



HAL
open science

Analyse prospective de la rémunération des auteurs, artistes-interprètes et producteurs à l'ère de la numérisation

Olivier de Tissot, Francine Wagner-Edelman

► To cite this version:

Olivier de Tissot, Francine Wagner-Edelman. Analyse prospective de la rémunération des auteurs, artistes-interprètes et producteurs à l'ère de la numérisation. 2010, 47 p. hal-00553043

HAL Id: hal-00553043

<https://essec.hal.science/hal-00553043>

Submitted on 6 Jan 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CENTRE DE RECHERCHE

DR 10002



ANALYSE PROSPECTIVE DE LA RÉMUNÉRATION DES
AUTEURS, ARTISTES-INTERPRÈTES ET PRODUCTEURS
À L'ÈRE DE LA NUMÉRISATION

OLIVIER DE TISSOT, FRANCINE WAGNER-EDELMAN

JANVIER 2010

ESSEC

BUSINESS SCHOOL
PARIS-SINGAPORE

*Il est interdit de reproduire ce document ou d'en citer des extraits
sans l'autorisation écrite des auteurs.
It is forbidden to quote all or part of this document without the written consent of the authors.*

- DR 10002 -

Analyse prospective de la rémunération des auteurs, artistes-interprètes et producteurs à l'ère de la numérisation

*Olivier de TISSOT**, *Francine WAGNER-EDELMAN***

Janvier 2010

* ESSEC Business School, Département Droit et Environnement de l'Entreprise, Avenue Bernard Hirsch, BP 50105, 95021 Cergy, France.
Email: detissot@essec.fr

** Avocate à la Cour

Analyse prospective de la rémunération des auteurs, artistes-interprètes et producteurs à l'ère de la numérisation

ABSTRACT:

The authors analyse the present and coming financial consequences of the revolution caused by the new communication media (TV broadcast, DVD, internet...) towards the diffusion of literary and artistic works protected by intellectual property laws to an increasingly larger public.

They successively describe the ongoing extension of the sense of protected works, the concomitant increase of incomes of property rights and the problems raised by the protection of these rights against piracy (Hadopi law), and finally the management perspectives of these rights by means of new legal licences controlled by companies in charge of collecting and distributing royalties (Sociétés de Perception et de Répartition des Droits - SPRD).

Key-Words:

- Companies in Charge of Collecting and Distributing Royalties (Sociétés de Perception et de Répartition des Droits, SPRD)
- Hadopi Laws
- Intellectual Property
- Legal Licences
- Piracy
- Protected Works

RESUME :

Les auteurs analysent les conséquences financières, présentes et à venir, de la révolution provoquée par les nouveaux moyens de communication de masse (chaînes de télévision câblées, lecteurs de DVD, Internet, etc.) dans la diffusion des œuvres protégées par le droit de la propriété littéraire et artistique auprès d'un public de plus en plus vaste. Ils décrivent successivement l'extension continue de la notion d'œuvre protégée, l'augmentation concomitante des revenus des droits patrimoniaux et les problèmes posés par la protection de ces droits contre le « piratage » (lois Hadopi), et enfin les perspectives de gestion de ces droits par le biais de nouvelles licences légales gérées par des Sociétés de Perception et de Répartition des Droits (SPRD).

Mots-clés :

- Licences légales
- Lois Hadopi
- Œuvres protégées
- Piratage
- Propriété littéraire et artistique
- SPRD

JEL classification: KO

Analyse prospective de la rémunération des auteurs, artistes-interprètes et producteurs à l'ère de la numérisation

Olivier de Tissot
Professeur à l'Essec

Francine Wagner-Edelman
Avocate à la Cour

3 janvier 2010

Introduction

En moins de 20 ans, le développement fulgurant de l'usage professionnel puis privé de l'ordinateur par des millions de personnes, et la banalisation tout aussi rapide de la connexion à Internet de ces ordinateurs (20 millions de personnes connectées en France) rendent accessibles des centaines de milliers de sites Web offrant gratuitement informations, jeux, textes, images, vidéos, réseaux d'échange p2p, forums etc. a remis fortement en question l'économie classique des biens culturels, économie fondée depuis plus de 200 ans sur le monopole reconnu à l'auteur sur toutes les formes d'exploitation de son œuvre.

Protégé par son monopole, l'auteur peut donc monnayer librement la reproduction, la représentation, l'exposition, l'intégration dans une autre œuvre, la traduction, et l'adaptation de son œuvre, à l'exception de quelques situations exceptionnelles où l'œuvre peut être utilisée sans son accord moyennant un paiement tarifé, voire gratuitement.

L'apparition d'une véritable « société de loisirs » dans les pays riches tels que la France a multiplié tant les modes de diffusion des œuvres que les publics intéressés.

Les tirages atteints aujourd'hui par les « best sellers », dans ce qu'il est convenu d'appeler la littérature « grand public » laissent loin derrière eux ceux dont pouvaient se glorifier V. Hugo ou A. Dumas, pourtant réputés en leur temps comme de formidables « fabricants » et vendeurs de poèmes ou de romans. Il en va de même que les recettes de films comme « Titanic » ou « Bonjour chez les Chtis » qui stupéfieraient des réalisateurs aussi célèbres que C. Chaplin ou A. Hitchcock. Et Beaumarchais ou Mozart auraient-ils jamais pu imaginer que leur Figaro réjouirait des millions de téléspectateurs par ses tirades vengeresses, alors que de leur vivant quelques milliers d'auditeurs seulement pouvaient apprécier leur talent d'auteur dramatique ou de compositeur ?

Les révolutions provoquées par la radio puis par la télévision dans la diffusion des œuvres littéraires et artistiques ont entraîné la création d'une véritable industrie de la culture, avec ses dizaines de milliers de créateurs. Si les poètes ont disparu, les littérateurs de tous ordres se sont multipliés : romanciers classiques, auteurs de récits policiers ou de science-fiction, mémorialistes politiques et sportifs, essayistes en toute matière, journalistes, traducteurs, scénaristes de films... Les metteurs en scène de théâtre et de cinéma ont troqué leur statut d'habiles techniciens contre celui d'auteurs à part entière. Les musiciens, autrefois élite clairsemée dans quelques genres de musique bien définis (classique, jazz, variétés, opéra), sont devenus des foules bruyantes et conquérantes en tous lieux et en tout temps. Peintres, photographes, illustrateurs, dessinateurs, graphistes etc. ont colonisé journaux, affiches, publicités...

A ces droits d'auteurs traditionnels pour les pays de droit continental – par opposition aux pays de copyright - est venue s'ajouter depuis 1985 la naissance de droits voisins, qui concernent de manière pour le moins paradoxale tout à la fois les artistes-interprètes et les producteurs, les uns comme les autres, voyant leur situation financière s'améliorer considérablement.

Parallèlement à ce stupéfiant accroissement des populations d'auteurs et d'ayant-droits, on assista à l'extension des droits qui leur étaient reconnus par la loi et la jurisprudence, et donc leurs revenus.

On assista également à une extension des droits des producteurs qui se virent reconnaître, par le biais des bases de données protégées « sui generis », l'équivalent des droits de copyright. (Première partie : extension du champ d'application de la propriété littéraire et artistique)

Cependant, avec la révolution Internet concomitante à la globalisation des échanges, certains des revenus dont auteurs, artistes-interprètes et producteurs jouissaient paisiblement se virent brutalement menacés.

Menaces de diffusion gratuite et massive de certaines œuvres parmi les plus rémunératrices. Il s'agit actuellement de la musique enregistrée et des films, pour l'essentiel, mais on peut augurer que la situation deviendra tout aussi critique pour les journaux, les ouvrages scientifiques, la littérature « grand public » etc... car rien n'échappera à Internet.

La numérisation des textes, des images et des sons permet la fixation et la transmission en quelques minutes de n'importe quelle œuvre littéraire ou artistique. Et la banalisation de l'ordinateur autorise une numérisation gratuite, sans accord de l'auteur de l'œuvre numérisée, et ensuite une diffusion sans contrôle et sans paiement de la dite œuvre.

C'est tout le problème de « la piraterie » des œuvres en principe protégées qui est alors posé.

A ce problème, on peut essayer de donner une solution traditionnelle par l'application du droit positif existant, en poursuivant pour contrefaçon toute personne violant par la numérisation les droits des personnes protégées. Certaines grandes sociétés de production ont tenté cette chance, mais sans grand succès. Car la traditionnelle « recette » de l'action en contrefaçon se heurte à deux obstacles de taille : l'étendue extraordinaire de la fraude, et la « bonne conscience » des fraudeurs. On peut certes condamner quelques centaines, voire quelques milliers, de « pirates » tous les ans, dans le cadre de la justice pénale, extrêmement répressive (enquête de police, instruction, expertise, jugement, appel, exécution de la peine), mais lorsque les « pirates » se comptent par millions, et persistent à se croire moralement justifiés dans leur « piraterie », le système répressif trouve ses limites, d'autant plus que les condamnations prévues sont souvent trop sévères pour être appliquées par les juges qui se réfugient derrière le principe de l'application stricte de la loi pénale, tandis que l'exemplarité de certaines décisions isolées, même très médiatisées demeure inefficace.

Or, l'appel à cette forme de justice coûte très cher aux producteurs, éditeurs et auteurs, sans être suffisamment dissuasive ou efficace.

Conscient de l'inadéquation de la répression traditionnelle à la situation nouvelle créée par Internet, le législateur français a tenté de créer de nouvelles armes contre les « pirates », par la loi DAVDSI d'abord, par la loi Hadopi ensuite telle qu'elle fut amendée par le Conseil Constitutionnel : l'avertissement, l'amende et la suspension de l'accès à Internet devaient mettre fin à la piraterie massive de la musique et des films.

Mais ces armes sont et resteront inefficaces car elles ne font que perpétuer le principe du « tout répressif », principe voué à l'échec face à une délinquance de masse.

A situation nouvelle, paradigme nouveau. Il faut renoncer à la répression et lui substituer une gestion collective des rémunérations dues aux personnes protégées pour toute diffusion sur Internet d'une œuvre numérisée. Cette gestion collective existe déjà, sous forme de « licences légales » pour certains modes d'exploitation des œuvres protégées. Elle devrait donc être étendue à la circulation d'œuvres sur Internet sous la forme d'une taxation de l'accès à Internet, dite « contribution créative », dont le produit serait perçu par les fournisseurs d'accès à Internet (Deuxième partie : piraterie informatique et rémunération des auteurs, artistes-interprètes et producteurs).

Les sommes ainsi collectées seront considérables, et elles devraient augmenter à mesure que le nombre de personnes abonnées à Internet augmentera. Le jour est proche où, dans les pays riches, toute personne âgée de 10 à 90 ans possédera non seulement un téléphone portable mais aussi un ordinateur tous deux connectés à Internet, et cela ne pourra donc que favoriser la rémunération de tous les ayant-droits d'une œuvre circulant sur Internet.

Mais si cette gestion collective apparaît comme la seule solution raisonnable aux problèmes de rémunération posés par la création et la diffusion d'œuvres numérisées, encore faudra-t-il surmonter les difficultés créées par une répartition équitable des sommes collectées entre tous les ayant-droits.

Les licences légales déjà existantes ont entraîné la création et le développement de tout un ensemble de Sociétés de Perception et de Répartition des Droits (SPRD) fonctionnant dans un cadre réglementaire fixé par l'Etat. Bien que sociétés civiles relevant du droit privé, ces SPRD sont en principe contrôlées par le Ministre de la Culture, et leur fonctionnement peut également être remis en cause par leurs membres auteurs et artistes-interprètes.

La situation en France de ces SPRD est aujourd'hui assez compliquée, car il existe de grandes différences de statut juridique entre ces sociétés, des chevauchements de compétence, des situations de quasi monopole etc.

La création d'une nouvelle licence légale basée sur la numérisation des œuvres et leur circulation sur Internet devrait donc amener le législateur à poser de nouvelles règles de fonctionnement et de contrôle de ces

SPRD, non seulement en France, mais aussi dans le cadre de l'Union Européenne (Troisième Partie : les problèmes posés par la collecte et la répartition d'une contribution créative).

Enfin, le problème le plus aigu provient juridiquement de la concurrence que se livrent les sociétés de production face aux fournisseurs d'accès à internet et même aux moteurs de recherche qui tentent de s'approprier le contenu des catalogues des producteurs ou éditeurs sans bourse délier.

Dans la mesure où la plupart des auteurs et artistes avaient jusqu'alors besoin des éditeurs et producteurs dont ils constituaient la monnaie vivante, selon le titre de l'opuscule de KLOSSOVSKI (Essai de Pierre Klossovski – Monnaie vivante – Editions Joelle LOSFELD ; 1994), ils ont eu envie d'utiliser le médium d'internet pour se faire connaître sans intermédiaire, mais les rares explorateurs d'un système dépourvu d'intermédiaires considérés comme parasite, se sont aperçus du fait que l'on ne pouvait pas compter sur le succès par internet, sans l'aide de personne.

De ce fait, les producteurs ou FAI ont tendance à s'allier pour trouver des moyens nouveaux de profit et de rémunération. (Quatrième partie – Les conséquences de la globalisation du marché par internet et les solutions envisagées par les opérateurs des marchés concernés).

Chapitre 1: Extension du champ d'application de la propriété littéraire et artistique

Le développement formidable depuis plus d'un demi-siècle des moyens de communication a entraîné une augmentation corrélative tant du nombre des œuvres considérées par la loi et la jurisprudence comme relevant de la propriété littéraire et artistique que des droits attachés à ces œuvres.

Par l'élargissement continu de la notion « d'œuvre littéraire ou artistique », les « auteurs » ont vu leur nombre s'accroître dans des proportions inattendues.

Si l'on en croit les statistiques publiées par le Ministère de la culture¹ et les principales Sociétés de perception et de répartition des droits d'auteurs, les auteurs « professionnels » sont, toutes catégories confondues, très nombreux.

La Sacem revendique 128.000 membres, la Sacd 45.000, l'Adagp 80.000, la Scam 27.000. De 2004 à 2006, le nombre des artistes « plasticiens », est passé de 28.708 à 37.497, soit une progression de plus de 30%. Les chiffres publiés par l'Agessa montrent une augmentation du nombre des auteurs de plus de 36% de 1993 à 2005.

Parallèlement à cet accroissement du nombre des « auteurs » agissant à titre professionnel, de nouvelles catégories de titulaires de droits de propriété intellectuelle apparaissent : artistes interprètes, producteurs de disques et de films, entreprises de télécommunication, propriétaires de bases de données.

Ces nouveaux opérateurs du marché de l'« art » ou assimilé, ont considérablement influencé le droit applicable en matière de droit de la propriété littéraire et artistique qui tient compte des investisseurs au détriment des auteurs, le droit de la concurrence intervenant de plus en plus en plus dans le domaine en faveur des investisseurs ou, à ce jour, des derniers venus que sont les sociétés de télécommunication, téléphonie mobile ou FAI (Fournisseurs d'Accès à Internet).

I – La définition extensive de la notion d'œuvre protégée.

La définition donnée actuellement par la jurisprudence de ce qu'est une œuvre de l'esprit laisserait stupéfaits les auteurs des premières lois sur la protection de la propriété intellectuelle s'ils en avaient connaissance, et Beaumarchais, qui fut à l'initiative de la première Société d'auteurs – la Société des Gens de Lettres, toujours active – ne comprendrait probablement pas que la loi puisse donner au metteur en scène d'une exposition de coiffures²

ou à l'association de randonneurs balisant un circuit de sentiers de montagne³ les mêmes droits qu'à un auteur dramatique ou à un romancier.

Il y a évidemment des limites à ce « laxisme » de la jurisprudence, et nous en donnerons quelques exemples récents – les exceptions – avant de développer notre propos – la règle – sur les évolutions essentielles.

Ainsi, en ce qui concerne les créations de haute coiffure, gastronomie ou parfumerie, la jurisprudence a toujours tendance à leur refuser la protection par la propriété intellectuelle.

En 1989 un projet de loi sur les « créations réservées » n'a jamais abouti, alors qu'il prévoyait de protéger les œuvres en cause, sans laisser de droit moral aux auteurs, ne serait-ce que pour protéger les industries de reproduction de produits surgelés ou de parfumerie en cause.

Plus tard, la Cour de cassation a refusé la protection du droit d'auteur aux œuvres de parfumerie en considérant qu'elles n'étaient protégeables que par le savoir faire⁴, dont on sait qu'il doit être substantiel, spécifique et secret.

Cette décision était destinée à protéger les industries employant des « nez »⁵ qui risquaient de revendre l'utilisation de tel ou tel produit authentique, plutôt que celle de tel ou tel substitut chimique. Une certaine résistance a eu lieu au sein de la Cour d'appel de Paris, mais finalement, c'est la Cour de cassation qui a tranché en faveur d'une protection par le savoir faire. Même chose pour les recettes de cuisine.

Cela signifie que la numérisation d'une formule de parfum ou d'une recette de cuisine n'étant protégeables que par le seul savoir faire, leur transcription audio-visuelle n'est pas considérée comme une œuvre de l'esprit et relève du domaine public.

La seule solution juridique pour éviter la copie, ou pour en réduire l'emprunt, notamment par un salarié ou stagiaire indélicat, consiste à établir avec les intervenants – comme les « nez » – un contrat de confidentialité prévoyant l'interdiction de mettre en ligne une recette ou une formule.

¹ Voir « Culture chiffres 2007 » publié par le Ministère de la culture et de la communication, téléchargeable sur www.culture.gouv.fr/deps; et les sites des sociétés concernées.

² Aix-en-Provence, 11 juin 1987. Cah. Dr. Auteur 1988, n°1, 23.

³ Civ. 30 juin 998. D. 1999 Somm. 63, obs Colombet.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, Dalloz 2006 N°35, p.2470, note Edelman
Résistance de la C.A. Paris, 4^{ème} Ch. A, 14 février 2007, Dalloz 2007 n°11, p.735, note Daleau
Cassé par Cass. Com. 1^{er} juillet 2008, Dalloz 2009 n°11, p.1182, note Edelman

⁵ Les « nez » sont des professionnels très recherchés pour leur sens de l'odorat exceptionnel.

L'on peut également imaginer une protection par le droit des marques associé à la fragrance ou à la recette, de manière à éviter la contrefaçon par référence.

Un médecin pédiatre ou un laboratoire pharmaceutique ne pourra pas présenter sur son site un sirop au goût de la fraise « HARIBO », car la jurisprudence applicable en matière d'imitation ou de contrefaçon de marque par référence s'appliquerait vraisemblablement, d'autant plus que les marques auxquelles il est fait référence sont en général notoirement connues et qu'en conséquence, leur protection est accrue, y compris s'il n'y pas d'identité entre les produits visés par la marque et ceux finalement vendus.

On peut aussi supposer que cette jurisprudence restrictive sur la protection offerte à ces créations, qui, comme toutes les créations, sont au moins le fruit d'un savoir faire, auquel s'ajoute la personnalité de l'auteur, a son fondement dans une vue « platonicienne » de l'œuvre d'art : l'odorat et le goût sont les plus triviaux, les plus « corporels » des sens de l'homme, ils ne participent pas à l'incarnation des idées, comme la vue et l'ouïe.

Ceci étant dit, on doit constater que pour les œuvres qui n'entrent pas dans le champ de ce « dédain platonicien », parler d'une véritable inflation juridique d'œuvres dites « de l'esprit » depuis le début du vingtième siècle, inflation aboutissant aujourd'hui à un réel pullulement d' « auteurs » de genres différents en fonction du système de droit applicable.

En effet, deux systèmes et les conceptions y afférentes pour saisir les paradoxes de traitement des « auteurs » et le caractère transitoire des mesures prises à l'époque de la numérisation.

Ainsi vient en premier lieu le droit continental qui protège les personnes physiques et qui correspond de plus en plus à un ordre ancien perdurant exclusivement dans le domaine du marché de l'art tel qu'on l'imaginait avant la prise en considération des investissements réalisés par les producteurs.

En second lieu vient le droit du copyright pour lequel l'auteur est l'investisseur des contributions à des œuvres collectives, également des « works made for hire » (œuvres de commande) ou encore des œuvres de salariés.⁶

La jurisprudence française, influencée par le droit des Etats Unis a fourni un certain nombre d'illustrations des difficultés provenant de la conception d'œuvre collectives et/ou de collaboration.

Ainsi, le directeur d'un service photographique qui donne des instructions de travail aux photographes du service n'est pas pour autant coauteur des photos réalisées par ses subordonnés.⁷

En ce qui concerne les œuvres photographiques, reconnues depuis longtemps comme des œuvres à part entière ce n'est que fort récemment que les agences et sociétés de presse ont fait en sorte que les photographes salariés, autrefois considérés comme auteurs ne soient plus considérés que comme « contributeurs à des œuvres collectives ».

Les contrats de travail font donc des photographes des salariés, mais la notion d'auteur-contributeur permet de considérer, grâce à des clauses bien rédigées que, d'une part, les supports de leurs clichés appartiennent à l'agence ou à la société de presse, et que, d'autre part, leurs droits patrimoniaux d'auteurs sont réduits à un simple droit de « repasse » des photographies publiées.

Ceci est conforme à la jurisprudence portant sur l'œuvre collective, en application de l'article L.113-5 du Code de la Propriété Intellectuelle

Il vait de soi que le contrat comporte aujourd'hui une clause selon laquelle leurs photographies peuvent être reproduites sur tout support et numérisées en contrepartie d'un règlement forfaitaire.

Enfin, les photographies « de plateau »⁸ ne sont plus protégées ; seuls les supports de celles-ci peuvent être récupérés par leur auteur, la restitution étant indépendante de la protection par le droit d'auteur.

Cette restitution n'est pas toujours évidente lorsque les auteurs ont reconnu « contribuer » à une œuvre collective.

En outre, cette restitution ne leur donne aucun droit exclusif d'auteur et permet donc au producteur de copier le contenu par tout moyen, notamment la numérisation.

On peut tout de même s'interroger sur la compatibilité de ces pratiques avec la conception extensive de la notion d'auteur telle qu'elle a été développée, par exemple, sur le droit des journalistes salariés à une rémunération supplémentaire pour la mise en ligne sur Internet de leurs articles publiés dans la presse écrite.⁹

En revanche, lorsqu'une entreprise ne peut intervenir pour se faire octroyer des droits d'auteurs, le droit ancien perdure.

⁶ International copyright Law, Paul Edward Geller, U.S.A. - 45 à 49

⁷ Paris, 6 novembre 1981, RTDCom. 429, Obs. Françon.

⁸ Photos prises lors d'un tournage sur un « plateau » de cinéma.

⁹ Voir la jurisprudence sur les droits des journalistes des « Dernières nouvelles d'Alsace ».

Ainsi, le client d'un architecte qui avait fourni à ce dernier des esquisses du bâtiment projeté : il n'était pas pour autant le coauteur du dit bâtiment.¹⁰

De même, celui qui ne fait qu'exécuter à la lettre le cahier des charges établi par le producteur d'une œuvre audiovisuelle n'est pas auteur de cette œuvre¹¹.

Mais la Cour de cassation avait déjà admis, à l'occasion de la qualification d'une œuvre de collaboration sollicitée plus de trente ans après la création de l'œuvre, que l'originalité d'un exemplaire existait lorsque l'objet « peut être considéré comme émanant de la main de l'artiste, ou a été réalisé selon ses instructions et sous son contrôle, de sorte que, dans son exécution même, ce support matériel porte la marque de la personnalité de son créateur, et qu'il se distingue par là d'une simple reproduction.

On se rappelle la célèbre affaire Guino¹² qui vit la Cour de cassation reconnaître la qualité de coauteur au sculpteur Guino qui avait réalisé des sculptures sous la direction, et sur les instructions précises, d'Auguste Renoir, ce dernier ne pouvant les réaliser lui-même du fait de l'arthrite mutilante dont ses mains étaient atteintes.

La Cour ne remet pas en question la qualité d'auteur de Renoir, bien que ce dernier n'ait nullement participé physiquement à l'œuvre, peut-être par respect pour la célébrité du peintre. Mais elle admit aussi que le talent créateur de Guino s'exprimait pareillement dans les œuvres ainsi réalisées, du fait qu'en cause d'appel, Guino avait établi avoir réalisé de multiples dessins des œuvres en cause.

Et les hypothèses où la jurisprudence Guino pourrait éventuellement s'appliquer sont nombreuses : rédaction d'un livre (le documentaliste est-il coauteur ?), thèse universitaire (le directeur de thèse ne joue-t-il pas parfois un véritable rôle créateur ?), improvisation d'un acteur sous la direction d'un metteur en scène (l'esprit créateur de l'acteur ne s'exprime-t-il pas de façon marquante ?) etc.

On peut aussi évoquer un exemple moderne particulièrement frappant de ces incertitudes : l'interview.

Les participants aux interviews, qui se sont aujourd'hui multipliés dans la presse écrite, radiophonique, télévisuelle ou numérique, ont été diversement qualifiés.

Si l'interviewer se voit en générale reconnaître la qualité d'auteur, car c'est lui qui est en principe maître des questions¹³, il n'en est pas de même pour l'interviewé. Le tribunal examinera en effet s'il a participé à la conception de l'interview et s'est exprimé de façon « personnelle », auquel cas il sera coauteur¹⁴ ; en revanche, s'il s'est borné à répondre à des questions précises ne laissant aucune marge d'interprétation personnelle, il ne sera qu'un interlocuteur sans aucun droit d'auteur.¹⁵

Si la distinction est facile à faire entre une interview purement technique, comme celle d'un ingénieur en électronique, ou d'un médecin-expert, et l'interview d'un écrivain sur son dernier livre ou d'un peintre sur sa conception de l'art pictural, qu'en est-il de celle d'un analyste politique, d'un statisticien d'un institut de sondage, d'un journaliste sportif etc. ?

Un rapide examen de l'évolution de la nature des différentes catégories d'œuvres protégées est fort éclairant.

Pour les œuvres « littéraires » au sens classique de ce terme, nul ne doute que les romans, les poésies, les pièces de théâtre ou les livrets d'opéra ne soient de véritables créations, fruits d'un talent et d'un effort créatif de leur auteur, et donc « originales » car exprimant la personnalité de ce dernier. A ce titre, elles méritent la protection de la loi contre toute utilisation sans autorisation de leur auteur (sauf exceptions expressément prévues par la loi).

Si l'on en vient à l'examen des œuvres « scientifiques », telles les monographies, mémoires, thèses, articles ou communications académiques, on peut déjà faire quelques réserves car leur dimension littéraire – recherche de la qualité de l'écriture, scénarisation de l'exposé, limpidité du style etc. – n'est pas toujours évidente.

Doit-on faire relever de la propriété « littéraire » l'exposé aride d'une thèse de chimie organique ou l'énoncé bardé de chiffres d'une nouvelle méthode de calcul mathématique ?

La grande majorité des écrits scientifiques, et tout particulièrement dans les sciences exactes, ne font que développer les idées de leur auteur, idées parfois nouvelles et riches de développements ultérieurs, au détriment de tout souci d'élégance formelle. Plus l'exposé est technique, moins sa forme a de l'importance, car les savants se soucient en général fort peu de passer pour des écrivains ou des artistes.

¹⁰ Paris 20 novembre 1996. RIDA 97/3, p. 321

¹¹ Poitiers 7 décembre 1999, JCP E 2000, 1375, obs. Brochard.

¹² Civ 13 novembre 1973, D. 1974, 533, note Colombet. Voir également B. Edelman, « La main et l'esprit », D. 1980, chron. 43.

¹³ Paris 14 novembre 1991, Juris-Data n°1991-024177.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Paris 18 juin 2003D. 2003 Somm. 2757, obs. Sirinelli.

Or la substance d'une œuvre pour le grand public, et pour les juristes d'antan, ne gît pas dans les idées exposées, mais dans la forme que cette œuvre leur donne, et c'est l'originalité de cette forme qui en fait la valeur. Originalité, mais pas nécessairement beauté, émotion, sensibilité, harmonie etc. car tout ce qui relève du subjectif échappe à la qualification juridique.

De même que le Code Pénal ignore les concepts d'honnêteté, de méchanceté, de dégoût, de sympathie, le droit de la propriété littéraire et artistique ne peut prendre en compte beauté ou laideur, émotion ou insensibilité... et doit s'en tenir à l'originalité.

Mais l'originalité, c'est-à-dire la manifestation dans l'œuvre d'un ou de plusieurs aspects de la personnalité de l'auteur, devrait exclure la banalité. Une forme banale ne devrait pas pouvoir être protégée en elle-même, et l'absence de tout apport vraiment personnel de l'auteur dans la forme qu'il donne à son texte devrait exclure ce dernier du champ de la protection de la propriété intellectuelle.

La jurisprudence moderne a malheureusement adopté trop souvent une conception extrêmement permissive, voire laxiste, de la notion d'originalité en matière littéraire.

