durée de protection du droit d'auteur. Cette définition *a contrario* est rédigée dans l'article L. 123-1 du CPI: « *[l]'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ».

Domaine public en crise. Alors que les débats concernant la durée de protection des œuvres de l'esprit étaient vifs au XIXème siècle, la question du domaine public fut toujours au centre de ceux-ci[2028]. A l'époque, si la question d'une durée de protection limitée dans le temps avait pour but principal l'atteinte d'un équilibre entre un monopole exclusif accordé aux auteurs et une large diffusion des œuvres en faveur de la société, il semble que le domaine public était le principe tandis que la protection était l'exception[2029]. Cette balance s'est aujourd'hui clairement inversée. Dès lors, si le domaine public peut aisément être vu comme un élément

[2023] Voir titre précédent
[2024] T. OCHOA, Origin and Meanings of the Public Domain, Dayton L. Rev., 2002, vol. 28, p. 215, cité par S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 15
[2025] Voir Partie I de la thèse
[2026] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, disponible sur http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=161162 , pp. 5-6
[2027] *Ibid*., pp. 5-6: « *Cette définition est principalement négative car son domaine est le contraire de la portée de la protection au titre du droit d'auteur* »
[2028] Voir Partie I de la thèse
[2029] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 28

central du patrimoine culturel de l'humanité[2030], on peut aujourd'hui le considérer en « crise ». Si le Professeur Lange a décrit, de manière assez poétique, le domaine public comme un « *sanctuary for individual creative expression, a sanctuary conferring affirmative protection against the forces of private appropriation that threatened such expression* »[2031], il semble toutefois que le domaine public soit plus considéré aujourd'hui comme un vaste « fourre-tout » d'œuvres qu'un sanctuaire. Egalement appréhendé comme une zone trouble consistant en un large ensemble de contenus divers par le Professeur Samuelson[2032], certains regrettent le profond désintérêt actuel pour le domaine public : M. Birnhack, notamment, explique que « *le domaine public n'est pas simplement – ou du moins ne devrait pas être – un sous-produit involontaire ou la "tombe" des œuvres protégées par le droit d'auteur, mais son objectif même* »[2033]. Car le domaine public, du fait des extensions régulières des délais de computation et de l'élargissement de l'application du modèle de protection, est de nos jours « *essentiellement considéré comme une espèce en danger, soumis à un processus d'enfermement et de marchandisation* »[2034]. Le Professeur Jaszi regrette également que le domaine public n'ait plus le même poids dans les débats, et que ce manque d'intérêt aboutisse à sa disparition progressive[2035].

Domaine public en danger. Bien plus qu'une crise passagère, le domaine public est actuellement en danger (de mort ?). Aujourd'hui, les différents discours et arguments des lobbyistes de la culture, qui préconisent un allongement toujours plus important de la durée de protection[2036], n'évoquent aucunement le domaine public… Or, en suivant leur logique, si la protection doit correspondre à la durée de vie commerciale des œuvres, il est certain que certaines créations (pourtant rarissimes) ayant une valeur sur le marché que le temps n'estompera jamais, seront toujours une raison (justifiée selon eux) de proroger la durée de protection et donc de diminuer d'autant le domaine public. Selon cette logique, « *le domaine public se limite[rait] à un résidu d'œuvres sans valeur (tout au moins en termes*

[2030] B. D'ORMESSON-KERSAINT, *La protection des oeuvres du domaine public*, R.I.D.A., avril 1983, p. 93, cité par S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 14

[2031] D. LANGE, *Reimagining the public domain*, 66 Law & Contemp. Probs., 463, 466, 2006, cité par M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 70

[2032] P. SAMUELSON, *Enriching discourse on public domains*, 55 Duke L. J. 783, 2006 ; P. SAMUELSON, *The public domain: mapping the digital public domain: threats and opportunities*, 66 Law & Contemp. Probs., 147, 2003, cité par M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 69: « *Samuelson correctly points out that the public domain is actually a murky area that consists of a wide variety of content* »

[2033] M. BIRNHACK, *More or Better? Shaping the Public domain*, dans *The Future of the Public Domain*, p. 60, cité par S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, disponible sur http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=161162 , p. 4

[2034] J. BOYLE, *The public domain – Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008; Y. BENKLER, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, New York University Law Review, 1999, Vol. 74, 354; R. COOMBE, *Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalized Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property*, DePaul L. Rev., 2002-2003, Vol. 52, p. 1173; C. CARON, *L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle*, in Études offertes à Jacques Dupichot, Bruylant, 2004, p. 61-78; W. VAN CAENEGEM, *The public domain: Scientia Nullius?*, E.I.P.R., 2002, p. 324; L. GUIBAULT & B. HUGENHOLTZ (eds.), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006; ainsi que toutes les contributions de la conférence sur le domaine public, tenue à la Duke University en 2002 et publiées dans le volume 66 de la revue de droit Law and Contemporay Problems en 2003, cités par S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, disponible sur http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=161162 , p. 3

[2035] P. A. JASZI, *Goodbye to all that - a reluctant and perhaps premature adieu to a constitutionally grounded discourse of public interest in copyright law*, 29 Vand. J. Transnat'L L. 595, 610, 1996, cité par M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 76: « *Peter Jaszi has asserted that arguments in favor of the public domain, which are based on the protection granted by the Framers in the Intellectual Property Clause in the U.S. Constitution, are no longer given much weight, lamenting the loss of concern with the public domain while not advocating its demise* »

[2036] Voir précédemment

économiques), le régime du droit d'auteur [étant] déterminé uniquement par la demande du marché et le domaine public ne ser[vant] qu'à pallier aux déficiences du marché »[2037]. On observe d'ailleurs depuis plusieurs années que tous les moyens sont utilisés par les titulaires de droits pour favoriser une privatisation régulière et toujours plus importante de domaine public[2038]. Il est donc nécessaire aujourd'hui de rendre ses lettres de noblesse au domaine public en lui « offrant » une définition légale positive, qui aurait au moins le mérite de le revaloriser, ne serait-ce qu'en théorie (B').

B'. Sauver le domaine public

Le domaine public, qui a connu de nombreuses atteintes ces dernières décénies, et tout particulièrement du fait des prorogations des délais de computation, doit aujourd'hui être (plus que revaloriser) « sauvé ». Si l'idée d'intégrer une définition positive du domaine public à la loi n'a toujours pas aujourd'hui porté ses fruits, la faute aux nombreuses controverses que ce sujet a suscitées (1), il reste toutefois nécessaire et primordial que le public se réapproprie ce fonds commun de la connaissance et de la création (2).

1) Définition positive du domaine public

Une nécessité. Le fond des débats de ces dernières années caractérise cette inversion du principe en faveur d'une durée toujours plus longue de la protection et inspire à un nécessaire renforcement du domaine public. La définition du domaine public par opposition à la protection « *n'est pas suffisamment solide pour résister à ces prorogations constantes* »[2039], et la réaffirmation du domaine public devrait se construire dans un premier temps par l'élaboration d'une définition positive (et ferme) de ce dernier. Les revendications en faveur de cette protection positive du domaine public ne sont d'ailleurs pas nouvelles. Déjà, en 1981, le Professeur Lange appelait à la reconnaissance et au statut juridique du domaine public[2040]. Si cette définition positive n'a toujours pas été créée à l'échelle internationale, « *une certaine forme de protection se dessine pour des œuvres tombées dans le domaine public, tant dans la jurisprudence que dans la recherche universitaire, qui pourrait servir de terrain favorable à l'élaboration de principes et de recommandations essentielles visant la préservation, une plus*

[2037] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 33

[2038] Voir Titre précédent; a contrario voir R. P. WAGNER, *Information wants to be free: intellectual property and the mythologies of control*, 103 Colum. L. Rev. 995, 995, 2003, cité par M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 74: « *There are, however, counter views suggesting that propertizing information does not necessarily have detrimental effects on the public domain. For example, Polk Wagner argued that many scholars overlook the contribution that propertized information makes to the public domain, suggesting that the increasing appropriability of information goods may grow the quantity of open information* »

[2039] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 33: « *Cela indique aussi que le domaine public, une fois déterminé par la règle de la durée de protection, n'est pas immuable, ou plutôt qu'il ne prend pas une forme définitive une fois pour toutes. Pour faire simple, à l'heure actuelle nous ne savons pas quand les œuvres existantes tomberont dans le domaine public, nous savons seulement qu'elles finiront toutes par s'y trouver. Cela ne confère pas une grande force au domaine public*»

[2040] D. LANGE, *Recognizing the Public Domain*, Law and Contemporary problems, 1981, Volume 44, page 147, cité par S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 73

grande accessibilité et un meilleur usage du domaine public »[2041]. Elle a d'ailleurs donné lieu à de vifs débats en France entre partisans de cette définition et représentants des ayants droit.

Dernières propositions françaises. Si le rapport Lescure, remis en mai 2013, recommandait de renforcer la protection du domaine public dans l'environnement numérique, notamment pour empêcher « *des phénomènes de réappropriation*[2042] *qui sont susceptibles d'entraver, au lieu de libérer, la circulation des œuvres du domaine public* »[2043], c'est vraiment avec la *Proposition de loi visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité*, déposée devant l'Assemblée nationale le 21 novembre 2013, que le débat concernant la définition positive du domaine public a concrètement été exposé au législateur. Dans sa proposition, Mme Attard suggérait d'intégrer à l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle la modification suivante : « *[l]es créations appartiennent en principe au domaine public, sauf lorsqu'elles constituent des œuvres de l'esprit. Est considérée comme une œuvre de l'esprit au sens du présent code une création originale portant l'empreinte de la personnalité de son auteur et bénéficiant d'une mise en forme. Une création ne satisfaisant pas à l'un de ces critères appartient au domaine public. Sont également considérés comme appartenant au domaine public les données, faits, idées, procédures, procédés, systèmes, méthodes d'opération, concepts, principes ou découvertes, quelle que soit la forme dans laquelle ils sont décrits, expliqués, illustrés ou intégrés à une œuvre, ainsi que les lois et décisions judiciaires* », la suite de l'article restant inchangée[2044]. Cette proposition de loi, courageuse politiquement, fut rejetée par l'Assemblée nationale[2045]. L'idée d'une définition positive fut d'ailleurs une nouvelle fois rejetée lors des débats pour une nouvelle loi française sur le numérique présentée par Fleur Pellerin, puis par Axelle Lemaire[2046].

[2041] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 73

[2042] Tel que l'usage abusif du droit moral, du droit des marques ou encore la protection des personnages par le droit d'auteur (ou encore le copyfraud). Voir Titre précédent et également, S. CHOISY, M. BATTISTI, G. VERCKEN, *Une réappropriation du domaine public numérisé par la propriété intellectuelle ?*, Droit de l'information, Documentaliste-Sciences de L'Information 2009/3, Vol. 46, p. 22-26, DOI 10.3917/docsi.463.0022, disponible sur http://www.cairn.info/revue-documentaliste-sciences-de-l-information-2009-3-page-22.htm, ou encore S. CHOISY, *La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle*, Communication commerce électronique n°4, avr. 2002, chron. 11 ; voir également E. PIERRAT, *Le droit des images des collections de musées et de bibliothèques*, disponible sur http://www.livreshebdo.fr/article/le-droit-des-images-des-collections-de-musees-et-de-bibliotheques et concernant la question des œuvres appartenant au domaine public détenues par des bibliothèques ou musées (notamment l'arrêt du Conseil d'Etat N° 378879 du 23 déc. 2016), arrêt disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033684999&fastReqId=1085552513&fastPos=2

[2043] P. LESCURE, *Mission « Acte II de l'exception culturelle » Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, mai 2013, p. 38, disponible sur http://www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescure/index.htm : « *Alors que le droit de propriété intellectuelle est attaché à l'oeuvre de l'esprit et non à son support matériel, le changement de support s'accompagne, dans certains cas, de l'apparition d'une nouvelle couche de droits exclusifs (découlant notamment du droit des bases de données), qui restreignent de facto le champ du domaine public. Il arrive que des mesures techniques de protection soient apposées sur des oeuvres du domaine public, contrariant leur libre utilisation. […] [I]l est essentiel de protéger et de valoriser le domaine public numérique. Cela suppose, d'abord, de lui donner une définition positive et de clarifier son périmètre, en facilitant l'accès aux métadonnées (cf. infra). Par ailleurs, la loi doit empêcher que la simple reproduction numérique, sans ajout de services nouveaux, donne lieu à l'apparition de nouveaux droits exclusifs, au titre du droit de la propriété intellectuelle ou de droits connexes, tel le droit des bases de données* »

[2044] *Proposition de loi visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité* (n° 1573), déposée par Mme ATTARD, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1573.asp

[2045] Pour une critique purement « technique » de la proposition de loi Attard, voir F. MEURIS, *Est-il nécessaire de protéger le domaine public ?*, Communication commerce électronique n° 12, Déc. 2013, alerte 77

[2046] A propos d'une définition positive du domaine public, P. ROGARD, Directeur de la SACD: « *Un projet de loi dont une version officieuse avait circulé cet été et mis en émoi les milieux culturels car il prévoyait notamment qu'un auteur pouvait de façon définitive et irrévocable renoncer à tous ses droits au profit du domaine public et créait de nouvelles exceptions. Un texte étonnant de naïveté car il suppose que l'auteur évolue dans un monde dans lequel les rapports de force et de domination ont définitivement disparu entre ceux qui créent et ceux qui financent et un texte également à contre-courant, dans un domaine qui relève prioritairement du ministère de la culture et de la communication, des positions françaises*

Refus français d'une définition positive du domaine public. Plus récemment, lors de la séance au Sénat du 28 avril 2016 concernant l'élaboration de la *Loi pour une République numérique*[2047], Mme Assassi, ainsi que Messieurs Bosino et Abate ont présenté une proposition d'amendement afin d'intégrer une définition positive du domaine public au sein du Code de la propriété intellectuelle, libellé comme suit: « *avant l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, il est inséré un article ainsi rédigé : [a]rt. L. … – Le domaine public regroupe l'ensemble des œuvres et des idées qui n'appartiennent à personne et dont l'usage et la jouissance sont communs à tous. Les œuvres non-assujetties au droit d'auteur, au droit de propriété intellectuelle ou aux droits voisins et celles dont les créateurs souhaitent leur inscription dans le domaine public entrent de plein droit dans ledit domaine* ». Selon Mme Mélot, rapporteur pour avis, « *cette définition est fort délicate à établir, compte tenu des antagonismes en présence et des différences d'interprétation juridique entre experts, […]. De fait, le Gouvernement, après avoir envisagé de traiter cette question dans le présent projet de loi, y a renoncé pour les raisons évoquées précédemment. La réflexion doit donc encore se poursuivre, plus sereinement, pour aboutir à une solution satisfaisante et acceptée par les parties en présence. L'avis de la commission de la culture est par conséquent défavorable* ». Selon Mme Lemaire, Secrétaire d'État, « *l'avis du Gouvernement est également défavorable, pour les raisons évoquées par Mme la rapporteur pour avis* ». L'amendement ne fut donc pas adopté[2048]. Et même s'il reste positif que la question d'une définition explicite du domaine public au sein du Code de la propriété intellectuelle soit débattue en haut lieu, il paraît peu probable au vu des différents échanges entre les parties concernées que celle-ci soit effective prochainement. Si les définitions dites « positives » susmentionnées ne sont pas satisfaisantes aux yeux du législateur français, il pourrait être judicieux de s'inspirer de la définition du « *domaine public informationnel* » de l'UNESCO[2049] : « *l'information publiquement accessible, dont l'utilisation ne porte atteinte à aucun droit légal ni à aucune obligation de confidentialité. Il englobe ainsi l'ensemble des œuvres ou objets de droits voisins qui peuvent être exploités par quiconque sans autorisation, par exemple parce que la protection n'est pas assurée en vertu du droit national ou international, ou en raison de l'expiration du délai de protection. Il englobe en outre les données publiques et l'information officielle que les gouvernements et les organisations internationales produisent et mettent volontairement à la disposition du public* »[2050]. S'il semble que l'on soit très loin de la consécration d'une

---

défendues par les plus hautes autorités de l'Etat face aux ambitions destructrices de la commission européenne et au mot d'ordre « le droit d'auteur c'est le vol » de la pirate Julia Reda », *Propriété interdite*, 15 sept. 2015, disponible sur http://www.rogard.blog.sacd.fr/2015/09/propriete-interdite/, ou encore le Syndicat National de l'Edition: « *Le SNE demande le retrait de l'article. En effet, le domaine commun informationnel entretient une proximité évidente avec le domaine public, notion cardinale du droit d'auteur. La définition d'un domaine public informationnel, le libellé actuel de sa nature et de son régime doivent donner lieu à une concertation complémentaire, et ce en considération du calendrier européen de révision du droit d'auteur conformément aux prises de position d'Axelle Lemaire* », lors de la consultation publique sur le projet de loi pour une République numérique, disponible sur https://www.republique-numerique.fr/projects/projet-de-loi-numerique/consultation/consultation/opinions/section-1-les-communs/article-8-definition-du-domaine-commun-informationnel/versions/retrait-de-l-article-8#arg-df656686-de30-11e6-97aa-0242ac12000c, voir également (toujours à propos de la reconnaissance d'un domaine public positif): Assemblée nationale, XIVe législature, Session ordinaire de 2014-2015, compte rendu Intégral, Deuxième séance du jeudi 20 novembre 2014 disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2014-2015/20150066.asp (à propos de la Loi création et numérique)

[2047] *Loi pour une République numérique* n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 et parue au JO n° 235 du 8 octobre 2016

[2048] Séance au Sénat du 28 avril 2016 suite à la discussion du projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, disponible sur https://www.senat.fr/seances/s201604/s20160428/s20160428001.html#Niv1_SOM1

[2049] UNESCO, *Recommandation sur la promotion et l'usage du multilinguisme et l'accès universel au cyberespace*, 2003, Paris, p. 7, disponible sur http://www.lacult.unesco.org/docc/Recomendacion_Multiling_Ciberespacio_franc.pdf

[2050] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 10, également, p. 76: « *L'estimation de la valeur et du contenu du domaine public a permis de vérifier que si un domaine public sain et dynamique joue un rôle essentiel dans la participation culturelle et démocratique, le développement économique, l'éducation et le patrimoine culturel, l'absence*

définition positive du domaine, et ceci à l'échelle nationale et internationale, il est toutefois possible de s'interroger sur d'autres moyens de réappropriation du domaine public par la société, notamment l'instauration d'un domaine public payant (2).

2) Réappropriation du domaine public

Nécessité d'un domaine public riche. Le processus créatif repose en grande partie sur l'héritage culturel disponible (payant ou non) et les inspirations qu'il féconde. C'est le principe des « *épaules de géant* »[2051]. On compte aujourd'hui de nombreuses œuvres originales, pour le public, alors que celles-ci sont dans les faits des adaptations ou des œuvres dérivées : il suffit d'étudier le catalogue de la société Disney pour comprendre à quel point bon nombre d'œuvres sont finalement inspirées ou adaptées d'œuvres précédentes (le catalogue des personnes Marvel et leurs adaptations cinématographiques est un autre bon exemple). Pourtant, ce sont ces mêmes sociétés qui souhaitent conserver une exclusivité maximale sur leurs créations, défendant ainsi une position qui va à l'encontre même de leur propre processus créatif ! Le catalogue Disney serait-il aussi fourni si les œuvres de Stevenson ou des frères Grimm n'avaient jamais appartenu au domaine public ? Il n'est pas incongru de le penser… Un domaine public riche et vaste est nécessaire au processus créatif et à la production de nouvelles œuvres, qui viendront elles aussi enrichir le patrimoine culturel global. La source du modèle de protection proposée par le droit d'auteur et le copyright est la création d'un cercle créatif vertueux dont le domaine public est une étape nécessaire et fondamentale. En premier lieu, le modèle incite à la création, ce qui permet la réalisation d'œuvres de l'esprit et l'exploitation de celles-ci pendant une durée déterminée. Puis la protection patrimoniale exclusive s'arrête afin que la société puisse profiter d'une exploitation libre (sous réserve du respect des modalités du droit moral) de ces œuvres. Cette seconde étape, l'appartenance des œuvres au domaine public, est l'enrichissement d'un fonds commun dont tout un chacun peut s'inspirer pour créer à nouveau. En atténuant ou diminuant ce fonds, le processus créatif est directement entravé car les sources d'inspiration ou d'adaptation diminuent nettement. Comme le reconnaissait le Juge Kozinski, la création est impossible sans l'existence d'un riche domaine public : « *[c]reativity is impossible without a rich public domain. Nothing today, likely nothing since we tamed fire, is genuinely new: [c]ulture, like science and technology, grows by accretion, each new creator building on the works of those who came before. Overprotection stifles the very creative force it's supposed to nurture* »[2052]. Le Professeur Decherney reconnait que si le domaine public fut la source première de la création hollywoodienne, celle-ci est aujourd'hui de plus en plus largement privatisée et implique que les nouvelles générations d'auteurs et de producteurs n'auront plus un fonds aussi important qu'auparavant pour alimenter leurs projets culturels : *[a] stable public domain has been, and remains, the most dependable tool in Hollywood's arsenal of risk-mitigating and stabilizing measures. Public domain works are time-tested; they have name recognition; and they come with build-in audiences. . . .Today's independent producers can no longer expect new works to enter the public domain any time soon. They also have a smaller pool of public domain works to draw from than their predecessors* »[2053]. Afin de préserver le domaine

d'organisation de ce domaine public dans la plupart des lois relatives au droit d'auteur, de même que sa définition qui en fait le négatif de la protection par le droit d'auteur, affaiblissent cet objectif »

[2051] Voir précédemment

[2052] *White v. Samsung Electronics of Am., Inc.*, 989 F.2d 1512, 1513, 9th Cir., 1993, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014 , p. 97

[2053] *Brief of Peter Decherney as Amicus Curiae in Support of Petitioners* at 6-7, 19 *Golan v. Holder*, 132 S.Ct. 873, 2012, No. 10-545, cité par D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, p. 97-98

public, il est dès lors nécessaire, *a minima*, de stopper ce vaste processus de privatisation d'œuvres du domaine public et de maximisation du profit lié à l'exploitation des œuvres les plus populaires. Il faut savoir « *rendre à César ce qui appartient à César* ». Or, la culture appartient, *in fine*, au public et à la société dans son ensemble, et non à ceux qui ont su tirer parti d'œuvres libres de droit pour en créer d'autres. S'inspirer du domaine public est la première étape d'un processus créatif qui aboutira à la restitution des œuvres de l'esprit au sein de ce fonds commun permettant le développement de la culture.

