

ÉQUILIBRER LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET LE DROIT D'AUTEUR

À propos des libertés de créer et d'user des œuvres

Alain Strouel et François Tulkens

Professeurs aux Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, Avocats

Traditionnellement, les spécialistes du droit d'auteur, en tout cas en Europe, ne se sont pas beaucoup intéressés aux tensions qui peuvent se créer entre les exigences tirées de la liberté d'expression et la protection conférée par le droit d'auteur. Certains défenseurs du droit d'auteur professent même haut et fort, ou pensent sans l'avouer publiquement, que le droit d'auteur devrait rester immunisé à l'encontre des revendications fondées sur la liberté d'expression¹.

Le fait, à nos yeux regrettable, que les exigences découlant de la liberté d'expression ne soient habituellement pas sérieusement prises en compte par les juristes de propriété intellectuelle en Europe continentale s'explique jusqu'à un certain point par la difficulté de comprendre les nuances d'une jurisprudence sur la liberté d'expression qui s'est étoffée au cours des dernières années. Il n'est pas acceptable que le droit d'auteur soit placé par ses zélotes dans un sanctuaire et qu'il demeure intouchable et inaccessible.

1. Il est intéressant de constater que les juristes de droit d'auteur partagent parfois cette opinion en ce qui concerne la relation entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence: quelques puristes maintiennent que la propriété intellectuelle devrait rester à l'abri des revendications et empiètements provenant du droit de la concurrence. Cette vue extrême est bien sûr tout aussi inacceptable que celle qui considère que le droit de la concurrence doit toujours dicter ses règles en matière de propriété intellectuelle, une vue populaire parmi les juristes de droit de la concurrence.

La liberté d'expression ne devrait pas davantage être sanctifiée, particulièrement à une époque où les revendications – sous couvert de liberté d'expression – sont souvent émises par des opérateurs commerciaux pour travestir des intérêts plus vénaux, par exemple, afin de capter une audience par des propos volontairement accrocheurs et excessifs, et préjudiciables par ailleurs. De plus, des restrictions à la liberté d'expression peuvent être justifiées, non seulement en cas de diffamation, mais aussi en cas de propagation d'un discours haineux sur Internet et ailleurs². Il n'y a pas lieu, en tout cas quand l'expression est émise dans un contexte commercial, d'élever la liberté d'expression au-dessus de tous les autres intérêts; il n'y a aucune raison de penser qu'elle devrait toujours prévaloir sur les autres droits et libertés civiles.

Dès lors que ni le droit d'auteur, ni la liberté d'expression ne devraient par principe l'emporter, il reste – tâche plus ardue – à déterminer le juste équilibre. Quelques paramètres pour trouver ce point d'équilibre seront proposés ci-après. Ce qui ne veut pas dire que nous indiquerons quand la liberté d'expression doit prévaloir sur le droit d'auteur et vice versa. Nous proposerons plutôt de distinguer deux types de cas qui requièrent une balance des intérêts différente: les cas où le droit d'auteur peut avoir un effet sur le contenu des opinions exprimées (par exemple lorsqu'il prohibe des formes d'expression dérivées; c'est le problème de la parodie) et les cas où le droit d'auteur est neutre par rapport au contenu, mais peut cependant entrer en conflit avec une autre facette de la liberté d'expression, en tant qu'il est susceptible de restreindre l'accès aux œuvres et leur usage. Autrement dit, la pondération des intérêts s'opérera différemment selon que la liberté de créer des nouveaux contenus ou la liberté d'accéder et d'utiliser des expressions existantes entrera en jeu. Il va de soi que la liberté de créer de nouvelles expressions à partir d'œuvres existantes – quand bien même elles seraient mal reçues par les ayants droit originaires – doit rester même dans une société démocratique qui se perpétue par le renouvellement des opinions divergentes et non conventionnelles. En revanche, le droit d'auteur autorise plus facilement des limitations à la liberté d'accéder à des expressions déjà disponibles et de les utiliser, tout spécialement si celles-ci ont un contenu de divertissement, un style ou une forme qui les éloignent de la pure information. Comme on le démontrera, la pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur doit s'opérer par catégorie, pas simplement au cas par cas, et la balance à utiliser en cas de pondération impliquant la liberté de création n'est pas la même que celle que l'on utilisera quand la liberté d'accéder à une œuvre et de l'utiliser est en jeu. La première (la « balance pour la création ») penche davantage du côté de la liberté d'ex-

2. H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruylant, 2000.

pression, la seconde (la « balance pour l'accès »), du côté du droit d'auteur. Il n'empêche: pour chacun de ces deux types de pondération, la balance pourrait, en fonction des circonstances d'un cas particulier, finalement pencher du côté inverse à celui qu'elle privilégie au départ. Le cas hollandais impliquant *l'Église de Scientologie c. Dataweb*, discuté ci-après, est un bel exemple démontrant qu'une « balance pour l'accès » peut forcer le droit d'auteur à s'effacer devant les exigences de la liberté d'expression.