Elle ainsi reconnu la qualité d'œuvre protégeable à un catalogue de vente par correspondance, à un barème de travaux publics, à un synopsis revêtant « une fantaisie particulière », à des sujets d'examen¹⁶, au guide d'une ville, à des cartes routières... Et l'on pourrait allonger cette liste de toutes les « œuvres » qui, bien que n'ayant pas encore été soumises à la sagacité des tribunaux, pourraient donner lieu un jour prochain à procès.

Quel doit être le statut de la rédaction d'un élève de 6^o sur le thème « racontez vos vacances » ? Doit-on élever au rang de la critique littéraire une dissertation de seconde sur l'opposition entre amour et devoir dans « Le Cid » ? Faut-il reconnaître à tous les étudiants des droits d'auteur sur leurs copies d'examen ?

Si l'on passe de l'enseignement à la police, peut-on envisager qu'un OPJ revendique une propriété intellectuelle sur un rapport d'enquête préliminaire adressé au Procureur de la République, et pourra-t-il s'opposer à ce que le jugement du tribunal correctionnel en reproduise de larges extraits (excédant la courte citation) ? Car pourquoi un OPJ ne pourrait-il pas revendiquer « l'originalité » de son rapport alors qu'un ingénieur le peut pour un article technique dans une revue professionnelle, comme un professeur de faculté pour les exercices qu'il propose à la perspicacité de ses étudiants ? Et que dire des conclusions d'avocats¹⁷, des rapports d'experts, des réquisitions écrites du Parquet ?

Dans ce domaine de la Justice on pourrait sans doute raisonner par analogie avec la jurisprudence fort ancienne¹⁸, mais toujours en vigueur, qui exclut de la propriété intellectuelle les textes « officiels » comme les lois, règlements et circulaires, en se fondant sur leur destination qui est d'être connus de tous, puisque nul n'est censé ignorer la loi.

Cependant, si cette jurisprudence s'applique logiquement à tout ce qui est publié au Journal Officiel et à toutes les décisions judiciaires (ordonnances, jugements et arrêts), on peut s'interroger sur sa mise en œuvre dans la pratique.

Selon deux éminents auteurs¹⁹, deux interprétations sont possibles.

La première, « stricte », comprendrait « l'ensemble des lois, textes réglementaires, travaux préparatoires et décisions juridictionnelles ainsi que tous les documents mentionnés à l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs », et donc aussi bien « aux travaux préparatoires qu'aux décisions de justice et circulaires. »

La seconde, « ouverte », « consisterait à définir le texte officiel comme un texte de portée générale, émanant de l'Etat ou de ses prolongements, qui a vocation à s'imposer à tous, sans pour autant être obligatoire, et qui, par voie de conséquence, devrait recevoir une publicité par le biais d'un canal officiel ».

Entre ces deux interprétations, les auteurs préfèrent la première, mais reconnaissent que dans la pratique judiciaire, « le juge a souvent, pour des raisons de pure opportunité, intégré dans la catégorie des textes qui n'avaient aucun lien avec la notion communément admise ».

On peut donc s'interroger, par exemple, sur le régime qu'il faut appliquer aux pièces d'un dossier judiciaires (procès verbaux de police, requêtes, rapports d'experts etc.), pièces qui ne sont pas publiques, et que leurs auteurs pourraient être tentés d'utiliser ultérieurement en dehors de tout procès – dans un livre de mémoires, par exemple – et d'en interdire ensuite toute reproduction. Ce que l'on admet pour les plaidoiries d'un avocat²⁰, pourquoi ne pas l'admettre pour le réquisitoire d'un procureur ou pour le rapport d'enquête d'un commissaire de police ?

A cet égard, selon le professeur Pierre-Yves GAUTIER, les documents dont s'agit sont des documents dont la destination, à savoir la connaissance par le public, non seulement des lois que nul n'est censé ignorer, mais celle des documents administratifs, y compris archivés ; empêche la protection par le droit d'auteur.

Selon ce professeur, les minutes d'un procès public peuvent être publiées, mais ne sont pourtant pas considérées, en elles même comme œuvres de l'esprit protégeables par le droit d'auteur, même si, bien évidemment, il convient pour l'auteur ou les auteurs de la décision en cause, de la motiver de façon parfois originale.

Seuls les commentaires, sommaires et les dessins des services émettant la monnaie sont protégeables par le droit d'auteur.²¹

¹⁶ Paris 13 juin 1991. D. 1992. Somm. N°3 p. 50, obs. Colombet.

¹⁷ Tb. Civil Seine, 13 février 1952. D. 1952, 245.

¹⁸ Paris 4 juillet 1863, Ann. 1864, p. 295

¹⁹ Vivant, Bruguière. « Droit d'auteur ». Précis Dalloz. Ed 2009. n°77, p. 81.

²⁰ Voir la jurisprudence précitée en application de l'article L 112-2 2° CPI.

²¹ Pierre-Yves GAUTIER – Propriété littéraire et artistique, PUF 6^{ème} édition, p. 95 et suivante.

Cependant, compte tenu des tendances actuelles de la jurisprudence à étendre toujours plus la notion d'œuvre de l'esprit, on ne serait donc pas étonné si un jour prochain de tels documents étaient officiellement protégés par le Code de la Propriété Intellectuelle.

Dans une affaire BRANCUSI publiée par ADAM BIRO qui s'est terminée par une transaction confidentielle, la seule question agitée par ADAM BIRO portait sur la protection de la traduction des minutes du procès et non sur les minutes elles-mêmes.

Cependant, la traduction en cause avait été réalisée par une personne salariée du musée bien connu, le MOMA de New York qui pouvait seul en revendiquer le copyright.²²

Mais une question demeure en droit français, puisque la notion d'« originalité » est seule prise en compte pour savoir si une œuvre est ou non protégeable, ce qui pose d'énormes problèmes en ce qui concerne les œuvres nouvellement protégées par le droit d'auteur, à savoir les logiciels et les bases données.

En ce qui concerne les œuvres au sens commun du terme, le « mérite » d'une œuvre n'étant pas pris en considération, la jurisprudence met donc dans la même catégorie juridique « Les Misérables » et un guide de sentiers de grande randonnée, comme le scénario de « Casablanca » et celui d'un film X, ou l'interview d'un coureur cycliste et celui d'un professeur au Collège de France.

Qui veut faire l'ange fait la bête, dit la sagesse populaire. A force de ne pas vouloir tenir compte de la qualité d'une œuvre, de son « mérite », on en arrive à ne plus savoir ce qu'est une œuvre, et à protéger par le droit ce qui, bon sens gardé, ne mérite en vérité aucune protection.

Ce qui est vrai pour les œuvres dites « littéraires » l'est aussi pour les œuvres « artistiques », qui comprennent aussi bien les traditionnelles œuvres d'art plastique – statues, tableaux, dessins – que les œuvres « conceptuelles » ou même « virtuelles ».

Catégorie fourre-tout, l'œuvre artistique peut être visuelle ou sonore, matérielle ou virtuelle, permanente ou éphémère. Dès lors qu'elle peut être reproduite ou représentée, elle sera protégée, et l'on sait que notre époque a vu se multiplier les procédés de communication au public.

Que le sculpteur, le peintre ou le photographe soient des « auteurs », au sens juridique du terme, qui méritent protection, nul n'en doute, même si l'on peut se demander si la notion d'œuvre « originale », et donc protégée, n'est pas dénaturée lorsqu'elle s'applique à des tirages photographiques que l'on peut multiplier à l'infini à partir du négatif argentique ou du cliché numérisé.²³

Dès 1981 la loi autorisait un sculpteur à créer douze « originaux » numérotés d'un bronze réalisés par un technicien – le bronzier – à partir d'un moule unique créé par l'artiste.²⁴

En 2007, un décret relatif à l'exercice du droit de suite autorisait nombre d'autres artistes plasticiens à imiter les sculpteurs.²⁵

Sont considérées comme des œuvres « originales » les œuvres « exécutées en nombre limité d'exemplaires sous la direction de l'artiste » pourvu qu'elles soient signées et numérotées. Le nombre « limité » d'exemplaires est précisé par le décret pour les sculptures (12) les tapisseries (8), les émaux (8), les œuvres photographiques (30), les créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique (12), mais il reste à l'appréciation de l'artiste pour « les gravures, estampes et lithographies ».

Or on sait que les lithographies sont parfois tirées à plusieurs dizaines, voire centaines, d'exemplaires numérotés, comme les « porte folios signés » par les dessinateurs, qui ne sont en réalité que des reproductions.

Cette confusion entre œuvre originale et copie profite évidemment aux auteurs, mais elle ouvre aussi la voie à tous les excès : à quand le statut d'œuvre protégée pour des cartes postales signées par le photographe ou des livres dédicacés, et donc signés, par l'écrivain ? Excès d'ailleurs permis par le décret qui, par l'imprécision du terme « nombre limité » et l'emploi de l'adverbe « notamment », autorise les artistes un peu imaginatifs à se créer de nouvelles sources de revenus

La question des œuvres conceptuelles n'est pas nouvelle puisque l'on peut dater la naissance de ces dernières de la « création » en 1914 par Marcel Duchamp, au début du mouvement Dada, de son premier « ready made », le porte-bouteilles Hérisson. En proclamant que des objets aussi triviaux qu'un porte-bouteilles ou un urinoir devenaient des œuvres d'art par la seule volonté de l'artiste, Duchamp fit d'abord beaucoup rire. Mais ce qui apparaissait initialement comme un

²² Adam Biro, éditeur des minutes du procès ayant opposé à New York Brancusi aux Douanes américaines sur la nature d'objet manufacturé ou d'œuvre de l'esprit d'une sculpture de Brancusi, entra en conflit avec B. Edelman pour la reproduction par celui-ci de certains éléments de ces minutes dans son ouvrage « L'adieu aux arts ». Ce conflit se termina par une transaction.

²³ L'interprétation jurisprudentielle de la loi « Lang » du 3 juillet 1985 a mis fin à la distinction traditionnelle entre les photos « artistiques » et les photos purement « descriptives », et même les reproductions « serviles » d'une œuvre d'art deviennent des œuvres protégées. Paris. 26 septembre 2001. D. 2001, 3279 commenté par la rédaction. Voir les intéressants développements en la matière de MM. Vivant et Bruguère dans « Droit d'auteur », Précis Dalloz, p.111, n°126 et suivants, ainsi que A. Bertrand, in « Le droit d'auteur et les droits voisins », Dalloz, 2^{ème} éd., p.650.

²⁴ Décret 3 mars 1981.

²⁵ Décret 9 mai 2007, pris en application de l'article L. 122-8 CPI, au JO 10 mai 2007.

canular d'étudiant, et appeler « fontaine » un urinoir allait évidemment en ce sens, devint rapidement un vigoureux courant artistique qui sut se faire reconnaître comme tel d'abord par une minorité d'happy fews, puis par les directeurs de musées et les galeristes, et enfin par la jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique.

Aujourd'hui, les juges condamnent systématiquement ceux qui, par exemple, entendent dégrader ou modifier de telles œuvres : attaquer au marteau l'urinoir de Duchamp ou apposer la marque écarlate d'un baiser sur un tableau uniformément blanc sont des actes de contrefaçon, et donc passibles de sanctions pénales et de dommages-intérêts civils.²⁶

Le Tribunal de grande instance d'Avignon n'a été particulièrement sévère avec la jeune femme, Rindy Sam, qui a osé marquer du dessin écarlate de ses lèvres le tableau blanc sur blanc de Cy Twombly, mais il l'a tout de même condamnée.

Réfutant l'argument de la prévenue selon lequel son baiser avait été un "geste d'amour" et non un acte de vandalisme, le tribunal l'a condamnée à 100 heures de travaux d'intérêt général alors que le représentant du parquet avait requis une amende de 4.500 euros et un stage de citoyenneté.

Rindy Sam devra aussi indemniser les parties civiles, à hauteur de 1.000 euros pour le propriétaire de l'œuvre, 500 euros pour la Collection Lambert qui l'exposait et un euro symbolique à Cy Twombly, artiste de renommée internationale, qui s'était dit "horrifié" par le baiser incriminé.²⁷

Le conceptuel s'est fait aussi virtuel, à l'exemple du peintre Y. Klein, qui, déjà célèbre par ses « monochromes », a poussé l'audace artistique jusqu'à vendre des espaces non localisés baptisés « zone de sensibilité picturale immatérielle » vendus au prix de 20 grammes d'or fin en échange d'un certificat de propriété.²⁸

Digne successeur d'Y. Klein, l'artiste qui créa une œuvre virtuelle en apposant un écriteau « Paradis » au dessus de la porte des WC dans un hôpital psychiatrique obtint la protection de la justice contre la reproduction par photographie de cette œuvre magnifique.²⁹

Comme le relatait un commentateur de l'arrêt de la Cour de Cassation :

« La cour a ainsi approuvé les juges de la cour d'appel de Paris qui, le 28 juin 2006, avaient jugé que l'œuvre litigieuse bénéficiait de la protection du droit d'auteur parce qu'elle ne consiste pas en une simple reproduction du terme "Paradis". Lesdits juges - des esthètes ! - avaient déclaré sans rire que l'apposition de ce mot en lettres dorées "avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille", donnait à la porte de toilettes le caractère d'une œuvre d'art incontestable. La cour a tenu à préciser que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur... »

La Haute juridiction s'est fendue d'un argument supplémentaire des plus sérieux en décidant que l'approche conceptuelle de l'artiste était originale puisque elle détourne de son sens commun un lieu particulier. Si cette jurisprudence venait à se développer, cela deviendrait l'enfer sur terre ! En tous les cas, une chose est sûre : nous irons tous au paradis... ».³⁰

La jurisprudence a aussi reconnu comme œuvre artistique ce que leurs créateurs appellent des « performances », qui font penser aux « happenings » d'antan.

On peut en donner pour exemple la manifestation réalisée en 1994 par A. Sorbelli, intitulée « Première tentative de rapport avec un chef d'œuvre, dans laquelle l'artiste se mettait en scène en travesti devant la Joconde, en se référant sans doute à l'aspect androgyne de Mona Lisa. Cette « performance » fut photographiée, et les photographies ensuite publiées sous le seul nom de la photographe, ce qui incita A. Sorbelli à saisir la justice pour se voir reconnaître la qualité d'auteur de sa mise en scène. La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 5 décembre 2004³¹, lui donna partiellement raison en estimant qu'il était coauteur des photographies litigieuses, celles-ci constituant des œuvres de collaboration avec la photographe.

« Performances » ou « happenings » paraissent même aujourd'hui dépassés dans l'audace, et donc démodés, par nos modernes « plasticiens ».

C'est ainsi que le Musée national d'art moderne du Centre Pompidou (dont la réputation artistique n'est plus à faire) a organisé en février 2009 une exposition intitulée « Vides, une rétrospective », qui « donne à voir les propositions radicales de neuf artistes, des années 1960 à nos jours »³².

Cette exposition était constituée par « neuf salles vides, aux cimaises blanches » constituant « l'exposition la plus radicale que l'on ait jamais vue dans un musée », et permettant ainsi au public, selon le très cultivé commentateur du Figaro, de s'allonger, de s'embrasser, de téléphoner, de lire les panneaux, « dans une réelle euphorie »...³³

Il n'y a pas de limites à l'imagination des artistes, au snobisme des happy fews, et au laxisme des finances publiques... Et on peut imaginer qu'un visiteur qui tenterait de « remplir ces vides » en y répandant de la terre apportée dans un sac ou en y installant un fauteuil pliant pourrait être condamné, tout comme Rindy Sam, pour atteinte au droit moral au respect de l'œuvre de l'auteur de cette exposition...

²⁶ TGI Tarascon 20 novembre 1998. D. 2000. 128. obs. B. Edelman ;

²⁷ <http://www.art-et-voyage.com/blog/index.php?2007/11>

²⁸ Cité dans « Yves Klein » www.terrafemina.com

²⁹ Cass. 13 novembre 2008.

³⁰ www.agoravox.com. « Le paradis était fermé de l'intérieur » 4 décembre 2008. et obs. EDELMAN sous l'arrêt de la Cour de cassation, 1^{ère} civile, 13 novembre 2008, Dalloz 2009, N°4 « Un arrêt énigmatique ».

³¹ Paris 5 décembre 2004. D. 2005. 1237. obs. E. Treppoz.

³² E. Lequeux. « Neuf histoires de vide au Centre Pompidou. » Le Monde 22-23 février 2009.

³³ « Quand les vides dansent ». A. Goetz, Le Figaro 2 mars 2009.

Proche de la photographie par ses immenses capacités de reproduction, la numérisation l'est aussi par le fait qu'elle peut être considérée comme créatrice d'une œuvre dérivée de l'œuvre numérisée (texte, image).

La photographie d'un tableau ou d'une statue est depuis longtemps considérée comme une œuvre à part entière dès lors que le photographe a fait des choix techniques – cadrage, lumière, vitesse, couleurs, grain etc. – reflétant sa personnalité.

Pourquoi alors ne pas admettre que la numérisation d'un texte ou d'une image aboutit aussi à créer une œuvre dérivée puisque l'auteur de la numérisation a nécessairement aussi fait des choix techniques (choix du logiciel, correction d'images etc.) en toute liberté ? C'est le raisonnement tenu par la Bibliothèque Nationale de France lorsqu'elle estime qu'en numérisant des ouvrages tombés dans le domaine public – et donc librement reproductibles – elle crée des œuvres dérivées dont elle peut légitimement restreindre la reproduction à un usage strictement privé, en excluant toute reproduction à usage collectif ou professionnel.³⁴

Le raisonnement de la BNF peut laisser perplexe, car la numérisation relève en réalité de la reproduction servile, et non de la création d'une œuvre dérivée. Dans l'hypothèse inverse, on ne comprendrait pas pourquoi les éditeurs de livres de Voltaire, de Victor Hugo ou de Marcel Proust ne revendiquent pas un droit d'auteur sur les exemplaires imprimés des œuvres de ces auteurs qu'ils diffusent par centaines de milliers...

En réalité, une fois de plus, le problème est de choisir entre d'une part la protection des auteurs ou de leurs ayants droits et d'autre part celle des investisseurs.

Même évolution du statut des œuvres « sonores ».

Les œuvres sonores se limitaient traditionnellement à la musique et aux discours prononcés en public. Aujourd'hui on observe d'abord que la notion de musique même, traditionnellement réservée à la musique classique, au jazz et aux variétés, s'est considérablement élargie.

Ce fut d'abord la musique « concrète », avatar le plus spectaculaire de la musique classique contemporaine, qui parvint à s'imposer.

Ajoutant aux sons produits par les instruments traditionnels (cordes, claviers, vents etc.) ceux, pour ne prendre que quelques exemples, d'une porte qui grince, d'un robinet qui goutte ou d'un parquet qui craque, la musique concrète est grosse d'un nombre infini d'œuvres dépendant de la seule imagination de leurs créateurs. La juxtaposition ou l'accumulation arbitraire de n'importe quels sons pourra se voir qualifier d'œuvre par la seule volonté de l'artiste, par le même mécanisme mental que nous avons déjà vu à l'œuvre dans les ready mad de Duchamp. Si la jurisprudence française, à la différence de celle des USA, refuse toujours de qualifier d'œuvres des enregistrements individuels de bruits naturels – chants d'oiseau, orages, torrents, éboulement etc. –³⁵, elle devra donc s'incliner devant une « Suite pour rossignol et porte de voiture » ou un « trio pour corne de brume, avertisseur d'incendie et serpent à sonnette » ...

On peut facilement imaginer que dans un proche avenir des accessoiristes de cinéma ou de théâtre particulièrement ingénieux dans la reproduction d'un galop de cheval avec des castagnettes ou d'une averse de grêle avec une tôle ondulée et une cuillère en bois demandent à bénéficier du statut d'auteur, et trouvent des juges pour les approuver.

De très courts extraits d'œuvres musicales préexistantes, d'à peine quelques secondes, sont aussi considérés comme des œuvres à part entière. Ces « samples » pourraient évidemment être considérés comme de « courtes citations » et être à ce titre utilisables librement par tout un chacun, mais là encore c'est une logique commerciale qui l'a emporté dans l'esprit des tribunaux : l'exception de courte citation n'est pas recevable en matière de musique (bien que la question soit controversée en doctrine)³⁶ et celui qui met en vente des samples³⁷ – notamment sur Internet³⁸ – se voit reconnaître les droits patrimoniaux et moraux d'un auteur.

Le Conseil d'Etat a même été jusqu'à attribuer la qualité d'auteur à celui qui sans être compositeur en aucune façon dispose d'assez d'oreille et de savoir technique pour restaurer un orgue.³⁹ Le Conseil en effet estimait que le facteur d'orgue « sera nécessairement un musicien doué pour parfaire l'harmonisation et l'accord d'un instrument qu'il a construit. En ce sens il est artiste, c'est-à-dire capable de donner une âme à son œuvre. » Argumentation étonnante, car elle introduit une nouvelle caractéristique de l'œuvre, son « âme », et une nouvelle qualité de l'auteur, être « un musicien doué »...

Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a admis la protection de la musique électroacoustique, sur le fondement de ce que l'apport des techniques informatiques tant dans le domaine de la création que de l'interprétation ne saurait être méconnu. La Cour a en outre relevé qu'en l'espèce, le rapport d'expertise permettait de considérer que « les musiques de

³⁴ Voir « Le domaine public est-il vraiment public quand il est numérisé. » www.bibliosession.net

³⁵ Voir « Droit d'auteur » M. Vivant et J-M Bruguière. Précis Dalloz 2009. n°54.

³⁶ Par exemple TGI Paris 30 septembre 1983. D. 1984. Somm. 290 obs. Colombet. Pour la controverse doctrinale, voir D. Lefranc « Fragments sonores et créations musicales. » D. 2000. Cah. Aff. 497.

³⁷ Un **échantillon** (*sample* en anglais) est un extrait de musique ou un son réutilisé dans une nouvelle composition musicale, souvent joué en boucle. L'extrait original peut être une note, un motif musical ou sonore quelconque. Il peut être original ou réutilisé en dehors de son contexte d'origine. L'échantillonnage (*sampling* en anglais) peut être réalisé avec un échantillonneur (*sampler* en anglais), qui peut être un équipement électronique ou un programme informatique sur un ordinateur. Il est également possible d'échantillonner avec des boucles de bande magnétique sur une machine *reel to reel*. www.Wikipedia.fr

³⁸ Par exemple, on peut acheter une centaine de samples « Platinum samples Andy Johns classic Drums » pour le prix de 196 € sur le site <http://www.commentcamarche.net/guide/193883569-platinum-samples-andy-john-s-classic-drums>

³⁹ CE 14 juin 1999. Jcp G. 1999. II. 102090. Concl Combexelle ; RTD com. 1999. 865. obs. Françon.

base litigieuses ne pouvaient avoir été réalisées dans une forme aussi aboutie qu'après élaboration par le compositeur d'une structure musicale établie... ».⁴⁰

Les spectacles, ou les éléments d'un spectacle, protégés par la propriété littéraire et artistique se sont également multipliés.

Sans doute en conséquence du prodigieux développement du cinéma, la mise en scène d'un film, mais aussi celle d'une pièce de théâtre, d'un ballet, d'un opéra, d'un tour de magie, d'un sketch comique, d'un clip publicitaire, d'une exposition etc. a accédé au statut d'œuvre de l'esprit, et est donc protégée comme telle.

De même, le metteur en scène d'un film X ou d'une exposition de meubles dans un show-room jouissent des mêmes droits que Claude Miller ou Bernard Murat.

Aux metteurs en scène « classiques » sont venus s'ajouter « le metteur en lumière », le « scénographe », l'organisateur d'un défilé commémoratif, le maître d'œuvre d'une cérémonie d'ouverture des Jeux olympiques.

Le metteur en scène d'une photo n'est pas nécessairement le photographe lui-même : pour être reconnu comme auteur, il suffit qu'il ait maîtrisé les éléments déterminants de la photo, à savoir « le cadrage, l'instant convenable de la prise de vue, la qualité des contrastes de couleur et de relief, le jeu de la lumière et des volumes, enfin le choix de l'objectif et de la pellicule ainsi que le tirage ».⁴¹

Bientôt s'ajouteront sans doute à cette liste l'auteur du « casting » d'un film, le directeur d'un plateau de post-synchronisation, le chef maquilleur, le responsable des costumes et autres ingénieurs du son.

En admettant que le metteur en scène d'un film était un auteur et non un technicien (comme le définit encore le droit américain⁴²), on a ouvert la voie à tous les professionnels qui peuvent prétendre que leur participation à un spectacle, quel que soit ce spectacle, relève de l'art et non du savoir-faire. Les génériques des films sont d'ailleurs caractéristiques de cette tendance, qui énumèrent longuement tous les participants à la création du film, du metteur en scène au dernier stagiaire de la production... comme si tous avaient travaillé comme coauteurs du film.⁴³

A quand la reconnaissance de la qualité d'auteur à l'organisateur d'une corrida - qui définit l'ordre de passage des toreros et de leurs péons, les airs de musique joués à certains moments prédéfinis, le choix des taureaux - ou au président d'un club sportif qui, inspiré sans doute par l'intervention de pom-pom girls dans les matchs de football américains ou les combats de boxe made in USA, distrait les spectateurs entre les périodes de jeu avec des majorettes, des acrobates à moto ou des danseuses de Folies Bergère.⁴⁴

Et que dire d'une association de loisirs qui trace un itinéraire de randonnée à la campagne et revendique la qualité d'auteur pour en interdire la description dans un guide local ? Eh bien il faut dire, avec la Cour de cassation, qu'elle a raison !⁴⁵

⁴⁰ C.A. Paris, 4^{ème} Civ. A, 3 mai 2006, Dalloz 2007, n°37, Commentaire Michael LEVINAS, compositeur -pianiste, professeur au conservatoire national de musique et de danse de Paris et Bernard EDELMAN.

⁴¹ Paris 11 juin 1990. RIDA 1990, n°146, p.293

⁴² Affaire Huston. Cass. 28 mai 1991.D. 1993, 197.

Cette affaire fut commentée par N. Albana dans le Monde Diplomatique dans des termes sans équivoques :

« Lorsque, il y a quelques années, la chaîne de télévision La Cinq a voulu diffuser la version colorisée du film de John Huston *Quand la ville dort (Asphalt Jungle)*, les héritiers du réalisateur ont lancé une procédure pour faire interdire cette diffusion : John Huston avait toujours été hostile à la colorisation et avait, de surcroît, tourné celui-là volontairement en noir et blanc. Le metteur en scène n'ayant pas, aux Etats-Unis, de droit d'auteur, mais en ayant en France, la question se posait de savoir si la règle française qui lui confère un droit moral sur son œuvre est assez fondamentale dans notre droit pour être considérée comme « d'ordre public », permettant ainsi d'écarter la règle américaine.

Le premier juge a interdit la diffusion du colorisé ; la cour d'appel l'a autorisée (et elle a eu lieu) ; la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel. Qui peut sérieusement imaginer qu'une quelconque de ces trois décisions était idéologiquement neutre ?

<http://www.monde-diplomatique.fr/2001/07/ALBALA/15353>

⁴³ On observera cependant que de nombreuses chaînes de télévision font défiler le générique sur l'écran à une telle vitesse qu'il en devient illisible pour un téléspectateur normal, pratique qui viole évidemment le droit de paternité des auteurs du film.

⁴⁴ Spectacles vus au Stade de France lors de matchs de rugby en 2008.

⁴⁵ Civ. 30 juin 1998. D. 1999. Somm. 63. obs. Colombet.

II – La montée en puissance des droits patrimoniaux

La loi de 1957 comme le CPI de 1994 bornaient les droits patrimoniaux des auteurs aux seuls droits de reproduction, de représentation et de suite.

Or depuis une dizaine d'années ces droits traditionnels se sont vus définis par la loi et la jurisprudence de façon de plus en plus extensive à mesure que les possibilités de diffusion des œuvres s'accroissaient avec le développement exponentiel tant des médias traditionnels – stations de radio et chaînes de télévision – que des ordinateurs connectés à Internet.

Dotés de capacités de stockage toujours plus importantes – on peut déjà stocker plus de mille films format cinéma sur un seul disque dur externe⁴⁶ – capables de fonctionner en réseaux, et pouvant accéder aux milliers de sites Web publiant et offrant au téléchargement gratuit des centaines de milliers d'œuvres protégées, ces ordinateurs ont provoqué une véritable révolution dans les modes de diffusion des œuvres de l'esprit dans le grand public.

Les droits de reproduction et de représentation se sont donc vus remodelés par le Droit français dans le sens d'une plus grande protection des auteurs et de leurs ayants-droits, le droit de suite subissant pour sa part des modifications mineures quant à son champ d'application et à ses incidences financières.⁴⁷

A cette première cause d'une augmentation importante des droits patrimoniaux des auteurs s'en est ajoutée une autre, plus inattendue : la création par la pratique, et la validation subséquente par la loi et la jurisprudence, de nouveaux droits.