Changement de la nature des droits sur les œuvres du domaine public. Selon le Professeur Bullich, qui paraphrase le Professeur Oström[2054], « *le salut de la propriété artistique réside donc peut être dans le renforcement de la propriété commune* »[2055]. C'est certainement dans cet esprit de renforcement de la propriété commune (ou publique) que des spécialistes ont suggéré de changer la nature des droits associés aux œuvres appartenant au domaine public, arguant que celui-ci devait être considéré comme « appartenant » (« *owned* ») au public et non comme un fonds d'œuvres libres de toute protection patrimoniale (permettant ainsi de donner plus de poids au domaine public au niveau légal et judiciaire)[2056]. D'autres ont quant à eux proposé une solution encore plus radicale, bien que reposant sur la même logique : se fondant sur le constat que toutes les œuvres sont créées grâce à l'inspiration que les précédentes créations procurent, le public devrait être qualifié de co-auteur (« *joint author* ») de chaque œuvre protégée afin de préserver le domaine public[2057].

Protection positive fondée sur le droit civil. En France, et semble-t-il selon la même idée, il a été question de construire une protection positive des œuvres du domaine public dont la source aurait été le droit civil des choses communes (« *res communes* ») défini à l'article 714 du Code civil[2058] sans que cela prête à polémiquer juridiquement parlant; « *mais chercher à conférer à cette notion un statut qui préserverait le domaine public de toute récupération ou appropriation est relativement nouveau* »[2059].

Domaine public payant. Le domaine public payant est un système selon lequel l'exploitation des œuvres appartenant au domaine public est soumise au paiement d'une licence obligatoire (ce concept est souvent évoqué comme émanant de Victor Hugo qui l'évoqua dès 1878[2060]). Ce régime du domaine public payant, perçu à l'époque comme un outil intéressant grâce à sa dimension sociale, a fait l'objet d'une recherche au début des années 1980 de la part de l'OMPI et de l'UNESCO car il était déjà appliqué en Algérie, en Argentine, au Brésil, en Bulgarie, en Hongrie, en Italie, au Mexique, au Portugal, en Tchécoslovaquie, en Tunisie, en

---

[2054] E. OSTROM et C. HESS, *Understanding Knowledge as a Commons*, Boston : The Massachusetts Institute of Technology Press, 2007

[2055] V. BULLICH, *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, disponible sur p. 13

[2056] C. D. GALBRAITH, *A Panoptic Approach to Information Policy: Using a More Balanced Theory of Property to Ensure the Existence of a Prodigious Public Domain*, 15 J. Intell. Prop. L. 1, 25-27, 2007, cité par M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 94

[2057] L. ZEMER, *The idea of authorship in copyright*, 218-25, 2007, voir également (position contraire) R. R. KWALL, *The author as steward "for limited times"*, 88 B.U. L. Rev. 685, 697-700, 2008, cité par M. BITTON, *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intell. Prop. L. J., 65, 2011-2012, p. 94

[2058] Article 714 du Code civil : *« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* »

[2059] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), mai 2011, p. 74: « *Si l'objectif d'un régime propre au domaine public consiste tant à garantir la liberté d'accès et d'utilisation qu'à prévenir toute exclusivité sur la ressource, le statut juridique des choses communes, au sens du droit français (ou pour le moins tel que préconisé par les spécialistdéjà cités), peut fournir les premiers fondements de ce régime. Le domaine public étant qualifié de "chose commune", la jurisprudence pourrait interdire toute tentative d'en reconquérir le monopole* »

[2060] voir aussi *Rencontres Européennes de l'ADAMI* du 17 avril 2014 et l'intervention de Pierre Santini qui récite le discours de Victor Hugo sur le domaine public payant donné le 25 juin 1878 dans le cadre du IIIe Congrès littéraire international, disponible sur https://www.youtube.com/watch?v=xItYA94UrzA&feature=youtu.be

URSS et au Zaïre (« *[m]ais à l'époque l'accent n'était pas mis sur la disponibilité du domaine public comme c'est le cas maintenant*)[2061]. L'idée de créer un domaine public payant a refait surface récemment, notamment dans les rapports « *Muller* » du Conseil économique et social du 7 juillet 2004[2062] ou « *Zelnik* » en 2010[2063]. Cette notion de domaine public payant a également été reprise récemment par certains auteurs, tel que le Professeur Latil, qui explique : « *Est-ce revenir au milieu du gré que de souhaiter la mise en place d'un domaine public payant ? Dans la mesure où un grand nombre d'œuvres entrent actuellement dans le domaine public, il paraît juste que les exploitants puissent tirer profit du travail d'autrui en versant une rémunération équitable. Relevons ici un argument largement développé depuis le XIXème siècle : les places de théâtre pour une pièce du domaine public ou les romans du domaine public sont généralement vendus au même prix que leurs homologues protégés par le droit d'auteur* »[2064]. Le domaine public payant assurerait ainsi un double objectif : l'effectivité d'un droit de propriété et l'encouragement de la diffusion des œuvres au public[2065]. Néanmoins, ce projet présente une difficulté majeure : la question du partage de la rémunération obtenue grâce à l'exploitation de l'œuvre appartenant au domaine public payant, tout en ne réglant pas la question de l'identification des ayants droit (ce qui peut paralyser l'exploitation de l'œuvre au final, car serait-il possible d'exploiter sans s'acquitter de la redevance ?)[2066]… Mais il semble que ceci ne rende pas la question d'un domaine public payant rédhibitoire : « *[e]n définitive, la revendication d'un domaine public payant est peu à peu tombée en désuétude par l'effet conjugué de l'allongement de la durée de protection des œuvres et par l'instauration des droits moraux perpétuels. Mais force est de constater que l'entrée progressive dans le domaine public d'un grand nombre d'œuvres conçues au début du XXème siècle suscite des revendications d'allongement de la durée des droits*

[2061] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), Septième session, Genève, 2 – 6 mai 2011, p. 44, disponible sur http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/fr/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf: « *L'Italie a souvent été citée en exemple en tant que pays occidental qui appliquait un tel régime, intitulé Diritto Demaniale (droit domanial). Son système de domaine public payant a cependant été abrogé en 1996. À l'heure actuelle, un régime de domaine public payant existe dans certains pays tels que l'Algérie, le Kenya, le Rwanda, le Sénégal, la République du Congo (Congo Brazzaville), la Côte d'Ivoire et le Paraguay* »

[2062] Avis et rapport du Conseil économique et social présenté par M. MULLER, *Les droits d'auteur*, « *Le Conseil économique et social recommande la création d'un domaine d'œuvres tombées dans le domaine public mais dont l'utilisation serait soumise à des droits. Le maintien du paiement de droits permettrait d'alimenter les fonds d'aide à la création existants déjà dans divers organismes* », séances des 6 et 7 juill. 2004, pp. 12-13, disponible sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000674.pdf

[2063] Rapport au Ministre de la culture et de la communication, Mission confiée à MM. P. ZELNIK, J. TOUBON et G. CERUTTI, *Création et internet*, janv. 2010, « *L'instauration d'une redevance sur l'exploitation des films tombés dans le domaine public paraît le bon vecteur pour la création d'un tel fonds. Peu d'œuvres cinématographiques sont d'ores et déjà tombées dans le domaine public, et celles qui le sont restent peu exploitées. Mais la situation va progressivement changer. Les années et les décennies qui viennent vont progressivement voir entrer dans le domaine public des classiques de l'entre deux guerres, qui sont régulièrement diffusés en salle, à la télévision ou en vidéo. Or le film de cinéma est indissociablement lié à son support original, qui doit être protégé, numérisé, restauré très régulièrement. La mission suggère d'instaurer une redevance sur l'exploitation des films tombés dans le domaine public, et d'affecter son produit à un fonds spécialisé dans la numérisation des catalogues, géré par le CNC* », p. 10, disponible sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000006.pdf

[2064] A. LATIL, *Le domaine public payant*, Revue internationale du droit d'auteur, n°242, 2014, p. 33

[2065] *Ibid*., p. 35

[2066] A moins que la redevance ne soit acquittée à un organisme public qui ferait office de fonds commun pour la création (et délivrerait des aides d'Etat aux auteurs, producteurs…), voir J. CAYRON et A. ALBARIAN, *Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant: le renouveau contemporain d'une notion ancienne*, LEGICOM 2006/2 (N° 36), p. 117-131, DOI 10.3917/legi.036.0117, disponible sur https://www.cairn.info/revue-legicom-2006-2-page-117.htm, et S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), Septième session, Genève, 2 – 6 mai 2011, p. 44, disponible sur http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/fr/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf: « *Par ailleurs, l'idée du domaine public payant pourrait également être envisagée comme moyen de financer la préservation des œuvres relevant du domaine public, en partageant la charge du financement de la préservation des œuvres relevant du domaine public, notamment au moyen de bibliothèques numériques, avec les exploitants commerciaux de ces œuvres. Les taxes prélevées ne serviraient plus à apporter une assistance aux artistes vivants mais à soutenir le domaine public lui-même* »

patrimoniaux. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, gageons donc que la revendication d'un domaine public payant est susceptible de refaire surface…et alors on remarquera que sa mise en œuvre serait compatible avec les exigences juridiques contemporaines »[2067]. Le Professeur Latil ne pouvait pas voir plus juste, l'idée de l'instauration d'une redevance pour l'exploitation des œuvres du domaine public revenant avec force dans les débats concernant l'encadrement des droits d'auteur et l'univers numérique. Le Président de la SACD, Pascal Rogard a d'ailleurs de nouveau évoqué, lors de sa consultation dans le cadre de la rédaction du rapport Lescure, l'intérêt de créer un domaine public payant : « *[i]l n'y a aucune raison que ce soit la collectivité publique qui finance [la conservation, et éventuellement la restauration des œuvres du domaine public] sans contrepartie. […] Ce n'est pas une redevance qui irait aux ayants droit. [...] Ce n'est pas une redevance qui recrée un droit d'autoriser ou d'interdire, ce droit est clos. C'est une rémunération pour financer ce travail de conservation* »[2068]. Mais selon le Professer Dusollier, le principe d'un domaine public payant « *semble de plus en plus être un modèle périmé du fait qu'il entre en conflit direct avec le domaine public car il pourrait produire d'autres entraves à la libre utilisation dudit domaine. […] [car] la mise en œuvre d'un domaine public payant peut constituer en fait un obstacle à la libre utilisation des œuvres relevant du domaine public. L'étendue de cette entrave dépendra de l'importance des taxes exigées* »[2069].

Conclusion. Toujours est-il qu'afin d'enrichir le domaine public, il serait, *a minima*, de bon ton de mettre un terme à cette volonté de proroger la durée des délais de computation, voire de réduire drastiquement ces délais afin que le turn-over entre œuvres protégées et œuvres libres de droit soit plus rapide et dynamique. Mais, bien que logique et souhaitable, cette nécessité de réduire la durée de protection semble difficilement réalisable au regard du contexte économique et politique actuel. Une première étape dans ce processus de revalorisation serait donc la rédaction d'une définition positive du domaine public.

[2067] A. LATIL, *Le domaine public payant*, Revue internationale du droit d'auteur, n°242, 2014, p. 37

[2068] S. FANEN, *Lescure de rattrapage : domaine public et taxe Google*, Journal Libération, 12 oct. 2012, disponible sur http://www.liberation.fr/ecrans/2012/10/12/lescure-de-rattrapage-domaine-public-et-taxe-google_948986, voir également [2068] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), Septième session, Genève, 2 – 6 mai 2011, p. 44, « *Les utilisations faites de la taxe varient également. Souvent prélevées par la société de gestion nationale collective des droits ou par l'administration chargée des droits d'auteur (comme c'est le cas de l'Office national du droit d'auteur et des droits voisins en Algérie qui fait également office de société de perception), les redevances seront généralement consacrées à des utilisations sociales et culturelles, pour aider les jeunes créateurs, assurer la protection sociale des créateurs en difficulté ou promouvoir des œuvres de création. Parfois, la rémunération sert à la préservation du domaine public lui-même et non pas à tel ou tel créateur, comme c'est le cas en Algérie. En pareil cas, au lieu d'être une charge pour l'exploitation du domaine public, les taxes ainsi prélevées peuvent également être considérées comme des moyens de financer la protection des œuvres relevant du domaine public* »

[2069] S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), Septième session, Genève, 2 – 6 mai 2011, p. 44

Conclusion générale

Changement de paradigme. Depuis plusieurs dizaines d'années, les nombreuses évolutions technologiques (internet, dématérialisation des supports, logiciels…) « *rendent obsolète le système de droit d'auteur tel qu'il existe aujourd'hui* »[2070], et ceci, que l'analyse du modèle de protection soit juridique ou économique. Cela s'explique principalement par le fait qu'actuellement le coût marginal de reproduction d'une œuvre a été réduit à pratiquement zéro. La disparition progressive (qui n'en est certainement qu'à ses prémices) des supports physiques des œuvres a engendré un monstre social qu'il est difficile de contenir : la consommation gratuite et illicite de la culture. Cette situation nous oblige à *« repenser le rôle du droit d'auteur […]* »[2071].

Changement de modèle. Si le modèle actuel de protection des œuvres de l'esprit « *paraît contaminé par le virus informatique* »[2072], il semble toutefois inutile de le remettre intégralement en cause. Bien que défendu par certains, un retour à l'absence de protection risque fortement d'annihiler le processus créatif en diminuant drastiquement l'intention créative des auteurs d'œuvres et de limiter les investissements. Une transformation du modèle s'impose, mais celle-ci n'a pas à être radicale. Et quand bien même une telle transformation aboutirait à ce que « *[…] la propriété littéraire, née avec la Révolution française, ne reconnaî[sse] plus ses enfants* »[2073], elle n'en demeure pas moins nécessaire. Mais il est tout aussi erroné de croire que les multiples prorogations des délais de protection des œuvres assureront un avenir plus glorieux et lucratif aux auteurs et producteurs d'œuvres. L'application d'une durée des délais de computation de principe de soixante-dix ans post mortem auctoris n'a aujourd'hui pas (encore ?) fait ses preuves. Elle a plutôt, au regard des nombreuses analyses économiques et empiriques, participé à une nette réduction de la diffusion de la culture et à l'enrichissement d'une niche très limitée d'ayants droit, au détriment de la société dans son ensemble. C'est principalement la nécessité de rééquilibrer le rapport tripartite entre auteurs, investisseurs et public qui doit diriger cette réforme du modèle de protection. Or aujourd'hui, le déséquilibre est trop favorable aux investisseurs par rapport au public. On assiste à l'émergence d'une surprotection des œuvres de l'esprit qui entrave leur circulation. Et même lorsque cette surprotection n'est pas générée par le modèle de protection lui-même, ce sont parfois les abus faits au domaine public (garant d'un fonds culturel universel) qui la crée[2074]. C'est pourquoi une réforme du modèle de protection actuel est

[2070] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 225
[2071] *Ibid*., p. 225
[2072] *Ibid*., p. 225
[2073] P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 5 Janvier 2000, I 194, p. 5
[2074] Notamment l'usage abusif du droit moral, ou la revendication de co-auteurs ; voir également le débat autour de la photographie d'œuvres appartenant au domaine public exposées dans certains musées français, A. GUITON, *Non, le Louvre ne devrait pas vous interdire de photographier les Vermeer*, Libération, 27 février 2017, disponible sur http://www.liberation.fr/futurs/2017/02/27/non-le-louvre-ne-devrait-pas-vous-interdire-de-photographier-les-vermeer_1551391 ; alors que d'autres musées facilitent l'accès aux œuvres du domaine public qu'ils possèdent : H. BELLET, *Le Metropolitan Museum of Art diffuse 375 000 œuvres en accès libre*, Le Monde 9 févr. 2017, disponible sur

nécessaire. Elle passe, selon nos recherches et analyses, par un raccourcissement des délais de computation, l'application de formalités, et l'identification numérique des œuvres. Mais cette réforme (2) ne peut être envisagée sans au préalable étudier la construction historique du modèle de protection (1).

1) Construction du modèle actuel de protection

Un compromis pour un équilibre. Les enjeux de la durée de protection en droit d'auteur, copyright (et en droits voisins) ont toujours suscité de nombreux débats. Qu'ils soient juridiques, économiques, sociaux ou philosophiques. Et ceci depuis les prémices de la création du modèle de protection tel que nous le connaissons aujourd'hui. En France, les bases théoriques des premières lois concernant le droit d'auteur (dites « *révolutionnaire*s ») de 1791 et 1793, furent fondées sur un modèle de protection permettant à la fois l'existence de droits exclusifs de l'auteur sur son œuvre et d'un domaine public. Cette conception du modèle avait pour objectif principal d'allier incitation à la création et large diffusion de la connaissance et du savoir. Ces lois se fondaient donc sur un compromis entre deux droits qui s'opposent: la propriété privée de l'auteur sur son œuvre et la liberté économique nécessaire à une bonne régulation du marché, dont la société serait le premier bénéficiaire. Cette balance, établie par le législateur, avait pour objectif l'atteinte d'un juste équilibre entre intérêts particuliers et intérêt général, afin qu'auteurs et public puissent profiter des fruits d'un riche développement créatif et de la circulation du savoir. Pourtant, malgré la durée limitée de la protection accordée, ces droits patrimoniaux exclusifs étaient qualifiés à l'époque de « *droits de propriété* ». C'est cette qualification de « *propriété* » qui fut alors vivement débattue au cours du XIXème siècle en France et participa au fondement théorique et juridique du modèle tel qu'il existe aujourd'hui. Car selon que la propriété littéraire et artistique fut une véritable propriété ou non, la durée des droits accordés à l'auteur pouvait être limitée ou perpétuelle.

Protection et propriété. Le mouvement en faveur d'un amalgame entre protection des œuvres et droit de propriété s'est inscrit dans une démarche de laïcisation de la connaissance. Initiateur de la pensée naturaliste dès le XVIIème siècle, Locke[2075] qualifiait la propriété intellectuelle de propriété au sens propre du terme. Pour lui, si la connaissance et les œuvres qui en découlaient étaient les fruits d'une réflexion dont la source était la nature environnante, alors il n'y avait plus de place pour le divin. L'inspiration était propre à l'auteur, elle naissait de sa chair et l'aboutissement de cette inspiration, l'œuvre, ne pouvait dès lors faire l'objet que d'une propriété personnelle. L'esprit de l'auteur était la source de la création intellectuelle et le divin n'avait plus sa place dans la justification du processus créatif. Cette conception naturaliste fut largement reprise en Europe au XVIIIème siècle. En parallèle de l'essor de la théorie naturaliste, un fort mouvement en faveur de la reconnaissance d'une propriété perpétuelle de l'auteur sur son oeuvre relança le débat sur l'existence et la nécessité d'un domaine public. C'est ainsi que les droits de propriété intellectuelle, et plus particulièrement le droit d'auteur ou droit de propriété littéraire et artistique ont depuis le XVIIIème siècle, été régulièrement comparés en France au droit de propriété « *inviolable et sacré* » comme la formule employée dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Or, s'il existait une « *durée* » des délais de computation c'est donc que celle-ci n'était pas éternelle, ce qui contredisait les caractères d'une véritable propriété qui, par nature, est

http://www.lemonde.fr/arts/article/2017/02/09/le-metropolitan-museum-of-art-diffuse-375-000-uvres-en-acces-libre_5077226_1655012.html

[2075] J. LOCKE, (1632-1704), est un penseur et philosophe anglais considéré comme l'un des fondateurs du libéralisme, théoricien du droit naturel de l'auteur sur ses créations (ou doctrine « *jusnaturaliste* »)

exclusive, opposable et surtout perpétuelle[2076]. Comme le soutient trois siècles plus tard F. Pollaud-Dulian, « *à partir du moment où le législateur consacre le droit des successions et considère légitime que l'on puisse transmettre indéfiniment des immeubles, des meubles corporels, des actions ou des obligations, il n'y a aucune véritable justification à limiter dans le temps la succession au droit d'auteur, dont la naissance doit tout au talent de l'artiste…».* De telles critiques et conceptions présentent l'auteur comme l'heureux « propriétaire » de son œuvre, et ceci au sens civiliste. Ainsi son œuvre serait perpétuellement transférée à ses descendants par le jeu des successions.

Refus de la propriété et durée limitée. Mais cette approche a été vigoureusement critiquée par une majeure partie de la doctrine au XIXème siècle. Proudhon, dès 1862, dénonçait l'abus du concept de « *propriété littéraire* »[2077]. Renouard, fervent opposant à la nature de propriété, défendait que la publication de l'œuvre fût un service rendu à la société et que la perpétuité de la protection était donc anticoncurrentielle car elle empêchait de « *maintenir intacts les droits de la société sur la jouissance des idées* »[2078]. Napoléon fut à l'origine de l'instauration d'une durée limitée de la protection du modèle français dès 1810. Le modèle français se sera ainsi construit sur le concept même de propriété accordée aux auteurs d'œuvres de l'esprit. Aujourd'hui, et tout comme le modèle français, le modèle de protection américain est fondé sur une durée de principe de soixante-dix ans post mortem auctoris des œuvres de l'esprit. Pourtant sa construction n'a connu ni les mêmes débats, ni un cadre philosophique similaire.