Outre l'analyse de la jurisprudence et la tentative de trouver le juste équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression pour les deux catégories de cas distingués ici, un problème sous-jacent sera indirectement abordé, celui de l'expansion des limites du droit d'auteur. La liberté d'expression a été invoquée par beaucoup de commentateurs pour limiter cette expansion qu'ils estiment injustifiée³. Dans un premier article de synthèse datant de 2002 sur la jurisprudence européenne relative à l'interface entre droit d'auteur et liberté d'expression, Bernt Hugenholtz⁴ se posait la question de savoir si la « marée montante » du droit d'auteur allait ou pouvait être arrêtée par la force contraire s'appuyant sur les libertés d'expression et d'information, garanties par les Constitutions des États membres de l'Union européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Il remarquait qu'une jurisprudence à ce propos s'était développée dans plusieurs pays européens, tels l'Autriche, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Il est utile de mettre à jour cette analyse, puisque de nouveaux cas ont été jugés récemment, particulièrement dans les pays de droit civil, tels la France et la Belgique. Un bref rappel du cadre juridique (point I) constitue cependant un prérequis utile pour ce parcours à travers la jurisprudence (point II) et les réflexions plus générales sur l'expansion du droit d'auteur que ce voyage suscitera en conclusions (point III).

3. Nous ne discuterons pas ici si cette « expansion du droit d'auteur », souvent posulée dans les milieux académiques sans être vraiment démontrée, est aussi indiscutable qu'il y paraît à première vue. Notre point de vue est que, si sur certains aspects du droit d'auteur (par exemple, la protection des mesures techniques), il y a incontestablement extension des prérogatives légalement consacrées; en pratique, divers facteurs aboutissent à un rétrécissement du champ exploitable de l'exclusivité.

4. P. B. HUGENHOLTZ, « Copyright and freedom of expression in Europe » in N. ELKIN-KOREN and N.W. NETANEL (eds), *The Commodification of Information*, Kluwer, 2002, pp. 239-263.

I. LE CADRE JURIDIQUE EUROPÉEN ET INTERNATIONAL

1. La liberté d'expression et les limites en faveur des « droits d'auteur »

Le besoin d'équilibrer la liberté d'expression avec d'autres intérêts découle de l'article 10 de la CEDH qui façonne tout le débat sur la pondération à réaliser entre le droit d'auteur et la liberté d'expression dans le contexte européen⁵:

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.
2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

La liberté d'expression, telle que reconnue par l'article 10 de la CEDH comporte deux facettes.

La première est le droit d'avoir des opinions et de communiquer des informations et des idées. C'est l'aspect le plus connu de la liberté d'expression. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cela veut dire que « la liberté d'expression est applicable non seulement à l'information ou aux « idées » qui sont reçues favorablement ou considérées comme inoffensives ou indifféremment, mais aussi à celles qui offensent, choquent ou dérangent l'État ou une section de la population. De plus, la liberté journalistique recouvre aussi des recours possibles à un degré d'exagération ou même de provocation »⁶.

5. Voy. T. PINTO, « The Influence of the European Convention on Human Rights on Intellectual Property Rights », *E.I.P.R.*, 2002, pp. 209-219.

6. Cour eur. D.H., *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, (1994) 19 EHRR 1; *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, (1992) 14 EHRR 445, para. 42; *Oberschlick c. Autriche*, 23 mai 1991, (1995) 19 EHRR 389, para. 57; *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, para. 49.

La deuxième facette de la liberté d'expression réside dans le droit de recevoir des informations et des idées. Cet aspect a moins fait l'objet de litiges, mais il n'est pas totalement absent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (« non seulement la presse a la tâche de communiquer de telles informations et idées: le public a aussi le droit de les recevoir »)⁷.

Les deux aspects sont fondamentaux, mais pas absolus. La possibilité de concilier la liberté d'expression et le droit d'auteur résulte de l'article 10(2) de la CEDH, qui énonce que « l'exercice de ces libertés [...] peut être soumis à [...] certaines restrictions [...] pour la protection de la réputation ou des droits d'autrui ». Rien n'empêche le droit d'auteur d'être considéré comme un des « droits d'autrui », dont la protection pourrait justifier certaines limitations à la liberté d'expression⁸. Même si ces restrictions s'appliquent pour la plupart au premier aspect de la liberté d'expression, cela ne veut pas dire qu'elles ne s'appliquent pas au second. Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a jugé, « la liberté de recevoir des informations [...] interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir »⁹. Si un pays ou, *a fortiori*, un individu, ne veut pas ou n'est pas prêt à communiquer de l'information, il n'y a pas de droit à la recevoir, ni de devoir de la communiquer. Dans sa thèse et l'article de synthèse publié dans le présent volume, François Dubuisson a bien démontré qu'« un individu ne saurait dès lors se prévaloir de sa liberté d'expression et

7. Cour eur. D.H., *Worm c. Autriche*, 29 août 1997, (1998) 25 EHRR 454, para. 50; Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, para. 52.

8. P. B. HUGENHOLTZ, « Copyright and freedom of expression in Europe », in N. ELKINKOREN and N. W. NETANEL (eds), *The Commodification of Information*, Kluwer, 2002, p. 246, se réfère à une opinion restrictive d'un commentateur hollandais (P. J. BOUKEMA, *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland*, Amsterdam, Polak & Van Gennep, 1966, p. 258), selon lequel l'article 10(2) se référerait uniquement aux droits fondamentaux reconnus par la CEDH elle-même. Mais ce point de vue est dépassé, et comme le reconnaît P. B. HUGENHOLTZ, « la doctrine et la jurisprudence n'ont jamais accepté cette interprétation étroite. Au contraire, on considère que les « droits d'autrui » incluent une vaste étendue de droits subjectifs et d'intérêts, incluant les droits protégés par le droit d'auteur ». Voy. *Chappell*, Cour eur. D.H., 24 février 1989, *Publ. de la Cour eur. D.H.*, Série A 152A. Dans une décision de 2003 discutée plus loin (Cour d'appel de la Haye, 4 septembre 2003, *Computern*, 2003/6, p. 357, note K. KOELMAN; A. & M., 2004/1, p. 44, note A. STROWEL et G. GATHEM), la Cour d'appel de la Haye a clairement énoncé que « le droit d'auteur est inclus parmi les droits [auxquels se réfère l'article 10 de la CEDH], puisque ce droit est prévu par une loi et l'intention de protéger les droits d'autrui ». Voy. T. PINTO, « The Influence of the European Convention on Human Rights on Intellectual Property Rights », *E.I.P.R.*, 2002, pp. 209-219, p. 217.

