

## Teil 4 – Dogmatische „Wildwüchse“

### 4ter Diskutant – Prof. Michel Vivant

Bonjour à tous. Je souhaite d’abord vous dire que je suis extrêmement heureux d’être ici et de participer à ce séminaire très riche dont les promoteurs doivent être remerciés, comme je suis très heureux d’être en Allemagne, l’une des plus prestigieuses universités allemandes, l’université de Heidelberg, m’ayant fait le grand honneur de me décerner le titre de docteur honoris causa. Je dois, cependant, tout de suite avouer une carence bien évidente : je ne parle pas allemand et je dois à la gentillesse et à l’efficacité de M. Seip et de M. Gilliéron d’avoir pu suivre jusqu’ici les débats puisqu’il m’ont fait une traduction simultanée de ceux-ci. En conséquence, je parlerai en français et je vais m’efforcer, selon le souhait de certains, de parler assez lentement pour pouvoir être entendu et compris.

Il est vrai que je suis le dernier intervenant et je pourrais dire, comme souvent on le fait en ce cas, que tout a été dit... et rejoindre ma place. Mais je suis certain que M. Geiger ou M. Hilty apprécieraient peu que je me taise après vous avoir dit bonjour !

J’essaierai donc de jouer le jeu qui consiste à réagir aux thèses qui nous ont été présentées et cela bien que ces thèses soient assez sensiblement différentes, en tout cas qu’elles se situent sur des terrains différents et appellent donc des réactions différentes. Je le ferai en suivant un cheminement en sept points.

1°) La première observation que je voudrais faire, c’est dire que je suis tout à fait en accord avec les thèses qui ont été avancées d’ailleurs aussi bien par C. Geiger, que par K. Koelman et de très nombreux intervenants au long de ces trois journées, selon laquelle nous devons absolument appréhender le droit d’auteur en termes de finalité.

Je crois même que c’est le seul moyen de comprendre vraiment celui-ci – comme, d’ailleurs, c’est le seul moyen de comprendre toute institution. Et cela me paraît d’autant plus vrai que nous nous situons dans un contexte international. Bien que l’assistance soit très internationale, ce point n’a pas été spécialement mis en avant mais on sait très bien, qu’il s’agisse de faire du droit international privé ou du droit comparé, que le seul moyen de trouver des terrains de compréhension mutuelle n’est pas d’analyser une institution pour ce qu’elle est structurellement mais de le faire en terme de finalité. Du point de vue du droit international privé, le mariage, par exemple, entre polygamie et mariage dépourvu de solennité, ne peut être appréhendé qu’en ces termes. En termes de droit comparé, nous n’avons progressé à travers la planète sur la notion de signature ou d’écrit électronique qu’à partir du moment où nous avons défini ceux-ci par leurs fonctions.

Je pense donc qu’il n’y a pas là simplement une démarche privilégiée ou à privilégier. Pour moi, c’est sans doute la seule démarche possible.

2°) Second point de mes « réactions » – et là je ne serai plus tout à fait en accord avec Christophe Geiger – je ne pense pas que l’on puisse aujourd’hui parler véritablement d’un « patrimoine commun » dans le champ du droit d’auteur.

\* Sans vouloir faire revivre les guerres de religion ancestrales entre droits d’auteur et copyright et les oppositions soulignées par Gillian Davies et revenir ainsi sur de vieux débats, je crois qu’il faut simplement observer que, même entre des pays de culture juridique proches, existent des prises de positions assez sensiblement différentes sur

des questions centrales. Si je reste dans la famille du droit d'auteur stricto sensu, prenons une question comme celle du droit moral. La disponibilité ou la non disponibilité du droit moral n'est pas du tout appréciée par exemple dans les mêmes termes en droit suisse ou en droit français. Et si non considérons la question de la titularité, là encore même dans les simples pays de droit d'auteur stricto sensu, entre l'Allemagne, la Belgique, l'Italie, la France, nous avons quatre réponses différentes. Je crois donc qu'il est prématuré de parler d'un patrimoine commun. Ce n'est pas vraiment possible.