Modèle américain. Aux Etats-Unis, contrairement à la conception française de la protection basée sur l'auteur lui-même, l'accent a été mis sur l'équilibre entre l'encouragement à la création, le libre accès du public aux œuvres et la libre concurrence. C'est pourquoi la Constitution américaine a toujours envisagé une protection temporaire des œuvres de l'esprit, destinée à stimuler la création artistique dans l'intérêt du public. Cette dimension utilitariste est retranscrite de manière explicite dans la Constitution américaine qui habilite le Congrès « *to promote the progress and science and useful arts, by securing forlimited times to authors and inventors the exclusive right to their writings and discoveries* »[2079]. L'auteur n'est ainsi pas au centre du dispositif juridique. D'ailleurs en 1790, les œuvres n'étaient protégées, du vivant de l'auteur, que pendant quatorze ans. Les Etats-Unis, à l'époque, se désintéressaient de la protection juridique du patrimoine créatif des auteurs. Mais la philosophie du modèle de protection américain a ensuite particulièrement évolué et le Congrès américain a d'ailleurs voté de nombreux textes pour allonger la durée de la protection. Avec l'adoption du CTEA du 22 octobre 1998, les œuvres sont protégées pendant les soixante-dix années suivant la mort du créateur, comme en France. Le délai de principe de la protection des droits d'auteur des modèles français et américain sont donc à présent les mêmes, et ce, malgré leurs différences originelles et culturelles. On peut néanmoins s'interroger sur une prolongation si récente aux Etats-Unis surtout quand l'on prend note que certains personnages Disney (eux aussi protégés en tant que tel par le droit d'auteur) ligne aurait dû tomber dans le domaine public à partir de 2003 si la durée de protection n'avait pas été allongée de vingt années supplémentaires par le biais de cette loi. Le lobbying de la société Walt Disney a d'ailleurs été dénoncé à travers le monde, et l'importance de cet engagement politique et juridique prouve les enjeux économiques que représente la durée des délais de computation du modèle de protection. Si de puissants lobbys sont ainsi capables de participer à l'augmentation du terme du délai de

[2076] C. ALLEAUME, *Fasc. 1270: Durée de la protection*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique
[2077] P-J. PROUDHON, *Le combat du droit d'auteur*, Les impressions nouvelles, 2001, p. 139
[2078] A-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature*, *les sciences et les beaux-arts*, T.1, 1838, p. 466, disponible sur http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5739469p/f6.item
[2079] « *Copyright clause* », Article I, Section 8, Clause 8 de la Constitution des Etats-Unis

protection, on peut se demander si la durée du copyright américain ne va pas finir, à terme, par dépasser celle du droit français, ce qui entrainerait un nouveau décalage des délais de protection. C'est pourquoi il est nécessaire que la durée de protection du copyright ne soit pas étendue à un terme de cent ans post mortem auctoris quand le prochain projet de loi sera porté devant le Congrès, certainement en 2018[2080]. Et qu'il est également primordial de proposer une réforme du modèle actuel de protection afin de l'adapter aux nouveaux enjeux auxquels il doit faire face (2).

2) Réforme du modèle actuel de protection

Changement de la durée de protection. La réforme du modèle de protection des œuvres doit être étudiée et fondée sur un équilibre « *entre la volonté de mise à la disposition de tous des biens culturels et la protection de rentes lorsqu'elles sont considérées comme légitimes* »[2081]. Ce point d'équilibre correspond à une protection des œuvres de l'esprit dont la durée choisie permettrait la maximisation de l'incitation créatrice et de la diffusion de la culture. Or aujourd'hui on assiste « *à une situation pour le moins paradoxale aux termes de laquelle d'un côté les œuvres disparaissent de plus en plus vite, le nombre des créations entravant les chances de se faire connaître dans un contexte de rareté des espaces de présentation et de promotion, en particulier pour les nouveaux auteurs, tandis que d'un autre côté la durée des droits n'a cessé de se renforcer. […] [S]e pose [alors] la question du dispositif juridique le plus à même de concourir au bien-être collectif* »[2082]. C'est l'application d'un modèle de protection « *raisonnable et efficace [qui] constitue [la] condition du développement de la création et de la diffusion des œuvres* »[2083]. Or, afin de rééquilibrer la protection en faveur du public, au travers d'une meilleure diffusion des œuvres, le premier pas nécessaire semble la réduction des délais de computation. Ceci est d'autant plus évident que les différentes études portant sur le rapport entre les dernières prorogations de durée de la protection et l'incitation à la création est quasi nul. Raccourcir la durée de la protection pénalisera les ayants droit des auteurs à succès (une durée de protection en deçà de la vie de l'auteur n'est toutefois logiquement pas envisageable), mais facilitera d'autant la diffusion des œuvres dès leur entrée au sein du domaine public, donc leur exploitation libre et *in fine* le processus créatif. Car s'il est évident que « *certaines parties y perdraient […], il est important de garder à l'esprit que le système de droit d'auteur est basé sur un compromis et qu'il est ainsi, par définition, 'un second best'. Un système de règles de droit d'auteur qui satisferait toutes les parties est une illusion* »[2084].

Changement du point de départ du calcul. S'il n'y a pas de débat concernant le fait que la protection doit être accordée dès la création de l'œuvre (et sa fixation), le point de départ du calcul du délai du terme de protection est plus difficilement appréhendable. Néanmoins, le point de départ actuel (mort de l'auteur) du calcul du droit d'exploitation exclusif de l'œuvre devrait également être changé. Au-delà d'éviter de créer des difficultés et de nombreux débats judiciaires liés au système *post mortem auctoris* (voir notamment précédemment l'affaire

[2080] D. KHANNA, *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, commlaw conspectus, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 58
[2081] F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 3ème édition, p. 111
[2082] F. BENHAMOU, *Les politiques publiques face aux mutations de l'économie de la culture. Le droit d'auteur contesté par le numérique?*, Les politiques culturelles, Cahiers français n° 348, janv-fév. 2009, p. 28
[2083] *Ibid*., p. 28
[2084] J. PENIN, *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, p. 225

Anne Frank[2085]), prendre un unique point de départ pour l'ensemble des œuvres, qui serait la date de première diffusion de l'œuvre permettrait au minimum d'harmoniser les calculs de tous les délais de computation (suivant les catégories d'œuvres ainsi que les droits des auteurs et ceux dits « voisins »). Les sceptiques pourront toujours se rassurer en admettant que ce système est déjà en exercice et fonctionne pour le calcul de la durée des droits voisins. Même s'il faut admettre que la définition légale du point de départ devra être particulièrement précise afin d'éviter les problèmes rencontrés aux Etats-Unis[2086].

Formalités conditionnelles. La réforme du modèle reposerait également sur l'application de formalités conditionnelles à l'obtention de la protection (enregistrement et potentiel renouvellement). Cette nouveauté (qui a toutefois existé pendant de longues années aux Etats-Unis) permettrait de répondre au problème des coûts de transaction imposé par le modèle actuel (notamment la recherche de disponibilité de l'œuvre et l'identification de ses ayants droit). Le nouveau modèle de protection imposerait ainsi aux titulaires de droits souhaitant conserver une protection sur leurs œuvres protégées les plus vieilles (dont la protection a été obtenue il y a plus de cinquante ans par exemple) l'obligation de se réenregistrer selon une procédure qui permettrait facilement aux auteurs de nouvelles œuvres et au public d'identifier les titulaires de droits. S'il paraît aujourd'hui certain qu'aboutir à un consensus concernant la réduction de la durée de la protection ou l'application d'un terme initial de protection potentiellement renouvelable semble peu réalisable, il est toutefois envisageable d'accorder les principaux acteurs du marché de la culture sur la nécessité d'établir un compromis sur la durée des délais de computation. Les obligations d'enregistrement des œuvres et de renouvellement du terme de protection permettraient de réduire (par choix[2087]) la durée de protection des œuvres tout en participant à une meilleure traçabilité de celles-ci. Cette réforme des formalités conditionnelles est à prendre au sérieux depuis que les nouvelles technologies permettent de marquer et répertorier aisément les œuvres afin de mieux identifier les œuvres, leurs ayants droit et de réduire ainsi les coûts de transaction. C'est d'ailleurs, sans obligation légale, une tendance qui se démocratise : « *l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et la Commission européenne veulent encourager l'adoption de dispositifs techniques destinés à favoriser l'identification des œuvres ou à rendre impossible toute copie non autorisée* »[2088].

Revaloriser le domaine public. Au-delà de la réforme juridique pure du modèle (réduction de la durée de protection, formalités conditionnelles…), une autre question ne peut être occultée : celle de la revalorisation du domaine public. Cette revalorisation pourrait être réalisée par deux biais complémentaires : la réduction de la durée de protection et l'élaboration d'une définition légale du domaine public. La sauvegarde du domaine public est aujourd'hui un enjeu majeur qui, s'il n'est pas ignoré, n'a pas encore donné lieu à des changements drastiques du modèle actuel de protection. C'est pourquoi la réforme du modèle de protection doit également être pensée comme un outil de sauvegarde et de revalorisation du domaine public, afin que l'accès à la culture par la société dans son ensemble soit favorisé. Si la diminution des droits acquis semble difficile socialement parlant, cela n'empêche en rien de proposer (même sans conviction de sa réalisation) une réforme du modèle de protection. Cette réforme est justifiée par la nécessité de mettre un terme à une privatisation excessive de la culture et du domaine public. Mais si cette proposition de réforme de la durée du modèle de

[2085] D. BELOT, *Le journal d'Anne Frank en ligne*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, février 2016, p. 10
[2086] Voir précédemment l'affaire Martin Luther King notamment
[2087] Car décidée par l'auteur ou ses ayants droit
[2088] P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La semaine juridique édition générale n°1, 5 janv. 2000, I 194, p. 3

protection n'aboutit pas, d'autres moyens restent à disposition pour une meilleure transparence de celui-ci, notamment la création d'une définition positive du domaine public. Dans le cadre d'une préservation d'un fonds commun de la connaissance et d'une diffusion accrue de la culture, il est nécessaire d'inscrire une définition du domaine public dans la loi, qu'elle soit nationale ou internationale. Une définition légale et positive du domaine public permettrait très certainement d'éviter les abus liés à la volonté toujours plus grande de s'approprier des œuvres du domaine public. Débat plusieurs fois engagé (et avorté) en France, des négociations sérieuses à l'échelle internationale pourraient sensibiliser l'importance de la préservation du domaine public et éviter les disparités de traitement des œuvres lui appartenant d'une juridiction à une autre. La diffusion de ces œuvres n'en serait que plus importante, au grand bénéfice de la société dans son ensemble.

Nécessité de la réforme. Il semble que les études actuelles, qu'elles soient juridiques ou économiques démontrent effectivement que le modèle de protection actuel est inadapté, tout du moins dans sa durée. Sans le condamner définitivement pour autant, l'évocation d'une réforme en profondeur de ce modèle est amplement justifiée aujourd'hui. Réduction du délai de protection, instauration de formalités conditionnelles à la conservation de la protection, et revalorisation du domaine public semblent consitituer les piliers de la création d'un nouveau modèle de protection plus efficient et plus juste qui pourrait rééquilibrer la balance entre incitation à la création et diffusion des fruits de celle-ci, afin d'augmenter le bien-être social. Quant au fait de savoir si celle-ci s'apparentera à une révolution… L'intérêt de sa qualification importe peu, seuls comptent sa construction et son application. Voilà pourquoi, comme le Professeur Sirinelli l'explique, une évolution se fera et « *[c]ertains problèmes posés par la technique trouveront leur solution dans la technique mais la place fondamentale doit rester au droit. On peut compter sur un pari sur l'intelligence qui permettra une évolution naturelle plus qu'une révolution* »[2089].

[2089] P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 5 Janvier 2000, I 194, p. 9

Bibliographie

I. Ouvrages généraux : traités, manuels et cours

BENTLY L. et SHERMAN B., *Intellectual Property Law*, Second Edition, Oxford, 2001

BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012

BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Lextenso, 4ème édition, 2016

BLANC-JOUVAN G., *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, Dyna' Sup Droit, Paris, sept. 2011, n° 110

BRUGUIÈRE J.-M. et VIVANT M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 3e édition, 2015

BRUGUIÈRE J-M., *Droits des propriétés intellectuelles*, 2ème édition, Ellipses, p. 107

CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 4ème éd., 2015

DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e édition, 1978

GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 9ème édition, 2015

LUCAS A. et H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2e éd., 2001

LUCAS A., *Le droit de l'informatique*, PUF, Thémis, 1987

LUCAS A., LUCAS H.-J. et LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique, LexisNexis*, 4e éd. 2012

NIMMER M. B. et NIMMER D., *Nimmer on copyright*, Ed. 2011

POUILLET E., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879

POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 3ème édition, 1908, par Marchal et Billard

ROUBIER P., *Droit de la propriété industrielle*, t. 2, Sirey, 1954

TROPLONG R. T., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code de la vente*, Bruxelles, 1836

VIVANT M., *La protection du logiciel en Europe*, Litec, Paris, 1989

VIVANT M.et J-M BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2ème éd. 2012

II. Ouvrages spéciaux : thèses, mémoires, monographies et autres travaux

1) Thèses et mémoires

BERNASKI K. R., *Saving Mickey Mouse : the upcoming fight for copyright term extension in 2018*, 2014, Law School Student Scholarship, paper 439

BONET G., *Préface à la thèse de J. PASSA*, Contrefaçon et concurrence déloyale, Litec, 1997

CHOISY S., *Le domaine public en droit d'auteur*, thèse, Irpi-Litec, 2002

D'HÉRICOURT DU VATIER L., *Mémoire en forme de requeste à Mr le garde des sceaux : s'il serait juste d'accorder aux libraires de province, la permission d'imprimer les livres qui appartiennent aux Libraires de Paris, par l'acquisition qu'ils ont faite des Manuscrits des Auteurs ?*, 1725-1726, Primary Sources on copyright (1490-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

FOULQUIER Le BORGNE DE LA TOUR D., *La protection des artistes-interprètes ou exécutants*, Thèse, Paris, 1975

GAULTIER, *Mémoire à consulter, pour les Libraires et Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille et Nismes, concernant les privilèges de librairie et continuations d'iceux*, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

GOSLINE R. A. R., *The Real Value of Fakes: Dynamic Symbolic Boundaries in Socially Embedded Consumption*, Harvard University, 2009

HADDADIN S., *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, Université de Poitiers, 2008

HOMBURG, *Le droit d'interprétation des acteurs et artistes exécutants*, Sirey, Paris, Thèse, 1930

LAPOUSTERLE J., *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, thèse, 2007

LE PELLETIER E., *Mémoire pour les Imprimeurs et Libraires de Paris*, BNF, Manuscrits français 22067, n°156, f° 304

LINGUET S., *Mémoire sur les propriétés et privilèges exclusifs de librairie*, 1774 : BNF, Manuscrits français, 22123, n°50, f° 224

MALESHERBES C.-G., *Mémoires sur la librairie et sur la liberté de la presse*, première impression chez Agasse en 1809, Paris, Imprimerie nationale, 1994

Mémoire à consulter, pour les Libraires & Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille & Nîmes, concernant les privilèges de librairie, et continuations d'iceux, 1776, texte original en intégralité disponible sur Primary sources on copyright (1450-1900), éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

Mémoire sur la contestation qui est entre les Libraires de Paris et ceux de Lyon au sujet des privilèges et des continuations que le Roy accorde, Paris, 1690, p. 11-12, note n°6, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

QIAN Y., *Counterfeiters: Foes or Friends?*, Nber Working Paper No. 16785, 2011

SIMON, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859

SIWEK S. E. et G. MOSTELLER, *Copyright Industries in the U.S. Economy: The 1996 Report*, Economic Incorporated

STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright*, Louvain, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, thèse, 1993

TOR A. et OLIAR D., *Incentives to create under a 'Lifetime-Plus-Years' copyright duration : lessons from a behavioral economic analysis for Eldred v. Aschcroft*, Scholarly Works, Paper 514, 2002, p. 445, disponible sur http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/514

2) Monographies, essais et autres ouvrages

ALFORD W. P., *To steal a book is an elegant offense : Intellectual property law and chinese civilization*, Stanford, Calif. : Stanford University Press

ARMSTRONG E., *Before copyright. The French book privilège system (1498-1526)*, Cambridge University Press, 1990

BASTIAT F., *Œuvres complètes*, t. II: Le Libre-échange, Paris, Guillaumin et Cie, 1862

BELL T. W., *Intellectual privilege: copyright, common law, and the common good*, Founders' ed., 1st ed., 2014

BENHAMOU F. et FARCHY J., *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, Collection Repères, 3ème éd., 2014

BIRELL A., *Seven lectures on the law and history of copyright in books*, Cassell and Company Limited, London, Paris & Melbourne, G. P. Putnam's Sons,New York, 1899, disponible sur https://neilzone.co.uk/seven_lectures_on_the_law_and_history_of_copyright_in_books.pdf

BIRNHACK M., *More or Better? Shaping the Public domain, dans The Future of the Public Domain*, P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault, eds., Kluwer Law International, 2005

BLANC L., *Organisation du travail ; revue, corrigée et augmentée d'une polémique entre M. Michel Chevalier et l'auteur, ainsi que d'un appendice indiquant ce qui pourrait être tenté dès à présent...*, 5ème Edition, 1847, p. 233, disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

BOWKER R. R., *Copyright, its history and its law*, Boston and New York, Houghton Mifflin company, 1912

BOYLE J., Shamans, *Software, And spleens: law and the construction of the information society*, 172, 1996

BOYLE J., *The public domain – Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008

BRACHA O., *Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America, Privilege and Property, Essays on the History of Copyright*, Ronan Deazley, Martin Kretschmer et Lionel Bently, 2010

BRISON F., *Het naburige recht van de uitvoerende kunstenaar*, Bruxelles, Larcier, 2001

BUYDENS D., *La protection de la quasi-création (droits belge, allemand et français)*, Larcier, Bruxelles, 1993

COMTE C., *Traité de la propriété*, Paris, t. 2, 1834

CONDORCET, *Fragments sur la liberté de la presse*, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

DEAZLEY R., *Privilege and Property, Essays on the History of Copyright*, Ronan Deazley, Martin Kretschmer et Lionel Bently, 2010

DEFOE D., *Essay on the Press*, London (1704), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

DELCORDE A. C., *Droits intellectuels et pratiques du commerce*, Liber Amicorum A. de Caluwe, Bruylant, Bruxelles, 1995

DERCLAYE E., *Review of the Protection of Databases: A Comparative Analysis*, Edward Elgar, 2008

DRAHOS P. et BRAITHWAITE P., *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy?*, Londres : Earthscan Publications, 2002,

DRONE E. S., *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States: embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Boston: Little, Brown, 1879, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

DULONG de ROSNAY M. et Le CROSNIER H., *Propriété intellectuelle, géopolitique et mondialisation*, Les essentiels d'Hermès, CNRS Editions

EDELMAN B., *Droits d'auteur, droits voisins, droit d'auteur et marché*, Paris, Dalloz, 1993

EINFIELD W., *Observations on Literary Property*, London 1774

ENGSTROM C. et FALKVINGE R., *The case for copyright reform*, 2012, disponible sur http://www.copyrightreform.eu

FISHER W., *Promises to keep: Technology, Law and the Future of Entertainment*, Stanford: Stanford University Press, 2004

FRYE N., *Anatomy of criticisms : four essays*, Princeton : Princeton University Press, 1977

GINSBURG J. C., *The US experience with formalities : a love/hate relationship, dans Global copyright : three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cyberspace*, L. BENTLY, SUTHERSANEN U. et TORREMENS P. (Dir.), Cheltenham UK, Edward Elgar, 2010, pp. 425-459

GOLAZ E., *L'imitation servile des produits et de leur présentation, étude comparée des droits français, allemand, belge et suisse*, Droz, Genève, 1992

GORMAN R. et GINSBURG J., *Copyright For The Nineties*, 307, 4th ed., 1993

GUIBAULT L. et HUGENHOLTZ B. (eds.), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006

HESSE C., *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus, spring 2002, Research Library Core

KANT E., *De l'illégitimité de la reproduction des livres* [1785], PUF, Paris, 1995

KARJALA D. S., *Opposing copyright extension, commentary on copyright extension, the term of copyright (from Growing pains: adapting copyright for education and society)*, L. N. Gasaway ed., 1997, Fred B. Rothman & co.