9. Cour eur. D.H., *Guerra c. Italie*, 19 février 1998, (1998) 26 EHRR 357, para. 53; Cour eur. D.H., *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, (1987) 9 EHRR 433, para. 74.

d'information afin de se ménager l'accès à une information dont un tiers serait en possession »¹⁰.

En ce qui concerne les autres restrictions à la liberté d'expression, toute limitation liée au droit d'auteur doit être « prévue par la loi » et « nécessaire dans une société démocratique ». Les États parties à la CEDH ont une marge d'appréciation limitée pour décider ce qui est « nécessaire dans une société démocratique » et les restrictions doivent être proportionnées au but légitime poursuivi¹¹. Le test de proportionnalité est le véritable standard pour déterminer si une limite à la liberté d'expression est compatible avec l'article 10 de la CEDH. Pour déterminer si une restriction est « nécessaire dans une société démocratique », la Cour européenne des droits de l'homme prendra en considération¹² :

- (i) le type de discours : l'usage « ordinaire » de la liberté d'expression par un amateur est moins protégé que la liberté de la presse¹³ ;
- (ii) l'identité de l'orateur : un journaliste ou un politicien¹⁴ bénéficie d'un degré de protection plus élevé qu'une personne ordinaire ou un fonctionnaire¹⁵ ;
- (iii) l'identité de la personne dont on parle : les politiciens ne peuvent prétendre être protégés contre la moindre incursion dans leur vie privée¹⁶, alors que les juges ont une protection plus élevée due à leurs obligations professionnelles ;
- (iv) la forme du discours : une radiodiffusion en direct¹⁷ est différente par exemple d'une publication sur un site Web ou dans un journal ; et
- (v) le contenu du discours : un discours politique, un discours d'intérêt général, des constatations d'ordre factuel ou des opinions ne sont pas traitées de la même manière¹⁸.

10. Voy. la contribution de F. DUBUISSON, « Quand le « droit » du public à l'information rencontre les « droits » sur l'information : vrai ou faux débat ? », au présent volume.

11. Toute mesure restreignant un droit de la Convention doit être « proportionnée au but légitime poursuivi » ; *Handyside c. Royaume-Uni*, (1976) 1 EHRR 737, 754, para. 49.

12. Pour une vue d'ensemble, S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 163-179.

13. Cour eur. D.H., *Janowski c. Pologne*, 21 janvier 1999, (2000) 29 EHRR 705, para. 33.

14. Cour eur. D.H., *Jerusalem c. Autriche*, 21 février 2001.

15. Cour eur. D.H., *Wille c. Liechtenstein*, 28 octobre 1999, (2000) 30 EHRR 705, para. 64.

16. Cour eur. D.H., *Feldek c. Slovaquie*, 12 juillet 2001, para. 74 ; *Tammer c. Estonia*, 6 février 2001, (2003) 37 EHRR 43.

17. Cour eur. D.H., *Fuentes Bobo c. Spain*, 29 février 2000, (2001) 31 EHRR 50, para. 46.

18. Pour la subtilité et le manque de cohérence de l'évaluation de ces différences par la Cour européenne des droits de l'homme, S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 170-173.

Tous ces éléments sont pris en considération par la Cour au cas par cas pour équilibrer les intérêts en jeu et décider si une restriction de la liberté de parole est nécessaire dans une société démocratique. Le tout est donc une question de proportionnalité.

Pour être exhaustif, il faut également mentionner que d'autres textes internationaux ont également clairement reconnu la valeur prédominante associée à la liberté d'expression¹⁹.

2. Le droit d'auteur et les limites internes en faveur de la liberté d'expression

Le droit d'auteur est parfois reconnu dans les textes internationaux pour la protection des droits de l'homme²⁰. L'article 27(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), par exemple, est assez clair sur l'inclusion de la protection des intérêts moraux et matériels des auteurs parmi les droits de l'homme. Selon des commentateurs français²¹, la position du droit d'auteur comme droit de l'homme est aussi confortée par l'inclusion, dans le premier paragraphe de l'article 27, du droit de chacun de « participer à la vie culturelle de la communauté », ce que beaucoup appelleraient maintenant le droit à la culture, une nouvelle dimension des droits de l'homme²². Peut-être que ces deux paragraphes de l'article 27 de la DUDH devraient être considérés comme complémentaires, le premier

19. Voy. e.a. article 19 du Pacte international sur les droits civils et politiques. Pour une analyse plus approfondie, U. SUTHERSANEN, « Towards an international public interest rule? Human rights and international copyright law », in J. GRIFFITH and U. SUTHERSANEN (eds), *Copyright and Free Speech. Comparative and International Analyses*, Oxford, Oxford University, 2005, pp. 96-124. Dans les pays de droit civil, cette disposition est moins fréquemment employée que l'article 10.