\* En revanche, et c'était peut-être d'ailleurs, d'une certaine manière, l'idée de Christophe Geiger (encore que je ne veuille pas parler pour lui), il me semble qu'il y a une sorte de zone indécise, où les différents droits peuvent se retrouver pour la raison qu'ils font face aux mêmes défis. Les difficultés que nous rencontrons aujourd'hui sur le terrain du copyright ou du droit d'auteur sont liées substantiellement à ce défi radical que constitue la numérisation « en soi » d'abord, la numérisation en ligne ensuite avec les réseaux. Ces difficultés ne sont pas allemandes, françaises ou américaines. Et lorsque des sociétés sont confrontées à des défis analogues, il est bien rare qu'elles n'apportent pas des réponses convergentes.

Il me semble que nous avons là sans doute un « lieu » propice à l'élaboration de réponses précisément convergentes.

3°) D'où découle ma 3<sup>me</sup> observation : si l'on veut donner du contenu à cette zone qui me semble encore indécise, je pense que nous devons impérativement nous interroger sur les fondements de la matière bien évidemment (je reprends ce mot puisqu'il a été utilisé), mais aussi et peut-être d'avantage en termes de finalité – ce que je disais en commençant.

A mon sens, c'est très largement une question de vocabulaire, sauf à considérer la question des fondements comme relevant d'une étude historique morte. Mais le choix des termes n'est pas neutre. Car prétendre aborder les questions qui nous préoccupent en termes de finalité, c'est avoir une vision plus dynamique des choses, c'est davantage s'interroger, non pas en termes d'existant, mais en termes de création, création de ce que nous voulons mettre sur pied.

4°) D'où mon 4<sup>me</sup> point : si nous avons cela présent à l'esprit, parmi les thèses qui nous ont été présentées ce matin, je retiendrai d'abord que, de mon point de vue, il faut tenir pour vrai que, comme cela nous a été dit, prétendre mettre l'accent sur un droit d'auteur ayant d'abord une fonction d'incitation à la création, c'est conférer aux auteurs une place de second plan. Car le caractère incitatif va concerner de très nombreux acteurs de notre marché (il ne faut pas avoir peur de ce mot) : des éditeurs, des producteurs, les distributeurs mais pas directement ou uniquement les auteurs. Et si nous sortons du monde des juristes pour rejoindre celui des économistes, il faut bien constater que c'est aujourd'hui l'une des grandes questions qui est en débat parmi les économistes, que de savoir dans quelle mesure la propriété intellectuelle peut avoir un caractère incitatif non pas tellement pour les entreprises mais pour les créateurs....

Cela fut dit dans la salle : le caractère incitatif peut être trouvé dans d'autres voies. L'accent mis sur la renommée sera souvent, indépendamment de tout autre construction juridique, quelque chose d'essentiel.

Même dans des contextes où le droit d'auteur peut pleinement jouer, il est intéressant de voir que sociologiquement la régulation se fait autrement. Je pense tout particulièrement au secteur des créations de la mode. En faisant toutefois une distinction. Il est évident que, si la création en cause, se concrétise dans un produit durable (un foulard « griffé » bien connu par exemple...), le droit d'auteur a sa raison d'être. Mais, en revanche, lorsqu'il s'agit de quelque chose qui va être très rapidement renouvelé, la faible durée de vie de la création, son obsolescence sont telles que nos droits de propriété intellectuelle ne présentent qu'un intérêt limité. Et l'on voit alors la régulation se faire dans les milieux professionnels par deux moyens : le fait que les créateurs, les bons, les meilleurs, sont fortement rémunérés, et qu'ils sont reconnus dans le milieu, alors même que le grand public ne les connaît pas mais connaît seulement la marque de l'entreprise qui les emploie. En d'autres termes : sachons identifier l'objet sur lequel nous travaillons.

\* Cela étant, il faut revenir à des observations plus générales. Si la prise en considération de l'investissement ne doit pas être tout, je ne crois pas, pour autant, qu'il faille oublier ces dimensions de protection de l'investissement et d'incitation à la création. Et je le dis d'autant plus étant français, puisque, comme vous le savez, c'est souvent un travers français que de prétendre que ces questions sont secondaires ou, pire, doivent être ignorées. Elles ne doivent pas l'être. Elles doivent être prises en considération comme un élément parmi d'autres.

J'ai souvent l'habitude de dire en plaisantant (mais peut-être suis-je sérieux) que comme tout un chacun ici, j'ai publié ici ou là, et que, pour moi, le meilleur de mes éditeurs est celui qui me verse les droits d'auteurs les plus importants. Plus sérieusement dit, cette boutade signifie, dans mon esprit, que les intérêts de l'auteur qui crée et de l'éditeur qui investit sont des intérêts communs.