KOSTYLO J., *From gunpowder to print: the common origins of copyright and patent*, dans Primary sources on copyright (1450-1900), éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

LABOULAYE E. et GUIFFREY G., *La propriété littéraire au XVIIe siècle*, Librairie de L. Hachette, Paris, 1859

LABOULAYE E., *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858

LANDES W. et POSNER R., *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003

LESSIG L., *Free culture, the nature and future of creativity*, Penguin books, 2004 ;

LESSIG L., *Remix*, Penguin books, 2008

LESSIG L., *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, Penguin books, 2001

LESSING G. E., *Gesammelte Werke*, ed. Paul Rilla, Berlin: Aufbau, 1968

LÉVÊQUE F. et MENIÈRE Y., *Economie de la propriété intellectuelle*, Collection Repères, Editions La Découverte, 2003

LITMAN J., *Digital Copyright*, Amherst: Prometheus Books, 2006

LOWNDES J. J., *Historical sketch of the law of copyright; with remarks on serjeant talfourd's Bill; and an appendix of the copyright laws of foreign countries*, London: Saunders and Benning, 43, Fleet Street, 1842

McLEOD K. et DICOLA P., *Creative Licenses*, 2011

McLEOD K., *Freedom of expression*, 2007

MELLOT J-D., *Le régime des privilèges et permissions d'imprimer à Rouen au XVIIème siècle*, Bibliothèque de l'école des chartes, 1984, tome 142, livraison 1

NETANEL N. W., *Copyright's Paradox*, 2008

PARIS T., *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, Paris, 2002

PATTERSON L.R., *Copyright in an historical perspective*, Vanderbild University Press, 1968

PATRY W. F., *Copyright law and practice*, The Bureau of National Affairs, Inc. 1994, réimprimé en 2000

PATRY W. F., *How to fix copyright*, Oxford University Press, 2011

PFISTER L., *Author and work in the franch print privileges system: some milestones*, dans Primary sources on copyright (1450-1900), éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

PHILLIPS C. P., *The law of copyright in literature and art and in the application of with the statutes relating thereto*, London, V. & R. Stevens & Haynes, 1863

PLANT A., *The economic aspects of copyright in books*, Economica, vol. 1, 1934

PROUDHON P-J., *Les majorats littéraires*, 1863

PUTNAM G. H., *The question of copyright : comprising the text of the copyright laws of the United States, a summary of the copyright laws at present in force in the chief countries of the world*, New York, G. P. Putnam's sons, 1896

RIDEAU F., *Commentary on the Code de la Librairie (1723)*, 2008, sur Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

RIDEAU F., *Commentary on the La Fontaine case (1761)*, 2008, sur Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

RIFKIN J., *L'âge de l'accès la nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte/Poche, 2005

RINGER B., *The demonology of copyright*, Second of the R.R. Bowker Memorial Lectures, New Series, New York, R.R. Bowker Company, 1974

ROSE M., Authors and Owners. *The Invention of Copyright*, London, 1993

SADOUL N., *Entretiens avec Hergé*, Casterman, 1983

SCHUMPETER J., *Capitalism, socialism and democracy*, New York : Harper, 1942

SMIERS J. et VAN SCHIJNDEL M., *Un monde sans copyright… et sans monopole*, Framabook, avril 2011

SMITH A., *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978

STROWEL A., *La protection des personnages par le droit d'auteur et le droit des marques*, Bruxelles, Bruylant, 1997

STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright : étude de droit comparé*, Bruxelles : E. Bruylant, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993

TEHRANIAN J., *Infringement nation : copyright 2.0 and you*, Oxford, 2011

ULMER E., *Urheberrecht und Verlagsrecht*, 3ème éd. 1980

VAIDHYANATHAN S., *Copyrights and Copywrongs*, New York University Press, 2001

VANDENDORPE C., *Du manuscrit à l'hypertexte. Essais sur les mutations du texte et de la lecture*, La Découverte, 1999

VASARI G., *The lives of the painters, sculptors and architects*, 1927

VIALA A., *Naissance de l'écrivain*, Les éditions de minuit, Paris, 1985

VON GOMPEL S., *Formalities in the digital era : an obstacle or opportunity ?, dans Global copyright : three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cyberspace*, L. BENTLY, U. SUTHERSANEN & P. TORREMENS (Dir.), Cheltenham UK, Edward Elgar, 2010, pp. 395-424

VOORHOOF V., *La parodie et les droits moraux. Le droit au respect de l'auteur d'une bande dessinée : un obstacle insurmontable pour la parodie ?*, Droit d'auteur et bande dessinée, Bruylant, 1997, pp. 237-267

WALRAS L., *Œuvres économiques complètes*, t. V., L'économie politique et la justice, 1859

WOODMANSEE V. M. et JASZI P., *"Introduction", The Construction of Authorship: Textual appropriation in law and literature*, Durham: Duke University Press

YOUNG E., *Conjectures on Original Composition*, 1759, disponible sur http://www.case.edu/affil/sce/authorship/Young.pdf

ZAY J. / BRUGUIÈRE J.-M., *Le droit d'auteur au temps du Front Populaire, le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Volume 12, Dalloz, 2015

ZEDLER J. H., *Grosses vollst-indiges Universal-Lexikon*, Leipzig and Halle, 1735

ZEMER L., *The idea of authorship in copyright*, Ashgate Publishing, Ltd., 2007

3) Travaux collectifs, rapports, études

BRESSOLLES G., *De la propriété littéraire*, Rapport présenté à l'Académie de législation de Toulouse, Toulouse, 1862

CALMELS, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 novembre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859

CENTRE FOR INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION LAW UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, *Review of the Economic Evidence Relating to an Extension of the Term of Copyright in Sound Recordings*, déc. 2006

CIPPM/CIPIL/IViR/MPI-IP, *The Proposed Directive for a Copyright Term Extension, A Backward-Looking Package*, 27 oct. 2008 disponible sur http://www.cippm.org.uk

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique*, [88]172

COMMISSION DE L'INDUSTRIE, DE LA RECHERCHE ET DE L'INDUSTRIE, *Avis de la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie à l'intention de la commission des affaires juridiques sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 2014/2256(INI), 20 avril 2015, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0209+0+DOC+XML+V0//FR

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre Vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et le défi technologique* (COM (88) 172)

COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport sur la consultation relative au droit d'auteur UE (Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules)*, juillet 2014, pp. 27-29, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *First Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, DG Internal Market and Services*

Working Paper: Bruxelles, 12 déc. 2005, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/index_fr.htm

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Avis et rapport du Conseil économique et social présenté par M. MULLER, Les droits d'auteur*, séances des 6 et 7 juill. 2004, pp. 12-13, disponible sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000674.pdf

DUPUIT J., *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859

DUSOLLIER S., *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), Septième session, Genève, 2 – 6 mai 2011

ESCARRA J., HERPP F. et RAULT J., *La doctrine française du droit d'auteur, Etude critique à propos de projets récents sur le droit d'auteur de ce contrat d'édition*, Grasset, 1937

ERNST & YOUNG, *1er panorama des industries culturelles et créatrices*, nov. 2013

ERNST & YOUNG, *2ème panorama des industries culturelles et créatrices*, oct. 2015

GOTZEN F., *Les contrats d'exploitation des droits de l'artiste interprète ou exécutant*, Commission des Communautés Européennes, dactyl. 1977, ann. I

HARGREAVES I., *Digital opportunity: a review of intellectual property and growth*, 2011, disponible sur http://www.ipo.gov.uklipreview-finalreport.pdf

HERVÉ L. et BOUCHOUX C., *Rapport d'information fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication par la mission d'information sur la Hadopi*, Sénat réunion extraordinaire 2014-2015, 8 juillet 2015

HILTY R.M., KUR A., KLASS N., GEIGER C., PEUKERT A., DREXL J., KATZENBERGER P., *Comment by the Max Planck Institute on the Commission's proposal for a Directive to amend Directive 2006/116 EC of the European Parliament and Council concerning the Term of Protection for Copyright and Related Rights*, EIPR 2009

HOUSE OF COMMONS, Copyright law revision : report of the Register of copyrights on the general revision of the U.S. Copyright Law, 87th Cong., 1st. Sess. 53 (House Comm. Print 1961)

HUGENHOLTZ B. et autres, Réponse au B.P.I. au Staff Working Paper on Copyright Review, European Commission DG Internal Market Study*, The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, Institute for Information Law, University of Amsterdam, The Netherlands, nov. 2006, disponible sur www.ivir.nl

HUNTINGTON S., *Ledyard Petition Committee Report*, Connecticut, 1783, Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Gowers Review of intellectual property – Response submitted by the British Library*, nov. 2006, disponible sur http://www.hm-treasury.gov.uk/media/5/6/british_library_375_132kb.pdf

JOLIBOIS C., Rapport, *Tome I « Exposé général et auditions »*, N° 212, Sénat, 2ème sess. extr. 1984-1985

KING D. W., et Al., *Cost-Benefit Analysis of U.S. Copyright Formalities Final Report*, 1986

KRETSCHMER M., *Creativity stifled? A Joint Academic Statement on the Proposed Copyright Term Extension for Sound Recordings*, European Intellectual Property Review, 30(9), 2008, pp. 341-374

LAKANAL J., *Rapport Lakanal*, séance du 19 juillet 1793, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900) : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org

LAMARTINE A. (De), *Rapport du projet de loi de 1841, séance du 13 mars 1841*, Le Moniteur Universel, 14 mars 1841

LE CHAPELIER I., *Rapport fait par M. 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*, 1791, p. 3, disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

LEHMAN B. A., *Copyright Term, Film Labeling and Film Preservation Legislation: The copyright term extension act,* Hearings on H.R. 989 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the House Comm. on the Judiciary, 104th Cong., 1st Sess., 1995

LESCURE P., *Mission « Acte II de l'exception culturelle » Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, mai 2013, p. 38, disponible sur http://www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescure/index.htm

LEVY M., NIGGEMANN E. et DE DECKER J., Comité des Sages, *The new renaissance*, 2011

MARTIN J. et LIEBER S-J., *Commission sur les œuvres orphelines du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique*, Rapport du 19 mars 2008, p. 49, disponible sur http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/40676-commission-sur-les-oeuvres-orphelines-rapport.pdf

MELVILLE A. et SIMMON S., *Film Preservation 1993: a study of the current of American film preservation*, Librarian of Cong., 1993

PALLANTE M. A., *Federal copyright protection for pre-1972 sound recording*, 2011, p. 102, disponible sur http://www.copyright.gov/docs/sound/pre-72-report.pdf

PASSY F., *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859

PÉNIN J., *4.1 L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation*, INPI – La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie, 2015, disponible sur https://www.inpi.fr/sites/default/files/la_propriete_intellectuelle_et_la_transformation_numerique_de_leconomie.pdf

PERRAS M., député au Corps législatif, *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif aux droits des héritiers et ayants cause des auteurs*, 31 mai et 1er juin 1866, p. 304 à 305

PETERS M., *Registrar of Copyright and Associate Librarian for Copyright Services, on S. 483 « Copyright Term Extension Act of 1995 » before the Senate Committee on the Judiciary*, 104th Cong., 1st Sess., Sept. 20, 1995,

PETHOKOUKIS J., *Regulatory & financial reforms to combat cronyism and modernize our economy, in Room to grow: conservative reforms for a limited government and a thriving middle class*, 81, 85, YG Network ed., 1st ed. 2014, available at http://ygnetwork.org/wp-content/uploads/2014/05/Room-To-Grow.pdf

RAPPAPORT E., *Copyright term extension : estimating the economic values, CBS report for Congress, Congressional research service*, The library of Congress, may 1998, disponible sur http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs727/m1/1/high_res_d/98-144e_1998May11.pdf, CRS-5

RÉDA J., *Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 2014/2256 (INI), 15 janvier 2015, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//FR&language=FR

RENOUARD A. A., *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859

RENOUARD A.-C., *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, T.1, 1838, disponible sur http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5739469p/f6.item

RICHARD A., *Rapport Richard fait au nom de la commission des lois*, JOAN CR, déposé le 26 juin 1984, n° 2235

RICHÉ, Conseiller d'Etat et rapporteur, *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, 24 février 1866, p. 228, disponible sur Primary sources on copyright (1450-1900), éd. L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

SAINTE-BEUVE M., *Rapport au Sénat sur la loi relative aux droits des héritiers et ayants cause des auteurs*, 7 juillet 1866

SIMON, *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 octobre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859, p. 181

TOWSE R., *Economies of lntellectual Property Rights*, 2002, cité dans le Guide pour l'évaluation de la contribution économique des industries du droit d'auteur de l'OMC, 2003, p. 21

U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Orphan Works and Mass Digitization*, 77 Fed. Reg. 64555, 64556, Oct., 2012

U.S. REGISTER OF COPYRIGHTS, *Report on orphan works*, 2006, disponible sur http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf

UNESCO, *Recommandation sur la promotion et l'usage du multilinguisme et l'accès universel au cyberespace*, 2003, Paris, p. 7, disponible sur http://www.lacult.unesco.org/docc/Recomendacion_Multiling_Ciberespacio_franc.pdf

UNIVERSITE DE CORNELL, *Copyright term and the public domain in the United States*, Cornell Univ., Janv., 2014, disponible sur http://copyright.cornell.edu/resources/docs/copyrightterm.pdf

WATT R., *An empirical analysis of the economics of copyright: how valid are the results studies in developed countries for developing countries?*, dans The economics of intellectual property publication on "the economics of intellectual property. Suggestions for further research in developing countries and countries with economies in transition", 2009, disponible sur http://www.wipo.int/ip-development/en/economics/

WITTEM GROUP, *European copyright code*, 2010, disponible sur http://www.copyrightcode.eu

WOLOWSKI M., *Annales de la Société d'Economie Politique*, Séance du 5 novembre 1858, Librairie Guillaumin et Cie, 3ème tome, 1858-1859

ZAY J., Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, session du 13 août 1936, Documents parlementaires, annexe n°1164, p. 1707

ZELNIK P., TOUBON J. et CERUTTI G., *Création et internet*, Rapport au Ministre de la culture et de la communication, janv. 2010, disponible sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000006.pdf

4) Encyclopédies, dictionnaires, répertoires et lexiques

ALLEAUME C., *Fasc 1270 : Droits des auteurs.- Durée de la protection (CPI, art. L. 123-1 à L. 123-12)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique

ALLEAUME C., *Fasc. 700: MERCHANDISING, Contrat de merchandising, Exploitation, et contrat d'exploitation, de produits dérivés*, JurisClasseur

BRAUDO S., *Dictionnaire du droit privé*, http://www.dictionnaire-juridique.com

DAVERAT X., *Fasc. 1405 : Droits voisins du droit d'auteur.- Histoire des droits voisins*, JurisClasseur

DAVERAT X., *Fasc. 1410 : Droits voisins du droit d'auteur.- Nature des droits voisins*, JurisClasseur, p. 9

EDELMAN B., *Fasc. 1112 : Propriété littéraire et artistique. – Droit d'auteur. – Nature du droit d'auteur. Principes généraux*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique

LUCAS A., *Fasc. 1160 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique

LUCAS A., *Fasc. 1650: Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique

LUCAS-SCHLOETTER A., *Fasc. 1210: Droits des auteurs. – Droit moral. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9)*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique

PFISTER L., *Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique

TAFFOREAU P., *Fasc. 1420: Droits voisins du droit d'auteur. - Durée des droits voisins (CPI, art. L. 211-4 et L. 211-5)*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique

III. Articles, études et chroniques

ABRAMS H. B., *Originality and Creativity in Copyright Law*, 55 Law and Contemporary Problems 3-44, 1992, disponible sur http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol55/iss2/2

ABRAMS H. B., *The historic foundation of American copyright law: exploding the myth of common law copyright*, 29 Wayne L. Rev. 1119 1982-1983

AMMORI M., *The uneasy case for copyright extension*, 16 Harv. J. L. & Tech. 287, 292, 2002

ARROW K., *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, dans R. NELSON (Dir.), *The Rate and direction of incentive activity : economic and social factors*, Princeton : Princeton University Press, 1962

AZÉMA J*., Chronique du droit français de la concurrence*, JCP éd. E 1989, II, n° 15611, n° 3,

AZÉMA J., *Protection juridique des programmes d'ordinateur*, RTD Com. 1992, p. 176

AZZI T., *L'intégration d'une chanson dans une compilation porte atteinte au droit moral de l'artiste-interprète*, La Semaine Juridique Edition Générale n°20, 17 mai 2006, II 10078

BARD & KURLANTZICK, *Copyright duration : duration, term extension, the European union, and the making of copyright policy*, 1999

BÉCOURT D., *La directive n° 93-98 du 29 octobre 1993, harmonisation des durées de protection des droits d'auteur et des droits voisins*, D. 1994, p.125

BÉCOURT D., *Réflexions sur la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins*, JCP E 1986, II, 14722, n° 57

BÉCOURT D., *Réflexions sur la proposition de directive du Conseil relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (présentée le 23 mars 1992)*, D. 1993, p. 111

BELLET H., *Le Metropolitan Museum of Art diffuse 375 000 œuvres en accès libre*, Le Monde 9 févr. 2017, disponible sur http://www.lemonde.fr/arts/article/2017/02/09/le-metropolitan-museum-of-art-diffuse-375-000-uvres-en-acces-libre_5077226_1655012.html

BÉLOT D., *Happy Birthday, enfin dans le domaine public?*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, déc. 2015, p.7

BÉLOT D., *La stratégie TINTIN*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, octobre 2014, p. 37 à 41

BÉLOT D., *Le journal d'Anne Frank en ligne*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, février 2016, p. 10

BÉLOT D., *Transmission du droit moral : condition de formalité (Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° 14-29.833 du 13 janvier 2016)*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, mars 2016, p. 13

BÉNABOU V-L, *Puiser à la source du droit d'auteur*, RIDA, n° 192, 2002, p. 53

BENGHOZI P-J. et PARIS T., *Évolutions économiques et nouveaux modèles de protection de la propriété littéraire et artistique*, Réseaux, 1998, volume 16, n°88-89. p. 15

BENHAMOU F. et PELTIER S., *Le droit d'auteur, incitation à la création ou frein à la diffusion? Une analyse empirique du cas de la création télévisuelle*, Revue d'économie industrielle, 135 / 2011, pp. ¬¬66-67, disponible sur http://rei.revues.org/5110:

BENHAMOU F., *L'industrie du livre*, dans Cohen D. et Verdier T., *La mondialisation immatérielle*, Conseil d'analyse économique, Rapport n°76, Paris, La Documentation française, pp. 73-96

BENHAMOU F., *Le droit d'auteur contesté par le numérique ?, Les politiques publiques face aux mutations de l'économie de la culture*, Les politiques culturelles Cahiers français n° 348, janv-fév. 2009

BENKLER Y., *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, New York University Law Review, 1999, Vol. 74, 354

BESSAULT E., *Les artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes voient leurs droits prolongés de vingts ans*, Comm. Comm. électr. N°11, Novembre 2011, alerte 94,

BEUNEN A., *Protection for databases - The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Wolf Legal Publishers, Nimègue, 2007

BIRD R. C. et PONTE L. M., *Protecting moral rights in the United States and the United Kingdom: challenges and opportunities under the U.K.'s new performances regulations*, 24 B.U. Int'l. L. J. 213, 2006

BITTON M., *Modernizing copyright law*, 20 Tex. Intel. Prop. L. J. 65, 2011

BOHANNAN C. et HOVENKAMP H., *Creation without restraint*, 2012

BOLDRIN D. et LEVINE D., *IP and market size*, Levine's Working Paper Archive 618897000000000836, UCLA Department of Economics, July 2005

BOLDRIN M. et LEVINE D., *The case against intellectual property*, Am. Econ. Rev., May 2002, at 209–12

BONNEFONT A., *Parasitisme et concurrence déloyale: il faut garder le cap*, Contrats Conc. Consom. 2001, Chron. n° 4

BOWEN, Jr. L. W., *Givings and the next copyright deferment*, 77 Fordham L. Rev. 809, 832, 2008, disponible sur http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4398&context=flr

BRACHA O., *The Statute of Anne: an American Mythology*, Houston Law Review, 47 Hous. L. Rev., 877, 2010-2011

BREYER S., *The uneasy case for copyright: a study of copyright in books, photocopies, and computer programs*, 84 Harv. L. rev. 281, 1970-1971

BROWN Hon. H. et MILLER D., *Copyright term extension : sapping American creativity*, 44 J. Copyright Soc'y, U.S.A., 94, 1996-1997

BRUGUIÈRE J.-M., *Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique*, Prop. Ind. N°10, oct. 2010, dossier 10

BRUGUIÈRE J-M., *Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique, Colloque du CUERPI « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle »*, 2009, Propriétés industrielles, 2010, n°10, p. 42

BRYLAWSKI E. F., *Publication : its role in copyright matters, both past and present*, 31 J. Copyright Soc'y U.S.A. 507 1983-1984, note n°34 de l'auteur, p. 512

BUCCAFUSCO C. et HEALD P. J., *Do bad things happen wen works enter the public domain ?: empirical tests of copyright term extension*, 28 Berkeley Tech. L.J. 1, 2013

BUCCAFUSCO C. et SPRIGMAN C. J., *The Creativity Effect*, 78 U. CHI. L. REV. 31, 2011;

BUCCAFUSCO C. et SPRIGMAN C. J., *Valuing Intellectual Property: An Experiment*, 96 Corn. L. Rev. 1, 2010;

BULLICH V., *Perspectives critiques sur la propriété artistique*, 2013, disponible sur http://lesenjeux.u-grenoble3.fr/2013-supplement/07Bullich/07Bullich.pdf, p. 4

BURST J.-J., *La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile: mythe ou réalité?*, Mélanges P. Mathély, Litec, 1990

BUYDENS D., *La sanction de la « piraterie des produits » par le droit de la concurrence déloyale*, Journ. Trib., Bruxelles, 1993, p. 117

CALBOLI I., *Overlapping trademark and copyright protection: a call for concern and action*, U. Ill. L. Rev. Slip Opinions, 25, 2014

CARLSON B. A., *On the Wrong Track : A Response to the Manifesto and a Critique of Sui Generis Softawre Protection, Jurimetrics*, Journal of Law, Science and Technology 1997, vol. 37, p. 187-203

CARON C., *L'auteur et ses héritiers: à propos de l'affaire Hugo*, Comm. comm. électr. 2001, chron. 29

CARON C., *L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle*, Mélanges Dupichot, Bruylant, 2004, p. 61

CARON C., *Les Misérables devant la Cour de cassation: le domaine public réaffirmé*, Comm. Comm. électr. N°3, mars 2007, comm. 34

CARON C., *Mystérieuses prorogations de guerre!*, Comm. Comm. électr. n° 4, Avril 2002, comm. 53

CAYRON J. et ALBARIAN A., *Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant: le renouveau contemporain d'une notion ancienne*, LEGICOM 2006/2 (N° 36), p. 117-131, DOI 10.3917/legi.036.0117

CHAFEE Z., *Reflections on the Law of Copyright: II*, 45 Colum. L. Rev. 719, 1945,

CHARDEAUX M-A., *Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité*, Comm. com. élec. N° 5, mai 2011, étude 10, p. 1

CHAFEE Z., *Reflections on the Law of Copyright: II*, 45 Colum. L. Rev. 719, 1945,

CHARDEAUX M-A., *Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité*, Comm. com. élec. N° 5, mai 2011, étude 10, p. 1

CHEVRIER E., *Parasitisme et droit privatif : et si l'extension du domaine concourait à sa propre perte ?*, Recueil Dalloz 2002 p. 3142

CHOISY S., BATTISTI M., VERCKEN G., *Une réappropriation du domaine public numérisé par la propriété intellectuelle ?*, Droit de l'information, Documentaliste-Sciences de L'Information 2009/3, Vol. 46, p. 22-26, DOI 10.3917/docsi.463.0022, disponible sur http://www.cairn.info/revue-documentaliste-sciences-de-l-information-2009-3-page-22.htm,

CHOISY S., *La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle*, Comm. com. électr. 2002, chron. 11

CHRISTIE A., *Designing Appropriate Protection for Computer Programs*, European Intellectual Property Review 1994, p. 486-493

COHEN L. R. et NOLL R. G., *Intellectual property, antitrust and the new economy*, 62 U. Pitt. L. Rev., 453, 2000-2001

COHEN S., *Duration*, 24 UCLA L. Rev., 1180, 1976-1977

COOMBE R., *Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalized Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property*, DePaul L. Rev., 2002-2003, Vol. 52, p. 1173

CORBET J., *Les relations internationales dans le domaine des droits voisins*, RD intell. 1978, n° 7- 9, p. 193

COTTER T. F., *Toward a Functional Definition of Publication in Copyright Law*, 92 Minn. L. Rev. 1724, 2007-2008

D'ORMESSON-KERSAINT B., *La protection des œuvres du domaine public*, R.I.D.A., avril 1983, p. 93

DAVID P. et RUBIN J., *Restrincting access to books on the Internet : some unanticipated effects of U.S. copyright legislation*, Rev. of economic research on copyright issues, vol. 5, n°1, pp. 23-53

DEAZLEY R., *The myth of copyright at common law*, 62 Cambridge L.J. 106 2003, p. 111

DECHERNEY P., *Will Copyright Stifle Hollywood*, N.Y. TIMES, Oct. 5, 2011, at A27, disponible sur http://www.nytimes.com/2011/10/05/opinion/keep-works-in-the-public-domain-public.html

DESROCHERS R., *The song Happy Birthday to You is protected by copyright*, Street Directory, http://bit.ly/1AAm1WN

DIETZ A., *Le problème de la durée adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la règlementation des contrats d'auteur*, Mélanges A. Françon, Dalloz 1995, p. 110