20. Voy. article 27(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme et, de plus grande importance, l'article 15 du Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels qui est juridiquement obligatoire. À ce propos, U. SUTHERSANEN, « Towards an international public interest rule? Human rights and international copyright law », *op. cit.*, para. 5.16 ; ainsi que sa contribution à la dixième conférence annuelle de l'Université de Fordham (New York) on International Intellectual Property Law and Policy, 4 et 5 avril 2002, sous le titre « Public Interest and Fundamental Rights: An Enquiry as to the British Copyright Law Ex-Post the Human Rights Act 1988 » (non publié à notre connaissance).

21. C. COLOMBET, « La protection des intérêts moraux et matériels des auteurs (art. 27(2)) », in *Droit d'auteur et droits de l'homme*, Colloque des 16 et 17 juin 1989, Paris, INPI, p. 44 ; A. KÉRÉVER, « Le droit d'auteur, acquis et conditions du développement de la culture juridique européenne », *Droit d'auteur*, 1990, p. 146.

22. Le droit de bénéficier du développement de la culture et de participer au progrès lié à ce développement est maintenant plus souvent inséré comme droit de l'homme officiel. Voy. par exemple, l'article 23, al. 3, 5°, de la Constitution belge introduit en 1993 qui garantit le « droit à l'épanouissement culturel ».

octroyant un droit passif à la culture (un droit à jouir de la culture), le second, un droit actif (le droit de devenir un auteur et créateur de culture)²³.

Aux niveaux européen et national, le droit d'auteur est plus souvent implicitement protégé par les dispositions constitutionnelles sur le droit de propriété (voy. par exemple, l'article 14 de la Loi fondamentale allemande et l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la CEDH).²⁴ La Cour constitutionnelle allemande a rendu plusieurs décisions confirmant que les prérogatives économiques des auteurs étaient protégées par les dispositions constitutionnelles sur la propriété. De son côté, la Commission européenne des droits de l'homme a inclus la protection des brevets sous l'égide de l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la CEDH²⁵. Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans un arrêt du 11 octobre 2005, clairement affirmé que « la propriété intellectuelle en tant que telle bénéficie sans conteste de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1 »²⁶ (sans toutefois juger que, dans le cas d'espèce impliquant une marque pour laquelle une demande d'enregistrement avait été introduite, puis annulée, la position de la requérante était « suffisamment forte au point de constituer une espérance légitime appelant la protection de l'article 1 du Protocole n° 1 »; voy. § 48 de l'arrêt²⁷).

Bien sûr, la protection de la propriété n'est pas illimitée et la Cour constitutionnelle allemande a décidé que, bien que la protection du droit de propriété

« impliquait que l'exploitation économique de l'œuvre revient en principe à l'auteur, la protection constitutionnelle du droit de propriété ne s'étend pas à toutes ces exploitations. Il appartient au législateur de déterminer les limites du droit d'auteur en imposant des critères appropriés, en tenant compte de la nature et de la fonction sociale du droit d'auteur et en s'assurant que l'auteur participe équitablement à l'exploitation de son œuvre »²⁸.

23. E. KONSTANTINOV, « Le droit d'auteur et le droit à la culture », in *Droit d'auteur et droits de l'homme*, Colloque des 16 et 17 juin 1989, Paris, INPI, p. 39; A. SROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, Bruylant, 1993, p. 157 et ff.
24. E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer, 1980 (3rd ed.), p. 65.
25. Requête 12633/87, *Smith Kline and French Laboratories v. Netherlands*, 66 D.R. 70 (1990), E. Com H.R.
26. Cour eur. D.H., *Anheuser-Busch v. Portugal*, 11 octobre 2005, requête n° 73049/01, disponible sur le site de la Cour eur. D.H.. Cet arrêt fait l'objet d'un appel devant la Grande Chambre de la Cour eur. D.H.
27. Donc, une marque commerciale constitue un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, mais tel n'est le cas qu'après l'enregistrement définitif de la demande.
28. Cour constitutionnelle, 7 juillet 1971, GRUR, 1972, p. 481 (*livre scolaire*) cité à partir de la traduction anglaise de C. GEIGER, « Fundamental Rights, A Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Rights », IIC, 2004/3, vol. 35, p. 271.

Ainsi, selon la Cour constitutionnelle, le législateur est compétent pour substituer au droit exclusif une licence non volontaire dans les cas des compilations d'œuvres pour livres scolaires, mais il est cependant obligé de faire en sorte que l'auteur reçoive une rémunération équitable pour un tel usage exempté.

Le développement le plus récent est bien sûr l'inclusion de la propriété intellectuelle dans le champ de protection de l'article II-17(2) de la Charte fondamentale des droits incorporée dans la Constitution européenne (« La propriété intellectuelle sera protégée »). Les conséquences pratiques de cette disposition ne sont pas encore claires²⁹, mais quelques tribunaux se sont rapidement référés à la Charte fondamentale des droits pour confirmer l'importance du droit d'auteur³⁰.

Enfin, signalons que le droit d'auteur est, en Allemagne, également couvert et protégé par le droit fondamental de développer librement sa propre personnalité (voy. article 1 de la Loi fondamentale allemande).