\* En somme, ce qui nous a été dit et que je rejoins, c'est qu'il faut refuser toute lecture réductionniste. Et c'est la raison pour laquelle je crois aussi qu'on ne peut pas voir le droit d'auteur uniquement comme une composante de la police du droit de l'information, une information policy en anglais. Je pense que K. Koelman a tout à fait raison quand il dit que le droit d'auteur est une partie de cette information policy mais, une fois encore je pense qu'on ne peut pas le réduire à cela, qu'il y a une autre dimension culturelle majeure (comme G. Davies l'a bien rappelé).

En vérité, je crois que le plus grand problème auquel nous sommes confrontés aujourd'hui, c'est que l'appellation de droit d'auteur ou de copyright recouvre des objets totalement hétérogènes, des œuvres au sens traditionnel, qui ne sont pas a priori de l'information ou ne sont pas que de l'information, mais aussi des « biens informationnels » qui sont d'abord de l'information. Concrètement, c'est-à-dire que nous rencontrons, sous cette même appellation, un Website et les livres de Thomas Mann, nous avons encore le boulon qu'on découvre dans la jurisprudence française, les chaussettes ou les chaussures qu'évoquaient, sauf erreur, Mireille Buydens, tous objets extrêmement différents ! A partir de là, il me semble évident qu'il est extrêmement difficile de raisonner comme si nous étions dans un champ monolithique.

Avez-vous d'ailleurs observé que nous tous, parce que je me mets évidemment du nombre, lorsque nous parlons de la question non pas du droit d'auteur en général mais de l'auteur en particulier, dans le plus grand nombre des cas, nous faisons référence, ce qui est assez naturel, à la grande histoire culturelle et d'abord à Kant ou Hegel, au Kant du fameux : Qu'est ce qu'un livre ? Et pourtant le livre dans le droit d'auteur qu'on peut qualifier de classique n'est déjà qu'une sous-catégorie. Or nous

sommes aujourd'hui en présence d'une hétérogénéité complète. Il est, d'ailleurs, remarquable que, dans la discussion, de très nombreuses voix se soient élevées pour soit souhaiter, soit au moins poser la question de savoir s'il ne fallait pas procéder à une segmentation de la matière.

5°) Cela m'amène donc au point numéro cinq de mon intervention. En présence d'une telle hétérogénéité, qui introduit dans le champ du droit d'auteur, des objets extrêmement différents, je pense qu'il ne faut pas du tout être inquiet de l'irruption du droit de la concurrence. Je dirai, pour moi, que celle-ci est tout à fait naturelle et bienvenue. Je dirai même que cette intervention du droit de la concurrence est d'autant mieux justifiée que, comme le rappelait K. Koelman, le droit d'auteur (l'univers du droit d'auteur) ne concerne pas spécialement ou seulement les auteurs, mais tout autant les distributeurs et les autres entités économiques. Pourquoi diable dans ces conditions, le droit d'auteur serait-il par je ne sais quelle grâce à l'extérieur, à l'abri du droit de la concurrence ?

Et c'est la raison pour laquelle aussi je pense qu'il n'y a pas à avoir la moindre hésitation à voir introduire dans nos débats les questions qui relèvent de la protection de la vie privée, de la liberté d'expression, de la protection des consommateurs ou d'autres règles de ce type.

Hier, Valérie-Laure Benabou a fait une observation que je trouve très pertinente consistant à dire que nous avons souvent tendance à parler « à partir » du droit d'auteur. Je dirai qu'effectivement le droit d'auteur est souvent considéré par les spécialistes comme une sorte d'île singulière. Il y a certes plusieurs manières de voir les choses. Mais la pire, à mon sens, c'est celle qui s'apparente au Japon de l'ère Meiji, l'île refermée sur elle-même, le reste du monde n'existant pas. Il y a ensuite cette autre manière d'être, plus ouverte, qui consiste à savoir que l'on est dans une île mais à être prêt à lancer des navires et pourquoi pas aller voir ce qu'il y a au delà. C'est déjà mieux, me semble-t-il. Mais la réalité n'est pas celle-ci. La réalité, si je continue sur mon image, c'est que nous sommes dans un archipel et que le droit d'auteur n'est qu'une île parmi d'autres.

Or il faut prendre en compte cette réalité.

Bien plus, si nous appréhendons le droit comme un instrument de régulation sociale, il apparaît clairement que le droit d'auteur est un élément de cette régulation sociale mais un élément parmi d'autres.