Le premier de ces nouveaux venus, c'est le droit d'exposition, qui se traduit par une restriction considérable des droits d'utilisation traditionnels des propriétaires d'œuvres d'art plastique (tableaux, statues, bâtiments etc.) lorsque ces derniers n'ont pas pensé à « acheter » ce nouveau droit en même temps que l'œuvre elle-même.

Le deuxième, c'est le droit de location de l'œuvre qui, par un étrange paradoxe, interdit au propriétaire de l'œuvre de la louer à une personne et pour un loyer de son choix sans l'autorisation de l'auteur, alors que cette autorisation n'est pas nécessaire s'il veut donner ou vendre l'œuvre... Pour parler en juriste, le propriétaire de l'œuvre en garde l'usus et l'abusus, mais en perd le fructus, ce qui est une forme nouvelle de démembrement du droit de propriété, et peut étonner toute personne de bon sens.

Enfin, dernier-né des droits patrimoniaux, le droit de prêt de l'œuvre, droit encore limité aux bibliothèques publiques, mais dont on peut craindre, ou espérer, qu'il ne s'étende dans un proche avenir à toute forme de prêt, y compris à un prêt entre particuliers dans un contexte non professionnel.

Avant de procéder à une analyse détaillée de ces évolutions et de leurs conséquences pratiques, on se doit d'observer que les intérêts en jeu sont considérables.

Augmenter les droits patrimoniaux des auteurs sur les modes de diffusion et d'exploitation de leurs œuvres, et donc sur les rémunérations y afférentes, c'est inciter de plus en plus d'artistes à tenter de vivre de leur art, c'est aussi faire naître des vocations artistiques en dehors de milieux sociaux favorisés, c'est finalement encourager la créativité de tous les membres de notre société, et l'on ne peut que s'en féliciter.

Mais, revers de la médaille, c'est aussi permettre aux auteurs, et plus particulièrement aux ayants-droits (éditeurs, producteurs etc.) qui exploitent leurs œuvres, de limiter par l'argent le droit de tous, y compris les plus pauvres, à accéder à toutes les formes de culture, comme le prévoient la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme entre autres textes fondamentaux. Si « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer à la vie scientifique et aux bienfaits qui en résultent... »⁴⁸, l'exercice de ces droits ne doit pas dépendre des ressources financières de la personne.

Le débat actuel sur la « gratuité » de l'accès à certaines œuvres, et notamment aux œuvres musicales et audiovisuelles, par l'intermédiaire du téléchargement sur Internet, est sur ce point exemplaire, qui voit s'affronter certains producteurs, auteurs et artistes-interprètes (ces deux dernières catégories étant elles-mêmes fort divisées) à une très forte majorité d'internautes soutenus par les plus importantes des associations de consommateurs (UFC Que Choisir en particulier).

Et le débat est loin d'être tranché.

A – Les mutations du droit de reproduction.

Tant que les photocopieuses et les ordinateurs n'existaient pas, la mise en œuvre du droit de reproduction d'une œuvre littéraire et artistique ne posait guère de problèmes : l'auteur en avait en principe le monopole, sous réserve des quelques exceptions prévues par la loi – courte citation, discours publics, revues de presse, parodies – dont la plus importante en pratique, celle de la copie privée, n'était que rarement une occasion de conflit. Tout le monde admettait qu'un étudiant, un chercheur, un journaliste, un retraité etc. puisse librement copier un article de presse ou quelques pages d'un ouvrage pour ses besoins professionnels ou dans le cadre de sa vie privée.

⁴⁶ On peut acheter dans le commerce une clé usb de 16 GigaOctét (GO) au prix de 55,94 € et un disque dur externe de 1 TéraOctét (TO) pour la somme de 159,90 €. Voir le catalogue de la Fnac sur www.fnac.fr.

⁴⁷ Loi Davdsi du 1 août 2006 et Décret du 9 mai 2007.

⁴⁸ Article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

Avec la multiplication des photocopieuses, qui en quelques années ont envahi à peu près tous les locaux à usages professionnels, associatifs, éducatifs, politiques etc. les éditeurs de livres ont soudain fait valoir que ces machines leur ôtaient de plus en plus de clients potentiels puisque ces derniers, au lieu d'acheter un ouvrage dont ils ont besoin peuvent le photocopier quasiment gratuitement dans leur entreprise, leur université, leur ministère...

Après quelques actions en justice spectaculaires menées par des éditeurs contre des ministères ou des établissements d'enseignement coupables d'avoir laissé leur personnel photocopier sans compter, actions qui, après diverses perquisitions et saisies, aboutirent à la condamnation pour contrefaçon des coupables et avaient préparé l'opinion publique à des mesures législatives pas nécessairement conformes à l'intérêt des lecteurs,⁴⁹ l'article L 122-10 CPI confia « le droit de reproduction par reprographie » au Centre français du droit de copie (dit CFC), qui, associé aujourd'hui à la SEAM, perçoit de toutes les entreprises, administrations, associations, universités etc. utilisant couramment des photocopieuses des sommes proportionnelles au nombre de photocopies effectuées, sommes ensuite réparties entre les éditeurs et les auteurs concernés.

Les sommes ainsi collectées sont loin d'être négligeables: 29,4 millions € en 2008 aux éditeurs.⁵⁰

La multiplication magnétophones, magnétoscopes, lecteurs-enregistreurs et ordinateurs dans les entreprises comme dans le grand public, joua pour la musique et les films le rôle joué par les photocopieuses pour l'écrit.

Les cassettes audio et vidéo devinrent aussi banales que les livres, avant que les CD et les DVD ne les rendent peu à peu obsolètes. La multiplication concomitante des ordinateurs, de leurs scanners, de leurs graveurs de DVD, et de leurs connexions à Internet firent de la copie d'un morceau de musique ou d'un film un jeu d'enfant pour toute personne capable de se servir d'un ordinateur moderne. Connexions à Internet, disques durs et graveurs de DVD devinrent la sainte trinité des copieurs qui, organisés en réseaux P2P et bravant des lois inapplicables, ont un accès inépuisable à toutes les œuvres musicales ou audiovisuelles circulant sur Internet.

Les producteurs de films et de musique sont plus attentifs que les éditeurs à la protection de leurs intérêts financiers. Ils obtinrent très rapidement que soit instaurée une sorte de taxe sur tous les supports vierges de musique ou d'images vendus aux consommateurs désireux d'y copier ensuite gratuitement tout ce qui passe à la radio ou, surtout, à la télévision (films, opéras, émissions d'actualité etc.).

Ne frappant à l'origine que les cassettes audio et vidéo cette taxe a été étendue petit à petit à tous les nouveaux supports numériques utilisés par les ordinateurs, les téléphones portables, les « baladeurs », les clés USB. Son montant est régulièrement révisé à la hausse par une commission administrative instituée par la CPI (voir note), et les sommes encaissées sont partagées entre les producteurs, les auteurs et les artistes-interprètes (pourcentages. Sommes qui se sont montées à 155 millions € en 2005⁵¹, un assez beau total

Prélevée directement par le vendeur lors de l'achat du support, elle est intégrée dans le prix payé par le consommateur qui, le plus souvent, en ignore l'existence. Cette ignorance n'est pas sans conséquence aujourd'hui alors que le droit de copie privée est toujours plus restreint par les lois DAVDSI et HADOPI car elle fait qu'une minorité seulement des internautes qui téléchargent des fichiers musicaux ou vidéo sur Internet en les payant s'interrogent sur la moralité d'un système qui leur fait payer deux fois le droit de copier, une première fois lors de l'achat du support de l'enregistrement et une deuxième fois lors du téléchargement. Cette technique du double paiement peut en effet laisser songeur : si elle se justifie par le souci de rémunérer correctement les auteurs et les producteurs, alors pourquoi ne pas instaurer aussi une taxe au bénéfice des auteurs et éditeurs sur les rames de papier utilisées par les photocopieuses ou par les écrivains sur leurs imprimantes... ?

Le droit reconnu à toute personne de copier librement toute œuvre de l'esprit pour son usage privé n'est donc pas gratuit, et même si son coût pour chaque support acheté est relativement faible, il peut être dissuasif pour un amoureux de la culture qui, peu fortuné (pour ne pas dire pauvre), voudrait se constituer une discothèque ou une vidéothèque digne de ce nom.

Autre source de revenus pour les auteurs et leurs ayants-droits jadis ignorée par la loi mais qui a aujourd'hui droit de cité : le droit de reproduction de « l'image » d'une œuvre.

Les musées ont de longue date commercialisé des reproductions photographiques des peintures, sculptures, gravures, bijoux etc. qui font la richesse de leurs collections, en se fondant sur leur droit de propriété des objets en question. Analyse justifiée par la récente jurisprudence de la Cour de cassation qui reconnaît au propriétaire d'un bien corporel – maison, bateau, et même une île ou un volcan (références) – de s'opposer à la reproduction de son image s'il entend exploiter professionnellement cette dernière.⁵²

Mais si le bien concerné est aussi une œuvre de l'esprit, et l'on sait que les œuvres de l'esprit se sont multipliées, le propriétaire de l'objet doit aussi respecter le droit de l'auteur de l'œuvre conformément au principe bien établi qui veut que la propriété du « support matériel » de l'œuvre ne confère pas celle des droits moraux et patrimoniaux de l'auteur de l'œuvre⁵³

⁴⁹ Voir notamment l'affaire du CNRS : TGI Paris 28 janvier 1974. Jcp. 1975. II. 18163. note Françon.

⁵⁰ http://www.cfcopies.com/V2/cfc/cfc_chif_04.php. Quant aux sommes reversées par ces derniers à leurs auteurs, les informations manquent.

⁵¹ Voir « Chiffres clés de la culture » sur le site du Ministère de la culture.

⁵² Cass. 10 mars 1999. Bull. I n°87

⁵³ Paris 1 juillet 1964. Annales PI, 1965, p.223; Cass 20 décembre 1966. D. 1967. 159 ; Cass. 28 juin 1988. Juris-data n°1988. 002437.

On en conclut donc que le propriétaire de l'objet ne peut exploiter commercialement l'image de cet objet, en la reproduisant par exemple sur des cartes postales, des livres d'art ou des brochures touristiques, qu'après en avoir obtenu l'autorisation, généralement payante, de l'auteur.

Pour certains auteurs, l'intérêt financier de ce droit sur l'image de leur œuvre, est loin d'être négligeable. Que l'on pense par exemple aux ventes de milliers de cartes postales, posters ou affiches représentant la BNF, la Grande Arche de la Défense, ou les colonnes de Buren, pour ne prendre que quelques exemples : de même que les petites rivières font les grands fleuves, l'accumulation de quelques centimes d'euros par image vendue finit par faire de belles sommes ! C'est ainsi qu'un architecte parisien renommé se serait réjoui de ce que son droit sur l'image de l'imposant bâtiment qu'il venait de construire pour l'Etat constituerait « la dot de ma fille »...

Certains auteurs sont d'ailleurs très attentifs sur l'utilisation de l'image de leurs œuvres, au point parfois de vouloir en faire payer l'utilisation alors que cette image n'est qu'une partie d'un tout. C'est ainsi que Buren, artiste renommé pour son goût exclusif des rayures et de toutes leurs déclinaisons (en colonnes, par exemple, comme au Palais Royal à Paris) a voulu faire juger que sa qualité d'auteur de l'aménagement d'une partie de la célèbre Place des Terreaux à Lyon interdisait toute reproduction photographique de la dite place sans son autorisation. La juridiction saisie lui donna tort au motif qu'il n'avait pas réaménagé toute la Place des Terreaux mais seulement une de ses parties, qu'il ne pouvait donc prétendre à un droit sur l'image de toute la place, et que ce droit ne pouvait lui permettre d'interdire la reproduction de l'image de toute la place⁵⁴Décision de bon sens, évidemment, car une décision contraire, pour ne prendre qu'un seul exemple, aurait rendu impossible toute photo du Jardin des Tuileries, avec ses nombreuses statues, sans l'autorisation de chacun des sculpteurs concernés...

Enfin, cette énumération ne serait pas complète si nous n'évoquions pas le droit de prêt, dans ses aspects tant collectifs qu'individuels.

Collectif, le droit de prêt institué par la loi du 18 mars 2003 sur le prêt de livres par les bibliothèques publiques.

Chaque livre acheté par la bibliothèque génère une taxe d'un montant de 6% de son prix payé par la bibliothèque, et chaque lecteur inscrit entraîne une contribution de l'Etat fixée à .., le tout étant partagé à égalité entre les auteurs et éditeurs des livres achetés.

Cette taxe est collectée auprès des bibliothèques par la SOFIA. Elle a rapporté en 2007 une somme de 155 millions €

Individuel, le droit de prêt tend à s'instituer pour certaines œuvres d'art plastique, sous l'influence des sociétés d'auteurs. C'est ainsi que la Safi, qui défend les illustrateurs, prévoit dans le contrat-type qu'elle propose à ses membres, une clause soumettant à rémunération le prêt de l'œuvre par son propriétaire à un tiers (une exposition par exemple).

Pour conclure sur cette extension constante du monopole des auteurs sur les reproductions de leurs œuvres, on évoquera un problème rarement évoqué par la doctrine et très peu présent en jurisprudence, celui de la distinction entre copie et original.

Seul en principe l'original constitue l'œuvre, et aucun droit d'auteur n'est attaché à une copie. Et l'original est, comme le suggère son nom même, unique.

Cependant, notre époque a vu se créer des originaux multiples d'une œuvre unique, ce qui peut évidemment étonner.

La loi a montré la voie lorsqu'elle a permis à un sculpteur de créer 12 originaux d'un bronze à partir d'un seul moule (ref). En signant chacun des exemplaires créés, le sculpteur les transforme en originaux, ce que n'aurait sans doute jamais imaginé Rodin pour qui « original » était synonyme d'exemplaire « unique ». Ceci dit, Rodin n'aurait sans doute pas protesté contre une loi susceptible de multiplier ses revenus par 12...

Cette multiplication des originaux fait aussi le bonheur des auteurs de lithographies, sérigraphies et autres gravures. A partir d'une œuvre unique réalisée par l'artiste, on tire autant de copies que l'on désire par un procédé de reproduction mécanique, et il suffit ensuite à l'artiste de numérotter et de signer ces copies pour en faire des originaux. Opération magique s'il en fut, mais opération très rentable car elle accroît considérablement la valeur financière du travail de l'artiste.

Le procédé était déjà, et est encore, utilisé par les éditeurs de livres de prix censés acquérir le statut de livres de collection (plutôt que d'œuvre d'art, mais la question peut se discuter car le choix de la police de caractères, du cuir de la reliure, de la qualité du papier et des illustrations peut être considéré comme un choix « artistique ») par le seul fait d'être numérotés, statut évidemment rémunérateur comme en atteste aujourd'hui les prix atteints par ces exemplaires numérotés auprès des bibliophiles.

De même que pour certains livres, les lithographies, sérigraphies et gravures sont donc numérotés, avec indication du tirage (le nombre total d'exemplaires mis en vente) pour que l'acquéreur sache si le prix à payer est justifié, ce prix étant d'autant plus élevé que le tirage est réduit selon le principe propre à toute collection. On notera tout de même que l'acquéreur peut être trompé par la numérotation car au tirage officiel peut s'ajouter un nombre indéterminé « d'épreuves d'artistes » en principe exclues de la vente, mais qui peuvent être « données ».

Les photographes ont su aussi établir une avantageuse distinction entre « négatif » et « épreuve ».

En principe, les épreuves ne sont que des reproductions, et non pas des œuvres. Mais par la magie de la signature du photographe elles peuvent aussi accéder au statut d'œuvre à part entière, et donc au prix correspondant. Le négatif vaut évidemment beaucoup plus cher.

⁵⁴ Cas. 15 mars 2005.

Cette définition extensive de la notion d'original n'est pas non plus sans intérêt lorsque est en question l'application du droit de suite à la vente publique d'un bronze ou d'une lithographie.

La Cour de cassation a eu à répondre à cette question en 1993.⁵⁵

Elle jugea que devait être considéré comme un original, et donc source de paiement du droit de suite, toute œuvre non seulement faite « de la main du créateur », mais aussi « créée sous son contrôle en nombre limité », ce qui est évidemment susceptible de toutes les interprétations.

Comment définir le « contrôle exercé par l'artiste ? Doit-il être physiquement présent lors de la création ou peut-il seulement formater un logiciel de copie (couleurs, formes, tailles etc.) ou se borner à donner des directives à des techniciens ? Et qu'est-ce qu'un nombre « limité » ? On a vu que pour les bronzes la loi fixe ce nombre à 12, mais pour les autres œuvres la loi est muette, et l'on voit couramment des numérotations de plusieurs centaines d'exemplaires.

L'imagination ne faisant jamais défaut lorsqu'il s'agit de se créer des sources de revenus, on voit même aujourd'hui des bibliothèques prétendre que la numérisation des ouvrages qu'elles possèdent aboutit à créer de nouvelles œuvres qu'elles sont en droit de faire payer à leurs lecteurs, ce qu'elle n'avait pourtant pas imaginé de faire pour les photocopies de ces ouvrages qu'elles autorisaient à leurs lecteurs.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la Bibliothèque Nationale de France (BNF) s'est constituée une base de données au sens des articles L.112-3 et L.122-5 du CPI en numérisant des livres tombés dans le domaine public. Elle prétend ainsi s'être donnée des droits sur les « données » ainsi constituées, et faire rémunérer leur utilisation par le public dès lors que cette utilisation sort du cadre d'un « usage strictement privé ».

L'aide à l'usage de cette base de données Gallica précise : « Puis-je réutiliser un document de la BnF ? La Bibliothèque nationale de France est titulaire des droits d'auteur pour ses propres documents sur le site Gallica. Pour un usage strictement privé, la reproduction du contenu de ce site est libre. Dans le cadre de communication, édition ou autres actions à caractère professionnel, ne sont autorisées que les courtes citations sous réserve de la mention BnF/Gallica. Tout autre reproduction ou représentation, intégrale ou substantielle du contenu de ce site, par quelque procédé que ce soit, doit faire l'objet d'une autorisation expresse de la BnF (reproduction@bnf.fr) »

Comme l'écrivait un commentateur : « Autrement dit, je ne peux donc réutiliser la version numérique d'un texte dans le domaine public copié sur Gallica alors que, précisément, le domaine public est fait pour permettre un libre usage après la période d'exploitation du droit patrimonial attaché à l'œuvre . »⁵⁶

On n'arrête pas le progrès.

B – Les mutations du droit de représentation.

Le droit de représentation a ses lettres de noblesse.

C'est le premier des droits d'auteurs à être protégé par la loi, pendant la Révolution française⁵⁷, et ce n'était que justice, car les pièces de théâtre étaient alors les œuvres les plus populaires, loin devant le livre, le concert ou l'opéra.

Les auteurs dramatiques, de Molière à Beaumarchais, étaient depuis plus d'un siècle à la pointe du combat pour la protection de leurs œuvres contre les pillages, plagiat, détournements et autres piratages des éditeurs, directeurs de théâtre et acteurs (ces derniers étant sans doute les redoutables par leur propension permanente à modifier les textes qu'ils étaient chargés de jouer).

On représentait une pièce devant un public plus ou moins payant par des acteurs plus ou moins payés ; on faisait du spectacle « live » comme on dirait aujourd'hui, puisque public et acteurs étaient présents physiquement.

Aujourd'hui la représentation d'une œuvre est beaucoup plus rarement exécutée en live que par l'intermédiaire d'appareils d'enregistrement et de lecture excluant toute présence physique des acteurs. Le live, c'est encore le théâtre, l'opéra, le cirque, le concert, mais cela ne représente au total qu'un très petit nombre de spectateurs en comparaison de l'audience d'une station de radio ou d'une chaîne de télévision. En 2007, en France, les théâtres totalisèrent 3 millions d'entrées, les cinémas 178 millions⁵⁸, et la télévision est regardée chaque jour par au moins 25 millions personnes...

Aujourd'hui, les écrans sont partout : home cinémas, télévisions, ordinateurs, et téléphones mobiles ne cessent de se multiplier, et ce qui est vrai pour les écrans l'est aussi pour les haut-parleurs qui, après avoir conquis les domiciles privés sévissent dorénavant dans de plus en plus d'espaces publics, tels les cafés, restaurants, grands magasins, stations service, gares et autres aéroports.

Ces nouveaux modes de représentation, que certains mauvais esprits qualifient de nouveaux modes de pollution sonore et visuelle, se nourrissent d'œuvres protégées dont la multiplicité n'a d'égale que la variété. Films, documentaires, concerts, chansons, jeux télévisés, pièces radiophoniques, numéros de cirque, ballets, opéras... la liste est sans fin, et il n'est pas jusqu'aux interviews télévisuelles qui n'en fasse partie.

On se souviendra en effet que toute intervention d'un participant à une émission de radio ou de télévision où s'exprime la personnalité du dit participant est une œuvre protégée, de quelque nature et de quelque niveau intellectuel que

⁵⁵ Cass. 13 octobre 1993. D. 1994. 138. note B. Edelman.

⁵⁶ <http://www.bibliobsession.net/2009/02/04/le-domaine-public-est-il-vraiment-public-quand-il-est-numerise/>

⁵⁷ Loi Le Chapelier des 13-17 janvier 1791

⁵⁸ Chiffres-clés de la culture pécité.

soit cette intervention. Sont ainsi des auteurs au sens du CPI non seulement les animateurs des émissions de télévision mais aussi les personnes qui répondent à leurs questions avec le respect et la docilité que l'on sait...

Ces représentations à jets continus posent évidemment le problème des autorisations données par les auteurs, et, subséquemment, de leur rémunération.

Comment imaginer que pour chaque chanson entendue à la radio la station émettrice ait obtenu l'autorisation du compositeur (et, accessoirement, du chanteur) ? Que pour chaque extrait de film présenté à la télévision ou sur des sites Internet les coauteurs de l'œuvre aient été consultés ?

Pour la musique, dont la diffusion publique par les stations de radio est plus que centenaire (à vérifier), la loi a depuis longtemps⁵⁹ mis en place un système d'autorisation et de rémunération collective connu sous le nom de « rémunération équitable ».

Le système est simple et efficace.

Simple car tout auteur d'une œuvre musicale est présumé avoir donné son accord à la diffusion de son œuvre par une station de radio dès lors qu'il l'a lui-même déjà divulguée sous forme de disques (dits « phonogrammes » dans le langage juridique).

Efficace, car cette diffusion est rémunérée par l'intermédiaire de société d'auteurs (la Sacem au premier chef), de producteurs et d'artistes-interprètes, qui procèdent ensuite à une répartition entre les intéressés.

C'est donc un système de licence légale, qui fonctionne à la satisfaction de tous, et qui engendre des recettes loin d'être négligeables : chiffres...

On remarquera d'abord que c'est d'un tel système de licence légale, quel que soit nom qu'on lui donne (pour la musique ou les films diffusés sur Internet, on parle aujourd'hui d'une « contribution créative » versée par toute personne connectée à Internet), que de plus en plus d'associations de consommateurs ou d'internautes, comme de nombreux auteurs et artistes-interprètes, appellent aujourd'hui de leurs vœux pour permettre une totale liberté de téléchargement sans léser les auteurs, les producteurs et les artistes-interprètes.

On remarquera ensuite que ce qui est vrai pour les stations de radio ne l'est pas pour les chaînes de télévision. Lorsque ces dernières veulent diffuser des œuvres audiovisuelles, elles doivent en acquérir les droits de représentation.

On peut expliquer cette différence de statut entre stations de radio et chaînes de télévision par la différence de nature des œuvres représentées. Les œuvres audiovisuelles nécessitent généralement des investissements lourds qui ne s'amortissent le plus souvent que sur de nombreuses années (les exceptions existent, comme le film « Bonjour chez les Chtis », amorti en quelques semaines, mais elles sont rares, et la rentabilité de la plupart des films passe par la vente en DVD, et les exportations). Leurs auteurs et ayants-droits – les producteurs au premier rang – veulent donc pouvoir garder le contrôle de la diffusion de façon à éviter de stériliser un marché – l'exploitation en salle par exemple – par la saturation prématurée d'un autre marché – la vente de DVD. Et lorsque l'œuvre rencontre un grand succès, sa rentabilité sur le long terme dépend aussi du nombre et de l'espacement de ses rediffusions à la télévision.

Cet état de chose est peut-être appelé à se modifier rapidement car la multiplication des écrans dans les espaces publics peut pousser auteurs et producteurs à demander l'instauration pour les œuvres audiovisuelles d'un système de licence légale analogue à celui qui fonctionne pour les œuvres sonores.

La seule exception légale et non rémunérée au monopole de l'auteur sur son droit de représentation est constituée par la « représentation gratuite dans le cercle de famille ». (art 1122-5 CPI, avec une note sur les fêtes publiques).

Mais qu'est-ce que « le cercle de famille » ?

On sait que notre Droit ne donne aucune définition de ce qu'est la famille, et le langage commun n'est pas plus précis, qui évoque sous ce terme aussi bien la famille « monoparentale », très restreinte, que la famille « à la mode de Bretagne », très étendue.

La jurisprudence sur la question n'a pas non plus donné une définition précise du « cercle de famille » visé par le CPI. Elle ne fournit que des exemples dont il est bien difficile de faire une synthèse.

Ainsi, définir le cercle de famille comme « le cercle familial ou d'amis constitué par la réunion d'alliés ou de personnes ayant des relations habituelles »⁶⁰ n'est guère éclairant : les alliés à quel degré ? Les « relations habituelles » concernent-elles les seuls amis « intimes » ou aussi les voisins ou les collègues de travail ?

Et les exemples donnés ne permettent guère d'aboutir à des conclusions sûres.

Ont été considérés comme excédant le cercle de famille une réunion d'électeurs d'un village⁶¹, les élèves d'une école⁶², une association⁶³, une cinémathèque universitaire⁶⁴, ou un syndicat de copropriétaires⁶⁵.

Mais qu'en serait-il d'une veillée scout, d'un banquet d'entreprise, des noces d'argent du maire du village, du mariage d'une rockstar devant 2.000 invités ? Si l'on fait jouer de la musique sur une chaîne stéréo lors d'un enterrement, comme l'usage tend à s'en instituer, faudra-t-il trier les participants par rang de parenté ou d'amitié, et en limiter le nombre, si l'on veut éviter de se rendre coupable de contrefaçon en ne payant pas de droits d'auteur ?

⁵⁹ Loi « Lang » 3 juillet 1985.

⁶⁰ Grenoble 26 février 1968. RTDCom 1968. 364. obs. Desbois

⁶¹ TI Marvejols. 13 juin 1961. RTDCom 1961. 849. obs. Desbois

⁶² Bordeaux 1 juin 1993. Juris-Data n° 1993-046171

⁶³ Civ 14 juin 1972. D 1972. 653

⁶⁴ Paris 16 août 1994. Juris-Data 1994-022587

⁶⁵ Civ 1 mars 2005. RIDA 2005. p. 445. obs. Kerever

Avatar moderne du droit de représentation, le « droit d'exposition » d'une œuvre d'art plastique protégée est maintenant officiellement revendiqué par certains auteurs et sociétés d'auteur, comme la SAIF (Société des auteurs de l'image fixe), qui se fondent sur l'article L.122-2 du CPI qui prévoit que « la représentation consiste dans la communication directe de l'œuvre au public par voie de ... présentation publique... ».

Ce droit d'exposition s'appliquerait donc à toutes les œuvres protégées rendues visibles au public par tous les musées, galeries d'art, expositions de peinture etc.

Ce droit, traditionnellement nié par les institutions culturelles pour des raisons financières que l'on comprend aisément, fut reconnu à des photographes dont les œuvres avaient été exposées publiquement sans leur autorisation, par deux arrêts de la Cour de cassation du 6 novembre 2002. Et la SAIF saisit régulièrement la justice en cas de violation de ce droit⁶⁶.

La SAIF a essentiellement pour membres des photographes et des illustrateurs. Mais elle pourrait aussi regrouper des peintres et des sculpteurs, et, surtout, les héritiers de ces peintres et sculpteurs, et on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas réclamer des redevances (proportionnelles au nombre des visiteurs, par exemple) à tous les musées de peinture et de sculptures de France exposant des œuvres d'artistes morts il y a moins de 70 ans (sans compter les prolongations entraînées par les deux guerres mondiales et les « morts pour la France ».)

La SAIF a d'ailleurs élaboré un contrat-type pour aider ses membres à faire appliquer leur droit d'exposition : « Ce contrat prévoit l'obligation pour l'exposant de requérir l'autorisation préalable de la SAIF et de lui payer la rémunération, contrepartie de l'autorisation ainsi délivrée. Pour fixer cette rémunération, la SAIF applique l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que l'auteur doit percevoir une rémunération proportionnelle aux recettes de l'exploitation. Lorsqu'il s'agit d'une exposition consacrée à un seul auteur ou plusieurs auteurs membres de la SAIF, avec des entrées payantes, un pourcentage est perçu sur le prix de vente du billet. En l'absence de recettes ou lorsque plusieurs auteurs sont exposés et que la SAIF intervient pour une minorité d'entre eux, nous demandons une somme forfaitaire à l'exposant. Le montant de cette somme est déterminé en fonction : 1 - de la nature de l'exposition (exposition commerciale organisée par une entreprise commerciale, une fondation privée ou exposition non commerciale organisée par un établissement public, une association...), 2 - du type d'exposition (entrée gratuite ou payante), 3 - du nombre des œuvres, 4 - ainsi que de la durée de l'exposition. »⁶⁷.