Alors que les dispositions principales sur la liberté d'expression contiennent une limitation expresse en faveur des droits d'autrui, les lois nationales sur le droit d'auteur intègrent certaines limitations intrinsèques qui sont implicitement motivées par le désir de protéger la liberté d'expression. La principale soupape de sécurité intégrée dans le droit d'auteur est la distinction de base entre les idées et les expressions. La dichotomie entre les idées et expressions, selon laquelle seules les formes d'expression et non les idées sous-jacentes peuvent être sujettes à protection par le droit d'auteur, garantit en théorie que les idées restent de libre parcours, c'est-à-dire libres de tout contrôle par le titulaire du droit d'auteur. Cette limite intrinsèque a conduit quelques juristes de droit d'auteur continental à conclure que le droit d'auteur devrait être exonéré de restrictions externes (c'est-à-dire imposées par des règles et principes en dehors du droit d'auteur)³¹. D'autres juristes de droit d'auteur ne sont pas d'accord avec cette conclusion, puisque interdire l'usage de certaines expressions peut ralentir la diffusion des « idées », spécialement quand ces expressions prennent la forme de photographies d'actualité ou d'autres matériaux visuels dont les « idées » sous-jacentes ne

29. Voy. les commentaires oraux de Lord SLYNN OF HADLEY, « Intellectual Property as Human Right: What Should Member State Courts Do with This and Other European Charter Provisions? », à la conférence de l'Université de Fordham (New York) de 2004 sur « International Intellectual Property Law and Policy ».

30. Toulouse, 13 juin 2002, *J. Beset et Société Presse du Midi c. Ministère Public*, non publiée, citée par A. LUCAS et P. SRINELLI, « Droit d'auteur et droits voisins », *Propriétés Intellectuelles*, octobre 2003, p. 384.

31. Voy. par exemple quelques rapports nationaux aux *Journées d'études de l'ALAI, Les limites du droit d'auteur – ses limites propres et exceptions*, Australian Copyright Council, 1999.

peuvent être rendues accessibles sans que l'expression soit également copiée (Comment serait-il possible d'exprimer l'« idée », par exemple, d'une catastrophe naturelle ou d'un meurtre politique, sans utiliser les photos faites par les photographes qui étaient là quand cela est arrivé ? Cela explique pourquoi certaines soupapes de sécurité additionnelles en faveur des reportages doivent être prévues)³². La liberté d'expression jouera un rôle prééminent quand aucun substitut à l'expression protégée ne peut être réalisé. Le test permettant de trouver le point d'équilibre entre liberté d'expression et droit d'auteur doit prendre en compte l'élément de substitutabilité et donc la possibilité de développer des formes alternatives d'expression. Cependant, il n'y a pas de « justification [basée sur la liberté d'expression] pour copier l'expression avec l'idée simplement parce que le copieur n'a ni la volonté, ni le temps, ni l'énergie de créer de manière indépendante sa propre expression »³³. La question devient alors celle de savoir combien de temps ou d'investissement les tiers peuvent légitimement être requis de consacrer à la production de ces formes alternatives d'expression. C'est une question très difficile qui peut exiger une analyse similaire à celle que les juristes de droit de la concurrence font de manière routinière afin de mesurer la possibilité pour un nouvel entrant de développer une ressource essentielle nécessaire pour se maintenir sur un marché donné. Les défenseurs de la liberté d'expression peuvent être découragés par cette approche, qui semble lier les questions de liberté d'expression à une analyse de la substitutabilité des produits sur un marché ou une analyse de coût/bénéfice, qui *a priori* est assez étrangère à leur domaine. Il est toutefois tentant de suggérer que le test de proportionnalité utilisé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est peut-être pas si éloigné d'une analyse « coût/bénéfice » propre à la démarche économique.

En sus de la dichotomie idée/expression, le droit d'auteur a développé d'autres « soupapes de sécurité » internes qui favorisent la liberté d'expres-

32. De telles circonstances se présentaient dans l'affaire *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F. Supp. 130 (SDNY 1968). H. COHEN JEHOAM, « Copyright and freedom of expression, Abuse of rights and standard chicanery: American and Dutch approaches », *E.I.P.R.*, 2004, pp. 275-279, considère correctement que c'est un des cas où la liberté d'expression doit interférer pour favoriser l'intérêt public.

33. M. NIMMER, « Does copyright abridge the First Amendment guarantees of free speech and press ? » 17 *UCLA L. Rev.* 1180, 1970, p. 1203. Voy. aussi p. 1202 : « The point is not that ideas are useful without expression, but rather that while public enlightenment may require the copying of ideas from others, it remains perfectly possible for the speaker (or writer) who copies ideas from another, to supply his own expression of such ideas. True, it would often be easier to copy the expression as well as the idea, but the value of such labor-saving utility is far outweighed by the copyright interest in encouraging creation by protecting expression ». Nous pensons même que la contrainte de ne pas réutiliser du matériel pré-existant protégé par le droit d'auteur encourage parfois le développement de formes d'expression plus élaborées, variées et riches.

sion, comme par exemple diverses exceptions légales et la durée limitée de la protection. Cependant ces limitations internes ne garantissent pas que le droit d'auteur n'entre pas en collision avec la liberté d'expression. Le conflit entre droit d'auteur et liberté d'expression n'est pas imaginaire. La question revêt un intérêt indiscutable. Toutefois son importance ne doit pas être surestimée en pratique. Relativement peu de cas ont en fait requis un équilibrage minutieux entre la liberté d'expression et le droit d'auteur, ce qui est probablement une indication de l'importance réelle de la question, qu'il ne convient pas de gonfler comme en a l'habitude la presse qui s'intéresse par définition aux cas marginaux et plus colorés. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas encore prononcée sur cette question³⁴.