DIETZ A., *A propos de l'harmonisation des législations nationales dans les pays de la CEE*, RIDA juillet 1983, n° 117, p. 49

DIETZ A., *Mutation du droit d'auteur : changement de paradigme en matière de droit d'auteur ?*, RIDA 1988, n° 138, p. 23

DIXON J. L., *The copyright term extension act : is life plus seventy too much ?*, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J., 945, 1995-1996

DRONE E. S., *Is copyright perpetual? An examination of the origin and nature of literary property*, 10 Am. L. Rev., 16, 1875

DUPUIT J., *Du principe de la propriété*, Journal des économistes, t. XXX, n°1, janv. 1861, et n° 14, avril 1861

DURRANDE S., *Brèves observations sur les prorogations de guerre après la loi du 27 mars 1997*, D. 1998, chron.p. 417

DURRANDE S., *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale*, D. 1984, Chron. p. 187

DUSOLLIER S., *Les artistes-interprètes pris en otage !*, Auteurs & Média, 2008/5

DUSSOLIER S., *Pour un régime positif du domaine public*, janv. 2015, disponible sur http://romainelubrique.org/pour-regime-positif-domaine-public-severine-dusollier

EDELMAN B., *Le personnage et son double*, D. 1980, chron. P. 225 ;

EDELMAN B., *Une première décision de la CJCE sur l'interprétation de la directive relative à l'harmonisation de la durée de protection des droits d'auteur et droits voisins*, Recueil Dalloz 2000, p.277

EDELMAN B., *Les bases de données ou le triomphe des droits voisins*, D. 2000, chron. p. 89

ULMER E., *Copyright protection of scientific works with special reference to computer programs*, 2 IIC 56 [1971], traduction française, RIDA oct. 1972, no 74, p. 47

ÉMILE-ZOLA-PLACE E., *L'allongement de la durée de certains droits voisins : question d'équilibre*, Légipresse 2011, n° 289, p. 693

EPSTEIN R. A., *The dubious constitutionality of the Copyright Term Extension Act*, 36 LOY. L.A. L. Rev., 2002

EPSTEIN R. A., *Intellectual property: old boundaries and new frontiers*, 76 Ind. L.J. 803, 825, 2001

EPSTEIN R. A., *Liberty versus Property? Cracks in the Foundations of Copyright Law*, 42 San Diego L. Rev. 1, 26, 2005

EPSTEIN R. A., *The dubious constitutionality of the copyright term extension act*, 36 LOY. L.A. L. REV. 123, 2002

ESCARRA J., *Le projet de loi sur la propriété littéraire et artistique*, RIDA, oct. 1954, p. 53,

ESKENAZI B. E. et MANSING W., *Mouse House: Trademark Law May Protect Characters With Expired Copyrights*, L.A. Daily Journal, March 19, 2001, p. 7

FANEN S., *Lescure de rattrapage : domaine public et taxe Google*, Journal Libération, 12 oct. 2012, disponible sur http://www.liberation.fr/ecrans/2012/10/12/lescure-de-rattrapage-domaine-public-et-taxe-google_948986,

FRANÇON A., *Directive du Conseil CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, RTD Com., 1991, p. 386

FRAZIER B. W., *Optimizing copyright duration for the digital age*, 15 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 209, 2011-2012

FUJIWARA M., *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, PUF Revue d'histoire littéraire de la France, 2005/1 – vol.105, p. 79 à 94

GALBRAITH C. D., *A Panoptic Approach to Information Policy: Using a More Balanced Theory of Property to Ensure the Existence of a Prodigious Public Domain*, 15 J. Intell. Prop. L. 1, 25-27, 2007

GALVEZ-BEHAR G., *Si loin, si proches. Inventeurs et auteurs au regard de la propriété intellectuelle dans la France du XIXème siècle*, publié dans Les Mythes de la science : inventeurs et invention. Colloque organisé par la MSH-Nord-Pas-de-Calais, France, 2005, p. 6

GAUDRAT P., *La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données*, RTD com. 1998. 598

GEIGER C., *Vers une propriété intellectuelle éternelle? La contestable extension de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, Recueil Dalloz 2008

GEIGER C., VIVANT M. et PASSA J., *La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins. - Une remise en cause injustifiée du domaine public*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 28 Janvier 2009, act. 46,

GEIST M., *TPP Copyright extension would keep some of Canada's top authors out of public domain for decades*, Michael Geist's blog, jan. 9, 2012, http://www.michaelgeist.ca/2012/01/tpp-impact-on-canada/,

GERHARDT D. R., *Copyright publication: an empirical study*, 87 Notre Dame L. Rev., 135, 2011-2012

GIBSON J., *Once and future copyright*, 81 Notre Dame L. Rev. 167, 172, 2005

GIFFORD C. N., *The Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, 30 U. Mem. L. Rev., 363, 383, 2000

GINSBURG J. C., *The U.S. Experience with Mandatory Copyright Formalities: A Love/Hate Relationship*, 33 Colum. J.L. & Arts, 311, 2009-2010

GINSBURG J., *A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America*, 64 Tul. L. Rev. 991, 1989-1990

GINSBURG J., *Copyright legislation for the « Digital Millennium »*, 23 Colum.- VLA J. L. & Arts, 137, 1999-2000

GINSBURG J., *Four Reasons and a Paradox : the Manifest Superiority of Copyright over Sui Generis Protection of Computer Software*, Columbia Law Review 1994, vol. 94, p. 2559-2572

GINSBURG J., *Proto-property in literary and artistic works: sixteenth century papal printing privileges*, Columbia journal of law & the arts, 2013

GIOVANETTI T., *"You didn't build that" comes to copyright*, IPI ROUNDTABLE, Feb. 15, 2014

GOLDBERG M. D., *Promoting the progress of science and useful arts : a commentary on the copyright office report on general revision of the United States*, 47 Cornell L. Q. 549, 1961-1962

GOMEZ-AROSTEGUI H. T., *Copyright at Common Law in 1774*, 47 Conn. L. Rev., 1, 2014

GORDON S. E., *The Very Idea ! Why Copyright Law is an Inappropriate Way to Protect Computer Programs*, European Intellectual Property Review 1998, p. 10-13

GREEN S., *Copyrighting Facts*, 78 Ind. L.J. 919, 925, 2003

GUINAN J., *Duration of copyright*, Copyright Office study N° 30, 1957, réimprimé dans Studies on copyright 473, Copyright Soc'y of U.S.A. ed., 1963

GUINAN Jr. J. J., *Study No. 30 Duration of Copyright*, January 1957, 2 Georges S. Grossman Omnibus Copyright Revision History, 53, 2001

GUITON A., *Non, le Louvre ne devrait pas vous interdire de photographier les Vermeer, Libération*, 27 février 2017, disponible sur http://www.liberation.fr/futurs/2017/02/27/non-le-louvre-ne-devrait-pas-vous-interdire-de-photographier-les-vermeer_1551391 ;

H. DESBOIS H., FRANÇON A. et KEREVER A., *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz 1976, n° 313

HAMILTON M. A., *Copyright duration extension and the dark heart of copyright*, 14 Cardozo Arts & Ent. L.J., 655, 1996

HART T., *Copyright Principles Project: Increasing the US Copyright Office's Role*, Copyhype, Nov. 1, 2010, disponible sur http://bit.ly/16zxP2o

HEALD P. J., *Does the song remain the same? an empirical study of bestselling musical compositions (1913-32) and their use in cinema (1968-2007)*, 60 Case. W. Res. L. Rev. 1, 2009,

HEALD P. J., *How copyright keeps works disappeared*, 2013, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290181

HEALD P. J., *How copyright makes books and music disappear (and how secondary liability rules help resurrect old songs)*, 2013

HEALD P. J., *Property rights and the efficient exploitation of copyrighted works: an empirical analysis of public domain and copyrighted fiction bestsellers*, 92 Minn. L. Rev. 1031, p. 1046-50, 2008

HEALD P. J., *Property rights and the efficient exploitation of copyrighted works: an empirical analysis of public domain and copyrighted fiction bestsellers*, 92 Minn. L. Rev., 1031, 2008

HELBERGER N., DUFFT N., VAN GOMPEL S. et HUGENHOLTZ B., *Never forever: why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea*, European Intellectual Property Review, 2008/5, p. 181

HELLER M. A., *The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets*, Harv. L. R., vol. 111, n° 3, janvier 1998, pp. 621-688

HIRTLE P. B., *When is 1923 Going to arrive and other complications of the U.S. public domain*, Info Today, Sept. 2012, http://bit.ly/OQtVJD

HUET J., *L'Europe des logiciels : le principe de la protection par le droit d'auteur*, Recueil Dalloz 1992, p. 221

HUGHES J., *'Recoding' intellectual property and overlooked audience interests*, 77 Tex. L. Rev. 923, 926, 1999

HUILLIER J., *Le parasitisme parasite-il la propriété intellectuelle?*, Gaz. Pal. 2001, 2, Doct. p. 1630

JASZI P. A., *Goodbye to all that - a reluctant and perhaps premature adieu to a constitutionally grounded discourse of public interest in copyright law*, 29 Vand. J. Transnat'L L. 595, 610, 1996

JASZI P., *Copyright Term Extansion Act of 1995*, Hearings on S. 483 Before The Senate Judiciary Committee, 104th Cong., 1st Sess. 14, 1997

JOYCE C., *A curious chapter in the history of judicature : Wheaton v. Peters and the rest of the story (of copyright in the new republic)*, Houston Law Review, Public Law and Legal Theory Series 2005-A-10, 2005, p. 368

KAHN A-E., *Directive 2011/77/UE : tout pour la musique !*, Juris, art etc, Dalloz Juris éditions, juin 2012, p.18

KALTENBACH L. et LE GUAY O., *La culture nous sortira de la crise !*, disponible sur http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/12/03/la-culture-nous-sortira-de-la-crise_1799055_3232.html

KAMINA P., *Author's right as property : old and new theories*, 48 J. Copyright Soc'y U.S.A. 383, 2000-2001, p. 403

KAMINA P., *Autorship of films and the Term directive*, 8 EIPR 319, 1994

KAMINA P., *Un droit d'auteur pour 115 ans post-mortem?*, Prop. Ind. N°1, avr. 2002, com. 9

KAMINSTEIN A., *Copyright Law Revision: Hearings on S. 1006 before the Subcomm. on Patents, Trademarks and Copyrights of the Senate Comm. on the Judiciary, 89th Cong., 1st Sess. 1*, 1965

KAPLAN B., *Publication in Copyright Law: The Question of Phonograph Records*, 103 U. Pa. L. Rev. 469, 1955, p. 488-489

KARJALA D. S., *Harry Potter, Tanya Grotter, and the copyright derivative work*, 38 Ariz. St. L. J. 17, 37, 2006

KARJALA D. S., *Judicial review of copyright term extension legislation*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 199, 2002-2003

KARJALA D. S., *Statement of copyright and intellectual property law professors in opposition to H.R. 604, H.R. 2589, and S. 505, The Copyright Term Extension Act, Submitted to the Joint Committees of the Judiciary*, 1998

KARJALA D., *Copyright Term, Film Labeling and Film Preservation Legislation: The copyright term extension act*, Hearings on H.R. 989 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the House Comm. on the Judiciary, 104th Cong., 1st Sess., 1995

KATZ A. S., *The 1976 Copyright Revision Act and author's rights : a negative overview*, 4 Pepp. L. Rev. 171, 1976-1977, p. 176

KÉRÉVER A., *Révolution française et droit d'auteur*, Revue Internationale de Droit d'Auteur, n° 141, 1989

KÉVÉRER A., *Le droit d'auteur est-il anachronique?*, Dr. auteur 1983, p. 368

KHANNA D., *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms, commlaw conspectus*, 52, 2014, disponible sur http://scholarship.law.edu/commlaw/vol23/iss1/4, p. 93-96

KHANNA D., *Guarding against abuse : the costs of excessively long copyright terms*, Commonlaw conspectus, vol. 23, 2014, p. 64

KHANNA D., *R Street Policy Study No. 20: Guarding Against Abuse: Restoring Constitutional Copyright*, R STREET 1, 2014, disponible sur http://www.rstreet.org/wp-content/uploads/2014/04/RSTREET20.pdf

KHANNA D., *RSC Policy Brief: three myths about copyright law and where to start to fix It*, Republican study comm. 8, Nov. 16, 2012, http://bit.ly/1v8o7tj

KOZINSKI A., *Mickey & Me*, 11 U. Miami Ent. & Sports L. REV. 465, 469, 1994 ;

KRASSER R., *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE*, t. 4, France, Dalloz, 1972, n° 342 s. ;

KU R. S. R., *The creative destruction of copyright : Napster and the new economics of digital technology*, 2001, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=266964, p. 1

KU R., *Does Copyright Law Promote Creativity? An Empirical Analysis of Copyright's Bounty*, 62 Vand. L. Rev. 1669, 2009,

KWALL R. R., *The author as steward "for limited times"*, 88 B.U. L. Rev. 685, 697-700, 2008

LANCRENON T., *Impression, soleil couchant… pour les prorogations de guerre*, Comm. comm. électr. N° 7-8, Juillet 2007, étude 17

LANDES W. et POSNER R., *An economic analysis of copyright law*, Journal of Legal Studies, 325-363, 1989

LANDES W. et POSNER R., *Indefinitely renewable copyright*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 2003

LANGE D., *Recognizing the Public Domain, Law and Contemporary problems*, 44 Law and Contemporary Problems ,147-178, 1981

LANGE D., *Reimagining the public domain*, 66 Law & Contemp. Probs., 463, 2006

LATIL A., *Le domaine public payant*, Revue internationale du droit d'auteur, n°242, 2014, p. 33

LATOURNERIE A., *Droit d'auteur, droits publics : une approche historique*, L'Economie politique, 2004/2, N° 22, p. 21-22

LATOURNERIE A., *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes, 2001/2, n°5, note n° 33 de l'auteur disponible sur http://severino.free.fr/archives/copieslocales/petitehistoiredesbataillesdudroitdauteur.html

LE STANC C., *Sacrilèges ?*, Propriété industrielle n°3, mars 2007, repère 3

Le TOURNEAU Ph., *D'utiles mises au point sur le parasitisme*, Recueil Dalloz, 2001, p.1939

LE TOURNEAU Ph., *Le bon vent du parasitisme*, Contrats Conc. Consom. 2001, Chron. n° 1;

LE TOURNEAU Ph., *Peut-on entonner le requiem du parasitisme?*, Recueil Dalloz, 2001, p.1226

LE TOURNEAU Ph., *Retour sur le parasitisme*, Recueil Dalloz, 2000, p.403

LEGEAIS R., *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, Revue Internationale de droit comparé, Vol. 42 N° 2, Avril-juin 1990, Etudes de droit contemporain, p. 678

LEONARD C., *Copyright, moral rights and the first amendment: the problem of integrity and compulsory speech*, 35 Colum. J. L. & Arts 293, 2011-2012, p. 295

LEVINE A., *The end of formalities: no more second-class copyright owners*, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 553, 556-57, 1995

LIEBOWITZ S. J. et MARGOLIS S., *Seventeen famous economists weigh in on copyright: the role of theory, empirics, and network effects*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 18 No. 2, Spring 2005, 435-457, disponible sur http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v18/18HarvJLTech435.pdf

LIEBOWITZ S. J. et WATT R., *How to best ensure remuneration for creators in the market for music? Copyright and its alternatives*, Journal of economic surveys, Vol. 20, No. 4, p. 518

LIMA C., *Trump calls trade deal 'a rape of our country'*, Politico.com, 28 juin 2016.

LIMPERG T., *Duration of copyright protection*, Revue Internationale de Droit d'Auteur, 1980

LITMAN J. D., *Copyright, compromise, and legislative history*, Cornell L. Rev. 72, 857, 1987, p. 865

LITMAN J. D., SAMUELSON P. and others ("CPP members"), *The copyright principles project: directions for reform*, Berkeley Tech. L. J. 25, no. 3, 2010, p. 1189

LITMAN J., *Mickey Mouse Emeritus: Character Protection and the Public Domain*, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev., Spring 1994, p. 429 et 435,

LITMAN J., *Real Copyright Reform*, 96 Iowa L. Rev. 1, 2010-2011

LIU J. P., *Copyright and time*, Boston College Law School, Research paper n° 02, 2002, disponible sur http://ssrn.com/abstract=305374

LUNNEY Jr. G. S., *Copyright mercantilist turn*, 42 Fla. St. U. L. Rev., 95, 2014-2015

BOUTET M., commentaire dans la Revue Internationale de Droit d'Auteur, vol. XIX, p. 121

MACAULAY T. B., *Thomas Babington Macaulay's First Speech to the House of Commons on Copyright*, The public domain, disponible sur http://www.thepublicdomain.org/2014/07/24/macaulay-on-copyright/

MACK E., *De la durée du droit d'auteur*, disponible sur gallica.bnf.fr/ Bibliothèque nationale de France, 1893, p. 15-16

MACKAAY E., *Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, Cirano, 2011, disponible sur http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf

MADISON J., *The Federalist*, N°43, 1976

MADISON M. J., FRISCHMANN B. M. et STRANDBURG K. J., *Constructing Commons in the Cultural Environment*, 95 Cornell L. Rev. 2010, p. 657

MAI-DUC CH., *All the 'Happy Birthday'song copyright claims are invalid, federal judge rules*, Los Angeles Times, 22 sept. 2015

MAIER P.-A., *L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, Rev. Mar. Un. Eur., 1994, n° 2, p. 49 à 81

MANDEL S. et BINCTIN N., *Les créations prétoriennes de la Cour de cassation en droit de la propriété intellectuelle*, Comm. Comm. électr. n° 2, Février 2015, étude 4

MARTIN H-J., *L'édition parisienne au XVIIème siècle : quelques aspects économiques*, Annales. Economies, Sociétés, Civilisations. 7ème année, N.3, 1952, p 315

MEHRA S. K., *Review of 'The economic structure of intellectual property law' by William Landes and Richard A. Posner (Harvard: 2003)*, 77 Temp. L. Rev. 957, 2004

MEURIS F., *Est-il nécessaire de protéger le domaine public ?*, Communication commerce électronique n° 12, Déc. 2013, alerte 77

MILLER A. R., *Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU ?*, Harvard Law Review 1993, vol. 106, p. 977 ;

MILLER A. R., *Copyright term extension: boon for American creators and the American economy*, 45 J. Copyright Soc'y U.S.A., 319, 1997-1998, p. 320

MILLER A., *The constitutionality of copyright term extension: how long is too long?*, 18 Cardozo Arts & Ent. L. J. 651, 2000, p. 693

MOLLER M., *À propos du Livre vert*, RIDA 1989, n° 141, p. 23

MORILLOT A., *De la nature du droit d'auteur, considéré d'un point de vue général*, Rev. crit. législ. et jurispr. 1878, p. 124 et 126, disponible sur Primary Sources on Copyright (1450-1900): éd. L. Bently & Kretschmer, www.copyrighthistory.com

MORILLOT A., *De la nature du droit d'auteur, publié dans De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels, et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, A. Cotillon et Cie, 1878, p. 112-113

MOURON P., *La nature juridique des 'PIEDS NICKELES', Pluralité d'auteurs et pluralité de qualifications*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel n° 38, p. 69

MOURON P., *Le rétablissement du copyright sur des œuvres tombées dans le domaine public (commentaire de l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis Golan vs Holder, 18 janvier 2012, n° 10-545)*, Communication Commerce Electronique n°12, Décembre 2012, étude 21, 2

MOURON P., *Le rétablissement du copyright sur des œuvres tombées dans le domaine public (commentaire de l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis Golan vs Holder, 18 janvier 2012, n° 10-545)*, Communication Commerce Electronique n°12, Décembre 2012, étude 21, 2

MOUSSERON J-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, Mélanges A. Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 289

MOYSE P-E., *La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?*, 43 McGill Law Journal 507, 1998

NATHANIELSZ A. M., *Copyrights: abandonment by publication*, 39 Dicta 236, 1962, p. 239

NETANEL N. W., *Copyright and a democratic civil society*, 106 Yale L.J., 283, 1996

NIMMER D., *The impact of Berne on United States copyright law*, 8 Cardozo Arts & Ent. L. J. 27, 1989-1990, p. 29

NIMMER M. B., *Copyright publication*, 56 Colum. L. Rev. 185, 1956

NIMMER M., *Does copyright abridge the first Amendment guaranties of free speech and the press?*, 17 UCLA L. Rev. p.1195

NOUAL P., *Le domaine public à l'épreuve des revendications abusives*, Juris art etc. 2014, n°18, p. 38

OCHOA T., *Origin and Meanings of the Public Domain*, Dayton L. Rev., 2002, vol. 28, p. 215

OSTROM E. et HESS C., *Understanding Knowledge as a Commons*, Boston : The Massachusetts Institute of Technology Press, 2007

PACKARD A., *Copyright term extensions, the public domain and intertextuality intertwined*, 10 J. Intell. Prop. L. 1, 2002-2003

PASSA J., *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, Recueil Dalloz, 2000, p. 297

PATRY W. F., *The copyright term extension act of 1995 : or how publishers managed to steal the bread from authors*, 14 Cardozo Arts & Ent. L. J., 661, 1996

PATTERSON L. R., *The Statute of Anne: copyright misconstrued*, 3 Harvard Journal of Legislation, 1965-1966

PAULLAUD-DULIAN F., *La durée du droit d'auteur*, RIDA 1998, n°176

PERLMUTTER S., *Participation in the international copyright system as a means to promote the progress of science and useful arts*, 36 Loy. L. A. L. Rev. 323, Fall 2002

PFISTER L., *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, Revue d'histoire du Droit, Vol. 72, Issue 1, 2004, p. 120

PFISTER L., *Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique*, BBF, Paris, t. 51 n° 5, 2006, p. 10 note n° 27

PIERRAT E., *Le droit des images des collections de musées et de bibliothèques*, disponible sur http://www.livreshebdo.fr/article/le-droit-des-images-des-collections-de-musees-et-de-bibliotheques et concernant la question des œuvres appartenant au domaine

public détenues par des bibliothèques ou musées (notamment l'arrêt du Conseil d'Etat N° 378879 du 23 déc. 2016), arrêt disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033684999&fastReqId=1085552513&fastPos=2

PIRIOU F-M., *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle*, Diogène, 2001/4, N° 196, p. 126 et 133

PLAISANT M., *Bienvenue à la loi*, RIDA, avril 1958, n° XIX, p. 9

PNG I. P. L. et WANG Q-H., *Copyright duration and the supply of creative work : evidence from the movies*, 2006, disponible sur http://levine.sscnet.ucla.edu/archive/refs4321307000000000478.pdf, pp. 14-15