On peut aussi se demander comment qualifier et rémunérer la pratique du « streaming » sur Internet⁶⁸.

Peut-on assimiler à une représentation le fait de visionner ou écouter une œuvre sur un site Internet sans la télécharger sur son propre ordinateur ?

La réponse est certainement positive, bien que le problème n'ait pas encore de solution jurisprudentielle certaine. Mais comment alors rémunérer les auteurs ?

Le problème relève de la même logique que celui du téléchargement, et devrait donc donner lieu aux mêmes solutions.

⁶⁶ Voir par exemple TGI Paris 4 mai 2003, SAIF et Bousseilaire/CORA.

⁶⁷ Voir ce contrat-type sur www.saif.fr. Le site Jurispedia [http://fr.jurispedia.org/index.php/Droit_d'exposition_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Droit_d'exposition_(fr)) propose également un contrat-type reproduit en Annexes.

⁶⁸ Le streaming est un procédé qui permet d'écouter et de voir les sons et les vidéos en temps réel via Internet, sans besoin préalable d'enregistrer les fichiers sur son ordinateur. le streaming est tout à fait légal.

Mais comme le téléchargement, tout n'est pas autorisé, notamment le visionnement de Films ou Séries-TV

Chapitre 2 : « Piraterie » informatique et rémunération des auteurs, artistes interprètes et producteurs

Le projet de loi « Création et Internet » - loi appelée aussi « loi Hadopi » car elle vise à créer une Haute Autorité pour la Diffusion des oeuvres et leur Protection sur Internet – après avoir été examiné successivement par le Sénat et l'Assemblée nationale a été voté le 19 mai 2009 au terme de péripéties parlementaires peu banales.

Adoptées en première lecture au Sénat le 30 octobre 2008 et à l'Assemblée nationale le 2 avril 2009, les conclusions de la commission mixte paritaire, chargée d'élaborer un texte de compromis entre les deux assemblées, ont été rejetées par les députés le 9 avril 2009 par 21 voix contre 15 lors d'un vote à main levée. La proposition de loi a de nouveau été présentée à l'Assemblée nationale le 12 mai 2009 et, avec 557 votants, 529 suffrages exprimés et une majorité absolue à 265, a été adoptée par 296 voix pour et 233 contre. Le Sénat adopte le lendemain le texte dans les mêmes termes par 189 voix contre 14. Le 19 mai 2009, le Conseil constitutionnel a été saisi sur 11 griefs d'inconstitutionnalité.⁶²

La décision du Conseil constitutionnel, en l'état du texte voté, n'était cependant pas acquise car le Parlement européen, dans un « amendement 128 » proposé par le député européen G. Bono, amendement confirmé récemment, a jugé que certaines de ses dispositions répressives de la piraterie des œuvres musicales et audiovisuelles sur Internet sont contraires à l'une des libertés publiques du droit européen, la liberté de communication.

Effectivement, par sa décision du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel censurait la partie répressive du texte voté en estimant d'abord que c'était à un juge relevant de l'ordre judiciaire et non à une commission administrative de prononcer des sanctions pénales, ensuite que ces sanctions étaient disproportionnées par rapport aux infractions commises, et enfin que le libre accès à Internet constituait une liberté fondamentale qui ne pouvait être supprimée ou restreinte qu'exceptionnellement.⁶³

Le gouvernement révisa donc sa copie et le Parlement vota le 22 septembre 2009 le texte amendé, dit loi Hadopi 2. Les sanctions prévues devaient être prises non plus par la commission Hadopi mais par le juge pénal, dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale.

Saisi de nouveau, le Conseil constitutionnel valida alors le texte le 22 octobre 2009 (à une seule réserve près sur la procédure d'indemnisation des parties civiles).⁶⁴

Les aspects répressifs de la loi Hadopi 1.⁶⁵

La loi a souvent été appelée « loi antipiratage⁶⁶ » car son objectif essentiel est résoudre définitivement les problèmes posés par l'utilisation massive sur Internet de techniques d'échange gratuit d'œuvres relevant de la propriété littéraire et artistique sans aucune rémunération des titulaires des droits d'auteurs (compositeurs, scénaristes, metteurs en scène etc.) et des droits voisins (artistes interprètes et producteurs des phonogrammes et vidéogrammes).

Les mesures proposées par le projet de loi sont essentiellement de nature répressive. Outre le maintien des sanctions pénales très sévères de la contrefaçon (3 ans d'emprisonnement, 300.000 € d'amende, peines aggravées en cas d'action « en bande organisée ») il est prévu une « riposte graduée » aux actes de piraterie, à savoir l'envoi de courriels d'avertissement aux « pirates » se livrant à la diffusion et à l'échange gratuits par la technique du « peer to peer » de fichiers musicaux ou vidéo, avant, s'ils persistent dans leur comportement délictueux, de leur supprimer leur accès à Internet par une résiliation forcée de leur abonnement auprès de leur fournisseur d'accès à Internet. La riposte graduée sera le fait de la seule Haute Autorité pour la Diffusion des oeuvres et leur Protection sur Internet, sans intervention d'un juge⁶⁷ ; elle nécessitera aussi la recherche et la collecte des adresses IP de tous les utilisateurs du peer to peer, ce qui posera le problème de la conformité des techniques d'investigation utilisées au respect tant de l'intimité de la vie privée des internautes concernés que de leur liberté d'opinion (« dis-moi quels sites Web tu consultes et je te dirai quelles sont tes opinions politiques, religieuses, syndicales etc. »)

Avant d'examiner l'efficacité prévisible de ces mesures, il faut évidemment se poser la question de leur fondement économique et social.

⁶² http://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_Hadopi

⁶³ Conseil constitutionnel 10 juin 2009, www.conseilconstitutionnel.fr

⁶⁴ Conseil constitutionnel 22 octobre 2009, www.conseilconstitutionnel.fr

⁶⁵ Les développements suivants sur les problèmes posés par la loi Hadopi 1 restent valables, pour l'essentiel, pour la loi Hadopi 2

⁶⁶ L'utilisation des termes de pirates, piraterie et antipiratage, sont hautement contestables lorsqu'ils concernent le phénomène du téléchargement illégal d'œuvres de l'esprit sur Internet. Ce téléchargement est exempt de toute violence contre les personnes, à la différence des actions normalement définies par ces termes. Les pirates de la mer (Somalie) ou les pirates de la route (autoroutes françaises parfois) sont généralement lourdement armés et ne craignent pas de blesser ou de tuer leurs victimes dans le seul but de s'enrichir injustement, alors que les « pirates » du téléchargement ne menacent l'intégrité physique de personne et ne cherchent généralement pas à s'enrichir. C'est donc par un véritable abus de langage que ces termes sont utilisés pour les téléchargements illégaux, abus de langage qui n'est évidemment pas innocent car il assimile à de dangereux criminels les pratiquants de ces téléchargements. Cependant, l'usage s'en est malheureusement imposé, et nous nous y conformerons, à regret, dans le texte de cet article.

⁶⁷ Disposition modifiée par la loi Hadopi 2.

Quelles nécessités économiques ou sociales imposent-elles de proscrire la copie et la diffusion d'œuvres numérisées sans autorisation préalable ni rémunération de leurs ayant droits (auteurs, artistes interprètes et producteurs) ? Pourquoi faut-il que la copie sur un CD, un DVD ou un disque dur d'une chanson ou d'un film soit autorisée non seulement par son ou ses auteurs, mais aussi par les artistes interprètes et les producteurs ou éditeurs de l'œuvre en question ? Car qui dit autorisation dit rémunération, et comment concilier cette rémunération avec le droit du public à un accès le plus large et le moins onéreux possible aux œuvres de l'esprit, droit à la culture aujourd'hui reconnu tant en droit interne qu'en droit européen ? Faut-il faire passer ce droit à la culture de tous avant les droits à rémunération d'un petit nombre de créateurs et diffuseurs des œuvres de l'esprit ?

Se poser ces questions, c'est se poser au final celle de la légitimité du droit à la copie libre et gratuite d'une œuvre de l'esprit. Envoyer à un ami la copie numérisée d'une chanson ou d'un film, est-ce exercer un droit ou commettre un acte de « piraterie » ?

Nous ne prétendons pas répondre ici de façon exhaustive à cette difficile question, mais nous espérons au moins la clarifier.

Nous nous bornerons d'abord à examiner les principaux arguments invoqués par les adversaires de la copie libre, les contempteurs de la « piraterie » sur Internet, les initiateurs du projet de loi Hodepi afin de voir si d'une part ces arguments sont fondés en fait, et d'autre part s'il existe d'autres moyens que la répression de concilier droit à la culture pour tous et protection des intérêts pécuniaires des ayant droits des œuvres de l'esprit.

Les moyens de lutte contre le « piratage ».

Au premier rang des adversaires de la « piraterie » figurent indiscutablement les quatre multinationales dominant le commerce mondial de la musique enregistrée. Dénommées usuellement « les Majors », Sony, Universal, Warner et EMI réalisent en effet à elles quatre 75 à 80% du chiffre d'affaires mondial de la musique enregistrée sous forme de CD et de DVD⁶⁸. Elles dominent aussi le marché mondial de l'édition musicale (les partitions), et s'implantent de plus en plus sur celui des concerts « live ». En France, leur porte-parole le plus connu, et le plus éloquent, est Pascal Nègre, Président d'Universal Musique France.

Les Majors, comme d'ailleurs les producteurs indépendants, sont victimes depuis plus d'un lustre d'une constante diminution des ventes de la musique enregistrée. Le marché des CD audio a en effet diminué de 45 en 5 ans⁶⁹, et le marché des DVD musicaux ne se porte pas mieux. Les Majors peuvent légitimement parler d'un véritable « effondrement » du marché de la musique alors que, par un paradoxe étonnant, on n'a jamais autant écouté de musique dans les lieux publics, les transports en commun, les voitures, les bars, les hôtels, et que les ventes de chaînes Hi Fi, d'ordinateurs, de baladeurs, de téléphones portables et autres Ipod ne cessent de progresser.

De cet « effondrement », les Majors en attribuent l'unique responsabilité au développement exponentiel de la piraterie sur Internet au moyen de logiciels de peer to peer toujours plus performants. Elles avancent des chiffres fantastiques: 1 milliard de morceaux de musique seraient téléchargés illégalement en France chaque année ; le manque à gagner serait de plusieurs millions d'albums de musique chaque année ; près de 80% des utilisateurs d'Internet se seraient rendus coupable au moins une fois d'un « acte de piraterie » etc⁷⁰.

Mais qu'en est-il de la fiabilité de ces chiffres ? Ne seraient-ils pas de même nature que le nombre de manifestants revendiqué par les organisateurs des cortèges, ou le nombre des adhérents affichés, sans aucune possibilité de contrôle, par les syndicats ?

On peut déjà s'étonner qu'en quelques jours d'octobre 2008 le DVD du film « Bienvenue chez les Ch'tis » se soit vendu à plus de deux millions d'exemplaires (!) alors qu'il avait été déjà massivement piraté sur Internet. Apparemment, l'ampleur du piratage n'a eu qu'un effet négligeable sur les ventes en magasin du DVD.

Plus généralement, si l'on prend l'exemple du nombre d'albums de musique « qui auraient dû être vendus » selon les Majors, ces dernières se basent sur le nombre de morceaux de musique piratés d'après les chiffres officiels (chiffres très contestables, comme nous le verrons plus loin), en affirmant que tous les morceaux piratés auraient été effectivement achetés s'ils n'avaient pu être copiés gratuitement. Affirmation plus que discutable, car elle suppose que l'amateur de musique achètera tout ce qu'il ne pourra pas pirater ! A ce compte, si j'accepte en cadeau un kilo de fraises vendues 10 € sur le marché, cela implique que j'étais prêt à les payer 10 € prix exorbitant, si on ne me les avait pas offertes !

On peut aussi s'interroger lorsque l'on apprend que le très respectable institut de sondages GFK, dont les évaluations sont à la base de tous les chiffres officiels diffusés par l'Observatoire de la Musique et autres organismes professionnels donnent lieu à des « interpolations » plus que surprenantes : c'est ainsi que les résultats du sondage sur le nombre d'internautes ayant reconnu avoir pratiqué la piraterie ont été multipliés par 12 (!) pour tenir compte des « mensonges supposés » !⁷¹

⁶⁸ Rapport 2007 sur « Les marchés de la musique enregistrée » par l'Observatoire de la musique.

<http://observatoire.cite-musique.fr>

⁶⁹ Le Monde 18 septembre 2007

⁷⁰ Le chiffre de 1 milliard de fichiers piratés par an provient d'une étude réalisée par Gfk avec comme donneurs d'ordres les éditeurs de vidéos et les maisons de disques. Elle concluait que 833 280 000 titres de musique, et 235 200 000 titres de vidéo auraient ainsi été piratés en 2007. Or ces chiffres sont plus que discutables, comme l'explique la note 5.

⁷¹ <http://www.numerama.com/magazine/11294-Les-chiffres-du-piratage-cites-par-le-ministere-sont-multiplies-par-12-MAJ.html>

Guillaume Champeau - publié le Vendredi 07 Novembre 2008 à 17h19 - posté dans Société 2.0

La CNIL elle-même ne paraît guère convaincue par les affirmations péremptoires des Majors sur la responsabilité exclusive de la piraterie sur Internet dans l'effondrement du marché : dans un avis donné au gouvernement en 2008 lors de la préparation du projet de loi Hodepi (avis resté inconnu du public jusqu'à ce qu'un magazine en rende compte) elle constate avec une certaine amertume : « Les seuls motifs évoqués par le gouvernement afin de justifier la création du mécanisme confié à l'Hadopi (la « riposte graduée ») résultent de la constatation d'une baisse du chiffre d'affaires des industries culturelles. Or le projet de loi n'est pas accompagné d'une étude qui démontre clairement que les échanges de fichiers via les réseaux « pair à pair » sont le facteur déterminant d'une baisse des ventes dans un secteur qui, par ailleurs, est en pleine mutation du fait notamment du développement de nouveaux modes de distribution des œuvres de l'esprit au format numérique. »⁷²

On pourra même prétendre que la liberté de télécharger a finalement « un impact très positif sur l'économie », si l'on en croit un rapport publié en janvier 2009 par le gouvernement hollandais.

La Hollande, dont 90% de la population est connectée sur Internet, voit actuellement 30% de ces internautes utiliser les réseaux de « peer to peer » pour télécharger gratuitement musique, films et jeux vidéo. Le rapport conclut à un impact positif de 100 millions € par an sur l'économie hollandaise et à une amélioration du bien-être de la population car l'activité des « pirates » donne accès « à un très large catalogue de biens culturels, souvent utilisé pour voir ou écouter un contenu qui sera acheté par la suite. » Il montre également que les effets du « piratage » dans la musique profite bien plus aux petits groupes de musiciens peu connus qu'aux stars, ce qui, pour le commentateur du rapport, « explique probablement le ralliement unanime de ces dernières à la loi « création et Internet » alors que l'on entend peu les petits groupes se plaindre du peer to peer ? »⁷³

Douter de l'efficacité économique de la répression pénale (sanctions de la contrefaçon) et administrative (suppression de l'accès à Internet) est d'autant plus légitime que Guy Hands, nouveau patron de la Major EMI (rachetée par le fonds d'investissement Terra Firma appartenant à G. Hands) n'a pas craint de déclarer publiquement que si le chiffre d'affaires de la vente des CD musicaux s'effondrait, c'était dû non pas à la piraterie mais essentiellement à « la frilosité » des politiques économiques menées par les Majors depuis l'émergence d'Internet comme grand média.⁷⁴ Vivant d'une rente de situation fort lucrative sur la musique enregistrée, les Majors n'ont pas compris que la numérisation des œuvres et les facultés de copiage quasi illimitées qui en résultaient, changeaient fondamentalement les conditions économiques de la vente de CD et de DVD. Et si G. Hands investit dans une Major, c'est bien la preuve qu'il en escompte de confortables bénéfices dans un proche avenir.

Quand bien même la loi Hodepi atteindrait son but, en éradiquant totalement la piraterie sur Internet des œuvres de l'esprit, il n'est donc nullement certain que le marché des CD et des DVD se redresserait.

On peut en effet estimer que la riposte graduée et la menace de suppression de l'accès à Internet ne seront guère plus efficaces que les fameuses Mesures Techniques de Protection anticopie (dites MTP en français, et DRM en anglais) que les producteurs de CD et de DVD ont essayé de mettre en œuvre depuis 2005, et on fait légitimer par la loi DAVDSI, au nom de la protection contre le piratage.

Inventées par les Majors, ces MTP étaient de petits logiciels insérés dans les CD et DVD, ainsi que dans les fichiers musicaux vendus sur Internet, qui en interdisaient la copie, et en limitaient même la lecture à certains appareils (autoradios, chaînes Hi Fi, baladeurs etc.) de certaines marques. Les acheteurs n'en étant généralement pas averti (ce qui fut sanctionné par la jurisprudence au nom de la défense des consommateurs) avaient alors la mauvaise surprise de découvrir que le CD qu'ils venaient d'acquérir ne pouvait pas être lu sur leur autoradio ou sur leur ordinateur portable... Malgré les protestations de nombreuses associations de consommateurs, au premier rang desquelles UFC-Que Choisir, la loi DAVDSI, au terme d'un lobbying intensif des Majors, valida l'utilisation de ces MTP (article 7 et 8) tout en prévoyant la création d'un collègue de médiateurs chargé de « réguler les mesures techniques de protection pour garantir le bénéfice de l'exception pour copie privée » (article 9)... ce qui peut paraître contradictoire...

On comprend l'enthousiasme des amateurs de musique ou de films à acheter au prix fort des CD qu'ils pourront écouter sur leur chaîne FI mais pas sur leur baladeur ou dans leur voiture !

L'effet dissuasif de l'insertion des MTP dans les CD et DVD sur les acheteurs potentiels fut évidemment quasi-immédiat, et les producteurs de disques, Majors en tête, ne tardèrent pas à suivre l'exemple d'Apple qui déclara, à peine un an après le vote de la loi DAVDSI, renoncer à installer des MTP sur les fichiers musicaux disponibles sur son site de vente en ligne.⁷⁵ De même Universal Music France a décidé toutes les MTP sur une partie de son catalogue à compter du 7 novembre 2008.⁷⁶

L'interdiction technique du piratage par une protection électronique propre à chaque œuvre mise dans le commerce semble donc impossible. Et l'on peut estimer qu la répression pénale ou administrative du piratage débouchera sur le même constat d'échec.

Affirmer sans relâche, comme le font les Majors dans la presse écrite (voir par exemple les récentes déclarations de P. Nègre) ou télévisée, et parfois sur les supports numériques eux-mêmes (certains DVD comportent un avertissement

⁷² Le Monde.fr 7 avril 2008

⁷³ Un rapport commandé par le gouvernement Hollandais conclu à un impact « très positif » du peer to peer sur l'économie Ecrit par Fabrice Epelboin le 20 janvier 2009 à 12:53 / Commentaires (31)

<http://fr.readwriteweb.com/2009/01/20/a-la-une/rapport-gouvernement-hollandais-conclu-impact-positif-p2p-economie/>

⁷⁴ <http://www.numerama.com/magazine/5937-Guy-Hands-prevoit-de-licencier-2000-employes-chez-EMI.html>

⁷⁵ « Musique sans DRM : Apple discute avec Universal, Sony et Warner. » 20 novembre 2008 Site www.zdnet.fr

⁷⁶ « Universal Music devance la loi antipiratage ». Le Figaro 209 octobre 2008.

écrit, voire même un clip, stigmatisant la piraterie), que les pirates sont des voleurs, c'est affirmer que 80% des amateurs de musique ou de films âgés de 7 à 77 ans sont des délinquants endurcis ! Voler une voiture ou copier illégalement une chanson de Johnny Hallyday, ce serait la même chose sur le plan moral, et cela justifierait des sanctions pénales du même ordre (emprisonnement et amende) ! La quasi-totalité des étudiants, qui disposent des ordinateurs et des connaissances nécessaires à une pratique systématique du peer to peer, ne seraient donc que de vulgaires malfaiteurs !

L'opinion publique et la piraterie.

Les mœurs ne se modifient pas par décret, disait Montesquieu.

Le piratage est aujourd'hui entré dans les mœurs car il se fonde sur l'une des plus puissantes aspirations de l'opinion publique moderne, l'aspiration à un accès gratuit à la culture.

Les sondages effectués en France depuis plusieurs années montrent que près de 70% des internautes âgés de 16 à 35 ans ont déjà téléchargé illégalement de la musique ou des films sur Internet.

Et le phénomène n'est pas spécifiquement français : une enquête publiée au Canada en 2008 et fondée sur dix mille entretiens réalisés par une équipe de recherche financée à hauteur de 4 millions de dollars par des entreprises montre que 77% des jeunes gens interrogés ont reconnu avoir téléchargé illégalement de la musique.⁷⁷

Les Français bénéficient depuis plus d'un siècle d'un enseignement primaire, secondaire et supérieur gratuits (à quelques rares exceptions près dans l'enseignement supérieur). Ils peuvent emprunter gratuitement dans des milliers de bibliothèques municipales des centaines de milliers de livres couvrant toutes les branches du savoir et de la culture, de la BD pour enfants à la thèse la plus ardue sur Hegel. Ils lisent le matin dans leurs transports en commun des journaux gratuits, et peuvent télécharger gratuitement les principaux articles de la majorité des grands journaux et magazines. La plupart des musées français, du prestigieux Louvre au plus modeste des musées de campagne, ouvrent gratuitement certains jours. Les logiciels « libres », c'est à dire gratuits, type Linux, commencent à entamer sérieusement le monopole de Microsoft. Et l'on voudrait que les Français trouvent normal de payer pour télécharger des morceaux de musique qu'ils entendent gratuitement à la radio, dans les restaurants, les grands magasins et autres lieux publics !

L'opinion publique est aujourd'hui du côté des pirates. Car comment expliquer autrement les fortes oppositions que se sont manifestées au Parlement (jusqu'au sein de la majorité gouvernementale censée soutenir le projet...) lors du vote de la loi DAVDSI, vote qui ne fut acquis qu'au terme d'un lobbying effréné des Majors auprès des parlementaires et de l'appareil gouvernemental.

Le vote de la loi HODEPI a d'ailleurs connu diverses péripéties, outre celles déjà évoquées, montrant la forte opposition suscitée par le projet : amendements du Sénat pour limiter les effets de la suppression de l'accès à Internet ; vote du Parlement européen contre le caractère administratif, et non judiciaire, des procédures envisagées ; prises de position publiques contre le projet de la part d'associations de consommateurs, comme UFC-Que Choisir, ou d'associations d'artistes interprètes (Adami, Spedidam), pétitions d'artistes sur Internet... en des termes très durs, comme par exemple « C'est un projet monstrueux conçu par les marchands de disque, pour leur intérêt exclusif... Imposer en 2008 la suspension de la connexion haut débit pour toute une famille alors qu'Internet est en passe de devenir un service universel, c'est à dire jugé essentiel au même titre que l'électricité, c'est une bourde monumentale... c'est un texte en forme de monstre juridique, inacceptable pour les 15 millions de foyer connectés au haut débit. »⁷⁸

On peut aussi rappeler que le rapport de la Commission Attali remis le 23 janvier 2007 au Président de la République prenait parti contre la répression, qui exigerait « une surveillance (des internautes) de nature à porter atteinte au respect de la vie privée et aux libertés individuelles tout à fait contraire aux exigences de la création et à la nature réelle de l'économie numérique », et recommandait la création d'une « contribution versée par les fournisseurs d'accès à Internet aux ayant droits auprès des différentes sociétés de gestion collective des droits d'auteur, sous la forme d'une rémunération assise sur le volume global d'échanges de fichiers musicaux et vidéo. »⁷⁹ La Commission se ralliait donc à l'idée de licence globale déjà défendue lors du vote de la Loi DADVSI. Quant à l'efficacité probable de la « riposte graduée » imaginée par le projet de loi Hodepi, J. Attali écrivait le 20 novembre 2007 sur son blog : « (la loi) ne ferait pas acheter un seul fichier musical de plus aux internautes, et ne rapporterait pas un euro de plus aux artistes ». ⁸⁰

L'opinion publique a aussi compris que l'argument principal des Majors contre le piratage, à savoir que ce dernier menacerait d'un appauvrissement catastrophique, voire d'une destruction totale à moyen terme, la création musicale et audiovisuelle en France, était pure invention.

Certains organismes au service des Majors, comme la SSCP (Société Civile des Producteurs de Phonogrammes), ne craignent pas d'affirmer que ces dernières fermeront boutique si la piraterie continue à sévir sur Internet, ce qui priverait des centaines d'auteurs et d'artistes interprètes de tout débouché rémunérateur, et les condamnerait au silence. Affirmation qui implique que les Majors jouent un rôle essentiel dans la création musicale ou audiovisuelle.

Or ce ne sont pas les Majors qui permettent pour l'essentiel la création musicale en découvrant et en finançant les nouveaux talents, mais les petits producteurs indépendants. Si les Majors produisent 75% des CD disponibles à la vente,

⁷⁷ Recension de l'ouvrage de D. Tapscott « Grown Up Digital. How the Net Generation is Changing Your World » par H. Hurt III, du New York Times, dans "Books", n°7, juillet-août 2009.

⁷⁸ « Projet Hadopi : premières réactions d'indignation ». E. Dumont. 18 juin 2008. www.zdnet.fr

⁷⁹ « La commission Attali orchestre le retour de la licence globale. » 28 janvier 2007. www.01net.com

⁸⁰ id

elles ne produisent que 25% des nouveaux titres mis sur le marché⁸¹. Ce sont les producteurs indépendants qui sont les vrais découvreurs de talents, qui prennent le risque financier de produire des auteurs ou des artistes interprètes inconnus qu'ils jugent talentueux, et ce sont eux qui, lorsqu'à force de « flair » et de prises de risques judicieuses, ils se sont constitués un solide catalogue, se voient rachetés par les Majors. Les Majors ne prennent pratiquement jamais de risques, elles se constituent seulement des rentes en prenant sous contrat des artistes déjà « arrivés ». Elles aiment si peu les risques qu'EMI, par exemple, vient d'annoncer qu'elle allait se séparer de tous ses artistes non rentables (qualifiés de « paresseux » par le patron d'EMI !)⁸².

La disparition des Majors, ou plutôt leur retrait du marché de la musique enregistrée, ne constitue donc à long terme aucune menace sérieuse pour la création musicale ou audiovisuelle, et le public le sait bien.

Qui dit gratuité d'accès à la culture, et notamment à la culture musicale, ne dit pas pour autant que les auteurs, artistes interprètes et producteurs doivent s'en remettre à la charité publique pour subsister. Tout travail mérite salaire, et il serait injuste qu'en un temps où, du fait de la numérisation des œuvres et du développement exponentiel d'Internet, la diffusion des œuvres de l'esprit ne cesse de s'étendre, les hommes et les entreprises qui en sont la source ne puissent pas en vivre.

La gratuité dont nous parlons ici, c'est celle dont doivent bénéficier, dans toute la mesure du possible, les « consommateurs » des œuvres, les amateurs de musique, de films, de théâtre, de danse etc... bref, tous les amoureux de la culture. Mais ce n'est pas nécessairement une gratuité totale, car il faut aussi trouver des sources de financement pour les créateurs, les artistes interprètes et les producteurs.

Rémunération individuelle des auteurs, ou rémunération collective ?

La piraterie visée par la loi DAVDSI et le projet de loi HODEPI ne concerne en réalité qu'un seul mode de rémunération des œuvres : la rémunération individualisée, œuvre par œuvre, fixée librement par le producteur ou l'éditeur, de l'œuvre, comme par exemple le prix que paiera l'acheteur d'un livre en librairie.

C'est cette rémunération individuelle de la musique et de l'audiovisuel que les « pirates » refusent de payer.

A ce refus on peut trouver plusieurs raisons.

La première, c'est que l'achat en magasin de CD ou de DVD est beaucoup trop onéreuse pour la très grande majorité des acheteurs potentiels, et tout particulièrement pour la classe d'âge 25-35 ans qui est la plus grosse consommatrice et la moins aisée. Les prix des CD et des DVD varient beaucoup, mais les nouveautés, qui suscitent le plus d'envie, sont toujours les plus chères. Acheter 15 € le dernier album de Julien Clerc, ou 25 € le dernier film de Patrice Leconte, n'est pas envisageable pour la plupart des acheteurs potentiels, alors que dans le même temps le matraquage publicitaire et promotionnel exacerbe les envies d'acquisition. Alors, pourquoi se priver d'une acquisition gratuite par le peer to peer ?