II. L'ÉQUILIBRE ENTRE DROIT D'AUTEUR ET LIBERTÉ D'EXPRESSION À TRAVERS LA JURISPRUDENCE

Dans cette section, nous passons en revue les principales décisions qui furent rendues après la parution de l'article de synthèse de P. B. Hugenholtz (cité ci-dessus) et qui mettent en balance droit d'auteur et liberté d'expression. *A priori*, une pondération adéquate requiert de prendre en considération la totalité des circonstances de chaque cas particulier. Néanmoins, si une telle approche a le mérite d'accorder toute leur importance aux faits d'espèce, elle risque d'aboutir à une casuistique dont il est difficile de tirer des enseignements. Des distinctions par catégories de cas doivent être faites, ce qui permet de structurer quelque peu le processus de pondération. Une distinction mérite ainsi d'être faite entre les cas où le contrôle conféré par le droit d'auteur est neutre du point de vue du contenu de l'expression et ceux où l'exercice du droit d'auteur est susceptible d'avoir un impact sur le contenu, par exemple en freinant l'apparition de nouvelles formes d'expression. Lorsque l'exercice du droit d'auteur a un impact sur le contenu des expressions, il doit être soumis à un examen plus minutieux et strict afin d'éviter tout empiètement illégitime sur le premier versant de la liberté d'expression, le droit d'exprimer des opinions et de communiquer des informa-

34. Bien sûr, on pourrait considérer que l'absence d'une abondante jurisprudence est seulement un signe de la réticence des tribunaux à reconnaître le conflit qui menace entre droit d'auteur et liberté d'expression (voy. par exemple P. B. HUGENHOLTZ, « Copyright and freedom of expression in Europe », in N. ELKIN-KOREN and N. W. NETANEL (eds), *The Commodification of Information*, Kluwer, 2002, p. 241).

tions et des idées³⁵. L'exercice du droit d'adaptation lequel permet d'interdire certaines œuvres dérivées ne peut ainsi empêcher la véritable parodie ; dans l'appréciation parfois difficile de l'existence d'une œuvre dérivée et de sa nature parodique (aux États-Unis, il faudra apprécier l'existence d'un « usage loyal » des emprunts à l'œuvre première), il faut se montrer relativement circonspect et *a priori* privilégier l'apparition d'une nouvelle forme d'expression, en tout cas lorsqu'elle n'est pas teintée par des objectifs commerciaux ou ne révèle pas une forme de parasitisme consistant à profiter de l'audience acquise par l'œuvre prise pour cible du discours dérivé.

Si la parodie met en jeu la liberté de créer et si le droit d'auteur est, à travers le droit d'adaptation, susceptible d'affecter le contenu d'autres expressions, la question de l'accès aux œuvres et de l'éventuel contrôle de l'accès par le droit d'auteur tombe dans le champ du second versant de la liberté d'expression (voy. *supra*), le droit de recevoir des informations et des idées. Selon nous, l'exercice du droit d'auteur est en ce cas neutre quant au contenu, puisqu'il ne s'agit pas de contrôler l'apparition de nouveaux contenus, mais de conditionner l'accès à certains contenus existants, plus exactement de subordonner l'usage de ces expressions déjà disponibles à une rémunération. L'effet de réservation lié au droit d'auteur est donc d'un tout autre ordre : il ne s'agit pas d'« autoriser » ou de « bloquer » une forme d'expression inédite, mais de « conditionner » l'usage d'une expression déjà communiquée. La pondération des intérêts que l'enjeu de l'accès génère est d'un autre ordre, et c'est pourquoi nous avons, en introduction, distingué la « balance pour l'accès » de la « balance pour la création ».

L'analyse de la jurisprudence s'efforcera de montrer en quoi on a affaire à deux pondérations catégoriquement différentes. La première partie (1) analyse la jurisprudence sur les œuvres dérivées et la parodie ; la deuxième (2) traite des cas où le droit d'auteur contribue à contrôler l'accès à l'expression et à l'information. Dans la première partie, la prérogative du droit d'auteur assurant une forme de contrôle est le droit d'adaptation. Dans la deuxième partie, on verra que différentes facettes du droit d'auteur peuvent restreindre la disponibilité des œuvres (droit de publication, clefs électroniques d'accès au contenu, etc.).

35. N. NETANEL a utilisé la distinction entre une « réglementation neutre quant au contenu » et une « réglementation liée au contenu » pour tenter de cerner les limites que la liberté d'expression impose au droit d'auteur. Voy. N. NETANEL, « Locating Copyright Within the First Amendment Skin », in *54 Stanford L. Rev.* 1, 2001-2002, p. 6.

1. La liberté de créer et le droit d'auteur : contrôle des œuvres dérivées (parodie)

L'exception de parodie apparaît comme une limitation en faveur de la libre expression. Sauf dans quelques pays de droit civil (notamment en France et en Belgique), la parodie n'est normalement pas énumérée parmi les exceptions légales au droit d'auteur, même si elle peut être incluse sous d'autres formes d'exceptions légalement consacrées, comme c'est le cas en Allemagne via l'usage libre de matériaux existants³⁶. Avec l'entrée en vigueur de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information³⁷, l'exception de parodie est maintenant clairement incluse parmi les exceptions que les États membres de l'Union européenne peuvent transposer dans leur droit national (article 5(3)(k)). Comme la dichotomie entre l'idée et l'expression ou d'autres limitations au droit d'auteur (voy. *supra*), cette limitation, qu'elle soit imposée par les tribunaux ou le législateur, est un signe que le droit d'auteur prend en compte la liberté d'expression.