PNG I. P. L., *Copyright : a plea for empirical research, Review of economic research on copyright issues*, 2006, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144312, p. 11

POLLAUD-DULIAN F., *Abus de droit et droit moral*, Recueil Dalloz, 1993, p. 97

POLLAUD-DULIAN F., *Balzac et la propriété littéraire*, L'année Balzacienne, 2003/1, n° 4, p. 203

POLLAUD-DULIAN F., Bases de données. Critères de protection. Droit d'auteur. Originalité. Durée de protection du droit sui generis. Investissement substantiel, CA Paris, 4e ch. A, 28 févr. 2007, INSEAD et IAA c/ Alinéa, RTD com. 2007, p. 351,

POLLAUD-DULIAN F., *Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données*, Dalloz Affaires 1996, p. 539 ; Droit de la propriété industrielle, préc., n° 51 ;

POLLAUD-DULIAN F., *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD com. 1997, p. 349

POLLAUD-DULIAN F., *Directive n° 2011/77 du parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 « modifiant la directive n° 2006/116 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins »*, RTD com. 2011. 736

POLLAUD-DULIAN F., *Durée. Allongement de la durée. Œuvre jamais protégée dans un État. Naissance du droit*, RTD com. 2009, p. 719

POLLAUD-DULIAN F., *Durée. Prorogations de guerre*, RTD com. 2009, p. 717

POLLAUD-DULIAN F., *La durée du droit d'auteur*, RIDA, avril 1998, n° 176, p. 83

POLLAUD-DULIAN F., *Propriété intellectuelle, le droit d'auteur*, 2ème édition, Economica, oct. 2014, p. 44

POLLOCK R., *Forever minus a day ? Some theory and empirics of optimal copyright*, Cambridge university, 2007, p. 3

POLLOCK R., *Forever minus a day? Calculating optimal copyright term 2*, Univ. of Cambridge ed., 2009, disponible sur http://rufuspollock.org/papers/optimal__term.pdf

POLLOCK R., *Optimal copyright over time : technological change and the stock of works*, Review of economic research on copyright issues, 2007, vol. 4(2), 51-64, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1144288

POSNER R. A., *How long should a copyright last ?*, 50 J. Copyright Soc'y U.S.A., 1, 2002-2003

POSNER R. A., *Intellectual property : the law and economic approach*, Journal of economic perspectives, Vol. 19, n° 2, pp. 57-73, 2005

POSNER R., Do patent and copyright law restrict competition and creativity excessively?, blog de Becker et Posner, 2012, disponible sur http://bit.ly/1z3o6s5

PROUDHON P-J., *Le combat du droit d'auteur*, Les impressions nouvelles, 2001, p. 139

QUERZOLA G., *Retour sur la directive n° 2011/77/UE étendant la durée de protection de certains droits voisins du droit d'auteur et les difficultés qu'elle suscite(ra)*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, janvier 2013, n°89, p. 96

PATTERSON L. R. et JOYCE C., *Copyright in 1791 : An Essay*, 52 Emory L.J., 909, 2003

PATTERSON L. R., *Copyright and "the exclusive right" of authors*, 1 J. Intell. Prop. L. 1 1993-1994

REESE R. A., *Reflections on the intellectual commons: two perspectives on copyright duration and reversion*, 47 Stan. L. Rev. 707, 1995

RICHTER L., *Reproductive freedom: stricking a fair balance between copyright and other intellectual property protections in cartoon characters*, 21 St. Thomas L. Rev. 441,451, 2009

RICKETSON S., *The copyright term*, 23 Int. Rev. Ind. Prop. And Cop. L. (IIC), 753-785, 1992

RINGER B., *First thoughts on the Copyright Act of 1976*, 22 N.Y.L. Scn. L. Rev. 477, 1977, p. 479

RINGER B., *Renewal of copyright, Copyright Office study N° 31*, 1960, réimprimé dans 1 Studies on copyright, Copyright Soc'y of U.S.A. ed., 1963, 503

RISTICH DE GROOTE M., *Les personnages des œuvres de l'esprit*, RIDA 1986, n° 130, p. 19

ROGARD P., *Propriété interdite*, 15 sept. 2015, disponible sur http://www.rogard.blog.sacd.fr/2015/09/propriete-interdite/

ROSE M., *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship*, Representations, No. 23. (Summer, 1988), pp. 51-85

ROSEN D., *Artists' moral rights: a European evolution, an American revolution*, 2 Cardozo Arts & Ent. L.J. 155, 1983, p. 171-172

ROSEN D., *Artists' moral rights: a European evolution, an American revolution*, 2 Cardozo Arts & Ent. L.J. 155, 1983, p. 172

ROSEN R., *The Missing 20th Century: How Copyright Protection Makes Books Vanish*, THE ATLANTIC (Mar. 30, 2012), http://theatln.tc/1zcC0Nz,

ROTH E., *La musique, son exécution et les droits voisins*, RIDA 1960, n° IXXX, p. 45

RUDD B. W., *Notable dates in American Copyright 1783-1969*, Quaterly Journal of the Library of Congress, April 1979, p.137

SAG M. J., *Beyond abstraction: the law and economics of copyright scope and doctrinal efficiency*, 81 Tul. L. Rev., 187, 2006-2007, p. 194

SAGOT-DUVAUROUX D., *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'économie politique, 2004/2, n°22, p. 40

SAMUELSON P. et autres, *The copyright principles project: directions for reform*, 25 Berkeley Tech. L.J., p. 1175, 2010

SAMUELSON P., *Book review: is copyright reform possible?*, 126 Harv. L. Rev., 740, 2012-2013, p. 749

SAMUELSON P., DAVIS R., KAPOR M. D. et REICHMAN J. H., *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, Columbia Law Review, 1994, vol. 94, p. 2308-2431 ;

SAMUELSON P., *Enriching discourse on public domains*, 55 Duke L.J. 783, 2006 ;

SAMUELSON P., *Leary lecture, preliminary thoughts on copyright reform*, 2007 UTAH L. REV. 551;

SAMUELSON P., *The public domain: mapping the digital public domain: threats and opportunities*, 66 Law & Contemp. Probs., 147, 2003,

SAPIRO G. et GOBILLE B., *Propriétaires ou travailleurs intellectuels*, Revue Le Mouvement Social, 2006, n° 214, p. 117

SAPORTA M., *Les droits dits "connexes" au droit d'auteur*, RID comp. 1952, n° 1, p. 42

SCARAMOZZINO E., *Nécessité d'un consentement exprès préalable de l'auteur pour l'exercice de ses droits exclusifs*, Revue Juris, art, etc, Juriséditions, Dalloz, janvier 2017, p. 6

SCHERER F. M., *The emergence of musical copyright in Europe from 1709 to 1850*, 5 Rev. Econ. Res. on copyright issue 3, 2008, p. 11

SCHRICKER G., FRANCQ B. et WUNDERLICH D., *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE*, t. 2, Belgique et Luxembourg, Dalloz, 1974, n° 340 s.

SCHWARTZ E. J., *Golan v. Holder : copyright « restoration »*, Landscape, Vol. 4, N°5, May/June 2012

SCHWARTZ M., *Copyright Protection is 'Not on the Menu'*, Lotus Development Corp. V. Borland International, Inc., European Intellectual Property Review 1995, p. 337-339,

SHALTON L. J., *Copyright -the law of publication*, 35 U. Mo. Kan. City L. Rev. 158 1967

SILVERBERG H-T., *Droit des artistes selon la loi des États-Unis d'Amérique*, Rev. UER, n° 58 b, 1958

SIRINELLI P., *Le droit d'auteur à l'aube du 3ème millénaire*, La semaine juridique édition générale n°1, 5 janv. 2000, I 194, p. 1

SIRINELLI P., *Le droit moral au 21ème siècle, le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante*, Congrès ALAI, Bruxelles, juill. 2014, p. 10

SLAVITT K., *The copyright term extension act : we may know the words, but can we find the harmony ?*, 11 Mich. St. U. Det. C. L. J. Int'l L. 457, 2002

SOLOMON J., *Rhapsody in Green*, Boston Globe, Jan. 3, 1999, E2

SOLUM L. B., *Congress's power to promote the progress of science: Eldred v. Ashcroft*, 36 Loy. L.A. L. Rev. 1, 77, 2002,

SPOONER L., *The law of intellectual property*, Boston, B. Marsh 1855, p. 212,

SPRIGMAN C., *Reform (aliz)ing Copyright*, 57 STAN. L. REV 485, 519-28, 2004

STERN R. H., *Is the Centre Beginning to Hold in US Software Copyright Law?*, European Intellectual Property Review 1993, p. 39-41

STOJANOVIC M., *Durée de la protection du droit d'auteur : situation et tendances actuelles*, Revue Internationale de Droit d'Auteur, 1984

STREITFELD D., *Amazon signs up authors, writing publishers out of deal*, The New York Times, 17 octobre 2011, disponible sur http://www.nytimes.com/2011/10/17/technology/amazon-rewrites-the-rules-of-book-publishing.html

TAFFOREAU P., *Un an de droits voisins*, Comm. comm. électr. N°10, octobre 2012, chron. 9

TAYLOR T., *Absurdities of Copyright Protection, Conversable Economist, Conversable Economist*, 2014, disponible sur http://conversableeconomist.blogspot.com/2014/05/absurdities-of-copyright

TOWSE R., *Copyright and creativity : an application of cultural economics*, Review of economic research on copyright issues, 2006, vol. 3(2), 83-91, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1144327, p. 86

VALENTI J., *A Plea For Keeping Alive the U.S. Film Industry's Competitive Energy*, Hearings on S. 483 Before the S. Judiciary Comm., 104th Cong. 1, 1995, disponible sur http://www.peteryu.com/inttrade/valenti.pdf

VAN CAENEGEM W., *The public domain: Scientia Nullius?*, E.I.P.R., 2002, p. 324

VIVANT M., *An 2000 : l'information appropriée*, Mélanges Burst, Litec, 1997, p. 660

VIVANT M., *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, Mélanges Mouly, Litec, 1998, p. 446

W. LANGVARDT A. et LANGVARDT K. T., *Unwise or unconstitutional?: the copyright term extension act, the Eldred decision, and the freezing of the public domain for private benefit*, 5 Minn. Intell. Prop. Rev. I, 2003-2004

WAGNER R. P., *Information wants to be free: intellectual property and the mythologies of control*, 103 Colum. L. Rev. 995, 2003

WALTERSCHEID E. C., *Defining the Patent and Copyright Term: Term Limits and the Intellectual Property Clause*, 7 J. Intell. Prop. L., 315- 383, 2000

WALTERSHEID E. C., *The remarkable - and irrational - disparity between the patent term and the copyright term*, 83 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 233, 2001;

WARUSFEL B., *La protection des bases de données en question: un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne*, Propr. intell. 2004, p. 896-906

WATT R., *The past and future of the economics of copyright*, Review of economic research on copyright issues, 2004, vol. 1(1), 151-171, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1143022

WHICHER J. F., *The ghost of Donaldson v. Beckett*, Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A. 9, 1961-1962

WATT R., *The past and future of the economics of copyright*, Review of economic research on copyright issues, 2004, vol. 1(1), 151-171, disponible sur http://ssrn.com/abstract=1143022

WHICHER J. F., *The ghost of Donaldson v. Beckett*, Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A. 9, 1961-1962

WOODMANSEE M., *The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the « Author »*, Faculty Publications. 901, 1984

XIJIN TANG, *Copyright and cultural capital*, 66 Rutgers L. Rev., 425, 2013-2014

YEN A. C., *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, 51 Ohio St. L.J. 517 1990, p. 528

YOON K., *The optimal level of copyright protection*, Information Economics and Policy, 14, 327-348, 2002, p. 328

YOUNG R. E., *The copyright term*, 7 Copyright L. Symp. 139, 1954

IV. Notes, observations, conclusions et commentaires de jurisprudence

ALLAEYS P., note sous CA Paris, 19 déc. 2008: Légipresse 2009. III. 29

ALLEAUME Ch., obs. sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47 : Légipresse 2007. II. 185

BARBIERI J.-J., note sous CA Toulouse, 19 oct. 1988 : D. 1989, Jur. p. 290

BAUDEL J.-M., note sous *Apple Computer v. Franklin Computer*, F. Supp. 812, 215 USPQ 935, ED Pa. 1982, en appel 219 USPQ 113, 714 F 2d 1240, Ca 3rd Cir. 1983, RIDA 1984

BÉNABOU V.-L., obs. sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47 : RIDA. janv. 2008, p. 197

BERTRAND, note sous CA Paris, 13e ch., 20 févr. 1985, *Mme Tel et Jeutel c/ Data East Corp.*, Gaz. Pal. 26 mai 1985

BINCTIN N., obs. sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47 : LPA 19 juill. 2007

BONNEAU J.-R., note sous CA Paris, 13e ch., 20 févr. 1985, *Mme Tel et Jeutel c/ Data East Corp.*, Gaz. Pal. 26 mai 1985

BONNEAU J.-R., note sous CA Paris, 4e ch., 2 nov. 1982, *Babolat c/ Pachot*, Exp. 1982, no 46, p. 243; Gaz. Pal. 1983, 1, 117

BONNEAU J.-R., note sous T. com. Paris, 18 nov. 1980, *Babolat c/ Pachot*, Exp. 1982, no 39, p. 72

BONNEAU J.-R., note sous TGI Paris, 1re ch., 21 sept. 1983, *Apple c/ Segimex*, Exp. 1983, no 56, p. 257; Gaz. Pal. 1984, 1, 51; RIDA 1984, no 120, p. 156

BONNEAU J.-R., note sous TGI Paris, 3e ch., 27 juin 1984: Gaz. Pal. 1985, 1, p. 66,

BONNEAU J-R., TGI Évry, 11 juill. 1985: Gaz. Pal. 1985, 2, p. 700

CABANNES J., concl. sous Cass. ass. plén., 30 oct. 1987, n° 86-11.918 : JurisData n° 1987-001712 D. 1988, p. 21

CARON C., note sous CA Paris, 19 déc. 2008: CCE 2009, no 22

CARON C., note sous CA Paris, 19 déc. 2008: JCP 2009. II, no 10038

CARON Ch., Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47; CCE 2007, no 34

CHAVANNE A. note sous Com. 27 oct. 1970, no 69-11.563, B. c/ M., Bull. civ. IV, no 283; JCP 1971, II, 16669

CHOISY S., note sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47; D. 2007. 920

CHOISY S., obs. sous Civ. 1re, 27 févr. 2007 [2 arrêts], *Monet et Boldini*, Bull. civ. I, n° 86 et 87 : Légipresse juin 2007. III. 117, obs. S. Choisy

COLOMBET C., obs. sous CA Paris, 14 févr. 1980 *la Panthère rose*, D. 1981, inf. rap. p. 86

COLOMBET C., obs. sous CA Paris, 4e ch., 14 févr. 1980, D. 1981. somm. 86

COLOMBET C., obs. sous CA Versailles, 1re ch., 5 mars 1984 : D. 1986, inf. rap. p. 187

COLOMBET C., obs. sous CA Versailles, 5 mars 1984 : D. 1986, inf. rap. p. 187, D. 1986, somm. 187

COLOMBET C., obs. sous Cass. 1re civ., 5 nov. 1980: Bull. civ. 1980, I, n° 285 : D. 1981, inf. rap. p. 83

COLOMBET C., obs. sous TGI Paris, 3e ch., 31 oct. 1984, PIBD 1985, III, 83 : D. 1985. IR 316,

DALEAU J., obs. sous Civ. 1re, 27 févr. 2007 [2 arrêts], *Monet et Boldini*, Bull. civ. I, n° 86 et 87 : D. 2007. AJ. 806

DALEAU J., obs. sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47 : D. 2007. AJ 497

DESBOIS H., note sous CA Paris, 22 mars 1978: D. 1979, p. 99

DESBOIS H., note sous TGI Paris, 3 janv. 1978, *E. Rice Burroughs c/ Picha*, D. 1979. jur. 99

DESBOIS H., obs. Cass. 1ère civ., 15 mars 1977 : RTD Com., 1977, p. 501

DESBOIS H., obs. sous CA Paris, 13 févr. 1957; RTD com. 1957, p. 653

DESBOIS H., obs. sous CA Paris, 24 déc. 1940 : Ann. propr. ind. 1940-1948, p. 393 ; JCP G 1941, II, 1649

DESBOIS H., obs. sous T. civ. Seine, 19 déc. 1953: RTD com. 1954, p. 637, obs. H. Desbois

DESBOIS H., obs. sous T. civ. Seine, 4 janv. 1956 : Ann. trib. 1959, p. 71 ; RTD com. 1956, p. 275

EDELMAN B., note sous Ass. plén. 7 mars 1986, no 83-10.477, *Babolat c/ Pachot*, Bull. Ass. plén., no 3 : D 1986, jur. 405

EDELMAN B., note sous Cass., ass. plén., 7 mars 1986 : D. 1986, jurispr. p. 405

ÉMILE-ZOLA-PLACE E., note sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47 : Légipresse 2007. III. 100

EMMERT F. et PEREIRA DE AZEVEDO M., obs. sous CJCE, 14 juill. 1994: RTDeur. 1995, p. 11

FOURGOUX J.-Cl., note sous CA Amiens, 7 mai 1974, D. 1974. 264

FRANÇON A., note sous Cass. 1re civ., 5 nov. 1980: Bull. civ. 1980, I, n° 285 : RIDA 1981, n° 108, p. 158 ; RIPIA 1981, n° 124, p. 278 ; JCP G 1982, II, 19827 ; RTD com. 1981, p. 544,

FRANÇON A., note sous Cass. 1re civ., 9 nov. 1983: JurisData n° 1983-702217; JCP G 1984, II, 20189

FRANÇON A., obs. sous CA Rennes, 16 oct. 1984 : RTD com. 1985. 587

FRANÇON A., obs. sous CA Rennes, 16 oct. 1984 : RTD com. 1985. 587

FRANÇON A., obs. sous Cass. ass. plén., 30 oct. 1987, n° 86-11.918 : JurisData n° 1987-001712 RTD com. 1988, p. 57

FRANÇON A., obs. sous Cass., ass. plén., 7 mars 1986 : RTD com. 1986, p. 399

FRANÇON A., obs. sous T. com. Paris, 6 oct. 1978 : RIDA 1980, n° 104, p. 156 ; RTD com. 1980, p. 346

GEGOUT M., concl. Sous T. civ. Seine, 1re ch., 19 janv. 1949 : Gaz. Pal. 1949, 1, p. 67

GREFFE F., note sous CA Paris, 3 juill. 1959, Gaz. Pal. 1959, 2, p. 29920 mai 1967, Ann. 1968, p. 239; 13 janv. 1972, PIBD 1972.III.174; 28 mars 1978, D. 1979, Jur. p. 220

GREFFE F., obs. sous CA Paris, 12 oct. 2005, affaire *Boldini*, prop. Ind. 1006, comm. 39

HUET J., obs sous TGI Paris, 1re ch., 21 sept. 1983: 1985, inf. rap. p. 40

HUET J., sous Cass. ass. plén., 30 oct. 1987, n° 86-11.918 : JurisData n° 1987-001712 : JCP G 1988, II, 20932

IZORCHE M.-L., obs. sous CA Paris, 15 janv. 1997, RD propr. intell. 1997, n° 73, p. 39; D. 1999, Somm. p. 99

JONQUERES J., note sous Ass. plén. 7 mars 1986, no 83-10.477, *Babolat c/ Pachot*, Bull. Ass. plén., no 3 :RDPI 1986, no 3, p. 203

KÉRÉVER A., note sous CA Paris, 12 oct. 2005, affaire *Boldini*, RIDA janv. 2006, p. 315

KÉRÉVER A, obs. sous CA Paris, 16 janv. 2004, affaire *Monet*, RIDA juill. 2004, p. 201

LANCRENON Th., note sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47 : Gaz. Pal. 20 et 21 avr. 2007, p. 2

LANCRENON Th., obs. sous CA Paris, 19 déc. 2008: CCE 2009, Étude 14

LE STANC Ch., note sous TGI Paris, 1re ch., 21 sept. 1983: D. 1984, p. 77

LE TOURNEAU PH., note sous TGI Paris, 1re ch., 21 sept. 1983: RJ com. 1984, p. 59

LEVEL P. et FACINI D., note sous arrêts *Marleasing*, CJCE, 13 nov. 1991: JCP G 1991, II, 21658

LINANT DE BELLEFONDS X., note sous CA Paris, 16 mai 1994, *Ram-Dam* : JCP G 1995, II, 22375

LINDON R., concl. sous CA Paris, 13 févr. 1957:JCP G 1957, II, 9838

LUCAS A., note sous CA Rouen, 13 janv. 1981 : D. 1983, Jur. p. 53*, Le droit de l'informatique*, PUF, Thémis, 1987, n° 307 ; *La protection des idées*, congrès ALAI, Sitges, octobre 1992, compte rendu, p. 525-526 ; *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n° 161

LUCAS A., note sous Cass., ass. plén., 7 mars 1986 : RIDA juill. 1986, n° 129, p. 136

LUCAS A., obs sous Civ. 1re, 27 févr. 2007 [2 arrêts], *Monet et Boldini*, Bull. civ. I, n° 86 et 87 : Propr. intell. avr. 2007, p. 212

LUCAS A., obs sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47 : Propr. intell. 2004, no 23, p. 207

LUCAS A., obs sous Paris, 22 mai 2002 : RIDA oct. 2002. 320; Propr. intell. 2003. 48

LUCAS A., obs sous Paris, 4e ch. B, 30 janv. 2009, n° 07/9437, *Sté ADAGP c/ Sté Canal P Publicité Promotion*, Propr. intell. juill. 2009. 270

MATHÉLY P., note sous CA Paris, 10 avr. 1962, Ann. 1962, p. 240 ; Nordemann, Wettbewerbsrecht, 4e éd., 1984, n° 356

MATHÉLY P., note sous CA Paris, 3 juill. 1959, Gaz. Pal. 1959, 2, p. 29910 avr. 1962, Ann. 1962, p. 240

MOUSSERON J.-M., TEYSSIE B. et VIVANT M., note sous Ass. plén. 7 mars 1986, no 83-10.477, *Babolat c/ Pachot*, Bull. Ass. plén., no 3 : JCP CI 1986, 14713

MOUSSERON J.-M., TEYSSIE B. et VIVANT M., note sous Cass., ass. plén., 7 mars 1986 : JCP G 1986, II, 20631