6°) Aussi 6me point : si dans ce schéma complexe – mais si la réalité est complexe – nous voulons vraiment déterminer ce que le copyright ou le droit d'auteur moderne doit être, est-ce véritablement une clef de relier ce droit d'auteur aux droits fondamentaux comme le défend Christophe Geiger ?

\* Peut-être. Mais la question a déjà été débattue hier, et Christophe le sait, je ne suis pas loin sur ce point de rejoindre certaines des idées qui ont été justement défendues par M. Rigamonti en disant que cela ne nous donnerait sans doute pas vraiment cette fameuse clef. Je m'explique. Mireille Buydens avant-hier a « tué » le droit naturel (et, au passage, je crains qu'au titre des dommages collatéraux elle ne soit pas loin de tuer certains de nos collègues...). Pour moi, cela ne me choque pas et je crois qu'il serait bon que, dans des débats de type fondamental comme les nôtres, chacun s'explique librement sur ses présupposés philosophiques. Le mien est le suivant : on peut très bien dire que le droit d'auteur est un droit naturel ou ne l'est pas, et en ce

cas le dire avec l'idée qu'à côté de cela il y auraient des droits qui, eux, seraient naturels. Pourquoi pas ? Dans ma conception, cependant, juste ou non (mais qui est mienne), tout le droit est une construction de l'esprit humain. Pour moi il n'y a pas de droit naturel. Tout au plus peut-il y avoir des droits qu'on dit naturels, mais qui sont toujours construits par l'esprit humain.

Dès lors, à partir de là, il me semble que rattacher le droit d'auteur aux droits fondamentaux est certes une piste tout à fait intéressante. Mais je crois que les droits fondamentaux, nous les construisons eux aussi. Il s'agit donc, selon moi, de savoir non pas simplement ce que nous mettons dans la liste des droits fondamentaux mais comment nous comprenons ceux-ci et quel statut nous voulons leur reconnaître. Et si nous mettons le droit d'auteur parmi ces droits fondamentaux, il faut aussi que nous sachions comment nous allons construire le droit d'auteur comme droit fondamental. Je suis donc tout à la fois d'accord avec Christophe et quelque peu sceptique à l'égard de son analyse. Sans définition de contenu, je crains qu'elle ne nous mène pas très loin.

\* De ce point de vue, la dimension historique, qui a été plusieurs fois évoquée, est bien sûr importante mais il me semble que nous avons moins à discerner ce qui fut ou fut voulu qu'à effectivement construire ce que nous souhaitons voir mettre en place.

Peut-être l'idée avancée par Kamiel Koelmann, pourrait-elle nous servir de guide, cette idée qui consiste à dire, au fond, que la bonne solution juridique est celle qui doit apporter la meilleure réponse, le meilleur bien être social. La vérité, cependant, est que là aussi je dirai que la question est de savoir ce que recouvrent les mots. Il n'est sans doute pas très facile de concrétiser les choses. Qu'est ce que ce « maximum social welfare » ? D'ailleurs K. Koelmann nous disait lui-même qu'il n'y avait pas de réponse économique toute faite et je rejoindrai ici Alain Strowel parlant des deux exposés de ce matin et se demandant : « What to do with that ? ».

7°) Que faire effectivement avec cela, avec tout cela, pour le septième et dernier point ? Même si je viens de citer Alain Strowel, je vais être obligé de m'en séparer parce que comme nous l'avons vu il y a quelques instants dans le rôle de Dieu sur la mont Sinai (Alain dixit), même si j'essayais d'occuper celui de Moïse, ce ne serait vraiment qu'un tout petit second rôle... Je vais donc rester dans une fonction académique plus classique.

Que pouvons-nous faire ? A dire le vrai, je n'en sais trop rien. Il me semble quand même que l'on peut mettre deux choses en avant.

— D'abord, je pense avec force, qu'il est tout à fait nécessaire de comprendre le droit d'auteur comme un droit parmi d'autres, qu'il s'agisse de privacy, de droit de la consommation ou d'autres droits qui fait partie de cette régulation sociale d'ensemble que j'évoquais plus haut.

— Ensuite, je pense – et là je sais que je me sépare de l'analyse de certains – qu'aussi importante que soit l'analyse historique, qu'aussi justifié soit le refus de la politique de la table rase qui est une sottise, il est absolument indispensable d'élaborer un nouveau droit d'auteur ou copyright sur un nouveau modèle double, modèle économique et modèle philosophique et politique.