La deuxième raison, pour les CD de musique, c'est que la plupart d'entre eux comportent une douzaine de titres, ce qui justifie leur prix élevé, alors que l'acheteur ne souhaite en général qu'en acquérir un ou deux, ceux qui passent en boucle sur les radios, et que tout le monde apprécie. Les « single » au contraire sont rares, et proportionnellement très chers. L'album de douze titres institue ainsi une sorte de vente forcée des titres inintéressants, vente forcée contre laquelle la piraterie joue le rôle d'une forme inattendue mais efficace de légitime défense...

Troisième raison, la pauvreté des catalogues de CD et de DVD offerts à la vente en ligne.⁸³ Les Majors, comme la plupart des producteurs indépendants, ne mettent en ligne qu'une partie restreinte de leur catalogue, à la différence des pratiquants du peer to peer dont l'offre est infinie, et la mise en ligne des nouveautés est en général retardée au maximum par les producteurs dans l'espoir, souvent illusoire, de doper les ventes en magasin.

Quatrième raison, les prix pratiqués sur les sites de vente en ligne des producteurs sont pour la plupart jugés prohibitifs par les acheteurs potentiels. Ces prix, de l'ordre de 1 € par titre, sont loin d'être indolores lorsque l'amateur de musique a rempli son « panier », qui contient en général plusieurs titres (de 5 à 15 titres selon certaines sources).

Enfin, une raison psychologique, jamais évoquée dans les sondages quoique bien présente dans l'esprit de la plupart des « pirates » : le plaisir de prendre une forme de revanche sur les « riches » que sont les producteurs de disques (on connaît les salaires pharamineux des dirigeants des Majors⁸⁴) et les auteurs et artistes-interprètes les plus connus (le récent vagabondage fiscal d'un J. Hallyday, par exemple, ôte beaucoup de poids à ses prises de position publiques contre la malhonnêteté des « pirates »).

⁸¹ Chiffres de L'Observatoire de la Musique, dans le Rapport 2007 précité.

⁸² Voir les déclarations précitées de Guy Hands.

⁸³ Chiffres de l'Observatoire de la musique dans le Rapport 2007 précité.

⁸⁴ En 2005 un article d'Emmanuel Beretta indiquait que « le moindre patron de label, du style Mercury, Barclay, Polydor... émarge à 20.000 € par mois », et fixait le salaire mensuel de P. Nègre à plus de 83.000 €, sans compter les bonus. « Pascal Nègre à plein tubes ». E. Beretta. Le Point février 2005.

Cette dernière raison, que l'on pourrait qualifier de « syndrome de Robin des bois » - voler les riches pour donner aux pauvres – constitue sans doute le plus sérieux obstacle à la culpabilisation des « pirates » par les différentes pétitions ou campagnes de presse lancées à intervalles réguliers par les Majors avec l'appui intéressé des vedettes de la musique ou de la chanson que ces dernières ont sous contrat. Le « pirate » n'agit pas contre sa conscience, et donc seule « la peur du gendarme » pourrait l'amener à respecter un système marchand dont il ne reconnaît pas la légitimité. Et le « gendarme » est, on l'a vu, désarmé devant les infinies possibilités techniques données par Internet à la « piraterie ».

L'inefficacité de la « riposte graduée ».

Seuls les « pirates » imbéciles et fortunés pourront être sanctionnés par les dispositifs prévus par la loi Hodepi. Imbéciles, car ignorant les possibilités d'avoir des adresses IP à l'étranger, ou même usurpées.

Sur cette question de la fiabilité d'une adresse IP comme preuve de l'utilisation du titulaire de la dite adresse pour avoir effectué un acte de « piratage », on citera une expérience effectuée en 2008 par deux professeurs et un étudiant de l'Université de Washington, qui ont réussi à faire fausement localiser des actes d'échanges « peer to peer » sur treize machines de leur Université qui n'étaient en rien concernées...⁸⁵

Fortunés, car il faut être plus que solvable, et non pas vivre d'une bourse d'étudiant ou d'un SMIC pour redouter d'être condamné à une amende de plusieurs milliers d'euros (300.000 au maximum !).

Si la rémunération individuelle, calculée pour chaque produit mis en vente, ne peut donc plus constituer qu'un très faible pourcentage des recettes des ayant droits des œuvres publiées (il y a tout de même encore des mélomanes « honnêtes » au sens ancien du terme), c'est donc vers des systèmes de rémunérations collectives qu'il faut se tourner si l'on veut que les ayant droits jouissent d'une aisance financière méritée, à défaut de devenir aussi fortunés que les patrons des Majors.

Ces systèmes, fondés sur la création d'un prélèvement collectif et non individuel, existent depuis fort longtemps dans le marché de la culture française, et ils ont le double avantage de n'être que très rarement critiqués tant par les créateurs que par les consommateurs. On peut donc s'étonner que lors du vote de la loi DAVDSI le gouvernement français se soit obstiné à refuser l'instauration d'un nouveau système de licence légale pour les œuvres diffusées et téléchargées sur Internet.

Rappelons en les diverses occurrences.

Les licences légales existantes.

Les auteurs et producteurs des œuvres musicales sont depuis longtemps astreints à une licence légale pour la diffusion sur les chaînes de radio. Tous les disques de musique peuvent être librement diffusés dans un lieu public – aéroport, gares, hôpitaux etc. -, à condition de n'être pas utilisés dans un spectacle, et librement radiodiffusés dans tous les lieux privés. Cette liberté prévue par le CPI depuis... constitue une exception traditionnelle au monopole des artistes-interprètes sur leur interprétation, et aux droits des producteurs des disques audio. Mais en contrepartie de cette liberté, dite « licence légale », une « rémunération équitable » fixée par accords entre les utilisateurs et les organisations représentatives des artistes interprètes et des producteurs, accords conclus par branche d'activité (radios périphériques, radios locales, discothèques, restaurants etc.). A défaut d'accord, c'est à une commission paritaire de fixer les barèmes de rémunération (art L214-4 CPI).

Les barèmes sont basés sur les chiffres d'affaires réalisés par les utilisateurs, et, pour les entreprises de communication audiovisuelles, le rapport entre la durée des émissions et celle de la diffusion des disques. Ces barèmes sont assez lucratifs puisque le total des redevances versées de ce chef sont de l'ordre d'une centaine de millions d'euros par an,⁸⁶ à partager à égalité entre artistes interprètes et producteurs.

La liberté de copier des œuvres sur des supports matériels (papier, CD et DVD) ou numériques (disques durs, clés USB) a engendré d'autres licences légales.

D'abord la liberté de reprographier, par photocopie, donne lieu à une rémunération collective versée par les utilisateurs (facultés, ministères, entreprises etc.) à deux sociétés de perception et de répartition des droits, le CFC et la SEAM, qui la répartiront ensuite entre les éditeurs concernés, ces derniers devant la partager avec les auteurs des œuvres reprographiées. Là encore, les sommes ainsi redistribuées ne sont pas négligeables : 29,4 millions € en 2008 pour le CFC.⁸⁷

Ensuite la copie privée sonore, audiovisuelle ou numérique est payée par les futurs copistes lorsqu'ils acquièrent dans le commerce les supports vierges nécessaires (CD, DVD, disques durs). Une rémunération forfaitaire, proportionnelle à la capacité de stockage vendue, est effet incluse dans le prix de vente payé par l'acheteur, et versée ensuite aux sociétés de perception et de répartition compétentes (SORECOP, Copie France, SOFIA, AVA) qui en assurent ensuite la répartition entre les ayant droits dans des proportions variables selon les supports : pour les copies sonores, 50% aux auteurs, 25% aux artistes interprètes, 25% aux producteurs ; pour les copies audiovisuelles, un tiers pour chaque catégorie d'ayant droits ; pour les autres supports, partage à égalité entre auteurs et éditeurs.

⁸⁵ « Le pirate était une imprimante » <http://www.ecrans.fr/Surveillance-du-p2p,4312.html>

⁸⁶ Rapport 2007 de la Sacem, sur le site www.sacem.fr

⁸⁷ Rapport 2007

Autre licence légale, le droit reconnu à tout câblo-opérateur de retransmettre par câble simultanément à sa télédiffusion toute œuvre protégée dès lors que cette retransmission sera intégrale et n'entraînera aucune modification de l'œuvre concernée.⁸⁸

Enfin, la plus récente de ces licences légales concerne le prêt de livres en bibliothèque. Depuis la promulgation de la loi du 18 juin 2003 tout livre acquis par une bibliothèque destiné à être prêté donne lieu au versement d'une rémunération à partager à égalité entre auteurs et éditeurs. Cette rémunération est versée pour partie par l'Etat (annuellement, sur la base du nombre de personnes inscrites dans la bibliothèque), pour partie par les fournisseurs des livres (6% du prix d'achat public. Elle est collectée par la SOFIA, et versée par cette dernière aux éditeurs concernés, qui doivent la partager par moitié avec leurs auteurs.

C'est donc là encore une gestion collective des droits des auteurs et des éditeurs qui a été mise en place par la loi. Les sommes concernées sont importantes : plus de 155 million € en 2007 pour l'ensemble des répertoires, et les 16 plus gros éditeurs recevront entre 100.000 et 500.000 €⁸⁹

Ces licences légales rémunèrent intelligemment la communication au public de toutes les œuvres de l'esprit, écrites, sonores ou audiovisuelles, ayant été créées, interprétées et éditées par des moyens de communication modernes. Elles permettent à toute personne intéressée de se constituer par la copie la bibliothèque, discothèque ou la vidéothèque de son choix sans avoir à solliciter d'autorisations des innombrables auteurs, artistes interprètes et éditeurs concernés. La collecte de ces autorisations individuelles serait évidemment impossible à effectuer pour tout non-professionnel, et le livre accès du public à la culture, droit fondamental selon la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en deviendrait purement théorique.

Licence légale pour le téléchargement sur Internet

Pour le téléchargement des œuvres numérisées sur des disques durs, on pourrait donc considérer que les ayant droits concernés sont déjà payés par la rémunération versée lors de l'achat du support vierge. Certes, cette rémunération ne profite aujourd'hui qu'aux auteurs et aux producteurs, en oubliant les artistes interprètes, mais cette injustice relative pourrait être aisément corrigée par l'attribution d'une partie de cette rémunération (un quart ou un tiers, comme pour les disques audio et vidéo) aux artistes interprètes.

Cet argument est aujourd'hui la base des réclamations d'un certain nombre d'associations de consommateurs, comme « l'UFC Que Choisir » ou « 50 millions de consommateurs », qui estiment que la « vente » sur Internet de copies d'œuvres musicales ou audiovisuelles fait double emploi avec les sommes déjà versées aux ayant droits lors de l'achat des supports matériels des copies.

Cette opinion est cependant aujourd'hui minoritaire, et on peut penser qu'elle le restera, car le développement exponentiel de l'échange des fichiers vidéo sur Internet joint à l'augmentation continue des capacités de stockage des disques durs, exige qu'auteurs, artistes interprètes et producteurs reçoivent une compensation financière à une indiscutable baisse des ventes en magasin des CD et DVD traditionnels.

A cette exigence, on ne peut répondre en persistant à raisonner en termes de rémunération individuelle de chaque nouvelle copie. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le phénomène de la « copie libre », appelé « piratage » par ses détracteurs, nous paraît irréversible, et toutes les lois répressives du monde ne sauraient rien y changer.

La solution, c'est dans une rémunération collective qu'il faut la chercher, c'est à dire dans la création d'une nouvelle licence légale fondée sur une taxe liée à l'accès à Internet.

Dans la France de 2008, 17 millions de foyers sont abonnés à l'Internet haut débit. Le prix moyen de l'abonnement est de 30 € par mois, soit 360 € par an.

L'idée d'une taxe sur l'accès à Internet n'est pas nouvelle, car elle a été amplement développée par des associations d'auteurs, d'artistes interprètes, et de consommateurs lors du vote de la loi DAVDSI, comme l'Adami (60.000 membres), la Spedidam (25.000 membres), le Sfa, Ufc-Que Choisir (124.000 adhérents), CLCV (30.000 membres actifs), la Ligue de l'enseignement (1,8 millions d'adhérents) ou l'UNAF (Ligue des associations familiales regroupant 800 organisations).. Si l'accès à Internet coûtait mensuellement quelques euros de plus à chaque personne désireuse de télécharger librement toutes les œuvres diffusées sur Internet, les sommes ainsi collectées seraient de l'ordre d'au moins 1 milliard € par an, et pourraient être partagées entre les ayant droits des œuvres téléchargées, à l'imitation des licences légales déjà existantes. Or 1 milliard par an, cela représente la totalité du chiffre d'affaires annuel de l'industrie musicale, si l'on en croit l'Institut GFK.⁹⁰

Cette création d'une nouvelle licence légale paraît si raisonnable que c'est dans cette perspective que le Parlement européen a voté un texte excluant la possibilité pour une autorité administrative de suspendre l'accès à Internet d'un « pirate » récidiviste, l'une des mesures phares du projet de loi Hadopi. En exigeant que ce soit une autorité judiciaire qui, au terme d'une procédure judiciaire, qui seule puisse ordonner une telle sanction, le Parlement européen a de fait rendu

⁸⁸ Articles L132-20-1 et L217-1 à L217-3 CPI.

⁸⁹ Chiffres donnés sur le site web de la SOFIA. <http://www.la-sofia.org/sofia/Adherents/site/Sofia/index.jsp>

⁹⁰ Rapport 2007 Observatoire de la musique et Institut GFK.

impraticable sa mise en œuvre pour des millions de « pirates » ! L'initiateur de ce vote, le député européen Guy Bono, l'a d'ailleurs clairement expliqué dans une récente interview où, après avoir conseillé aux industriels du disque et du cinéma « d'adapter leur économie... d'anticiper... de se poser des questions », il déclarait : « On est conscient que le téléchargement pose problème aux ayant droits : il faut leur apporter des solutions... Pour faire simple, on n'a qu'à légaliser le téléchargement (libre) ! A partir de là il faut faire payer les utilisateurs et les FAI (fournisseurs d'accès à Internet) afin que les créateurs puissent être rémunérés. J'ai donné des chiffres... qui sont très importants. Mettons-nous autour d'une table, qu'on regarde les problèmes que cela pose, et je suis certain que qu'on doit pouvoir trouver des solutions puisqu'en fait il s'agit bien d'un problème de rémunération des ayant droits. »⁹¹

Il semble que cette argumentation fasse son chemin jusque dans les organes de direction des Majors.

Comme on l'a vu précédemment, les Majors ont déjà abandonné l'espoir de mettre fin à « la piraterie » par l'utilisation des MTP. Elles semblent maintenant examiner avec sérieux l'hypothèse d'une taxe sur les abonnements à Internet donnant le droit de librement télécharger, taxe qui serait collectée par les FAI et répartie ensuite par une SPRD à créer.

Dans une interview du 7 octobre 2008⁹² n'a-t-on pas entendu le champion de la lutte « antipiratage », P. Nègre, patron d'Universal Music France, admettre que « si on n'a pas réussi à créer un véritable modèle économique (de la vente légale de musique en ligne), on pourrait envisager pour la musique une licence légale d'accès à Internet par prélèvement de 6 à 7 € par mois, ce qui aboutirait à collecter 10 milliards € par an » (on observera que M. Nègre multiplie par 10 le chiffre retenu par l'Institut GFK. Voir note 4 précitée).

Dès sa nomination en remplacement de Mme Albanel, l'actuel Ministre de la Culture, Frédéric Mitterand, a certes déclaré qu'il était opposé à la création de quelque « contribution créative » que ce soit, mais il a simultanément créé une commission présidée par P. Zelnik pour réfléchir aux moyens d'améliorer « l'offre légale de contenus en ligne et la rémunération des auteurs, producteurs et artistes-interprètes des œuvres diffusées sur Internet. »⁹³

La commission Zelnik devrait rendre son rapport début 2010⁹⁴, et on peut penser que ce rapport sera sans doute suivi de nouvelles modifications de la législation actuelle.

Les dispositions répressives de la loi Hadopi2 aujourd'hui promulguée (mais qui n'est toujours pas entrée en application à l'heure où nous écrivons faute de décrets d'application) n'auront donc peut-être qu'une existence aussi brève que celles de la loi Davdsi...

⁹¹ « Interview : Guy Bono, l'eurodéputé qui a brisé la riposte graduée. » sur www.pcinpact.com/actu/news/4629-guy-bono-ripostegraduee-amendement.htm

⁹² Voir « Pascal Nègre entrouvre la porte de la licence légale ». G. Champeau, « Musique numérique » 7 octobre 2008

⁹³ Voir l'article de C. Alix « Le PDG de Naïve est chargé de réfléchir aux moyens d'améliorer l'œuvre payante sur le Net ». sur www.ecrans.fr

⁹⁴ Rapport initialement prévu pour le 15 novembre 2009.

Chapitre 3 : Les problèmes posés par la collecte et la répartition d'une « contribution créative »

Si le législateur français se décide à renoncer dans un avenir proche à tout l'arsenal répressif que le gouvernement de M. Fillon s'est entêté à mettre en place, et adopte enfin un système de rémunération collective de la diffusion d'œuvres protégées sur Internet, et, plus largement encore, de l'échange libre des œuvres numérisées, il devra préalablement se poser un certain nombre de questions auxquelles la loi devra donner des réponses techniquement et juridiquement opérationnelles.

Reconnaître que la liberté de téléchargement et d'échange sur Internet d'œuvres protégées est un droit fondamental reconnu à toute personne qui veut en bénéficier en contrepartie du paiement d'une redevance forfaitaire implique que l'on sache 1) quel sera le montant de cette redevance, 2) qui la percevra, 3) et comment elle sera répartie entre les ayants-droits concernés (auteurs, producteurs et artistes-interprètes).

I – Le montant de la redevance.

La logique financière d'Internet est une logique d'abonnement. On s'abonne d'abord pour pouvoir se connecter par l'un des fournisseurs d'accès (dits FAI) de son choix ; on s'abonne ensuite pour bénéficier des nombreux sites payants qui se sont multipliés dans tous les domaines (informations générales ou spécialisées, rencontres, loisirs etc.).

Les coûts et la périodicité des abonnements sont très variables, de même que les conditions de souscription ou de résiliation, mais on peut estimer qu'ils donnent un très large accès à l'information et à la culture à la très grande majorité des internautes.

La connexion à Internet par l'intermédiaire d'un FAI français coûte aujourd'hui en moyenne 30 € par mois, et donne en outre droit à des services téléphoniques et télévisuels gratuits.

Se basant sur ce chiffre, les partisans de la licence légale « contribution créative » proposent en général d'ajouter à ces 30 € quelques euros (5 ou 6, le plus souvent) de façon à ce que le paiement de ce supplément soit en quelque sorte « indolore » pour l'abonné alors qu'il permettrait par ailleurs de collecter des sommes considérables du fait du nombre très élevé, près de 20 millions aujourd'hui, des abonnés. Vingt millions de fois 5 euros, cela fait cent millions d'euros par mois, et donc 1,2 milliard par an à répartir entre les auteurs, producteurs et artistes interprètes concernés.

Pour éviter que cette contribution créative ne soit assimilée à une nouvelle forme de taxation frappant indifféremment tous les abonnés quels que soient leurs modes d'utilisation d'Internet, on devra envisager qu'elle soit volontaire.

Certains internautes en effet ne téléchargent jamais gratuitement aucune œuvre protégée, soit par principe –respect de la législation actuelle–, soit par désintérêt –il existe bien d'autres médias culturels. Ils ne comprendraient donc pas qu'on les contraigne à payer un service qu'ils n'utilisent jamais, et on pourrait que leur donner raison.

La loi devra donc prévoir que lors de la souscription d'un contrat d'accès à Internet, le client devra préciser s'il entend ou non bénéficier des possibilités de téléchargement gratuit d'œuvres protégées. Dans la négative, il n'aura pas à payer la redevance, mais il devra alors accepter que son fournisseur d'accès surveille ses connexions par tout procédé technique permis par la loi (installation d'un logiciel espion par exemple) de façon à s'assurer qu'il ne procède pas à des téléchargements interdits. Le refus de payer la redevance exposera aux peines de la contrefaçon en cas de téléchargement non autorisé.

Cette nouvelle régulation des téléchargements mettra à la charge des FAI de nouvelles obligations juridiques – obligation de surveillance des connexions – mais aussi des coûts financiers non négligeables du fait des incidences techniques de ces obligations. On peut donc s'attendre à ce que les FAI élèvent toutes les objections possibles à la mise en place d'un tel système.

Le prix de l'abonnement à Internet pourrait aussi être majoré de quelques euros dans le cadre non plus d'une loi mettant en place la licence légale, mais dans celui d'accords passés entre les FAI et les Sociétés (les SPRD) représentant les auteurs, artistes interprètes et producteurs concernés.

La presse spécialisée a récemment évoqué des négociations entre la Sacem et les Fai sur la création d'une « licence musique » qui serait payée par les abonnés à leur fournisseur d'accès au prix de quelques euros par mois. L'abonné pourrait utiliser librement une plateforme de téléchargement de musique appartenant à son fournisseur d'accès, ce dernier ayant payé lui-même la mise à disposition des catalogues des maisons de disques partenaires.

Ce dispositif aboutirait donc à créer une licence légale uniquement pour la musique, en en partageant le coût entre FAI et abonnés.⁸⁹

⁸⁹ G. Champeau. « Vers une taxe négociée entre la Sacem et les FAI pour une licence musique ». 10 juillet 2009. Sur le site www.numerama.com.

II – La perception de la redevance.

De la même façon que les entreprises collectent la TVA pour l'administration fiscale, les FAI devront se charger de la collecte de la contribution créative auprès des internautes. Mais on imagine mal que les FAI puissent ensuite reverser directement à chaque auteur, producteur ou artiste-interprète les sommes qui leur seraient dues. Les frais de comptabilité seraient insupportables compte tenu du nombre d'œuvres et d'ayants-droits concernés !

Les sommes encaissées par les FAI devront donc nécessairement être reversées à une ou plusieurs SPRD, à l'image de ce qui existe déjà pour les licences légales actuelles.

La gestion collective des sommes perçues s'imposera, comme ce fut le cas pour la copie privée des œuvres écrites (Cfc), sonores (Sorecop) et audiovisuelles (Copie France), la reproduction mécanique des œuvres musicales (Sdrm), les droits liés à la production d'œuvres multimédia (Sesam), ou, la dernière en date, le droit de prêt en bibliothèque (Sofia).

Peut-on envisager que une ou plusieurs des 27 Sprd existantes actuellement en France encaissent les sommes reçues des FAI avant de les redistribuer entre elles par spécialisation selon les œuvres concernées ?

Le tableau actuel des Sprd françaises est extraordinairement complexe⁹⁰ car il s'est constitué au fil du temps, au gré aussi bien des initiatives individuelles de certains artistes que du développement de nouvelles techniques de création ou d'exploitation, ou encore de l'institution de nouveaux droits d'auteur ou droits voisins.

Les flux financiers établis entre ces sociétés paraissent souvent inutilement compliqués, comme le soulignait le rapport pour l'année 2007 de la Commission permanente de contrôle des SPRD dans son cinquième rapport annuel publié en avril 2008 : « Sept des 24 sociétés étudiées perçoivent des droits qu'elles affectent à d'autres sociétés... Le nombre élevé des sociétés suscite aussi de nombreux flux (financiers) intermédiaires ou croisés entre celles qui versent les sommes qu'elles perçoivent à d'autres sociétés et celles qui les versent directement à leurs ayants droits. Ce schéma est d'autant plus complexe que ... une ou plusieurs sociétés peuvent s'interposer entre celle qui perçoit les droits primaires et celle qui les répartira. A titre d'illustration, les droits perçus par la Sorecop sur la copie privée sonore sont affectés à l'Adami, la Spedidam, la Scpa et la Sdrm. Cette dernière en affecte une fraction à son tour à la Sacd, la Sacem et la Scam, tandis que la Scpa opère un reversement à la Scpp et à la Sppf. »⁹¹

Les chevauchements de compétence n'y sont pas rares, et la même œuvre, ou le même artiste, peut y relever de deux sociétés différentes. Un photographe ou un illustrateur peut choisir entre l'Adagp et la Saif, ou adhérer aux deux simultanément. Plus curieux encore, un comédien de théâtre ou de cinéma adhère normalement à l'Adami, mais s'il effectue le doublage en français d'un film étranger, c'est la Sacem qui le prend en charge.

L'apport et la gestion des différents droits patrimoniaux des auteurs membres des Sprd varient aussi selon les sociétés.

On peut aussi envisager de choisir une des Sprd qui regroupent déjà d'autres Sprd, comme la Sesam par exemple, qui a été constituée par l'action commune de la Sacem, la Sdrm, la Sacd, la Scam et l'Adagp, et qui ont donc déjà vocation à gérer des œuvres de natures différentes. Mais il faudrait alors qu'elle répartisse ensuite les sommes reçues des Fai entre toutes les Sprd, ce qui ne pourrait être qu'une source de complexité supplémentaire, donc de dépenses supplémentaires, et aussi, probablement, d'injustice pour certains ayants-droits.

Nous pensons donc qu'il faudra créer une nouvelle Sprd ayant pour mission exclusive de collecter auprès des Fai la « contribution créative », à charge pour elle de répartir ensuite les sommes collectées entre les Sprd spécialisées selon la nature et le nombre d'œuvres téléchargées.

Cependant, avant d'examiner les problèmes posés par cette répartition, on doit s'interroger sur l'organisation de la collecte non seulement en France mais aussi à l'étranger.

Sauf censure politique dans certains pays non démocratiques, Internet se joue des frontières, et s'il est parfaitement possible d'utiliser à l'étranger un ordinateur connecté à Internet par un Fai français, la réciproque n'est pas moins vraie.

La France n'est pas seule à connaître une croissance rapide du nombre de ses Sprd. La Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC) fondée en 1926 compte actuellement 222 sociétés membres issues de 118 pays, représentant 2,5 millions d'auteurs dans le monde. Par le nombre, ce sont les sociétés de compositeurs de musique, comme la Sacem française, qui sont majoritaires, et elles représentent 80% du total des droits encaissés par les sociétés membres de la CISAC, soit 7,141 milliard d'euros en 2007.⁹²

Ces sociétés ont pour la plupart passé des accords de représentation réciproque de leur répertoire en dehors de leur sol national. Dans le cas de la Sacem, cela signifie qu'elle peut mettre à la disposition d'un utilisateur potentiel en France la quasi-totalité du répertoire mondial des œuvres musicales protégées.

Cette mondialisation de l'activité de certaines Sprd bénéficie tant aux auteurs, qui sont ainsi assurés que leurs œuvres ne seront pas reproduites ou représentées clandestinement, et gratuitement, à l'étranger, qu'aux utilisateurs, qui ont ainsi accès à un « guichet unique » quelle que soit la nationalité de l'auteur de l'œuvre choisie.⁹³

⁹⁰ Voir le tableau en annexe 3.

⁹¹ Cinquième rapport annuel, avril 2008, Commission permanente de contrôle des SPRD. p.20.

⁹² Informations relevées dans « Business technologies et médias » 9 juin 2007, p. 12.

⁹³ Sur cette notion de « guichet unique », voir les observations de M. Dans Encyclopédie Jurisclasseur Propriété Intellectuelle, fascicules ...

Peut-on alors envisager de confier la collecte de la contribution créative dans chaque pays à une Sprd nationale fondée à cette seule fin, Sprd qui sera liée aux Sprd identiques des autres Etats par un contrat de représentation réciproque, à l'image de la Sacem et de ses partenaires étrangères ?

Cela paraît souhaitable, mais cela paraît aussi difficile, car l'accès à Internet n'est pas caractérisé par la nationalité de l'abonné, ni même par celle de la FAI concernée. Par l'utilisation de plus en plus banale de satellites de plus en plus nombreux, la connexion à Internet peut aujourd'hui se faire en tout lieu d'un pays développé par un utilisateur de n'importe quelle nationalité.

Les différences entre droits nationaux, y compris au sein de l'Union Européenne, dans la définition des œuvres protégées et le régime juridique des droits qui y sont attachés, vont encore compliquer la situation. Et ce qui est déjà compliqué dans les rapports entre pays membres de l'Union Européenne deviendra quasiment inextricable entre pays n'appartenant à aucun ensemble politique solidement structuré.

Dans l'immédiat, et dans l'hypothèse où le législateur français instituerait une contribution créative pour le téléchargement sur Internet, on ne peut donc qu'espérer la création concomitante d'une nouvelle Sprd française chargée de collecter les redevances collectées par les FAI avant de les répartir entre les différentes Sprd concernées (musique, vidéo, écrits, arts plastiques, artistes-interprètes etc.). Si l'Union Européenne avait l'heureuse idée de prendre une directive en ce sens, on pourrait alors envisager une collecte et une répartition unifiées au sein d'une Sprd européenne, ce qui serait une innovation considérable, et bénéfique, vu l'état actuel du « marché » des Sprd soumises par le droit européen au sacro-saint principe de la libre concurrence dans les marchés économiques de l'Union Européenne !⁹⁴

Quant à une collecte non plus seulement européenne mais mondiale d'une telle contribution créative, cela nécessiterait l'adoption par tous les Etats, ou au moins la plupart d'entre eux, d'une convention internationale type Convention de Berne, que l'OMPI pourrait mettre en œuvre... mais ce n'est pas pour demain...