NICOT X. rapp. sous Cass. ass. plén., 30 oct. 1987, n° 86-11.918 : JurisData n° 1987-001712 : JCP G 1988, II, 20932

PASSA J., note sous CA Paris, 18 oct. 2000, D. 2001, Jur. p. 850

PLAISANT M. et SIALELLI J., note sous T. civ. Seine, 19 déc. 1953: S. 1954, 2, p. 94 ; RIDA 1954, p. 117 ; JCP G 1954, II, 8114

PLAISANT M. obs. sous T. civ. Seine, 15 mars 1957 : JCP G 1957, II, 10210

PLAISANT M., note sous T. civ. Seine, 1re ch., 19 janv. 1949 : JCP G 1949, II, 5064

PLAISANT R., note sous Cass. 1ère civ., 15 mars 1977, JCP G 1979, 19153

PLAISANT R., obs. sous CA Paris, 2 mars 1979 : RIDA 1979, n° 101, p. 131 ; JCP G 1980, II, 19351 ; JCP CI 1980, II, 13410

PLUYETTE, note sous Cass. 1re civ., 4 janv. 1964: Bull. civ. 1964, I, n° 7 ; D. 1964, p. 231

POLLAUD-DULIAN F., obs. sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47 : RTD com. 2007. 354

SIRINELLI P., obs. Sous CA Paris, 16 janv. 2004, affaire *Monet*, D. 2005, pan. 1493

SIRINELLI P., CA Paris, 19 déc. 2008: RIDA avr. 2009, p. 311

SIRINELLI P., obs. sous CA Paris, 4e ch. A, 28 févr. 2007, *INSEAD et IAA c/ Alinéa*, RIDA avr. 2007, p. 149

SIRINELLI P., obs. sous Civ. 1re, 27 févr. 2007 [2 arrêts], *Monet et Boldini*, Bull. civ. I, n° 86 et 87 : RIDA avr. 2007, p. 287, 299 et p. 177

SIRINELLI P., obs. sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *Sté Plon c/ Hugo*, Juris-Data n°2007-037150, Bull. civ. I, no 47 : RIDA avr. 2007, p. 249

TOURNIER J.-L., note sous T. civ. Seine, 13 mars 1957: RIDA 1957, n° XVII, p. 162

VAN BUNNEN L., obs. sous prés. T. com. Namur, 22 mai 1996, Journ. Trib. 1997, p. 62

VIVANT M. et LUCAS A., obs. sous Cass. ass. plén., 30 oct. 1987, n° 86-11.918 : JurisData n° 1987-001712 JCP E 1988, II, 15093

VIVANT M., CA Paris, 13e ch., 4 juin 1984: JurisData n° 1984-601080 : JCP N 1985, II, 14409, note

VIVANT M., note sous CA Paris, 4 juin 1984, *Atari c/ Sidam et Valadon*, Exp. 1984, no 64 : JCP CI 1985, II, 14409

VIVANT M., note sous CA Paris, 4 juin 1984, JCP éd. E 1985, II, n° 14409 : *Informatique et propriété intellectuelle*, JCP 1984, I, 3169, n° 6 ;

VOULET J., note sous CA Paris, 3 juill. 1959, Gaz. Pal. 1959, 2, p. 299; 30 mars 1960, JCP 1960, II, n° 11593

WAGRET J.-M., note sous TGI Paris, 1re ch., 21 sept. 1983: JCP G 1984, II, 20249

V. Autres

BALZAC H. (de), *Lettre aux écrivains français du XIXème siècle*, 1er novembre 1834, p. 64

BALZAC H. (de), *Notes remises à MM. Les députés composant la commission de la loi sur la propriété littéraire*, Hetzel, 1841, CHH, t. XXVIII, 1963

DIDEROT D., *Lettre sur le commerce des livres (1763)*, texte annoté par Christophe PAILLARD, 2002

HUGO V., *Le combat du droit d'auteur*, Séance du 25 juin 1878, Les Impressions nouvelles, 2001

JOBARD A-M., *La concurrence et le monautopole. Nouvelle lettre de M. Jobard, en réponse à des observations de M. Joseph Garnier*, Journal des Economistes, Reese library of the University of California, Bibliothèque Nationale de France – Gallica, janvier 1855, p. 105

PAILLARD C., *Notice de présentation sur la Lettre sur le commerce des livres (1763)*, 2002

Index Alphabétique

(Les numéros renvoient aux numéros de pages)

A

Accessibilité, 21, 22, 24, 26, 27, 28, 47, 52, 67, 70, 75, 83, 84, 92, 93, 94, 103, 108, 109, 130, 132, 145, 146, 147, 150, 151, 183, 201, 217, 240, 244, 251, 259, 318, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 335, 336, 337, 339, 341, 342, 345, 349, 353, 364, 367, 369, 370, 372, 373, 378, 383, 390, 391, 393, 394, 397, 398, 400, 403, 405, 407

ADPIC, 209, 210, 235, 236, 237, 263, 268, 269, 278, 284, 385

Affaire Anne Frank, 296, 297, 407

Affaire du Boléro de Ravel, 297

Affaire Martin Luther King, 38, 128, 135, 165, 180, 182, 183, 184, 337, 347, 407

Affaire Tintin, 295, 304, 305, 331

Auteurs étrangers, 235

B

Base de données, 262, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 341, 342, 350, 359, 383, 388, 390, 391

Bien commun, 67, 83, 85, 246, 277, 330, 366

Bien-être social, 22, 26, 27, 94, 315, 319, 320, 321, 322, 325, 333, 336, 342, 352, 354, 356, 359, 379, 387, 408

C

Calcul des délais de computation, 152, 158, 177, 193, 346, 347, 348

Censure, 37, 40, 41, 42, 47, 62, 69, 85, 95, 122, 123, 124, 139, 151

Communauté européenne économique, 204, 206, 207, 208, 209, 211, 216, 225, 226, 227, 228, 229, 248, 249, 251, 262, 263, 267, 268, 270, 313

Compromis, 21, 76, 77, 83, 84, 88, 103, 108, 114, 116, 117, 122, 230, 266, 292, 316, 318, 319, 321, 345, 351, 362, 404, 406, 407

Concurrence déloyale, 47, 283, 309, 310, 311, 313

Consentement, 38, 44, 58, 71, 73, 118, 161, 164, 165, 205, 277, 281, 294, 301, 336, 383, 384

Construction du modèle, 19, 20, 21, 28, 29, 31, 33, 84, 120, 135, 138, 166, 170, 181, 201, 207, 231, 260, 326, 343, 350, 404, 405, 408

Contrat social, 46, 67, 80, 82, 83, 88, 94, 98

Convention de Berne, 232, 233, 234, 235

Copyright,

copyright clause, 21, 23, 138, 146, 147, 151, 152, 166, 195, 236, 237, 239, 258, 259

copyright perpétuel, 132, 133, 151, 153, 154, 259

Coût marginal, 27, 321, 334, 403

Coûts, 21, 27, 98, 141, 149, 240, 241, 242, 246, 255, 262, 267, 274, 296, 312, 319, 321, 322, 325, 334, 335, 336, 337, 338, 342, 343, 344, 345, 348, 349, 350, 352, 355, 358, 361, 362, 366, 369, 371, 376, 378, 382, 384, 389, 390, 391, 392, 403, 407

Créance, 80, 88, 89

CTEA, 11, 23, 215, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 329, 405

D

Date d'enregistrement, 147, 158, 347, 353

Date de première communication, 219, 283

Date de première diffusion, 160, 184, 188, 189, 210, 211, 407

Date de première publication, 20, 24, 40, 118, 131, 135, 137, 138, 144, 151, 158, 159, 162, 163, 165, 166, 169, 170, 171, 177, 180, 184, 187, 189, 190, 193, 202, 209, 215, 219, 256, 297, 341, 347

Date de publication, 25, 117, 138, 154, 160, 163, 166, 168, 170, 175, 186, 189, 193, 251, 346, 347, 363, 379

Déconstruction du modèle, 29

Définition de la publication, 170, 172, 176, 177, 180, 182

Déséquilibre, 27, 157, 190, 201, 284, 326, 327, 334, 345, 361, 403

Dimension personnaliste, 25, 79, 91, 99, 100, 101, 102, 116, 118, 260, 261, 280, 282, 285, 289

Dimension romantique, 20, 79, 102, 118, 119, 120, 133, 260, 261, 286, 287, 288, 365

Dimension utilitariste, 20, 22, 25, 51, 71, 74, 76, 77, 83, 84, 92, 94, 120, 124, 143, 144, 147, 148, 152, 154, 156, 240, 261, 318, 353, 382, 405

Disney, 174, 241, 244, 247, 252, 253, 254, 256, 300, 301, 308, 323, 328, 329, 331, 337, 351, 387, 399, 405

Divin, 34, 35, 41, 43, 52, 53, 80, 87, 88, 136, 404

Droit des marques, 52, 115, 116, 119, 265, 281, 284, 299, 304, 305, 306, 307, 308, 382

Droit moral, 25, 26, 75, 79, 80, 99, 100, 102, 112, 113, 114, 116, 118, 119, 129, 235, 247, 252, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 303, 341, 375, 397, 399, 403

Droits voisins, 19, 20, 24, 26, 28, 119, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 225, 228, 261, 269, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 292, 296, 299, 303, 304, 340, 371,372, 385, 386, 398, 402, 404, 407, 458

artistes-interprètes, 119, 205, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 266, 269, 275, 276, 277, 278, 280, 281, 282, 295, 423, 426

producteurs de phonogrammes, 203, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 266, 269, 275, 277, 278, 283, 284, 296, 423

producteurs de vidéogrammes, 220, 283, 284

Durée excessive, 82, 92, 366, 376

Durée limitée, 26, 33, 38, 41, 46, 54, 57, 59, 60, 62, 63, 72, 78, 79, 91, 95, 96, 97, 99, 103, 108, 109, 110, 116, 121, 124, 126, 127, 130, 133, 139, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 151, 166, 168, 170, 184, 193, 240, 286, 288, 290, 312, 324, 404, 405

Durée optimale, 27, 318, 320, 321, 326, 335, 342, 352, 353, 365, 366, 368, 369, 376, 377, 378, 379, 387

Durée perpétuelle, 19, 50, 54, 55, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 66, 68, 69, 70, 79, 92, 93, 95, 97, 99, 105, 107, 108, 114, 117, 118, 119, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 147, 148, 150, 151, 153, 154, 162, 179, 209, 221, 230, 239, 242, 248, 252, 259, 273,274, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 295, 304, 306, 353, 382, 405

E

Economie, 24, 27, 28, 62, 67, 82, 83, 84, 85, 95, 98, 99, 105, 109, 113, 126, 205, 249, 266, 271, 272, 284, 285, 309, 311, 312, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 334, 359, 360, 365, 366, 367, 368, 371, 379, 403, 406

Efficacité dynamique, 319, 320

Efficacité statique, 319, 320

Enregistrement, 64, 125, 148, 149, 151, 177, 178, 179, 185, 187, 189, 193, 194, 197, 205, 210, 212, 214, 218, 220, 233, 280, 281, 283, 295, 296, 304, 305, 306, 307, 308, 315, 337, 339, 340, 342, 346, 347, 349, 351, 352, 353, 356, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 375, 381, 382, 389, 390, 391, 392, 393, 407

Enregistrement de phonogramme, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 184, 186, 196, 208, 214, 215, 218, 220, 235, 250

Equilibre, 19, 20, 24, 27, 29, 52, 71, 77, 78, 83, 87, 88, 91, 102, 109, 114, 115, 120, 124, 199, 201, 219, 230, 242, 274, 303, 315, 316, 318, 319, 320, 323, 327, 334, 337, 342, 345, 356, 372, 377, 378, 394, 404, 405, 406

Equilibre économique, 316, 320

Etudes empiriques, 344, 369, 371, 373, 376

F

Fait générateur, 204, 206, 209

Formalités, 75, 116, 154, 162, 186, 197, 203, 233, 291, 347, 356, 362, 382

G

Guilde, 36, 38, 44, 123, 125

H

Harmonisation, 102, 105, 155, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213,

214, 215, 217, 220, 222, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 236, 242, 248, 249, 250, 251, 261, 262, 266, 270, 271, 284, 341, 348, 382, 383, 385, 386, 387

Héritiers, 24, 88, 92, 105, 109, 136, 206, 289, 292, 293

Hypothèse de dépréciation, 245, 247, 306, 375

Hypothèse de sous-utilisation, 27, 245, 319, 322, 326, 369, 373

Hypothèse de surtilisation, 245, 246, 369, 374

I

Idée, 35, 37, 53, 59, 60, 66, 67, 74, 81, 83, 84, 88, 96, 101, 148, 152, 162, 227, 228, 241, 247, 248, 263, 265, 276, 289, 295, 300, 331, 343, 349, 350, 353, 355, 363, 365, 374, 377, 380, 389, 391, 396, 397, 400, 401

Immatriculation des œuvres, 25, 361, 392

Imprimeurs-libraires, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 73, 75, 80, 82, 94, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 147, 150, 221

Incitation, 19, 22, 23, 24, 27, 69, 77, 124, 152, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 250, 258, 315, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 333, 334, 343, 351, 354, 364, 367, 369, 371, 372, 374, 375, 377, 378, 384, 387, 404, 406, 408

Incitation à la création, 23, 27, 69, 77, 124, 239, 240, 241, 242, 250, 258, 315, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 326, 333, 334, 343, 354, 367, 369, 371, 372, 375, 377, 378, 387, 404, 406, 408

Incitation et diffusion, 318, 323

Intérêt social, 37, 58, 60, 63, 78, 84, 90, 92, 145, 357

Investissement, 25, 26, 69, 106, 216, 254, 255, 261, 262, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 279, 280, 282, 284, 285, 311, 313, 323, 325, 349, 371, 377, 382, 386

L

Livres indisponibles, 383

lobbying, 254

Lobbying, 55, 57, 123, 126, 153, 155, 221, 238, 252, 256, 259, 265, 267, 284, 317, 326, 327, 328, 330, 331, 344, 405

Logiciel, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 284, 312, 368

Loi du 11 mars 1957, 114, 115, 116, 118, 119, 265, 266, 268, 278, 283, 288

Lois révolutionnaires, 26, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 86, 97, 103, 111

M

Marché de la culture, 21, 27, 93, 94, 112, 114, 152, 252, 260, 308, 326, 327, 328, 330, 342, 345, 354, 355, 369, 378, 380, 407

Modèle *post mortem auctoris*, 20, 24, 28, 33, 68, 71, 73, 74, 75, 78, 91, 92, 103, 106, 107, 108, 109, 117, 120, 121, 124, 130, 133, 136, 137, 138, 148, 152, 154, 155, 156, 158, 159, 184, 185, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 211, 216, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 240, 242, 243, 248, 249, 256, 260, 266, 268, 270, 289, 296, 297, 301, 316, 328, 348, 351, 357, 362, 369, 378, 379, 384, 386, 403, 405, 406

Monopole, 19, 25, 26, 37, 38, 41, 44, 50, 55, 60, 65, 66, 68, 70, 76, 77, 83, 92, 93, 99, 102, 106, 110, 112, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 139, 145, 150, 151, 152, 227, 237, 275, 290, 294, 304, 305, 306, 307, 312, 317, 322, 331, 333, 334, 335, 378,384, 394, 400, 415

N

Notice of copyright, 233

O

Œuvre audiovisuelle, 24, 203, 216, 220, 251, 280, 305, 306, 341, 371, 372, 392

œuvres dérivées, 40, 240, 241, 244, 246, 247, 308, 321, 322, 335, 337, 342, 350, 358, 361, 374, 377, 399

Œuvres orphelines, 339, 340, 341

P

Paradigme, 20, 22, 111, 112, 113, 119, 122, 280, 403

Parasitisme, 93, 263, 309, 310, 311, 312, 313

Performance publique, 176, 177, 179, 181, 347

Personnages, 85, 277, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 308

Philosophie, 20, 23, 27, 28, 43, 79, 99, 106, 115, 120, 152, 156, 181, 195, 255, 257, 285, 287, 288, 318, 405

Point de départ du calcul de la durée, 117, 156, 158, 170, 177, 184, 187, 188, 205, 206, 209, 219, 296, 301, 346, 347, 352, 379, 406

Privatisation, 28, 35, 50, 71, 82, 327, 333, 334, 357, 366, 367, 373, 387, 396, 400, 407

Privilèges, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 55, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 86, 90, 91, 93, 110, 111, 126, 129, 138, 139, 140, 141, 142, 143

Projet Jean Zay, 110, 111, 112, 113, 115, 116

Propriété,

abandon de propriété, 165

propriété littéraire et artistique, 20, 22, 24, 25, 33, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 133, 198, 209, 221, 226, 230, 261, 267, 277, 282, 284, 285, 290, 313, 323, 327, 331, 334, 339, 340, 347, 367, 382, 392, 404, 422

propriété naturelle, 74, 107

propriété perpétuelle, 54, 58, 60, 65, 89, 98, 100, 105, 127, 161, 404

propriété sui generis, 72, 73, 78, 107, 127

Prorogation, 27, 50, 106, 118, 135, 137, 144, 153, 154, 192, 206, 212, 213, 215, 216, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 238, 239, 258, 292, 296, 302, 307, 326, 330, 334, 345, 354, 355, 365, 372, 374, 378, 382, 387

Prorogation de la durée de protection, 27, 50, 78, 102, 106, 118, 134, 137, 144, 152, 153, 154, 156, 186, 192, 195, 202, 206, 212, 213, 214, 215, 216, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 245, 248, 249, 253, 255, 256, 258, 261, 285, 292, 296, 297, 302, 307, 325, 326, 330, 334, 340, 345, 354, 355, 365, 372, 374, 375, 378, 382, 387

Prorogations de guerre, 222, 223, 224, 227, 228, 229, 230

Publication, 20, 40, 118, 120, 131, 135, 137, 138, 151, 159, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 175, 176, 177, 178, 180, 184, 187, 190, 193, 202, 209, 215, 219, 233, 297, 341, 346, 347

publication générale, 173, 174, 175, 180, 181, 197

publication limitée, 174, 175, 180

R

Reconstruction du modèle, 29, 315

Réforme du modèle, 29, 107, 108, 109, 110, 114, 116, 184, 185, 186, 187, 194, 216, 220, 221, 222, 235, 236, 279, 315, 329, 342, 343, 344, 345, 346, 351, 354, 355, 356, 362, 364, 365, 368, 377, 380, 387, 403, 406, 407, 408

Responsabilité civile, 298, 309, 310, 312, 313

Révolution française, 70, 71, 97, 116, 117, 403

S

Spéculation, 93

Stationers company, 38, 39, 41, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 240

T

Technologies, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 35, 36, 43, 81, 82, 86, 98, 99, 100, 118, 119, 214, 243, 244, 246, 263, 266, 267, 268, 274, 275, 280, 296, 297, 300, 304, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 330, 332, 334, 336, 337, 342, 344, 345, 347, 354, 355, 359, 360, 361, 364, 365, 366, 368, 372, 376, 379, 383, 386, 388, 389, 390, 391, 392, 397, 398, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 443

Terme renouvelable, 40, 44, 47, 56, 65, 66, 68, 125, 128, 157, 158, 187, 188, 190, 192, 196, 198, 273, 274, 315, 337, 342, 349, 351, 352, 353, 359, 360, 361, 362, 363, 371, 373, 379, 381, 382, 384, 390, 392, 393, 407

Terme unique, 184, 190, 256, 379

Théorie contractualiste, 78, 79, 80, 82, 83, 87, 89, 90, 91

Théorie lockéenne, 52, 53, 57, 74, 79, 99, 100, 107, 123, 161, 287, 377, 378, 404

Théorie naturaliste, 19, 33, 51, 52, 53, 57, 59, 66, 67, 74, 75, 76, 82, 84, 90, 96, 99, 102, 103, 111, 115, 123, 124, 127, 129, 133, 143, 144, 146, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 160, 161, 240, 290, 404

Théorie personnaliste, 25, 79, 91, 99, 100, 101, 102, 116, 118, 260, 261, 280, 282, 285, 288, 289

Théorie propriétariste, 79

TIPP, 386, 387

TPP, 250, 386, 387

U

Union européenne, 23, 201, 202, 206, 208, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 228, 231, 237, 239, 248, 250, 251, 269, 296, 306, 308, 331, 340, 341, 383, 385, 386, 387

Table des matières

Introduction **19**
Première partie : Construction historique d'un modèle de protection **31**
Titre I. Le modèle français **33**
Chapitre I. La lente émergence du modèle propriétariste 33
Section I. Des privilèges à la propriété naturelle 33
§I. L'instauration des privilèges 33
A. De l'absence de protection au premier privilège 34
1) Des œuvres libres… 34
2) … A une privatisation de l'exploitation des œuvres 35
B. Généralisation européenne du modèle des privilèges 37
1) Durée limitée des privilèges et principe du domaine public 37
2) Déploiement de l'usage des privilèges en Europe 38
C. Les privilèges papaux 39
§II. Vers la propriété naturelle 41
A'. Un modèle lésant les auteurs 41
1) Faible considération sociale des auteurs et monopole des imprimeurs-libraires 41
2) Refus français de délivrer des privilèges aux auteurs 43
B'. Durée limitée des privilèges et domaine public 45
1) Reconnaissance du travail de l'auteur et prémices de la propriété intellectuelle 45
2) Principe de la limitation de la durée des privilèges 46
C'. Continuation des privilèges et atteinte marquée au domaine public 47
1) Possibilité de renouveler les privilèges 48
2) Volonté des imprimeurs-libraires de proroger les privilèges perpétuellement 49
D'. Théorie de la propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre 51
1) Le privilège, un droit d'impression cédé par les auteurs 51
2) Théorie du droit naturel 53
Section II. De la perpétuité à une durée limitée 54
§I. Défense d'une durée perpétuelle des privilèges 54
A. Code de la librairie et de l'impression 54
1) Encadrement du modèle des privilèges par le pouvoir 54
2) Volonté du pouvoir de mettre un terme aux abus des imprimeurs-libraires 56
B. Propriété perpétuelle de l'auteur sur son œuvre 57