Il apparaît que les juridictions « seraient plus réceptives à une exception basée sur la liberté d'expression dans le contexte de la parodie que dans d'autres situations »³⁸. Il n'y a là rien d'étonnant puisque de nombreux cas de parodie impliquent le développement d'une expression véritablement créative. La délimitation entre les usages parasites, qui devraient être interdits par le droit d'adaptation, et les usages qui mettent en valeur la parole exige l'application par les juges d'un standard strict (*high scrutiny*) avant de décider de limiter la liberté d'expression. La protection de la liberté d'expression, ainsi qu'on l'a souligné plus haut, s'applique non seulement à « l'information et aux idées » qui sont favorablement reçues ou considérées comme inoffensives, mais aussi à celles qui offensent, choquent ou dérangent l'État ou une partie de la population³⁹. Les parodies sont assurément protégées comme une forme d'expression, spécialement si elles sont critiquées à l'égard des institutions ou personnes en place ou tendent à subvertir les idées communes. Le problème en pratique est que certains intérêts

36. A. STROWEL, « Some Reflections on the Parody Exception », in *Journées d'études de l'ALAI, Les limites du droit d'auteur – ses limites propres et exceptions*, Australian Copyright Council, 1999, p. 125 ; L. GUIBAULT, « Limitations Found Outside Copyright Law », in *Journées d'études de l'ALAI, ibid.*, p. 44.

37. Directive 2001/29/EC du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O.C.E., n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

38. L. GUIBAULT, « Limitations Found Outside Copyright Law », in *Journées d'études de l'ALAI, Les limites du droit d'auteur – ses limites propres et exceptions*, Australian Copyright Council, 1999, p. 44.

39. *Handyside c. Royaume-Uni*, (1976) 1 EHRR 737, 754, para. 48.

commerciaux (particulièrement dans le secteur de la publicité) utilisent l'exception de parodie à d'autres fins ; sous le couvert de l'humour, de la saine critique ou de la moquerie, l'utilisation d'icônes culturelles cache parfois d'énormes intérêts commerciaux.

La tension entre liberté d'expression et droit d'auteur en cas de parodie peut être en principe présentée sous deux angles différents :

« On peut considérer la protection du droit d'auteur et des marques comme le principe de base. [...] Dans cette perspective, la parodie est une exception interne au droit d'auteur ou au droit de marques. [...] Mais on peut prendre la liberté d'expression comme point de départ. [...] Vue sous cet angle, la liberté d'expression est le principe et les restrictions basées sur la protection du droit d'auteur ou des marques doivent être interprétées restrictivement ».⁴⁰

Nous ne pensons toutefois pas que le problème doive être formulé en ces termes. Un aperçu de la jurisprudence tend à montrer que, quand il y a une exception interne pour parodie (dans la loi sur le droit d'auteur), il est plus facile pour la liberté d'expression de prévaloir à travers la mise en œuvre de cette exception légale. Autrement dit, la consécration expresse d'une exception au droit d'auteur ne signifie pas nécessairement que d'avantage de poids sera accordé à la protection d'une expression existante qu'à la liberté d'en créer une nouvelle. Même si une exception légale se doit, en principe, d'être interprétée de manière restrictive, l'effet résultant d'une telle consécration législative semble avoir, en pratique, plus de poids en faveur de la liberté d'expression qu'une disposition tout à fait générale en matière de liberté d'expression.

Il est donc loin d'être acquis que l'invocation des dispositions de nature constitutionnelle en matière de liberté d'expression soit le meilleur moyen de mettre en œuvre les exigences découlant de la liberté d'expression, et ceux qui estiment que le droit d'auteur devrait davantage tenir compte de la liberté d'expression et plaident pour la constitutionnalisation de cette question ne proposent pas nécessairement le bon remède. Il nous semble que la comparaison avec le droit des marques – et la relative difficulté pour les juges à accepter une limitation au droit de marque pour des motifs de parodie – corrobore notre thèse : en l'absence d'une disposition expresse exemptant l'usage parodique du champ de la marque (en droit Benelux ou français), les juges se sont montrés, dans l'ensemble, moins favorables aux intérêts liés à la liberté d'expression qu'en droit d'auteur.

40. D. VOORHOOF, « Freedom of expression, parody, copyright and trade marks », in *Actes du Congrès de l'ALAI*, 13-17 juin 2001, ALAI-USA, 2002, p. 639, ainsi que la contribution de D. VOORHOOF au présent volume. Voy. également J. ENGLEBERT, « La liberté d'expression s'impose au droit des marques », *Journ. jur.*, 2003, n° 22, pp. 1 et 4.

Les illustrations qui suivent montrent que l'équilibre entre liberté d'expression et propriété intellectuelle est largement trouvé à travers l'interprétation des limites internes (parfois d'origine jurisprudentielle) au droit d'auteur, lequel sert donc de cadre de référence pour la pondération, alors qu'en l'absence de limitation intégrant directement les exigences de la liberté d'expression, le droit des marques requiert une pondération qui s'appuie directement sur les dispositions générales en matière de liberté d'expression.