III – La répartition des sommes collectées au titre de la contribution créative.

Dans l'activité d'une Sprd, la répartition entre ses membres des sommes collectées est certainement la plus délicate des opérations.

D'abord parce que certaines sommes ne sont pas réparties mais consacrées à des activités d'intérêt général, comme les subventions à certaines manifestations artistiques, des bourses de création, des études prospectives etc. Ces sommes « irrépartissables », constituées essentiellement par des droits dont on ne peut « localiser » les titulaires, peuvent atteindre des montants élevés dans certaines Sprd, et comme elles échappent ainsi aux membres de la société, elles peuvent engendrer la méfiance de ces derniers à l'égard des dirigeants de la société concernée.

Echappant aussi à la répartition, les frais de gestion des Sprd, qui atteignent parfois jusqu'à 20% des sommes collectées, peuvent aussi susciter de vives contestations, tant par leur montant – on parle de « dépenses somptuaires » – que par leur origine – on s'étonne des salaires très élevés de certains administrateurs. Ce fut le cas pour l'Adami qui, à la suite de contestations de certains de ses membres regroupés en associations, fit l'objet d'un audit de deux inspecteurs généraux des ministères des Finances et de la Culture en 1996, audit au terme duquel la gestion de l'Adami fut réformée.⁹⁵

Autre source de contestation possible, les retards parfois considérables dans la répartition des sommes disponibles du fait d'une mauvaise organisation, ou mauvaise volonté de certaines Sprd qui se constituent ainsi un volant de trésorerie source de bien des convoitises... C'est ainsi que dans son sixième rapport annuel, publié en avril 2009, la Commission permanente de contrôle des SPRD a tenu à alerter le Parlement et le Gouvernement « de l'ampleur du volant de trésorerie du système français de gestion collective – celui-ci dépassant globalement un milliard et demi d'euros, soit plus des trois quarts d'une année de perceptions – et de l'enjeu qu'il représente pour les ayants droit, à la fois comme résultante des délais de traitement de leurs droits et comme élément de leur patrimoine commun ».⁹⁶

La répartition dépend essentiellement de l'exploitation d'une œuvre pour une période donnée : plus l'œuvre aura été exploitée, plus grande sera la part de son auteur dans la répartition. L'article L 311-6 CPI stipule qu'en matière de copie privée, la répartition des sommes collectées doit être réalisée « à raison des reproductions privées dont chaque œuvre fait l'objet ». De ce cas particulier, la jurisprudence a fait un principe général s'appliquant à tous les droits gérés collectivement.

Pour connaître la fréquence et la durée des utilisations des œuvres concernées, les SPRD emploient un certain nombre de techniques plus ou moins fiables individuellement mais dont l'emploi cumulatif permet une bonne connaissance du quantum des utilisations de chaque œuvre.

Le procédé le plus simple, mais pas nécessairement le plus exact, consiste à demander aux utilisateurs professionnels de faire une déclaration spontanée de leurs recours aux œuvres concernées. C'est le cas des stations de radio pour leurs programmes musicaux, des chaînes de télévision pour leurs émissions utilisant de la musique ou de la vidéo, des instituts d'enseignements pour leurs photocopies, des discothèques pour leurs soirées sonorisées, des chaînes câblées pour leurs reprises d'émissions enregistrées, des théâtres pour le nombre de leurs représentations etc.... A ces déclarations peuvent s'ajouter des sondages ou des enquêtes réalisées éventuellement par la SPRD elle-même.

⁹⁴ Voir les riches observations de B. Edelman sur tous les problèmes soulevés par l'application du droit européen en matière de gestion collective des droits d'auteurs et des droits voisins dans Encyclopédie JurisClasser Propriété littéraire et artistique, fasc. 1810 et 1820.

⁹⁵ A. Peigne-Giuly « Audit à l'Adami. La gestion de la société d'auteur est contestée. » 13 juin 1996. www.liberation.fr.

⁹⁶ Cité par G. Champeau « La Sacem belge suspectée de ne pas bien verser les droits d'auteurs » le 23 juillet 2009 sur www.numerama.com.

C'est ainsi que la Sacem, la plus « riche » et certainement la plus « efficace » des SPRD, exerce de nombreux contrôles par ses propres agents, et n'hésite pas à menacer de poursuites judiciaires tout utilisateur omettant de se déclarer comme tel, et d'en payer le prix. Pour la Sacem, le plus modeste des utilisateurs doit payer, à l'égal des chaînes de télévision ou des patrons de discothèques, et elle s'emploie à ce que les kermesses paroissiales, les manifestations folkloriques, les fêtes d'entreprises et autres pots de départ à la retraite n'échappent pas au prélèvement.

On ne donnera qu'une illustration exemplaire de ce zèle, mais ce ne sont pas les exemples qui manquent...

La Sacem ayant appris par la presse régionale que les élèves d'une école primaire avaient chanté la chanson de Hugues Auffray « Adieu Monsieur le professeur » lors d'une cérémonie d'hommage à trois de leurs maîtresses partant à la retraite, elle réclama le paiement de 75 € au directeur de l'école organisatrice du spectacle au motif que l'exécution de la chanson constituait « un spectacle d'enfants avec sono » dont le forfait minimum est de 75 €. Interrogé par un journaliste sur cette démarche, le responsable local de la Sacem se montra très à l'aise en expliquant : « Notre rôle est d'autoriser la diffusion et de percevoir les rémunérations pour le compte des auteurs. Les écoles le savent. Elles reçoivent des formulaires en début d'année. L'école n'a pas fait de déclaration préalable. Nous appliquons donc le forfait minimum... »⁹⁷.

Pour la circulation des œuvres sur Internet, de nombreuses SPRD préconisent un codage numérique des œuvres protégées, dit aussi « tatouage numérique », en application de l'article L 331-22 al 2 CPI.⁹⁸

Dans la pratique, on sait que de nombreux utilisateurs échappent aux perceptions dues. La plupart des petites entreprises ignorent que photocopier une œuvre protégée – un article de presse, un extrait d'un ouvrage technique, un plan d'architecte etc. – les oblige à en faire la déclaration au Cfc et à en payer l'emploi ; et si elles le savent, elles ne s'exécutent pas pour autant car la probabilité d'être démasquées et sanctionnées leur paraît négligeable.

Même phénomène en matière d'œuvres littéraires ou musicales pour les troupes de théâtre amateur, les cours d'art dramatique, les fêtes d'écoles, les réceptions privées excédant « le cercle de famille » (mariages, baptêmes, enterrements, anniversaires, soirées dansantes etc.), les musiciens du métro ou de la rue...

Les problèmes posés par la répartition des sommes collectées à l'occasion d'émissions de radio ou de télévision sont relativement faciles à surmonter car les Sprd disposent des programmes qui sont diffusés. Pour la répartition des sommes dues au titre de la photocopie, c'est déjà plus compliqué, car les utilisateurs – administrations, instituts d'enseignement, grandes entreprises – tiennent rarement une comptabilité exacte et détaillée des copies effectuées (ouvrages copiés, nombre de pages copiées, fréquence des copies etc.) et leurs déclarations souvent fantaisistes peuvent arbitrairement augmenter ou diminuer les droits à rémunération de tel ou tel ayant droit.

Mais si l'on examine les problèmes posés par l'évaluation détaillée de l'utilisation sur Internet (téléchargement, échange, intégration dans des pages Web) de telle ou telle œuvre, on voit les difficultés s'accumuler.

Comment identifier tous les sites proposant des œuvres à télécharger librement ? Comment comptabiliser tous les échanges entre internautes d'une chanson ou d'un film par le peer to peer sur des réseaux privés ? Comment se fier au nombre de téléchargement revendiqué par le site d'un photographe ou d'un éditeur en ligne ?

On peut certes envisager d'établir une comptabilité à peu près exacte pour certains sites commerciaux spécialisés dans la diffusion d'œuvres protégées (« les plateformes légales » de téléchargement, mais c'est impossible pour les innombrables sites personnels ou associatifs, les blogs, les échanges directs par e-mail, qui réalisent la plus grosse part de la diffusion.

Ce qui laisse entière la question suivante : comment définir et mettre en œuvre des clés de répartition équitables entre ayants droit des œuvres circulant sur Internet. Et c'est une question fondamentale.

⁹⁷ Faits rapportés par Dimitri T ; le 18 juillet 2006 sur www.generation-net.com

⁹⁸ Article L331-22 CPI

« Les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une œuvre, autre qu'un logiciel, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre, lorsque l'un des éléments d'information, numéros ou codes est joint à la reproduction ou apparaît en relation avec la communication au public de l'œuvre, de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme qu'il concerne. On entend par information sous forme électronique toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations. »

Chapitre 4 : Les conséquences de la globalisation des marchés de la propriété littéraire et artistique à l'ère d'Internet

La logique marchande a pénétré tous les secteurs de la culture ; nous sommes entrés dans une société de consommation de masse, et les œuvres se transforment en « produits ».

A - L'insécurité juridique résultant d'une application improbable du droit international en France sur le droit moral des auteurs et artistes.

Il découle de ce qui précède, à savoir une difficulté à saisir la qualité d'œuvre en droit français et l'appréhension du droit moral des auteurs et artistes, une grande insécurité juridique tant en matière contractuelle que délictuelle et bien évidemment, la reproduction sur internet et la représentation d'œuvres dont la qualification même est incertaine ne pourront être appréhendées par le dispositif anti-piratage institué par les lois HADOPI.⁹⁹ Mais il est aisé de s'apercevoir que le droit qui saisit le marché de l'art ou assimilé est en réalité en pleine mutation du fait même de la globalisation qui imposait, avant même l'apparition d'internet, de nouveaux modes de fonctionnement. En effet, chaque Etat doit obéir à l'internationalisation des nouveaux modes de communication, et notamment d'internet. Mais en France, cette « absorption » du droit international ne se fait pas de façon très claire ni conforme au droit communautaire et international, en particulier à propos de la définition du droit moral.

Ainsi, depuis que les Etats-Unis ont adopté, le 5 mars 1989, suivis de près par la grande Bretagne le 2 janvier 1990, la Convention de Berne qui porte sur la protection des œuvres littéraires et artistiques, le droit national français et le droit communautaire sont susceptibles de changer substantiellement, compte tenu de la primauté des conventions internationales sur le droit national.

En effet, l'appréhension du droit moral des artistes et auteurs sur les œuvres n'est adoptée par les pays de Common law que sont les Etats-Unis et la Grande Bretagne qu'à minima, ce qui signifie que seules les atteintes à l'honneur et à la réputation des auteurs et artistes est susceptible d'être réprimée.

Ainsi, l'affaire HUSTON qui a été exposée supra dans la Première partie du présent ouvrage sur « L'extension du champ d'application de la propriété intellectuelle » ne pourra vraisemblablement plus s'appliquer. Dans cette affaire, la colorisation du film « ASPHALT JUNGLE » a été interdite en France sur le fondement de la loi française applicable directement en sa qualité de loi de police, c'est-à-dire de loi impérative d'ordre public français. La Cour de cassation n'a même pas procédé au raisonnement habituellement admis en droit international privé, s'agissant pourtant d'un film américain et d'ayants droits américains agissant en France contre une société de droit français.¹⁰⁰ Elle aurait pu raisonner de façon « conflictualiste » en se demandant si la loi américaine applicable à la protection du film en cause était ou non contraire à l'ordre public international français, c'est-à-dire, se demander si elle devait être évincée en fonction de ce droit ou si elle s'imposait aux juridictions françaises. Or, elle a estimé que la question ne se posait pas et a appliqué de facto la loi française applicable au respect de l'œuvre selon l'appréhension du droit moral d'un auteur en droit français, ce qui est totalement surprenant, surtout dans le cas d'une œuvre audio-visuelle.

En effet, de telles œuvres sont considérées en droit français comme des œuvres de collaboration, c'est-à-dire des œuvres collectives un peu particulières dont les co-auteurs et le producteur jouissent de droits à exercer ensemble d'accord parties.

Rappelons que les co-auteurs d'une œuvre collective banale, telle qu'une contribution à une encyclopédie, ne disposent que d'un droit moral atténué, mais que, dans le cas des œuvres de collaboration, les co-auteurs ne sont pas totalement libres, puisqu'ils doivent obéir au processus défini par le producteur, ainsi que nous le verrons par la suite.

Cependant, dans une affaire tout aussi ancienne mais contemporaine de l'adhésion des Etats Unis à la Convention de Berne, la Cour d'Appel de Paris a accepté de faire jouer l'exception d'ordre public international en faveur d'un auteur « nègre » qui avait abdiqué à son statut d'auteur et donc à son droit de paternité sur une œuvre dans un contrat soumis au droit américain.

Cette forme de raisonnement est plus conforme au droit international privé respectueux de l'application du droit des Etats étrangers par rapport à celui du for saisi.¹⁰¹

Néanmoins, même cette solution pourrait aujourd'hui ne plus s'appliquer, dès lors que la Cour de Justice de la Communauté Européenne, dans une affaire PHIL COLLINS, a posé en principe que « la protection des droits moraux

⁹⁹ On rappelle que seule la loi HADOPI II est actuellement applicable, tandis qu'un projet intitulé HADOPI III serait en cours de discussion dans la commission Zelnik Voir Le Monde : « Hadopi II – MITTERRAND entre en scène » – « Punir d'un côté, soutenir de l'autre ».

¹⁰⁰ Cass. Civ. I^{ère}, 28 mai 1991 Journal du droit International 1992, p.133, Note EDELMAN.

¹⁰¹ C.A. Paris, 1^{er} Févr. 1989 : D. 1990, Som. 552, obs. Colombet ; Journal du Droit International CLUNET, Obs. EDELMAN

permet notamment aux auteurs et aux artistes de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre qui serait préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation ». ¹⁰²

De même, dans le Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (1996), la Commission estimait que, « dans la société de l'information, une application stricte du droit moral peut même s'avérer contre-productive. Il peut être nécessaire de faire preuve d'une certaine souplesse à cet égard, selon les types d'œuvres concernées, les modes d'exploitation et le contexte contractuel ». ¹⁰³

Pourtant, plus récemment, la Cour d'Appel de Paris a estimé que « le droit au respect de l'œuvre était d'ordre public et s'opposait par voie de conséquence à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder. La prohibition d'un tel abandon par anticipation n'impose pas au cessionnaire de recueillir, avant toute modification, la permission expresse du cédant. Celui-ci, quoique tenu par la force obligatoire du contrat par lui librement passé, conserve cependant la faculté de faire cesser l'utilisation qui se révélerait abusive ou d'obtenir réparation à ce titre ». ¹⁰⁴

Cela dit, la décision est nuancée, puisqu'elle applique le droit français en tenant compte du principe de souplesse adopté par la Commission dans le Livre vert précité, mais il ne s'agissait pourtant que de transformer un mot dans le refrain d'une chanson populaire intitulée « On va s'aimer » et le remplacer par « On va « fluncher » », alors que les auteurs de la chanson avaient admis que leur œuvre pouvait être utilisée dans la publicité et qu'ils avaient été rémunérés pour cette utilisation.

Sans vouloir « snober » les chansons populaires, il paraît difficile d'admettre que l'accord des auteurs puisse être revu de cette façon, comme s'ils étaient les auteurs d'une œuvre d'opéra ! Il faut en outre préciser que lesdits auteurs avaient reproché l'utilisation de leur « œuvre » par un restaurant « bas de gamme » ! Qui est snob dans cette affaire, les auteurs ou leur conseil ? La Cour ?

Bref, l'insécurité juridique paraissait totale dans ce contexte international où le droit moral, malmené par le copyright et appliqué de façon plus ou moins aléatoire par les juridictions françaises ou de droit continental. L'ère d'internet devrait modifier cet état de chose, dans la mesure où il est impossible d'appliquer le droit répressif prévu par les nouveaux textes français sans faire respecter la force obligatoire de contrats internationaux ou des accords de droit conventionnel international, dès lors qu'internet globalise le marché.

Cette perspective est surtout visible par l'examen approfondie de la jurisprudence portant sur les contrats d'artistes interprètes en matière d'œuvres musicales.

En ce qui concerne les artistes interprètes qui étaient également auteurs et compositeurs de la chanson « On va s'aimer », on leur reconnaît un droit moral quasiment équivalent à celui des auteurs, mais ils sont contraints d'accepter des contrats avec des producteurs qui restreignent considérablement leur liberté d'exploitation, voire même de création.

Ces contrats sont présents en droit continental comme en droit de common law.

Ce paradoxe, on peut déjà le voir à l'œuvre dans la séquence bien connue des compilations.

Dans un premier temps, la Cour de Cassation reconnaissait aux artistes un droit total sur leur prestation, puisqu'elle jugeait que « l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'artiste abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement qu'il déciderait de réaliser » ¹⁰⁵. Cette décision de la Chambre Sociale était reprise, l'année d'après, par la Chambre Civile et doublement confirmée par la suite, contre la résistance des juges du fond (Jurisprudence Barbelivien précitée).

Au nom du droit au respect de sa prestation, l'artiste-interprète pouvait donc s'opposer à une logique purement économique du producteur.

¹⁰² C.J.C.E., 20 oct. 1993, I, 5145 ; Dalloz 1995, 133, note EDELMAN

¹⁰³ Cité par La Propriété littéraire et artistique – Que sais-je ? Bernard EDELMAN, Ed. PUF.

¹⁰⁴ C.A. Paris, 4^{ème} Civ. B, 15 déc. 2004, DALLOZ 2005, N°41, note EDELMAN. Cass. 1^{ère} Civ. BARBELIVIEN. 28 janvier 2003, D. 2003. AJ 559. Obs. J. DALEAU. Prop. Intel. 2003. n° 7. p. 165. Obs. J. F. SIRINELLI ; Cass. 1^{ère} Civ. 5 décembre 2006. BARBELIVIEN. RIDA. Janv. 2007. p. 359, sur l'utilisation dérivée ; C.A. PARIS. 3 mai 2006. RIDA. Octobre 2006. p. 313. Obs. SIRINELLI.

¹⁰⁵ Cass. Soc. 16 juillet 2002. Jean FERRAT. B.V. n° 95 ; D. 2002. A.J. 2679. Obs. J. DALEAU ; R.T.D. Com. 2004. p. 735. Obs. POLLAUD-DULIAN ; Prop. Intel. 2003. n° 6. Obs. SIRINELLI ; C.C.E. 2002. Com. n° 139. Obs. C. CARON.

C.A. VERSAILLES. Jean FERRAT. 7 avril 2004. D. 2005. PAN. 1487. Obs. SIRINELLI. RTD. Com. 2004. p. 735. Obs. POLLAUD-DULIAN. CCE. 2004. Com. 100. Obs. C. CARON ; Prop. Intel. 2004. n° 13. p. 927. Obs. LUCAS Cass. Soc. 8 février 2006. Jean FERRAT. D. 2006. A.J. 570. Obs. J. DALLEAU ; id. Jur. p. 1172. Note ALLAEYS ; R.T.D. Com. 2006. p. 374. Obs. POLLAUD-DULIAN ; CCE. 2006. Com. n° 57. Obs. CARON. Cass. Civ. 1^{ère}. 7 novembre 2006. D. 2007. Jur. p. 471. Note ALLAEYS.

Cf. Cass. Soc. 8 février 2006. (note 5). « L'exploitation sous forme de compilation avec des œuvres d'autres interprètes étant de nature à en altérer le son, ne pouvait relever de l'appréciation exclusive du cessionnaire et requérait une autorisation spéciale de l'artiste ».

Mais dans un arrêt ultérieur, la Cour de Cassation reconsidérerait sa position ; « l'exploitation d'une œuvre au sein d'une compilation, mode d'exercice du droit patrimonial cédé n'est de nature à porter atteinte au droit moral de l'auteur, requérant alors son accord préalable, qu'autant qu'elle risque d'altérer l'œuvre ou de déconsidérer l'auteur ». ¹⁰⁶

La définition du droit moral des artistes interprètes a repris là une dimension plus logique et conforme au droit conventionnel international.

C'est la raison pour laquelle il paraît envisageable de penser que la même logique plus favorable aux investisseurs se poursuivra.

Toutefois, l'esprit des nuances doit être observé, dès lors que les artistes interprètes, à l'instar des auteurs, ont à leur disposition différentes armes de destruction des contrats qui les lient aux producteurs.

B – Les moyens juridiques de lutte pour leur survie des opérateurs des marchés de la propriété littéraire et artistique.

Avant même le développement accéléré du piratage des œuvres littéraires et audiovisuelles sur Internet, les producteurs avaient déjà songé à rentabiliser au maximum l'exploitation des œuvres qu'ils éditaient ou produisaient. Ceci est encore plus vrai aujourd'hui, dès lors que les investissements qu'ils réalisent sont menacés par ledit piratage, mais les moyens employés ont des effets pervers sur la culture et sur le statut des auteurs et artistes interprètes.

1 – Au profit des producteurs et éditeurs.

Au regard de toutes les œuvres, la jurisprudence est particulièrement favorable aux producteurs et éditeurs, puisqu'elle a estimé que les exceptions au droit d'auteur devaient être d'interprétation stricte.

Ainsi en est-il de la copie privée qui n'est pas considérée comme un droit au profit des consommateurs et ce particulièrement « dans le contexte de l'environnement numérique ».

L'arrêt rendu avant cassation a été renforcé par l'arrêt de renvoi qui a ajouté que : « L'absence de mention relative à l'impossibilité de réaliser une copie privée saurait constituer une caractéristique essentielle d'un tel produit. » ¹⁰⁷

Cela permet donc aux investisseurs de protéger leurs catalogues par des dispositifs anti-copie en tenant compte des risques engendrés par la numérisation. ¹⁰⁸

En matière littéraire, trois phénomènes sont particulièrement remarquables :

En premier lieu, les personnages des livres à succès peuvent être rentabilisés et réutilisés dans d'autres ouvrages : par exemple, Gérard de Villiers a pu « louer » la comtesse Alexandra, « compagne sulfureuse de S.A.S le Prince Malko, célèbre espion et obsédé sexuel » à une romancière pour une suite érotique de cinq romans ¹⁰⁹.

En second lieu, certains ouvrages – Harry Potter ou Da Vinci Code, par exemple – font l'objet d'un marketing mondial, sur le modèle des marques.

Mais, surtout, on assiste à un *turn-over* étourdissant. La tentation devient forte de vouloir orienter la rentabilité des maisons sur le court terme, de mettre l'accent sur les tendances du marché au détriment des ouvrages de fond, dont les circuits de vente sont plus lents.

On se rapproche ainsi du mode d'exploitation des œuvres audiovisuelles.

En troisième lieu, l'union des sociétés d'édition.

Les sociétés d'édition ont se sont unies contre l'accord proposé par GOOGLE.

Ainsi, le SNE qui représente 80% de l'édition française, allié à ses équivalents allemands et italiens a indiqué qu'il refusait la proposition de dédommagement de GOOGLE sur la numérisation des ouvrages édités ¹¹⁰, à l'instar des libraires et des auteurs américains et a saisi le TGI de Paris, qui vient de lui donner raison. ¹¹¹

En matière d'œuvre audiovisuelle, on connaît l'importance économique considérable des programmes audiovisuels.

Concernant, par exemple, le métier de scénariste, on observe que ces derniers sont devenus pour bon nombre d'entre eux des exécutants au service d'un scénario prédéterminé par le marché et l'industrie. Les scénaristes doivent savoir

¹⁰⁶ Cass.Civ.1^{ère}, 7 novembre 2006. Jur.p. 471. Note ALLAEYS

¹⁰⁷ C.A. Paris, 4 avril 2007 – Dalloz 2007, PAN. Obs. Le Stanc

¹⁰⁸ Cass.1^{ère}, 28 février 2006, Bull.Civ.I, N°126.Dalloz 2006, PAN. Obs. Sirinelli

¹⁰⁹ Paris, 18 déc.1990, D., 1993,442, note B. Edelman

¹¹⁰ Le Monde, 7 septembre 2009

¹¹¹ Le Monde, 19 décembre 2009

s'effacer derrière un produit cadré, standardisé, sur lequel, une fois leur travail rendu, ils n'ont plus aucun pouvoir ni aucun droit...»¹¹²

La France s'est alignée sur le modèle américain : on doit renoncer, explique le dirigeant du TRIO qui regroupe des réalisateurs, scénaristes et producteurs de séries télévisuelles – « à l'artisanat où les vieilles recettes ne fonctionnent plus notamment à cause de l'âge des téléspectateurs des productions françaises » ; et on fait valoir que « le passage à des séries de 24 épisodes par an, va conduire à l'adoption de méthodes industrielles », et qu'il faudra changer, comme aux Etats-Unis, les « productions d'écriture, de réalisation et de production ».

Des « banques de scénario » voient le jour et on en a déjà une idée avec la « bible », sorte de code qui définit les caractéristiques des héros d'une série et établit des règles dont la répétition s'imposera. L'effet de reconnaissance est d'ailleurs si fort que le Tribunal de Paris jugeait que les auteurs d'une « bible » pour la série Cousins-Cousines pouvaient revendiquer des droits y compris pour les épisodes qu'ils n'avaient pas réalisés mais qui mettaient en scène les personnages qu'ils avaient inventés.¹¹³

Ainsi la notion d'œuvre personnelle se dilue peu à peu : il n'y a plus, à proprement parler, un ou des auteurs mais un processus collectif de création, à telle enseigne qu'on se rapproche ainsi de l'« entreprise-auteur », comme en droit anglo-saxon où l'auteur juridique est le producteur.

Cela est assez logique compte tenu du fait que le droit français ne reconnaît pas juridiquement que l'œuvre audio-visuelle est collective, mais qu'il conduit les producteurs à s'entendre avec les auteurs présumés de l'œuvre, puisqu'ils sont présumés cessionnaires des droits d'exploitation du film produit.

Un autre moyen de lutte des producteurs ou éditeurs provient de l'exploitation dérivée des œuvres qu'ils mettent sur le marché, à savoir la promotion de produits, de sorte que les œuvres sont rentabilisées de façon suffisante pour leur permettre d'éviter que le piratage des œuvres qu'ils exploitent ne leur soit fatal.

Ainsi, le « merchandising », c'est-à-dire la commercialisation de multiples produits qu'on peut faire fabriquer à partir des œuvres constitue environ un tiers de la rentabilité d'une œuvre audio-visuelle, en dehors de l'exploitation en salles ou en DVD.

Il semble bien que ce soit avec « La guerre des étoiles » que cette industrie a pris son envol, puisque les produits liés à ce film ont rapporté quelque 2,5 milliards de dollars ; depuis, certains films sont même conçus en fonction des futurs droits dérivés : Batman, James Bond, etc.

Un autre moyen d'exploiter les œuvres audio-visuelles en dehors de leur destination première est le « placement de produits ».

Cette technique consiste, de la part d'un annonceur, à faire figurer sa marque dans un film, contre rétribution. Dans la mesure où cette technique de rentabilisation est très intéressante pour les producteurs, elle engendre un effet pervers premier qui est la difficulté de placer des produits dans des films historiques.

Ainsi, dans « **Madame Bovary** », le réalisateur, Claude CHABROL a eu bien du mal à placer le champagne CAZENOVE en lui présentant une coupe de champagne. Il a fait dire par un acteur se présentant à Monsieur BOVARY : « CAZENOVE ! », ce qui a permis à Monsieur BOVARY de lui répondre : « Enchanté. BOVARY ! »

Cette technique peut aussi conduire les annonceurs à se réserver un droit de regard sur les scénarios.

Par exemple, Renault prête volontiers son parc de voitures, à condition qu'elles ne tombent pas en panne.

En troisième lieu, les acteurs peuvent se transformer en prescripteurs.

« Casino Royal », réalisé en 2006, en est un bel exemple.

« Arrivé aux Bahamas, Daniel Craig alias James Bond, prend le volant d'une Ford Mondeo. Il consulte l'écran de son téléphone Sony Ericsson pour localiser son ennemi. Lors d'une partie de poker, 007 fait tapis, son adversaire ajoute à ses jetons les clés de son Aston Martin, et – évidemment – perd... A peine installé dans son véhicule fétiche, James Bond propose à la compagne de son malheureux adversaire un rendez-vous nocturne... comme si la possession de l'Aston-Martin entraînait naturellement celle de la femme... Ensuite, lors de cet interrogatoire très rapproché, notre espion commande un champagne Bollinger Grande Année frappé, avant de s'éclipser »

Un autre exemple de placement de produits pratiquement plus important que le contenu de l'œuvre elle-même est celui d'un précédent film de la série James BOND qui a défrayé la chronique tant ledit placement revêtait un caractère envahissant jusqu'au ridicule. Ainsi les deux marques d'automobiles MERCEDES et BMW se sont battu pour savoir si c'était un leur véhicule qui exploserait ou non dans l'une des scènes du film, et cela juste après l'accident mortel de Lady DIANA sous le tunnel de l'Alma! Et la société MERCEDES dut payer le prix fort pour démontrer que les automobiles de sa production étaient les plus fiables !