1) Une propriété perpétuelle… 57
2) …Indépendante du pouvoir royal 58
C. Perpétuité des droits de reproduction des imprimeurs-libraires 59
1) Exclusivité des droits de reproduction et dangers de la création d'un domaine public 59
2) Une perpétuité des droits de reproduction issue de la propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre 60
D. Diderot et la reconduction perpétuelle des privilèges 61
1) Le privilège, une défense nécessaire contre la contrefaçon 61
2) Le privilège, un droit perpétuel issu du droit de propriété de l'auteur sur son œuvre 62
§II. La consécration d'une durée limitée des privilèges des imprimeurs-libraires au XVIIIème siècle 63
A'. Condamnation de la reconduction automatique et perpétuelle des privilèges 63
1) Refus des cours d'entériner une propriété perpétuelle des imprimeurs-libraires sur les œuvres cédées 63
2.) Dénonciation de la propriété intellectuelle perpétuelle défendue par les imprimeurs-libraires 65
B'. Nécessité du domaine public 67
C'. L'auteur premier bénéficiaire du privilège portant sur son œuvre et consécration des droits d'exploitation temporaires 68
1) Reconnaissance d'une propriété perpétuelle de l'auteur sur son œuvre 68
2) Durée limitée des privilèges des imprimeurs-libraires 69
§III. La création d'un véritable domaine public à la fin du XVIIIème siècle 70
A''. Volonté de consacrer un domaine public 71
1) Révolution française, fin des privilèges et vide juridique 71
2) Projets de loi et volonté de créer une protection temporaire 72
B'') Durée limitée des droits d'exploitation 73
1) Propriété *sui generis* de l'auteur 73
2) Création du domaine public 75
C''. Une logique utilitariste 76
1) Proximité des lois de 1791 et 1793 avec la théorie utilitariste américaine 76
2) Atteinte d'un compromis entre les intérêts de l'auteur et de la société 77
Chapitre II. La consécration du modèle français 78
Section I. Importance de la création d'un domaine public au XIXème siècle 78
§I. Refus d'une propriété perpétuelle sur les œuvres de l'esprit 78
A. Débat sur la notion de « *propriété* » littéraire et artistique 78
1) Débat issu des conceptions diverses de la nature et de la durée de la propriété littéraire et artistique 78
2) Deux courants opposés : les théories contractualiste et propriétariste 79
B. Impossibilité d'appliquer une propriété pleine et entière aux œuvres de l'esprit 80
1) Inapplicabilité d'une propriété de droit commun aux choses incorporelles 80
2) Opposition à une durée excessive de la protection accordée aux auteurs 82

C. Intérêt social et inadaptation de la propriété de plein droit au domaine littéraire et artistique 83

1) Importance de la dimension sociale dans l'application d'une propriété littéraire et artistique 83
2) Publication et abandon de l'œuvre au public 85

§II. Nécessité d'un juste équilibre entre titulaires de droit et la société 87

A'. Equilibre entre les intérêts des auteurs et de la société 88

1) L'auteur redevable de son environnement intellectuel, source de son inspiration 88
2) Nécessité de motiver et rémunérer les auteurs pour leur travail intellectuel 89

B'. Nécessité d'appliquer en faveur de l'auteur une période d'exclusivité limitée 90

1) Impératif d'une période de protection exclusive en faveur de l'auteur 91
2) Inefficacité d'une période de protection excessive 92

C'. Libre concurrence et création d'un domaine public 93

1) Critique des tendances spéculatives sur le marché de la culture 93
2) Nécessité d'empêcher un cloisonnement de l'accès à la culture par la création d'un domaine public 94

Section II. Echec de la perpétuité et avènement d'une propriété limitée sur les œuvres de l'esprit 95

§I. Théorie de la propriété littéraire et artistique perpétuelle 96

A. Défense d'une propriété pleine et entière et refus du domaine public 96

1) Refus d'une durée limitée de la propriété littéraire et artistique 96
2) Propriété personnelle, inaliénable et perpétuelle de l'auteur 98

B. Droit naturel de l'auteur et perpétuité de sa propriété 99

1) Un droit de propriété naturel de l'auteur sur son œuvre 99
2) Théorie personnaliste 101

C. Prolongation des durées de protection littéraire et artistique 102

1) Maintien d'une propriété littéraire et artistique limitée dans le temps 103
2) Augmentation de la durée de protection en faveur des héritiers de l'auteur 103
3) Influence des durées de protection appliquées à l'étranger 104
4) Tendance à l'harmonisation et application d'une durée de protection non graduée 105

§II. Consécration d'une propriété *sui generis* limitée dans le temps 107

A'. Choix d'une propriété *sui generis* d'une durée post mortem auctoris 107

1) Projets de loi et fin des privilèges 107
2) Loi de 1866 et consécration d'une protection post mortem auctoris limitée 109

B'. Projet Zay ou la tentative infructueuse de modernisation de la loi de 1866 110

1) Le projet Jean Zay, entre modernisme et opposition au concept de propriété intellectuelle 110
2) Une dimension sociale et un calcul de la durée de protection vivement critiqué 112

C'. Création de la « *Grande loi* » du 11 mars 1957 114

1) Nouveaux projets de loi et recherche d'un compromis entre les parties intéressées 114
2) Une « *grande* » loi instituant une protection *sui generis* limitée dans le temps 115
3) … et une protection morale perpétuelle 118

Titre II. Les modèles de copyright 121
Chapitre I. Le modèle anglais 121
Section I. Une durée de protection perpétuelle des œuvres de l'esprit 121
§I. Elaboration de la première loi anglaise concernant les œuvres de l'esprit 121
A. Nécessité de légiférer concernant la protection des œuvres littéraires 121
1) Absence d'un encadrement légal du marché du livre 122
2) Débat théorique concernant le droit de l'auteur sur son œuvre 123
B. La fin du monopole de la Stationers' Company 124
1) Première loi portant sur le copyright 124
2) Un copyright temporaire 125
§II. Le refus d'un domaine public 126
A'. Révolte des imprimeurs-libraires de la Stationers' Company concernant la nature de la protection des œuvres littéraires 126
B'. Affirmation par la jurisprudence d'une protection perpétuelle de droit commun 128
1) Le débat de la durée du copyright porté devant les juges 128
2) Le retour à un copyright perpétuel 128
Section II. Création d'un modèle de protection fondé sur la vie de l'auteur 130
§I. Affirmation définitive d'un domaine public anglais 130
A. Nouveau débat sur l'existence d'une protection perpétuelle de droit commun 130
B. Refus d'une protection perpétuelle affirmée par la jurisprudence 132
§II. Une protection temporaire post mortem auctoris 133
A'. Volonté des imprimeurs-libraires anglais de prolonger la durée légale de protection du copyright 134
B'. Création d'une protection limitée post mortem auctoris 136
Chapitre II. Le modèle américain 138
Section I. Création d'un modèle de protection fondé sur l'existence d'un domaine public 138
§I. Un copyright américain fortement influencé par le modèle anglais 138
A. Première forme de protection américaine, les privilèges 139
1) Nouveau marché et premiers privilèges américains 139
2) Premier privilège américain accordé à un auteur 141
B. Création de copyrights temporaires propres à chaque Etat 143
1) Premières lois étatiques créant une protection par le copyright 143
2) Influence anglaise, dimension utilitariste et protection à durée limitée 144
C. *Copyright clause* et création d'un copyright américain temporaire fondé sur l'intérêt social 145
1) Rédaction de la *copyright clause* et création d'un copyright fédéral temporaire 146
2) Dimension utilitariste et consécration d'un domaine public américain 147
§II. Nécessité d'une durée limitée de la protection et échec d'une durée basée sur la vie de l'auteur 148
A'. Conception utilitariste et refus d'un copyright perpétuel de droit commun 148
1) Affaire *Wheaton v. Peters* et débat judiciaire concernant l'existence d'une propriété perpétuelle de l'auteur sur son œuvre 149

2) Affirmation d'une protection temporaire de droit positif 150
B'. Prolongation de la durée de protection et échec d'une durée post mortem auctoris .. 152
1) Première extension de la durée du copyright de droit positif 152
2) Seconde extension, échec de la mise en place d'une durée de protection fondée sur la vie de l'auteur et nouveau point de départ du calcul de la durée 156
Section II. Importance de la publication dans le cadre de la protection par le copyright américain 159
§I. Une propriété perpétuelle de l'auteur abandonnée dès la publication de l'œuvre 159
A. Propriété de l'auteur sur son œuvre 159
1) Définition de la propriété 159
2) Propriété prépublication de l'auteur sur son œuvre issue de la création 160
B. Une propriété abandonnée dès la publication 161
1) L'abandon du copyright de droit commun 162
2) Consentement implicite de l'auteur à l'abandon de sa propriété 164
3) Nécessité d'une protection post publication 166
§II. Volonté de créer une définition générale de la publication 168
A'. Tentative de définition juridique de la publication 168
1) La publication, un élément fondamental de la protection sans définition officielle 168
a) Importance de la publication 168
b) Absence d'une définition de la publication 170
2) Elaboration du concept juridique de « *publication* » 171
B'. Création d'une hiérarchisation de la publication 173
1) Publications « limitées » et « générales » 173
2) Inefficacité des nuances apportées à l'acte de publication 176
Section III. Nécessité de repenser le modèle de la durée de protection du copyright 177
§I. Difficultés d'appliquer *in concreto* la définition de la publication 177
A. Inapplicabilité de la règle de la publication aux enregistrements de phonogramme et aux performances publiques 177
1) Les enregistrements de phonogramme 177
2) Les performances publiques 179
B. Application disparate des concepts de publications « limitée » et « générale » 180
1) Difficultés de distinguer la frontière entre publications « limitée » et « générale » 180
2) Exemple d'une application hétérogène du concept de publication, l'affaire Martin Luther King 182
§II. Adoption d'une durée de la protection basée sur la vie de l'auteur 184
A'. Nécessité de créer un standard uniforme de protection 184
1) Nombreux échecs des projets de réforme de la protection par le copyright 185
2) Proposition d'un nouveau point de départ du terme du copyright, la diffusion de l'œuvre 186
3) Volonté de créer une protection dont le terme serait unique 191
B'. Affirmation d'une protection temporaire post mortem auctoris 193
1) Proposition d'une durée de la protection fondée sur la vie de l'auteur 193

2) Une protection limitée post mortem auctoris débutant dès la création de l'œuvre .194
Seconde partie : La recherche d'un nouvel équilibre du modèle de protection.....199
Titre I. Les causes du déséquilibre.....201
Chapitre I. L'extension temporelle du modèle de protection.....201
Section I. Une remise en cause systématique du domaine public.....201
§I. L'extension de la durée de protection au sein de l'Union européenne.....202
A. Harmonisation « à la hausse » de la durée des droits d'auteur et des droits voisins...202
1) L'augmentation à une protection de 70 ans post mortem auctoris des droits d'auteur à tous les pays européens.....202
a) Minimas internationaux de durées de protection imposés par les Conventions de Berne et Rome.....202
b) Harmonisation communautaire à la hausse des durées de protection et choix d'une durée supérieure aux minimas internationaux.....204
c) Harmonisation à la hausse des durées de protection.....206
2) Protection de cinquante ans des droits voisins à partir de la « première publication » ou du « fait générateur ».....209
3) Règle de la comparaison des délais.....211
B. Prorogation de la durée de protection de certains droits voisins.....212
1) Proposition de porter la durée de certains droits voisins à 95 ans.....212
a) Justifications propres aux artistes-interprètes.....213
b) Justifications propres aux producteurs de phonogrammes.....214
2) Durée de protection de certains droits voisins portée à 70 ans par la Directive 2011/77/UE.....215
a) Un délai de protection prorogé.....216
b) Discrimination à l'égard des artistes-interprètes.....218
c) L'absence de prorogation des droits voisins relatifs aux œuvres audiovisuelles 220
§II. Prorogations exceptionnelles de la durée de protection du droit d'auteur.....222
A'. Le cas particulier des prorogations de guerre.....222
1) Première Guerre mondiale.....222
2) Seconde Guerre mondiale.....223
3) Les auteurs « morts pour la France ».....224
B'. Jurisprudence, caducité et abrogations de ces lois depuis l'harmonisation européenne de la durée de protection.....225
1) Remise en cause des prorogations de guerre suite à l'harmonisation européenne..225
2) Caducité des prorogations de guerre prononcée par le juge.....228
a) Une jurisprudence inégale.....228
b) Principe de caducité des prorogations pour fait de guerre.....229
Section II. La réduction controversée du domaine public américain.....231
§I. Les conséquences de l'adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne.....231
A. Loi de 1989 et l'impact de l'adhésion américaine à la Convention de Berne.....231
1) La fin des formalités conditionnelles.....232
2) Le début de la protection des œuvres étrangères éditées et distribuées sur le territoire américain.....234

B. Arrêt *Golan* (2012) et application rétroactive de la loi de 1989 236

1) Débat judiciaire sur la protection rétroactive des œuvres étrangères appartenant au domaine public américain 236
2) Une prolongation « de fait » de la durée de protection de certaines œuvres 237

§II. Nouvelle prorogation du délai de protection du copyright américain 238

A'. Nouveau débat concernant la durée de protection du copyright américain 238

1) Le refus catégorique de toute augmentation du terme du copyright 239
2) Les justifications d'une augmentation de la durée de protection du copyright 242
3) Nécessité d'une augmentation de la durée pour harmoniser les modèles européen et américain 248

B'. Le Copyright Term Extension Act de 1998 252

1) Lobbying et promotion d'une protection plus longue, voire perpétuelle, des œuvres 252
2) Augmentation de vingt ans de l'ensemble des durées de protection du copyright 256

C'. Affaire Eldred v Ashcroft et la confirmation définitive de la constitutionnalité de la loi de 1998 258

Chapitre II. L'extension substantielle du modèle 260

Section I. Dénaturation directe, la protection des œuvres « techniques » et des investissements 260

§I. Base de données et logiciels 261

A. La nécessité de protéger les investissements financiers liés à la création 261
B. Protection des logiciels 262
C. Protection des bases de données 268

§II. Protection des droits voisins du droit d'auteur 274

A'. Les droits voisins, une protection complémentaire au droit d'auteur 275

1) Sources des droits voisins 275
2) Création des droits voisins au sein de la loi française 278

B'. Protection des droits des artistes-interprètes 280
C'. Protection des droits pour les producteurs de contenus 282

Section II. Dénaturation indirecte, l'utilisation pratique d'outils juridiques pour une conservation de la protection 285

§I. Dénaturation interne, tentatives de prolongation de la durée de protection 285

A. Dénaturation du modèle par le droit moral 286

1) Sources du droit moral 286

a) Revendications artistiques et prémices du droit moral 286
b) Consécration de la vision romantique du droit d'auteur 287

2) Perpétuité du droit moral français 288
3) Théories moniste et dualiste et durée du droit moral 290

a) Durée limitée de la protection du droit moral 290
b) Durée perpétuelle du droit moral 290

4) Tentatives d'abus de ce droit 292
5) Le contrôle du juge 293

B. Volonté d'éviter le domaine public 295

1) Publications d'enregistrements non divulgués 296
2) Association de nouveaux auteurs à l'œuvre 296

§II. Dénaturation externe, utilisation d'autres moyens juridiques afin de maintenir une protection sur les œuvres du domaine public 298

A'. Protection des personnages 298

1) Le personnage, une œuvre protégée à part entière 299
2) Evolution des caractéristiques du personnage et prorogation de la durée de protection 302

B'. Droit des marques 303

1) La marque, un mode de protection perpétuelle 304
2) Quand le personnage d'une œuvre devient une marque 304
3) Jurisprudence abondante, l'ouverture aux dérives ? 305

C'. Application de la responsabilité civile : concurrence déloyale et parasitisme 309

Titre II. La nécéssaire reconstruction du modèle de protection 315

Chapitre I. Une réforme du modèle de protection actuel fondée sur l'analyse économique 315

Section I. Remise en cause économique du modèle de protection actuel 316

§I. L'équilibre économique fragile du modèle de protection 316

A. Analyse économique du modèle de protection 316

1) Economie du modèle de protection 316
2) Compromis entre incitation et diffusion 318
3) Arbitrage entre efficacité dynamique et efficacité statique 319

B. Lien entre durée de protection et incitation à la création 323

§II. Le déséquilibre économique actuel du modèle de protection 326

A'. Une durée de la protection issue de la maximisation des profits 326

1) Influence de plus en plus forte des acteurs industriels du monde culturel 327
2) La volonté de conserver des rentes de la culture 328

B'. Une durée de protection trop longue source de déséquilibres 333

1) Une course à la privatisation de la culture 333
2) Les conséquences néfastes d'une durée trop longue de la protection 335

Section II. Fondements d'un nouveau modèle de protection 342

§ I. Réflexions générales sur la réforme du modèle actuel 343

A. Principes indispensables du modèle actuel à réformer 343

1) Fondement de la réforme 344
2) Point de départ du calcul de la protection 346
3) Structure du terme (unique ou renouvelable) 348

B. Intérêt de fonder ce nouveau modèle sur celui développé par Landes et Posner 350

1) Recherche d'une maximisation du domaine public sans minimisation de l'incitation 351
2) Nuances concernant ce modèle de protection 353

§II. Un nouveau modèle de protection fondé sur celui de Landes et Posner 356

A'. Un nouveau modèle de protection fondé sur les formalités conditionnelles 356

1) Intérêt de l'instauration de formalités conditionnelles à l'obtention de la protection 356
2) Choix d'un enregistrement obligatoire des œuvres de l'esprit 358
a) Nécessité de l'instauration d'un enregistrement préalable à la protection 358
b) Avantages de l'enregistrement 360
B'. Un nouveau modèle de protection fondé sur un terme renouvelable 362
Chapitre II. Revalorisation du domaine public par la réforme du modèle de protection actuel 364
Section I. Une revalorisation du domaine public fondée sur une durée plus courte de la protection 365
§I. La recherche d'une durée optimale de la protection… 366
A. Une durée actuelle de protection trop longue… 366
B. …ce que confirment les études empiriques 369
1) Longue durée de protection et accessibilité des œuvres 370
2) Remise en cause des arguments à l'extension des délais de computation 373
3) La nécessité de réaliser de nouvelles études empiriques 376
§II. … qui implique une nécessaire réduction de la durée des délais de computation 377
A'. Choix d'une durée plus courte de la durée de protection 377
B'. Difficultés liées à cette proposition de modèle de protection 380
1) Des difficultés liées à l'instauration de formalités conditionnelles 380
2) Des difficultés liées à une réduction de la durée de protection 384
Section II. Une revalorisation du domaine public fondée sur une meilleure transparence de la protection 388
§I. Revalorisation du domaine public par l'encadrement technique du modèle de protection 388
A. Création d'une base de données des œuvres de l'esprit et leurs ayants droit 388
1) Une création techniquement réalisable 389
2) Un système déjà en devenir ? 390
B. Le « marquage » des œuvres de l'esprit 391
1) Système d'identification numérique des œuvres 392
2) Difficultés 393
§II. Revalorisation du domaine public par la création d'une définition positive 394
A'. Un domaine public en danger 394
B'. Sauver le domaine public 396
1) Définition positive du domaine public 396
2) Réappropriation du domaine public 399
Conclusion générale 403
1) Construction du modèle actuel de protection 404
2) Réforme du modèle actuel de protection 406
Bibliographie 409
I. Ouvrages généraux : traités, manuels et cours 409
II. Ouvrages spéciaux : thèses, mémoires, monographies et autres travaux 410
1) Thèses et mémoires 410
2) Monographies, essais et autres ouvrages 411

3) Travaux collectifs, rapports, études 416
4) Encyclopédies, dictionnaires, répertoires et lexiques 420
III. Articles, études et chroniques 421
IV. Notes, observations, conclusions et commentaires de jurisprudence 440
V. Autres 445
Index alphabétique 447
Table des matières 453

La durée de la protection en droit d'auteur et droits voisins

Mots clés : modèle, durée, protection, droit d'auteur, copyright, droits voisins, réforme

Le modèle de protection des œuvres de l'esprit, qu'il s'agisse du copyright ou du droit d'auteur, est aujourd'hui vivement critiqué. Notamment concernant sa durée. Pourquoi applique-t-on aujourd'hui une durée de protection de principe de soixante-dix ans *post mortem auctoris* aux œuvres de l'esprit en France, en Europe et aux Etats-Unis ? Et quels sont les enjeux actuels d'une telle durée de la protection à l'heure d'internet et des contenus dématérialisés ?
Pour répondre à ces questions, il est nécessaire de « déconstruire » historiquement et juridiquement le modèle, afin de comprendre l'application actuelle d'une durée de protection de principe de soixante-dix ans *post mortem auctoris* aux œuvres de l'esprit.
S'il est également primordial de comprendre les évolutions récentes des délais de computation et notamment les différentes prorogations de la durée de protection, il est aussi fondamental d'étudier l'élargissement du champ d'application du copyright et du droit d'auteur à certains types d'œuvres tels que le logiciel ou la base de données.
La volonté des lobbyistes de la culture et de nombreux ayants droit de proroger la protection des œuvres de l'esprit participe à la tendance actuelle d'une durée de protection toujours plus longue. Il y a donc urgence, et revaloriser de manière concrète le domaine public est aujourd'hui capital. L'analyse économique du modèle prouve que la durée de protection des œuvres de l'esprit, aujourd'hui particulièrement longue au regard des outils technologiques actuels, freine la diffusion du savoir sans toutefois augmenter l'incitation à la création Ainsi, le modèle de protection doit être analysé et repensé, aussi bien juridiquement qu'économiquement, afin qu'une réforme concrète soit proposée.

Duration of protection in droit d'auteur and droits voisins

Keywords: model, duration, protection, droit d'auteur, copyright, droits voisins, reform

The model of protection of works, whether is copyright or droit d'auteur, is now strongly criticized. Particularly regarding its duration. Why do we now have a seventy years post mortem auctoris term of protection of in France, in European Union and in the United States? In an era of constantly evolving Internet and dematerialized contents what are the risen current challenges for such a period of protection?
Answering these questions requires historical and legal "deconstruction" of the model in order to apprehend the current application of a term of protection of seventy years post mortem auctoris to the works.
While it is also important to understand recent developments in computation time, and in particular the different extensions of the term of protection, it is also fundamental to study the extension of the scope of copyright and droit d'auteur to certain types of works such as software or database.
Cultural lobbyists and many right holders play an important part in the current trend of an ever longer protection period. Therefore reasserting the value of public domain is now not only urgent, it's capital. The economic analysis of the model shows that the duration of protection of works, which is today particularly long with regard to the current technological tools, impedes the spread of knowledge without, however, increasing the incentive to create. Thus, the protection model needs to be analyzed and rethought, both legally and economically, so that concrete reform of this model can be proposed.