Modèle économique car nous ne pouvons pas ignorer par exemple – et d'ailleurs cela a été présent dans tous nos débats – les nouveaux types d'exploitation spécialement

justement à travers la numérisation et l'Internet. On rappelait hier très justement une idée fondamentale de notre matière, qui est la distinction entre le support et la création intellectuelle. Il n'en demeure pas moins que notre droit a été pensé à une époque où très largement la création pouvait être contrôlée à travers le support. Qu'est ce qu'un livre ? Bien des choses mais c'est aussi un support matériel et on peut l'appréhender physiquement, ce qui veut dire d'ailleurs qu'il peut y avoir une « police » du droit d'auteur comme une police de la liberté d'expression à travers cette saisie matérielle. Mais, aujourd'hui, les choses ne sont plus ainsi et une des grandes difficultés est que le contrôle ne peut plus se faire en ces termes. Certes on le « rattrape » par d'autres canaux, par des mesures techniques, par des interdictions. Mais nous en revenons à une interrogation de légitimité : est-il légitime de mettre en place des mesures quand elles peuvent être par exemple gravement attentatoires à des libertés ? Je crois qu'il faut absolument trouver – mais je n'ai pas de réponses – un modèle juridique qui soit adapté au contexte économique qui est le nôtre.

Du point de vue philosophique et politique, là aussi je crois que certaines choses ne peuvent être ignorées. On dit souvent que nous vivons dans l'ère, dans l'âge de l'accès – un mot bien sûr qui appelle définition, mais comme tous les mots en droit appellent définition. Admettons donc une certaine approximation. Cela veut dire en toutes cas qu'il faut penser là aussi différemment le pouvoir d'interdire que nous connaissons et ses contours. Il me semble que le maître mot – et cela fut présent dans nos débats – devrait être celui de la flexibilité. On s'est beaucoup interrogé hier sur les exceptions. Faut-il les reconnaître comme des droits ou non ? Faut-il les mettre sur le même plan ? On peut longuement en débattre même s'il me paraît clair sur ce second point que toutes les exceptions ne sont pas du même ordre. Mais là je crois que les idées de Christophe Geiger peuvent venir vivifier le débat : raisonner davantage en termes de libertés, s'interroger sur la nature de ces libertés reconnues ou que l'on entend reconnaître...

J'ajouterai pour finir qu'à la recherche d'un nouveau modèle, il faudrait savoir sortir de la frilosité... au risque d'être considéré comme hérétique. Deux exemples. S'agissant du droit moral, j'avais avancé dans les mélanges offerts à André Francon l'idée qu'il fallait considérer autrement ce droit moral, non point l'ignorer mais point davantage le mettre partout en avant. Il est quand même difficile de prétendre à l'existence d'un droit moral sur le boulon dont je parlais tout à l'heure ! Pourquoi ne pas admettre tout simplement alors que ce droit moral doit être reconnu quand il est digne qu'il le soit ? Formule dont vous me direz qu'elle ne m'engage guère mais qui signifie malgré tout que l'on ne peut pas raisonner en noir ou blanc et rejoint l'idée de « segmentation » qui est souvent revenue dans nos débats. Seconde idée peut-être plus hérétique encore, bien que je puisse me mettre à l'abri de diverses interventions dont l'une, ce matin encore, de Reto Hilty : faut-il absolument rester attaché à un droit exclusif ? Le faut-il, en considérant tout à la fois qu'il est des cas où on ne peut pas faire respecter l'exclusivité et, plus politiquement, qu'en certaines hypothèses, en particulier en présence de « biens informationnels », il pourrait être légitime de reconnaître des licences en quelque sorte de dépendance permettant de déboucher sur une création nouvelle ?

Si nous arrivons effectivement à répondre à la question de savoir ce que nous voulons à Berlin, à Paris, à Washington ou ailleurs, eh bien je crois que nous aurons trouvé l'équilibre que l'on nous demandait de rechercher ce matin et que nous avons effectivement recherché pendant ces trois journées. Le droit est un art d'équilibre et toute notre matière doit être pétrie par cette idée.

**Prof. Reto M. Hilty**

Merci beaucoup Michel Vivant. Vous savez qu'en Chine le roi parlait le dernier, donc vous avez eu ce rôle. Ich darf Sie jetzt in die Pause bitten.