Une autre conséquence perverse de la mercantilisation des œuvres est leur « détournement ».

On constate, de plus en plus souvent, que des œuvres sont détournées de leur finalité pour la promotion de services ou produits.

¹¹² André BERTRAND – Le droit d'auteur et les droits voisins – DALLOZ, 2^{ème} édition

¹¹³ TGI Paris, 23 sept. 1992, *RIDA*, oct. 1993, 257

Ainsi, en a-t-il été de l'utilisation de musique classique dans un film publicitaire.¹¹⁴

Parfois, le détournement est plus subtil. Ainsi de l'utilisation d'« imitation » d'œuvres classiques sur des mouchoirs, T-shirts, etc. Il s'agit non plus de recopier servilement tel ou tel tableau – ce qui exposerait les fabricants à des actions en contrefaçon – mais de créer un « marché de l'évocation ».

Par exemple, l'Institut d'art de Chicago vend un parapluie « inspiré par le surréaliste Magritte, qui est noir à l'extérieur mais dont l'intérieur révèle, lorsqu'on l'ouvre, un ciel bleu éclatant orné de nuages ». Ou, encore, le Norman Rockwell Museum propose un choix de 1200 articles, qui vont des cartes postales à des bretelles, inspirées de très populaires tableaux et gravures de Rockwell.

Ce marché de l'évocation donne lieu à un important contentieux qui mélange droit d'auteur et concurrence déloyale, puisque les tribunaux s'interrogent, tout à la fois, sur une confusion qui résulterait d'une « impression globale », et sur l'intention de l'éditeur de « tirer ou non profit de la réputation de l'artiste ».

En définitive, le marché d'une façon ou d'une autre, pénètre les œuvres de l'esprit en les soumettant à sa logique et l'on a vu récemment que les sociétés de production phonographiques avaient décidé de mettre en avant les marques pour rentabiliser leurs investissements.¹¹⁵

Un autre technique de détournement des sociétés de production consiste à s'allier avec des sociétés commerciales de toutes natures qui possèdent une fondation se consacrant à l'art, ces sociétés commerciales pouvant par ce biais réaliser une publicité détournée et chic de leurs produits.

Nous sommes alors en face de la fausse gratuité d'un marché concernant à la fois des produits non culturels et des produits prétendument culturels.

Ainsi en est-il pour la Fondation GROUPAMA –GAN qui, depuis 2006, a décidé « d'exprimer très fortement son soutien au cinéma ».

Une société d'assurances qui n'a rien à voir avec les producteurs ou intervenants du cinéma prétend les soutenir! Et elle ose l'inscrire dans son site pour fêter ses 20 ans !

Autre mécène réputé, le Groupe PERNOD-RICARD qui par sa fondation dédiée aux œuvres d'art plastiques promeut en réalité sa marque, alors que la vente d'alcool n'est certainement pas une activité de nature artistique !

Et l'on peut multiplier les exemples, dont l'un des plus médiatisés¹¹⁶, celui du Groupe PINAULT-PRINTEMPS-LA REDOUTE qui promeut ses marques à travers la Fondation PINAULT.

Enfin, le dernier exemple de mercantilisation indirecte des œuvres exposées par ces sociétés « mécènes » est celui l'accès prétendument gratuit à ces œuvres.

Les sociétés prétendent permettre aux internautes de télécharger « gratuitement » ces œuvres. En réalité, elles commercialisent les œuvres au travers de sites publicitaires qui ne permettent aux internautes d'accéder aux œuvres qu'en passant par de multiples pages de publicité.

Ce système est évidemment dommageable pour les sociétés d'édition et de production qui de ce fait ne réalisent pas le même chiffre d'affaires que lorsqu'elles distribuent ces œuvres sous forme matérialisée (livres, disques, CD ou DVD) et non numérisée.

De même, les producteurs de phonogrammes indépendants ont proposé de taxer les opérateurs internet.

L'UPFI (Union des Producteurs Phonographiques Indépendants) a présenté, lors d'une conférence de presse en date du 8 octobre 2009, les mesures qu'elle préconisait « pour la création d'une nouvelle économie de la musique à l'ère numérique », alors que le marché du disque continue de chuter.

Parmi les propositions de l'UPFI de financement, on trouve l'instauration d'une taxe sur le chiffre d'affaire des opérateurs internet haut débit en échange d'une réduction de leur TVA et l'instauration d'une taxe sur les revenus publicitaires générés par internet.

Les producteurs indépendants suggèrent en outre aux internautes de se tourner vers les offres numériques payantes, en mettant en place notamment un mécanisme de déduction fiscale lié à un pourcentage déterminé d'achats de biens culturels immatériels.

¹¹⁴ TGI Paris, 15 mai 1991, RIDA avr. A992, 209

¹¹⁵ Le Monde, 24 décembre 2008.

¹¹⁶ La Fondation Pinault devait installer sa collection d'art moderne dans l'île Seguin, à Boulogne-Billancourt, mais après d'obscures péripéties administratives largement relatées par la presse, choisit finalement d'émigrer dans un palais vénitien.

Mais nous avons vu que ce type de proposition n'était pas fiable, compte tenu des habitudes des internautes « pirates ».¹¹⁷

C'est la raison pour laquelle une autre solution est envisagée, à savoir celle des accords entre producteurs, éditeurs et FAI.

Cette solution posera sans doute des problèmes de droit de la concurrence, notamment dans le domaine des abus de position dominante et d'ententes illicites.

Mais, il faut le souligner, ces accords ne sont pas encore saisis par le droit de la concurrence de façon certaine, car la justice par l'intermédiaire des institutions communautaires ou françaises a besoin de temps pour absorber la réalité desdits accords et de leurs conséquences sur le ou les marchés concernés.

Il est seulement possible actuellement de savoir que les producteurs de phonogrammes ont trouvé le moyen de vendre « leurs contenus » à des FAI qui finiront par les absorber pour devenir tout à la fois des producteurs, FAI, distributeurs et exploitants.

Tout le problème est de savoir en quoi consistent les contenus en question et c'est en étudiant les droits des artistes interprètes que nous pourrions examiner les principes que la jurisprudence appliquera probablement aux accords entre producteurs-éditeurs-distributeurs et FAI.

2 - Au profit des auteurs et des artistes interprètes.

La première arme des auteurs et artistes interprètes est contractuelle.

Ils peuvent, juridiquement, lorsqu'ils concluent un contrat aujourd'hui, refuser la numérisation de leur œuvre.

Cela dit, en pratique, il est probable que les artistes ou auteurs méconnus auront alors beaucoup de mal à trouver un éditeur ou un producteur !

En revanche, pour les contrats anciens qui comportent une clause selon laquelle l'exploitation pourra être faite par tous moyens connus ou à venir, il conviendra qu'ils négocient leur contrat en utilisant différentes armes destinées à détruire leur contrat et la nature de ces moyens dépend de la nature juridique du contrat en cause.

En effet, si le droit moral des auteurs et artistes est protégé par le droit français, y compris à l'encontre du droit international, il n'en va pas de même des droits patrimoniaux.

En droit français, les auteurs et par extension, les artistes interprètes, peuvent avoir accès à leur œuvre depuis l'arrêt ETAIX¹¹⁸, à condition toutefois que leur contrat soit terminé, c'est-à-dire parvenu à son terme, résilié en matière de contrat d'édition, ou encore résolu pour inexécution de la part du producteur en matière de production musicale pour les artistes interprètes.

Dans l'affaire ETAIX, l'interprétation par le tribunal de grande instance de Paris, puis de la Cour d'appel statuant en référé sur une demande de restauration de négatifs et d'accès au matériel afin d'exploitation a en effet permis d'appliquer les dispositions de l'article L.111-3 du Code de la Propriété Intellectuelle qui prévoit une indépendance entre l'objet matériel et la propriété incorporelle.

Les dispositions de ce texte étant tirées d'une loi conçue pour les œuvres d'art picturales ou sculpturales, il n'était pas évident de redonner au texte toute son ampleur.

En outre, ces dispositions de la loi française ne sont pas applicables en droit de common law, et donc en droit international.

Dès lors, si le responsable de la numérisation et/ou le support de l'œuvre ou l'œuvre elle-même se trouvent à l'étranger, il est probable qu'il soit impossible pour l'auteur ou l'artiste de faire appliquer une jurisprudence française devant le tribunal où sont situés les éléments matériels de l'œuvre ou leur propriétaire.

Du reste, même en France, la jurisprudence française ne pourrait s'appliquer à l'accès au matériel de l'œuvre, ce d'autant plus que l'exequatur d'une décision qui appliquerait le droit français à une société étrangère en matière de propriété littéraire et artistique ne serait pas admise.

La décision serait en effet contraire aux accords ADPIC (relatifs aux droits de propriété industrielle et intellectuelle) contenus dans les accords du GATT et reprenant les dispositions restrictives de la Convention de Berne telles qu'adoptées par les pays de Common law.

¹¹⁷ Le Monde, 10 octobre 2009

¹¹⁸ T.G.I. Paris, référé, 16 juillet 2002.D.2003.Jur.p.198. Note EDELMAN, confirmé par C.A. Paris – 14^{ème} Civ. Section A - 5 février 2003 – inédit

En ce qui concerne les œuvres littéraires, sculpturales, picturales ou photographiques, ces œuvres étant éditées, les contrats les concernant peuvent, lorsqu'ils sont conclus sous l'empire du droit français, être considérés comme des contrats d'édition.

Dans ce cas, les auteurs peuvent refuser la numérisation de leurs œuvres tout en exigeant qu'elles soient exploitées de façon permanente et suivie.

En ce qui concerne les contrats de production phonographiques et les droits des artistes interprètes, ils peuvent être appréhendés de différents points de vue ; au regard du droit des obligations, des droits voisins, du droit du travail, voire même du droit de la concurrence.

Il en résulte un véritable imbroglio juridique comportant de nombreux éléments contradictoires.

Avant même de procéder à l'examen des clauses usuelles qui figurent dans les contrats de production phonographique, il convient d'en rappeler l'objectif essentiel : il s'agit, pour le producteur, de s'assurer, par tous les moyens, de l'exclusivité des enregistrements passés et présents ; il s'agit même pour lui, d'empêcher que ces enregistrements puissent faire l'objet d'une concurrence. On est donc en présence de la protection d'un investissement.

Mais cet investissement est aussi artistique ; il en résulte que la pure logique économique se heurte non seulement à une logique de la création – d'où l'intervention des droits voisins – mais encore à la logique du droit de travail – puisque ces contrats sont de par la loi et de façon paradoxale, des contrats de travail (article L 213-3 du Code de la Propriété Intellectuelle renvoyant aux articles L 762-1 et L 762-2 du Code du Travail).

Paradoxe, car les artistes sont censés être libres et donc échapper à la subordination.

Toutes les difficultés surgissent, en réalité, de ce conflit de logiques : d'un côté, le producteur veut rentabiliser ses investissements en se rendant le maître de la «mémoire artistique» des interprètes, de l'autre côté, ces derniers entendent recouvrer le droit d'exploiter leur mémoire ; d'un côté, c'est un gisement de valeurs, de l'autre, un gisement artistique.

Tout se passe, en vérité, comme si le producteur voulait aliéner l'artiste dans le «produit» de son travail ou, si l'on préfère, comme si les enregistrements se détachaient de la personne de l'artiste, s'autonomisaient, en quelque sorte, pour devenir sa propriété exclusive.

On voit, par là que ces contrats ressortissent plus au système du copyright qu'au système du droit d'auteur.

Cela dit, pour aller à l'essentiel, ces contrats sont structurés sur le concept d'exclusivité : exclusivité donnée au producteur de n'enregistrer que pour lui ; exclusivité des enregistrements effectués ; exclusivité – temporaire – de ces mêmes enregistrements une fois le contrat expiré.

Tout est donc fait pour que la valeur économique des enregistrements soit assurée le mieux et le plus longtemps possible.

Chacune de ces clauses a posé des problèmes spécifiques, plus ou moins bien réglés par les tribunaux.

On trouve, communément, des clauses qui relient la propriété des supports et la cession des droits d'exploitation. Telle cette clause qui prévoit que demeurent

«définitivement acquis, même après l'expiration du contrat et de ses suites, au producteur, en tant que propriétaire et cessionnaire exclusif, les matrices et tous autres supports ainsi que les droits de reproduction et d'utilisation, sous toutes leurs formes, des œuvres interprétées par l'artiste»¹¹⁹

«après l'expiration du contrat, le producteur demeure propriétaire des supports originaux et des enregistrements de toute nature ... et cessionnaire exclusif des droits d'exploitation ...».

Ce type de clauses présente un certain nombre d'étrangetés.

Tout d'abord, il est curieux de lier la propriété des supports à l'exploitation des œuvres, alors que, juridiquement, il s'agit de deux choses bien différentes. Un support – bande mère ou négatif – est un «meuble» qui est l'objet d'un droit de propriété ; en revanche, l'exploitation d'une œuvre ressortit à un droit d'auteur ou à un droit voisin. Il y a donc, entre les deux, une différence radicale.

On l'a bien vu, dans la fameuse ordonnance de référé précitée dans l'affaire Etaix, en date du 16 juillet 2002, lorsque le tribunal de PARIS a permis à des coauteurs d'une œuvre audiovisuelle de tirer des copies du négatif de leurs œuvres, dès lors que le producteur ne bénéficiait plus des droits d'exploitation.

De même, lorsque la Cour de Cassation prenant acte de la résolution du contrat qui liait un artiste-interprète à son producteur, a jugé que ce dernier, «ayant perdu, par l'effet de la résolution, le bénéfice de la cession des droits qu'il tenait de l'article 8 du contrat, la Cour d'Appel a pu décider de lui interdire l'exploitation des enregistrements réalisés et, pour assurer l'exécution de sa décision, ordonner la remise des supports à l'artiste».¹²⁰ Façon de dire que les supports, fussent-ils l'objet d'un droit de propriété, n'«existaient» que par la vertu de la cession des droits d'exploitation ; que, ceux-ci anéantis, ils «disparaissaient».

¹¹⁹ C.A. Paris, 24 septembre 1995, RIDA, Avril 1996, p.296.

¹²⁰ Cass. 1^{ère} Civ. 24 janvier 1993, JURISDATA. N°00347.

Dès lors, lier la propriété des supports aux droits d'exploitation apparaît comme le moyen cherché par le producteur de donner à la cession de ces droits le même caractère d'«éternité» que la propriété des supports.

De même que le producteur est le maître de ses supports, de même il serait le maître des enregistrements ou, plutôt, des œuvres enregistrées. C'est ce qui explique qu'il puisse les utiliser à sa guise, «sous toutes leurs formes». Mais on s'aperçoit, immédiatement, que, ce faisant, l'artiste aurait aliéné son droit moral, qu'il s'agisse du droit au respect de son œuvre – inaliénable comme on le sait –, voire même de son droit de destination : ainsi de l'utilisation sans son autorisation, pour un spectacle théâtral, d'extraits tirés d'un disque ⁽¹²¹⁾.

L'assimilation juridique des œuvres à leur support, porte donc directement atteinte au droit moral de l'artiste.

Enfin, cette même absorption produirait un effet inattendu : les œuvres ne tomberaient jamais dans le domaine public ! Si, en effet, les droits de reproduction et d'utilisation de ces œuvres restaient, à l'instar des supports, «définitivement acquis» au producteur, alors ils auraient été cédés, pour l'éternité !

Or, on sait bien qu'aux termes de l'article L 211-4 du Code de la Propriété Intellectuelle, la durée des droits patrimoniaux est de cinquante années à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de l'interprétation, pour les artistes-interprètes, et celle de la première fixation de la séquence de son, pour les producteurs. En absorbant la cession des droits d'exploitation dans les supports, on parvient donc au résultat surprenant de faire échapper les œuvres au domaine public.

On voit mieux l'objectif poursuivi par les producteurs : «geler», ad vitam aeternam, la mémoire artistique des interprètes, c'est-à-dire la traiter comme une simple valeur économique.

La jurisprudence n'a jamais été saisie de ces questions, mais elle a dû résoudre les effets d'une rupture de ces contrats ; soit elle les a anéantis rétroactivement – dans l'hypothèse d'une résolution judiciaire¹²² –, soit elle a décidé que le producteur restait cessionnaire des droits – dans l'hypothèse d'une simple résiliation¹²³, ou d'une résiliation amiable¹²⁴

La question de la licéité intrinsèque de ces clauses reste donc ouverte.

Dans sa rédaction usuelle, la clause «catalogue» envisage deux cas de figure dont l'objectif, une fois encore est d'assurer au producteur, autant que faire se peut, la propriété de ses enregistrements ; d'une part, elle lui donne la faculté de faire figurer dans son catalogue, à sa convenance, les œuvres – tout en se réservant le droit de les en retirer ou de les publier à nouveau – d'autre part, elle stipule que l'artiste, après l'expiration du contrat, s'interdit formellement de les enregistrer pendant une certaine durée (cinq à quinze ans).

Cette clause pose de redoutables problèmes tant au regard des droits voisins que du droit du travail : En premier lieu, concernant l'inscription au catalogue, dès lors que le producteur peut décider, à son gré, de la qualité des enregistrements et, par voie de conséquence, de leur présence dans le catalogue, et donc décider si telle ou telle prestation est réussie et mérite d'être divulguée, le droit de divulgation des artistes-interprètes est bafoué.

En outre, les tribunaux ont, d'abord, mis à la charge des éditeurs de musique une obligation d'exploitation permanente et suivie ⁽¹²⁵⁾ et la Cour de PARIS a même décidé que cette exploitation, compte tenu de l'évolution de l'édition musicale, devait aussi s'effectuer sous forme de phonogrammes ; et elle a prononcé la résiliation du contrat faute, par l'éditeur, d'avoir mis en œuvre tous les moyens dont il disposait car, en dépit de l'âge de l'artiste, «l'œuvre en cause est susceptible de susciter un intérêt certain et de rencontrer un accueil chaleureux d'une partie du public et qu'il ne s'agit pas d'une « œuvre morte »¹²⁶.

Plus clairement encore : le Tribunal de Grande Instance de PARIS résiliait un contrat de production phonographique faute par le producteur de n'avoir pas enregistré les disques prévus, et d'assurer par là «la promotion d'un artiste, qui se trouvait lié à lui à titre exclusif pendant cinq ans pour ses enregistrements sur phonogramme» ⁽²⁰⁾.

Bref on peut déduire de cette jurisprudence qu'il existe, à la charge du producteur, une obligation d'exploitation permanente et suivie, sans quoi la «fortune artistique» des interprètes serait entre ses mains, et il aurait le pouvoir de laisser l'œuvre périr – d'en faire une œuvre morte. Cette clause mériterait donc d'être appréciée de ce point de vue.

Mais, le deuxième cas de figure, à savoir, l'interdiction faite à l'artiste durant un certain temps, de réenregistrer ses œuvres, postérieurement à l'expiration du contrat, a posé des problèmes épineux qui ont pu être résolus grâce au droit du travail.

¹²¹ Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, 2^{ème} éd. N°233, LITEC 2001.

¹²² Cass. Soc. 2 juin 2004. M.C. SOLAAR. D.2005. JUR. P.1164, obs. EDELMAN

¹²³ Cass.Soc.. 1^{er} juillet 2006. Patti GUESCH, Dalloz 2006, JUR. P. 2404, Note R. NACCHACHE

¹²⁴ Cass.Soc.. 20 décembre 2006. Johnny HALLIDAY, Dalloz 2007, A.J. P. 316, Obs. J.Daleau

¹²⁵ Cass. Civ. I, 18 octobre 1994, B.I. N°296 ; Dalloz 1994, I.R. 249.

¹²⁶ C.A. Paris, 13 mars 2002, Dalloz 2002. A.J. 2054.

En effet, aux termes de l'article L 762-1 du Code du Travail, «tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de travail ...». Il en résulte que toute clause qui restreint la liberté de l'artiste, postérieurement à l'expiration de son contrat, doit être considérée comme une clause de non concurrence, au sens du droit du travail.

Or, depuis les fameux arrêts du 1^{er} juillet 2002, une clause de non concurrence, pour être illicite, outre le fait qu'elle doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et être limitée dans le temps et l'espace, doit aussi comporter «l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives»¹²⁷.

Cette jurisprudence a été déclarée rétroactive puisque «l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non concurrence, répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle⁽²⁴⁾. La Cour Suprême en a déduit une hiérarchie des normes, en subordonnant à cette liberté fondamentale les intérêts de l'entreprise ; c'est ainsi que la clause peut être restreinte dans son application, même si cette restriction porte atteinte aux intérêts de l'entreprise¹²⁸.

Quoiqu'il en soit, il est constant qu'à défaut d'indemnité compensatrice, la clause de non concurrence est illicite, que le salarié peut en demander soit la nullité – pour recouvrer sa liberté –, soit exiger le paiement de la contrepartie financière soit, mieux encore, saisir le Conseil de Prud'hommes en référé pour faire déclarer que la clause lui est inopposable, puisque son exécution serait de nature à créer un trouble manifestement illicite.

Par ailleurs, on peut noter que, dans l'affaire Johnny HALLYDAY, la Cour d'Appel avait pris soin de souligner que «la validité en tant que telle [de la clause catalogue] n'est pas contestée» (arrêt précité).

Le débat est donc ouvert.

En ce qui concerne la clause interdisant l'enregistrement phonographique de concerts, a priori, cette clause est «perpétuelle» puisque ces concerts ont été donnés durant la période d'exclusivité. Leur exploitation phonographique ferait concurrence aux œuvres inscrites au catalogue.

Quoiqu'il en soit, la Cour de Cassation s'est prononcée, de façon il est vrai ambiguë et quelque peu déviée, sur la validité de cette clause.

Les ayants-droit de COLUCHE ayant eu l'intention d'exploiter, sur phonogramme, des émissions radiophoniques de l'artiste, le producteur s'y était opposé en arguant de la clause d'exclusivité ; la Cour d'Appel, après avoir retenu que les enregistrements litigieux entraient dans le champ contractuel de l'exclusivité et que l'action en nullité de la clause d'exclusivité était prescrite, faisait interdiction aux ayants-droit de commercialiser les enregistrements. La Cour de Cassation rejetait le pourvoi en jugeant, en substance, que la clause d'exclusivité stipulée dans les contrats n'avait pas de caractère perpétuel et illimité, puisque ces contrats eux-mêmes étaient conclus pour une durée de cinq ans, renouvelable, et que les ayants-droit ne pouvaient prétendre à leur nullité en se prévalant des dispositions relatives au droit d'auteur¹²⁹. Si ce second point semble incontestable – ce qui, d'ailleurs, ouvrirait la voie à une demande en nullité dans l'hypothèse où les interprètes seraient aussi auteurs – le premier point, en revanche, n'est pas vraiment convaincant :

La Cour de Cassation, en effet, ne semble pas avoir pris en compte le fait que l'exclusivité survivait, théoriquement, aux contrats, comme on l'a vu par exemple dans l'hypothèse d'une résiliation.

Mais, peu importe. Un jugement inédit¹³⁰ a ouvert une voie intéressante.

Un licencié d'EUROPE 1, producteur des concerts «MUSICORAMA» de BARBARA et Joe DASSIN, avait décidé d'exploiter, sur CD, les prestations des artistes, avec l'accord de leurs ayants-droit. UNIVERSAL et SONY, qui étaient leurs producteurs phonographiques, s'y étaient opposés en leur opposant la fameuse clause qui leur faisait interdiction d'enregistrer sur disques leurs prestations publiques.

Le tribunal a jugé que les clauses d'exclusivité «doivent s'analyser comme des clauses de non concurrence instituant une obligation à la charge des artistes-interprètes de ne pas enregistrer des œuvres ou morceaux en vue de leur exploitation sous forme de phonogramme par une société concurrente» ; et il en a déduit qu'elles «se sont éteintes au décès desdits artistes et qu'ainsi, si de leur vivant la Société UNIVERSAL MUSIC et la Société SONY BMG MUSIC devaient donner leur autorisation pour l'exploitation phonographique des concerts «MUSICORAMA», autorisation permettant de délier les artistes de leur obligation de non concurrence, leur accord n'est plus nécessaire après la mort des artistes».

¹²⁷ Cass. Soc. 10 juillet 2002 (Trois arrêts) ; Dalloz 2002. Jur.p.2491. Note SERRA ; JCPE 2003, N°12, .508

¹²⁸ Cass. Soc. 7 mars 2007, Dalloz 2007, AJ 945. Obs. FABRE.

¹²⁹ Cass. Civ. I, 21 mars 2006, RIDA, RIDA juillet 2006.339

¹³⁰ T.G.I. PARIS. 3^{ème} Ch. 3^{ème} Sect. SAS EUROPE 1. TELECOMPAGNIE et autres C/ UNIVERSAL MUSIC et autres

Ce jugement a été infirmé par la Cour d'Appel de Paris le 1^{er} octobre 2008 sur le fondement de sa jurisprudence COLUCHE, alors même que les auteurs avaient invoqué non seulement leurs droits d'artistes interprètes mais aussi ceux d'auteurs, mais l'arrêt est actuellement soumis à l'examen de la Cour de cassation.

Cela dit, au regard du jugement, la clause d'exclusivité, soulevée au soutien de demandes en concurrence déloyale par les sociétés SONY et UNIVERSAL était inopposable, compte tenu de sa nullité, aux sociétés exploitant les enregistrements de concerts.

Malgré une certaine ambiguïté – car, une chose est une clause d'exclusivité qui peut survivre à la mort de l'artiste, une autre une clause de non concurrence qui s'éteint à son décès –, les perspectives ouvertes sont intéressantes. Si l'on va au fond des choses, la clause litigieuse a bien pour objet de ne pas concurrencer les œuvres déjà enregistrées par le producteur ; il s'agit donc bien d'une clause de non concurrence qui vise des prestations passées, voire même futures, même si elle est qualifiée de clause d'exclusivité.

En réalité, on retrouve les deux logiques qui s'opposent frontalement : une logique de l'investissement, où il s'agit de préserver, par dessus tout, des valeurs économiques pour leur conserver leur rentabilité, et une logique artistique où, ce qui importe, c'est la meilleure exploitation possible de l'œuvre.

Il en résulte que, si l'artiste, de son vivant, ne se décide pas à demander la nullité de la clause par crainte de représailles, par exemple, en revanche, à son décès, l'œuvre est libérée, et les ayants-droit ont le devoir de l'exploiter pleinement. En deux mots, l'œuvre doit l'emporter sur l'investissement, et le droit d'auteur sur le copyright.

Il en va de même pour la défense des droits de l'artiste, de son vivant, sur des œuvres tombées dans le domaine public.

Ainsi, récemment, de son vivant, Henri SALVADOR a intenté une action contre la société Jacky BOY MUSIC qui avait commercialisé, au prix d'un euro, des chansons datant de 1948 et 1952. La Cour de cassation, à l'instar de la Cour d'Appel, a estimé que la reproduction d'une telle œuvre en circuit de grande distribution, étranger à la sphère artistique, la dévalorisait et constituait donc une atteinte au droit moral de l'auteur.¹³¹ Cela dit, dans ce contentieux complexe, on peut être surpris de ne voir jamais surgir le droit de la concurrence, et, pourtant, son intervention pourrait être capitale.

La seconde arme des artistes interprètes en matière de contrats phonographiques est le droit de la concurrence.

Les autorités communautaires et le Conseil de la Concurrence se sont intéressées aux contrats conclus par les artistes-interprètes.

Le coup d'envoi a été donné dans la fameuse affaire DEUTSCHE GRAMMOPHON¹³².

Une des questions posées à la CJCE était de savoir si un distributeur allemand de disques pouvait importer de France, où ils étaient vendus moins chers, en Allemagne des disques produits par DEUTSCHE GRAMMOPHON. Le distributeur soutenait, en substance, que le fabricant de supports de son, titulaire d'un droit voisin du droit d'auteur, abusait de son droit de mettre en circulation les objets protégés ; en d'autres termes, qu'il abusait de sa position dominante pour imposer des prix.

La CJCE a estimé qu'il y avait position dominante, dès lors que le fabricant aurait :

« seul ou conjointement avec d'autres entreprises relevant du même groupe, la possibilité de faire obstacle à une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération, compte tenu notamment de l'existence éventuelle de producteurs écoulant des produits similaires et de leur position sur le marché » (point 17).
Et que :

« au cas où les interprètes des enregistrements seraient liés au fabricant par des contrats d'exclusivité, il y a lieu de considérer, entre autres, la préférence qui leur est accordée sur le marché, la durée et la portée des engagements stipulés, ainsi que les possibilités dont les autres fabricants de supports de son disposent, pour obtenir des prestations comparables en matière d'interprétation » (point 18).

Sur le point de savoir quelle pouvait être l'incidence de ces contrats au regard d'une position dominante, la CJCE avait suivi la voie ouverte par son avocat général qui avait estimé « qu'il est notamment permis de penser que les contrats d'exclusivité souscrits par certains artistes peuvent être à l'origine d'une position dominante sur certaines fractions du marché [...]. Cela ne se produira que dans les rares hypothèses où, par exemple, il s'agit d'artistes jouissant d'un succès exceptionnel et où l'on a affaire à un nombre élevé de contrats de ce genre »¹³³.

¹³¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2009, N° de pourvoi : 08-11 112.

¹³² CJCE, 8 janvier 1971, Aff. 7870, Rec. P. 487.

¹³³ Conclusions ROEHMER. Id. p. 513.

Si les contrats d'exclusivité conclus avec les artistes-interprètes peuvent être constitutifs de position dominante du producteur de son, l'abus de cette position consistera à les décourager de conclure avec d'autres producteurs. En d'autres termes, c'est en emprisonnant l'artiste-interprète dans son contrat que, par voie de conséquence, la concurrence sera faussée. Tout se jouera alors sur les pressions contractuelles qui seront exercées sur lui.

On peut, de ce point de vue, constater deux types d'abus : une exclusivité trop longue qui découragerait la concurrence, et une captation de la liberté de l'artiste qui l'empêcherait de conclure avec un autre producteur.

Mais, surtout, une décision de la Commission a directement traité le problème des rapports entre l'artiste et les producteurs.

La radio-télévision italienne, à l'occasion du deux centième anniversaire de la SCALA DE MILAN, se proposait de transmettre en direct, en mondovision, la représentation du gala de DON CARLOS de VERDI. La société de production UNITEL s'y était opposée, en faisant valoir que quatre des principaux interprètes avaient déjà chanté dans le même opéra à SALZBOURG, et que leur contrat prévoyait qu'ils ne pourraient participer pour le cinéma ou la télévision à aucune représentation de cet opéra.

Lors de sa demande en communication de renseignements, la Commission avait pris position sur deux points¹³⁴ : d'une part, elle avait estimé qu'un contrat conclu par un artiste peut avoir des effets sur la concurrence, «lorsqu'il s'agit d'artistes très célèbres ; que, dans l'affaire en cause, les contrats ont empêché la R.A.I. de réaliser une émission en mondovision à partir de la SCALA DE MILAN ; que l'on ne peut donc guère imaginer un effet plus sensible» (point 1-a) ; d'autre part, elle avait souligné que l'accord d'exclusivité empêchait les chanteurs d'exploiter leurs prestations artistiques dans tous les Etats membres de la Communauté, et qu'il était donc susceptible d'affecter le commerce intra-communautaire (point -c).

En d'autres termes, les contrats conclus par les artistes-interprètes sont susceptibles d'avoir un effet sur la concurrence à un double point de vue : les autres producteurs peuvent être découragés – eu égard à la captation des œuvres – de faire appel à eux ; les artistes sont limités dans l'exploitation normale de leurs prestations. D'une façon ou d'une autre, la concurrence est restreinte.

On peut également ajouter que la clause interdisant à l'artiste d'enregistrer phonographiquement ses concerts pourrait s'analyser comme faisant obstacle à l'apparition d'un produit nouveau.

En ce qui concerne la durée de l'exclusivité, on peut faire état de deux décisions du Conseil de la Concurrence qui ont interdit des clauses d'exclusivité trop longues. Certes, il ne s'agissait pas de contrats de production phonographiques, mais, par analogie, les raisonnements tenus par le Conseil de la Concurrence pourraient parfaitement s'appliquer.

Dans une première décision, TF1 a été condamnée pour avoir réservé, à l'une de ses filiales, pour une durée de dix ans, l'exclusivité du droit de reproduction des œuvres qu'elle diffusait sur vidéocassettes, étant observé qu'elle ne procédait à l'exploitation que pour un tiers d'entre elles¹³⁵. L'abus était double : d'une part, l'exclusivité trop longue, restreignait la concurrence sur le marché, d'autre part le fait que TF1 n'exploitait que partiellement ses œuvres diffusées, démontrait de plus fort sa volonté de restreindre la concurrence. Dès lors, on peut dire qu'un producteur qui empêche un artiste de réenregistrer ses œuvres durant cinq à quinze ans et qui exploite discrétionnairement son catalogue, non seulement interdit, de facto, à cet artiste de conclure avec un autre producteur – car son «capital artistique» est gelé –, mais encore décourage un concurrent, puisqu'il peut, à son gré, ressortir tel ou tel enregistrement.

Dans une seconde affaire, CANAL +, qui «détient une position dominante sur le marché de la télévision à péage et sur celui des droits de diffusion des films français récents», avait imposé aux producteurs qu'elle finançait «la conclusion de contrats de pré-achats de droits de diffusion lui accordant une priorité et une exclusivité de diffusion payante leur interdisant de vendre les droits de leurs films pour une diffusion en paiement à la séance» ; concrètement, la durée des contrats d'exclusivité pouvait atteindre jusqu'à quarante cinq mois à compter de la sortie des films en salle. Tant le Conseil de la Concurrence que la Cour de PARIS et la Cour de Cassation¹³⁶ ont estimé que CANAL + abusait de sa position dominante en faisant obstacle au développement du marché de la télévision à péage par paiement à la séance. Là encore on peut tenir un raisonnement par analogie ; de même que CANAL +, en imposant aux producteurs de films une exclusivité faisant obstacle au développement du marché de la télévision à péage, de même les producteurs de son font-ils obstacle au «marché» de l'artiste et, par voie de conséquence, au développement des autres producteurs. D'autant – et ceci conforte cela – que la Commission de BRUXELLES avait estimé que les artistes-interprètes pouvaient être assimilés à une entreprise, «lorsqu'ils exploitent commercialement leurs prestations artistiques»⁽³⁷⁾.

¹³⁴ Com. CE, Décision du 27 mai 1978, RAI c/UNITEL. JOCE. N°L.157/39, 15 juin 1978.

¹³⁵ Cons. Conc. 22 décembre 1999, L.P.A. 2000, N°228.p.114. Note Malaurie-Vignal

¹³⁶ Cons. Conc. 24 novembre 1998, BOCCRE, 21 janvier 1999 – Cass. Com. 30 mai 2000, D.2000, A.J.p. 366.

Mais, surtout, on peut faire état de décisions dont le but est de libérer les artistes de contraintes qui entravent l'exploitation normale de leurs œuvres et, par ricochet, font obstacle à la concurrence entre producteurs.

Ainsi, la clause interdisant à l'artiste-interprète d'enregistrer phonographiquement ses concerts, fait irrésistiblement songer à l'arrêt MAGILL¹³⁷. On sait que, dans cette affaire, la CJCE a jugé que des organismes de télévision abusaient de leur position dominante en refusant de fournir à une entreprise leurs grilles de programmes ; de ce fait, ils se réservaient l'exclusivité de leur produit sur le marché dérivé des magazines, empêchant la venue sur le marché d'un magazine unique, pour lequel il n'existait aucun substitut réel ou potentiel.

A cette occasion, la CJCE a fait valoir que l'exercice du droit de reproduction par ces organismes était abusif, dès lors qu'il s'opposait à l'apparition d'un produit nouveau, que leur refus de les laisser utiliser n'avait pas de justification objective et qu'enfin leur but était de se réserver un marché dérivé, celui des guides hebdomadaires de télévision, en excluant toute concurrence sur ce marché.

On peut aisément transposer cette solution. Tout d'abord, il est clair que les producteurs s'opposent à l'apparition d'un produit nouveau – l'enregistrement phonographique des concerts. – dont il n'existe aucun substitut réel ou potentiel – car, on en conviendra sans peine, il n'y a pas de commune mesure entre un enregistrement d'un concert et un enregistrement en studio.

En outre, aucune justification objective ne saurait être alléguée, bien au contraire. Non seulement le producteur n'a point investi dans les concerts, mais encore il empêche son concurrent d'exercer ses droits voisins en limitant son exploitation. Enfin, le producteur par cette clause, se réserve le marché de la notoriété de l'artiste, au détriment de l'artiste lui-même qui ne peut faire connaître toutes les facettes de son talent.

Grâce à ces armes, l'édifice contractuel mis en place par les producteurs risque, à terme, d'être sérieusement ébranlé par les artistes interprètes.

Internet permet aussi à ces derniers de se libérer des sociétés de gestion collective grâce à la Commission de Bruxelles qui a imaginé un guichet unique.

3 – La libération des artistes-interprètes grâce à la « licence en ligne ».

Les sociétés de gestion collective ont été plusieurs fois sanctionnées pour avoir imposé à leurs adhérents, abusant ainsi de leur position dominante, des clauses attentatoires à leur liberté ; or, ces clauses sont très proches de celles imposées aux artistes-interprètes par les producteurs.

Sans trop entrer dans les détails on peut signaler la censure d'une clause exigeant des adhérents la cession de tous leurs droits actuels et futurs pour une durée d'au moins six ans et pour le monde entier, et d'une autre clause prévoyant non seulement que, en dépit de la démission de l'adhérent, les œuvres futures étaient censées avoir été cédées, mais encore que la «caisse sociale» de la société – venant en aide aux artistes à leur retraite ou en cas de maladie – ne leur versait des rétributions qu'à la double condition d'être affilié depuis vingt ans, et d'être toujours affiliés au moment de la survenance du sinistre.

Or, la clause de cession des droits a été réaménagée par la Commission – l'auteur pouvant confier à d'autres sociétés l'administration de certaines catégories de droits –, de même que la clause relative à la «Caisse Sociale». De ce fait, les auteurs recouvraient leur liberté ; et ils la recouvraient d'autant plus que fut également annulée une clause de la SACEM interdisant aux auteurs de gérer individuellement certaines catégories de droit.

Ces décisions peuvent, aisément, être transposées aux contrats de production phonographique : de même que les sociétés de gestion collective abusent de leur position dominante en enfermant les auteurs dans des clauses statutaires qui les dissuadent d'adhérer à une autre société, de même les producteurs abusent de leur position dominante en captant leur capital artistique.

Ici comme là, le processus est semblable : rendre impossible le départ de l'adhérent ou de l'artiste, en imposant des clauses dissuasives. De ce fait même, la concurrence est faussée.

La Commission, dans sa section culturelle, propose d'instaurer un système de licence en ligne aboutissant à la création d'un guichet unique pour les utilisateurs d'une œuvre protégée sur tout le territoire de l'Union européenne.

¹³⁷ CJCE 6 avril 1995, RADIO TELEFIS EIREANN ; aff. C 241/9 et C 242/91 ; Rec. P.743.

Les accords entre les différentes sociétés d'auteurs et/ou d'artistes interprètes dans un marché globalisé par internet pourraient assurer à ces derniers une meilleure protection, et cette fois-ci, sans effet pervers, puisque cette globalisation pourrait avoir lieu en Europe grâce à la licence de droit en ligne.

Autre avantage, cette licence permettrait de diminuer les coûts de surveillance des sociétés en cause et d'éviter qu'elles ne s'emparent d'un monopole ou d'une position dominante sur le marché, au moins européen.

Cette licence en ligne aurait donc pour conséquence de favoriser une meilleure rémunération des auteurs et artistes interprètes.

En effet, les autorités communautaires se sont intéressées très tôt au fonctionnement des sociétés de gestion afin de sanctionner les abus qu'elles pouvaient commettre.

Les autorités communautaires ont, par leur jurisprudence, « libéré » les auteurs et protégé les utilisateurs de répertoire.

Mais la position de la Commission à l'égard des sociétés de gestion collective vient de prendre un nouveau tournant concernant les services de musique en ligne.

En effet, dans sa recommandation en date du 18 octobre 2005 relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne¹³⁸, la Commission a mis fin au principe de territorialisation de la gestion des droits. L'objectif, clairement affiché par la Commission, est donc de mettre en concurrence les différentes sociétés de gestion collective en évitant la création de monopoles territoriaux, qui sont à l'origine des abus régulièrement sanctionnés.

Le système actuel de licence de droits en ligne est limité à un territoire, ce qui oblige les utilisateurs commerciaux à négocier « dans chaque État membre auprès des gestionnaires collectifs de droits respectifs, et ce pour chaque droit inclus dans l'exploitation en ligne »¹³⁹ La Commission en arrive donc au constat suivant :

Dans le domaine de l'exploitation en lignes des œuvres musicales [...], les utilisateurs commerciaux ont besoin d'une politique en matière de licences qui corresponde à l'omniprésence de l'environnement en ligne et qui soit multiterritoriale. Il est donc souhaitable de prévoir un système de licence multiterritoriale pour offrir une plus grande sécurité juridique aux utilisateurs commerciaux dans leur activité et pour encourager le développement de service en ligne licites, et accroître par là même le flux de revenus des titulaires de droits.¹⁴⁰

Et, cette nouvelle licence multiterritoriale implique que :

« [...] les titulaires de droits puissent choisir librement les gestionnaires collectifs de droits pour la gestion des droits nécessaires pour opérer des services licites de musique en ligne à travers la Communauté. Ce droit implique la possibilité de confier ou de transférer la gestion de tout ou partie des droits en ligne à un autre gestionnaire collectif de droits quels que soient l'État membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire de droits et du titulaire de droits ».¹⁴¹

On entre ainsi dans une nouvelle ère : celle de la gestion collective multiterritoriale. Le système de gestion est simplifié puisqu'il supprime les accords de représentation réciproque et met en place un « guichet unique européen » pour les services de musique en ligne.

Une concurrence renforcée est instituée entre les différentes sociétés de gestion collective européennes puisque l'article 3 dispose que : « Les titulaires de droits doivent avoir le droit de confier la gestion d'un quelconque de leurs droits en ligne nécessaire au fonctionnement de services licites de musique en ligne, avec le champ d'application territoriale de leur choix, quels que soient l'État membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire collectif de droits ou du titulaire de droits. »

Cette mise en concurrence doit se faire dans les règles classiques de transparence qui impliquent que les sociétés d'auteurs distribuent les revenus de manière équitable aux titulaires de droits),¹⁴² les informent « des déductions [qui] seront effectuées sur les sommes prélevées à des fins autres que les services de gestion fournis »¹⁴³ et leurs rendent compte régulièrement, « soit directement, soit en raison d'accords de représentation réciproques, des licences octroyées, des tarifs applicables et des droits collectés et distribués »¹⁴⁴

Il appartient donc à chaque titulaire de droit de trouver la société de gestion collective qui fournit les meilleurs services au prix le plus bas avec les rémunérations les plus élevées. La liberté de choix titulaires de droits est affirmée par l'article 5 :

¹³⁸ Comm. CE, recommand. n° 2005/737 /CE, 18 oct. 2005 : JOCE n°L 276, 21 oct. 2005, p.54 ; Propr. Intell. Janv. 2006, n°18, p.98, chron. V.-L. Bénabou.

¹³⁹ Recomm. préc., préamb. 7

¹⁴⁰ Recomm. préc., préamb. 8

¹⁴¹ Recomm. préc., préamb. 9

¹⁴² Recomm. préc., préamb. 10

¹⁴³ art. 11

¹⁴⁴ art. 14

En ce qui concerne la concession de licence pour les droits en ligne, la relation entre les titulaires de droits et les gestionnaires collectifs de droits, qu'elle soit basée sur un contrat ou des règles d'affiliation statutaire, doit au moins être gouvernée par les règles suivantes :

- a) les titulaires de droits doivent pouvoir déterminer les droits en ligne qu'ils confient à la gestion collective ;
- b) les titulaires de droits doivent pouvoir déterminer la portée territoriale du mandat des gestionnaires collectifs de droits ;
- c) les titulaires de droits doivent avoir le droit, à condition de donner un préavis raisonnable de leurs intentions, de retirer tout droit en ligne et d'en transférer la gestion multiterritoriale à un autre gestionnaire collectif de droit, quels que soient l'État membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire collectif de droits ou du titulaire de droits ;
- d) lorsqu'un titulaire de droits a transféré la gestion d'un droit en ligne à un autre gestionnaire collectif de droits, sans préjudice d'autres formes de coopération entre gestionnaires collectifs de droits concernés de s'assurer que ce droit en ligne est retiré de tout accord de représentation réciproque existant conclu entre eux.

Mais si la Commission n'a pas adopté une telle recommandation, c'est que deux éléments bloquent son action : il s'agit, d'une part de lobby très puissant que constituent les différentes sociétés de gestion collective européenne et, d'autre part, des faiblesses du système de surveillance qui serait à mettre en place pour qu'une société de gestion établie dans un État membre puisse surveiller les utilisations de musique faites sur le territoire d'un autre État membre – la surveillance des utilisations en ligne étant, quant à elle, transfrontalière.

Ce dernier obstacle est, d'ailleurs, surmontable puisqu'une société d'auteur pourrait recourir aux réseaux de surveillance mis en place par une autre société d'auteur sur son territoire, en contrepartie d'une contribution qui se répercuterait sur les frais de gestion dus par les auteurs.

L'action de la Commission concernant le refus de territorialité de la gestion collective va, sans aucun doute, aller plus loin dans l'avenir grâce à la pénétration des services internet sur un marché globalisé.

Conclusion

Après avoir exposé les problèmes posés par l'extension du champ d'application de la propriété littéraire et artistique, la banalisation de l'ordinateur et de la numérisation, les progrès de la technologie informatique facilitant « la piraterie » des œuvres numérisées, l'insuffisance et l'échec prévisible des dispositions répressives (lois DAVDSI et HADOPI) en matière de piraterie, et les perspectives fécondes mais complexes de l'instauration d'une nouvelle licence légale – la contribution créative - impliquant une refonte des systèmes actuels de collecte et répartition par les SPRD, il nous paraît utile de tenter d'élever le débat en passant de la technique juridique à la prospective philosophique.

Historiquement, dès le milieu du XIX^{ème} siècle, « des anathèmes ont été lancés au nom de la vie affective contre les ravages de la civilisation industrielle. Imputer aux moyens de production une action pernicieuse sur les affects, c'est, sous prétexte de dénoncer son emprise démoralisante, lui reconnaître une puissance morale considérable. »¹⁴⁵

Ces anathèmes sont aujourd'hui encore utilisés contre la civilisation d'internet qui est diabolisée par ce moyen de communication à la fois extraordinaire et, selon certains, dangereux.

On peut tenter de comprendre ce mouvement de rejet en lisant l'essai de Pierre KLOSSOVSKI sur la « Monnaie vivante », car il tente de déterminer d'où vient la puissance de la révolution industrielle en s'interrogeant sur le processus même de l'émotion voluptueuse, lorsque le corps est perçu comme monnaie vivante, objet de troc ou de vecteur fantasmatique.¹⁴⁶

Pour le comprendre, il faut revenir au fameux triangle foucauldien, selon lequel le désir se marie avec le simulacre pour définir une valeur marchande.

Il s'agit selon ce triangle, de faire naître le désir en permettant au public, devenu consommateur, de transcender son désir pour en faire une valeur marchande grâce à un simulacre.

Dans la mesure où Dieu n'existe plus et où le seul prophète des êtres humains occidentaux est l'argent, équivalent général selon la théorie de Marx, le symbole ou le mythe devient un « simulacre ».

Dès lors, le public achète une œuvre ou un produit pour se procurer un plaisir qui n'est hélas que factice, dès lors qu'il n'est fondé sur aucune spiritualité, aucun symbole ou mythe.

Tel est l'exemple du produit de beauté ; le consommateur n'achète pas un produit, mais la beauté représentée par l'intermédiaire d'un produit.

De même, il n'acquiert pas une œuvre, mais un semblant d'œuvre, c'est-à-dire d'un produit qui n'a pas de prix ou qui est hors de prix.¹⁴⁷

Il n'existe d'ailleurs, dans ce contexte plus aucune chose qui puisse être hors commerce.

On peut en donner pour exemple la vente aux enchères à Paris à la fin de l'année 2009¹⁴⁸ des squelettes d'animaux préhistoriques ou des météorites, comme des œuvres d'art de l'univers, alors que lesdites « œuvres » devraient appartenir au patrimoine commun de l'humanité et devenir, comme telles, propriété de musées tels que le Musée de l'homme.

¹⁴⁵

¹⁴⁶ Klossovski, La monnaie vivante, précité en introduction, Editions Joelle LOSFELD, 1994.

¹⁴⁷ Op. Klossovski précité, pages 52 et suivantes

¹⁴⁸ Par le réputé commissaire-priseur Cornette de Saint-Cyr

De plus, ainsi que l'affirmait dès 1935, Walter BENJAMIN dans son essai sur l'œuvre d'art à l'ère de sa reproduction technique, la reproductibilité technique de l'œuvre lui fait perdre ses valeurs d'authenticité, d'éternité, et son aura.¹⁴⁹

Pourtant, les auteurs de photographies et de films se sont évertués à remplacer ces valeurs par des rituels qui sacralisent lesdites œuvres et les artistes sacralisent également leurs œuvres par l'exposition, ainsi que nous l'avons vu en première partie du présent ouvrage.

Dans la dernière version de son essai, Walter BENJAMIN explique qu'en réalité, le public destinataire des œuvres d'art devenant une masse, l'art se fait politique et la valeur culturelle de l'art se transforme en valeur d'exposition.

Sans entrer dans le détail de la thèse de Walter BENJAMIN, il convient de constater qu'en effet, ainsi qu'il le démontre, surtout dans la dernière version de son essai, en matière d'images, la quantité est devenue qualité.

La reproductibilité a vidé aussi bien les théâtres que les parlements, puisqu'il est possible de voir les hommes politiques ou les acteurs en même temps, soit, autrefois au cinéma, soit aujourd'hui à la télévision ou sur internet.

Il en résulte que les masses ont le droit de s'exprimer : « mais lorsque les masses s'expriment dans de monstrueuses fêtes, meetings ou manifestations sportives, se voyant face à elles-mêmes, entrent en symbiose avec le processus de la guerre, la reproduction en masse correspondant à la reproduction des masses qu'un œil humain ne saurait saisir à lui seul... Or, la violence faite ainsi à la masse qui se regarde est dans la logique du fascisme et permet à celle-ci de s'exprimer sans transformer le régime de la propriété. »

Ces constatations faites avant guerre et partiellement visionnaires sont parfois encore aujourd'hui vérifiables, sans que l'on puisse cependant en imputer la faute à la création d'internet.

En revanche, l'art est devenu politique et l'économie qu'il sous-tend est une économie de masse, notamment grâce à internet, qui fait partie des appareils techniques engendrant des conflits économiques qui ne sont pas toujours régulables rapidement par les tribunaux spécialisés ou par les instances en charge d'appliquer le droit de la concurrence.

Pourtant, le processus de communication par internet est également, et de façon paradoxale un medium de progrès social, grâce à l'information qu'il permet et aux réactions positives qu'il génère, notamment au travers du droit de la concurrence et des contrats.

A ce jour, il n'est pas inintéressant de se référer au discours de Jack LANG, alors ministre de la culture qui, le 17 novembre 1981 devant l'Assemblée Nationale, s'interrogeait¹⁵⁰: « Un ministère de la culture ? A quoi bon ? Pour éclairer d'un petit coin de ciel bleu le sévère appareil d'Etat ?

Pour apaiser les consciences malheureuses ? Pour féconder l'avenir ? »

Et le Ministre se répondait en substance : « Droit au travail, droit à la beauté, même combat ! Les plus pauvres sont toujours privés de l'un et de l'autre. Les plus riches sont souvent gavés de l'un et de l'autre.

... Une nation ne saurait remporter la victoire sur les champs de bataille de l'économie et de la politique, si la guerre qu'elle mène ne s'éclaire pas de la lumière du bonheur à l'horizon et si l'enjeu de la bataille n'est pas seulement un niveau de vie, mais un art de vivre. Renaissance économique et renaissance culturelle sont tributaires l'une de l'autre. Pas d'espoir de redressement économique en un pays qui laisserait les intelligences et les talents en friche, et les hommes sans idéal... »

Il ajoutait de façon encore plus stupéfiante, dans la définition qu'il donnait d'un Ministère de la Culture au service de la civilisation :

¹⁴⁹ Walter BENJAMIN, Œuvres III, Folio, Essais, Editions Gallimard 2000. L'œuvre d'art à l'ère de sa reproductibilité technique (Première version 1935 et dernière version 1939, pages 6 et s. et Pages 269 et s.)

¹⁵⁰ Culture publique – Opus 1- « L'imagination au pouvoir » (mouvement) SKITe/sens&tonka – septembre 2004.

« Culturelle, l'abolition de la peine de mort ! Culturelle, la réduction du temps de travail ! Culturel le respect des pays du tiers monde ! Culturelle la reconnaissance des droits des travailleurs ! Culturelle, l'affirmation des droits de la femme ! »

A l'instar de ce qu'exposait TOCQUEVILLE dans son ouvrage sur «la démocratie en Amérique », il apparaît que le discours de Jack LANG reprend le discours du totalitarisme fasciste de la culture de masse tel que le concevait Walter Benjamin pour le transformer, au contraire de Walter BENJAMIN, non en une arme de guerre, mais en un **ferment social**.

De même, le Président François MITTERRAND dans son allocution prononcée lors du colloque de la Sorbonne le 1er février 1983 intitulé « Création et développement » : « ... La création devient facteur de développement et les activités culturelles s'affirment parmi les secteurs en expansion autour desquels s'organise l'avenir...

L'originalité du projet français se situe à cette intersection : investir dans la formation technologique et, d'un même mouvement, investir dans la création artistique et intellectuelle...

Il convient pour cela de joindre les deux bouts de la chaîne : d'un côté les investissements industriels les plus modernes, de l'autre, l'imprégnation par l'esprit de création de toutes les fibres de notre société. Notre projet résulte d'une conviction : les industries de la culture sont des industries de l'avenir. Industries de la communication ou industries du savoir, industries de programmes ou industries de loisirs, nous pensons, j'y insiste, qu'investir dans la culture, c'est investir dans l'économie, que c'est du même coup, dégager l'avenir, et contribuer de la sorte, à rendre à la vie tout son sens... »¹⁵¹

Ces deux extraits de discours démontrent que si le politique a disparu, il convient de le remplacer par la culture, en utilisant les moyens économiques de parvenir à ses fins.

Dans ce contexte, l'outil constitué par l'ordinateur et l'utilisation d'internet permet une renaissance du politique à travers la culture, et l'économie d'un monde qui se globalise par internet doit se soumettre aux projets culturels des Etats occidentaux qui inspirent les autres Etats à les suivre dans le développement de leur politique de marchés.

Les outils juridiques qui supportent ce projet sont, comme nous l'avons vu, les outils contractuels, qu'ils soient constitués par les conventions internationales ou par les contrats et le droit de la concurrence, lesquels sont, en tout état de cause, tournés vers le même but : le bonheur... de la masse ?! Pour les uns, celui de la masse, et donc des investisseurs, liés à la masse, pour les autres, celui des créateurs, et artistes interprètes « monnaie vivante » permettant aux uns et aux autres de vivre de leur travail dans le but de donner un sens à la vie de la « masse ».

Tout repose alors sur un équilibre instable et difficile à trouver compte tenu des nombreuses inconnues qui président à l'utilisation d'internet.

Selon la célèbre formule d'Esopé, comme le langage, Internet peut être le meilleur comme le pire !

A ce jour, il est tantôt l'un, tantôt l'autre, en droit, en fonction de l'intelligence et l'esprit de conciliation des différents intervenants, qu'ils soient auteurs, artistes, producteurs, fournisseurs d'accès à internet ou le public lui-même.



CENTRE DE RECHERCHE
RESEARCH CENTER

Les Documents de Recherche de
l'ESSEC Business School sont disponibles à l'adresse suivante :

<http://www.essec.fr/professeurs-et-recherche/la-recherche/publications.html>



ESSEC Working Papers are available at the following address:

<http://www.essec.edu/faculty-and-research/research/publications.html>

Pour tous renseignements :

- **Centre de Recherche/Research Center**
Tél. 33 (0)1 34 43 30 91
research.center@essec.fr
- **Visitez notre site**
www.essec.fr

ESSEC BUSINESS SCHOOL PARIS
AVENUE BERNARD HIRSCH - BP 50105 CERGY
95021 CERGY-PONTOISE CEDEX - FRANCE
TÉL. +33 (0)1 34 43 30 00 - FAX +33 (0)1 34 43 30 01
www.essec.fr

ESSEC EXECUTIVE EDUCATION
CNIT - BP 230
92053 PARIS LA DÉFENSE - FRANCE
TÉL. +33 (0)1 46 92 49 00 - FAX +33 (0)1 46 92 49 90
<http://formation.essec.fr>

ESSEC BUSINESS SCHOOL, SINGAPORE CAMPUS
100 VICTORIA STREET - NATIONAL LIBRARY BUILDING #13-02
SINGAPORE 188064
TÉL. +65 6884 9780 - FAX +65 6884 9781
www.essec.edu