Belgique

Vers l'avenir c. L'avenir vert

Le pamphlet polémique publié par le parti écologiste (Les Verts), sous le titre *L'avenir vert*, faisait clairement allusion au nom d'un journal local, *Vers l'avenir*, tant par le nom que par sa mise en page. Les juges du fond décidèrent que ni le droit d'auteur, ni le droit des marques n'avaient été enfreints et la Cour de cassation confirma la régularité et la correcte motivation de l'arrêt de la Cour d'appel. Appliquant l'ancienne loi sur le droit d'auteur, qui ne contenait pas de disposition expresse pour l'exception de parodie, la Cour reconnut que le droit « ne doit pas interdire la reproduction non autorisée à des fins de parodie, dans la mesure nécessaire pour réaliser l'effet désiré tout en respectant les règles de la parodie comme genre littéraire »⁴¹. Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel a correctement mesuré la proportionnalité de l'emprunt. Les éléments empruntés étaient justes suffisants pour établir qu'un effet ironique ou critique était recherché. L'absence de toute confusion réelle ou potentielle avec l'œuvre initiale était aussi mise en avant par la Cour d'appel pour rejeter la demande émanant de l'éditeur du quotidien. À nouveau, ce raisonnement a été confirmé par la Cour de cassation. Si la Cour d'appel avait eu à interpréter les critères de contrefaçon de marque comme requérant un simple « risque d'association » – comme c'était le cas au Benelux avant la décision *Sabel* de la Cour de Justice des Communautés européennes⁴² –, le dispositif aurait sans doute été différent, la brochure contestée suscitant en effet certaines associations avec le signe protégé du journal. Au cas où une telle interprétation aurait eu à s'appliquer, le besoin de contrebalancer une conception extensive de la contrefaçon de marque aurait peut-être requis que l'on invoque directement la liberté d'expression.

41. Cass., 5 avril 2001, A. & M., 2001, p. 300, note B. MICHAUX.

42. Aff. C-251/95, *Sabel BV c. Puma AG* [1998] ETMR 1.

France

En France, l'équilibre entre la propriété intellectuelle et la liberté d'expression est bien illustrée par trois cas, *Danone*, *Esso* et *Areva*, considérés comme des cas tests pour la cohérence du droit de la propriété intellectuelle⁴³. Le droit d'auteur n'était cependant pas au centre de ces affaires qui impliquaient toutes l'usage de marques plutôt que d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Il est intéressant de noter qu'il n'est pas facile de trouver une décision belge ou française se référant directement à la liberté d'expression quand la parodie d'une œuvre est alléguée. C'est probablement pour la raison mentionnée ci-dessus, à savoir que la parodie est une exception officielle au droit d'auteur dans ces pays. Au contraire, les droits belge et français des marques ne contiennent pas de telle exception. Le test de pondération n'est dès lors pas internalisé⁴⁴.

Danone

En 2001, Danone, le groupe alimentaire, annonça un licenciement massif dans le cadre d'un plan de restructuration. Pour riposter, un groupe d'activistes, le Réseau Voltaire, appela à boycotter les produits Danone et créa un site Web <http://www.jeboycottedanone.com/> qui reproduisait le logo de Danone avec quelques modifications de couleur (notamment, la ligne rouge sinuose sous le nom avait été remplacée par une noire pour symboliser le deuil).

À la requête de Danone, le tribunal ordonna que le groupe d'activistes cesse d'utiliser le logo modifié au motif qu'une telle forme d'expression n'était pas nécessaire pour exprimer les idées du groupe vu la disponibilité d'autres moyens. La Cour d'appel de Paris infirma le verdict en 2003⁴⁵, décidant que la liberté d'expression, qui est un droit constitutionnel, devait prévaloir aussi longtemps que les droits de Danone étaient respectés. Dans cette affaire, la Cour remarqua que les produits Danone n'étaient pas dénigrés, qu'il n'y avait pas de confusion possible dans l'esprit du consommateur et que l'usage des mots « je boycotte » ne pouvait créer de malentendu à propos de la nature du site. La Cour ajouta que le site n'avait pas de finalité commerciale, qu'il était utilisé seulement pour exprimer des idées controversées sans lien avec « l'usage commercial ».

43. C. GEIGER, « Fundamental Rights: A Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law », IIC, 3/2004, vol. 35, p. 268-280.

44. Pour un juriste vivant dans un pays où la parodie n'est pas une exception légale en droit d'auteur, la différence (entre droit des marques et droit d'auteur) n'est sans doute pas ressentie aussi fortement.

45. Paris, 30 avril 2003, *Ubiquité-Rev. dr. techn. inf.*, 2003/17, p. 81, note J. VERBEEK et A. WYBO.

Comme on l'a fait remarquer⁴⁶, l'article 10 de la CEDH est la base légale de la parodie de marque, en l'absence d'une disposition expresse. Les lois sur les marques empêchent l'usage par autrui d'une marque dans la vie des affaires, mais pas les autres usages, à moins qu'un dommage au titulaire de la marque ne soit prouvé.

Dans ce cas d'espèce, le conflit avec la liberté d'expression était frontal car Danone postulait une cessation. Dans d'autres cas (voy. les illustrations passées en revue ci-dessus), le demandeur s'efforce d'obtenir une compensation pour l'usage, même si c'est par l'entremise d'une requête en cessation. La cessation apparaît en ce cas comme une condition pour pouvoir négocier une rémunération contestée; c'est davantage un moyen de pression dans la négociation qu'un objectif en soi.

Esso c. Greenpeace

Esso, la compagnie pétrolière bien connue, se plaignait que le site Web de Greenpeace minait sa politique environnementale en dépeignant son logo comme « E\$\$O » et en utilisant le slogan « STOP E\$\$O ». En première instance de l'action en référé⁴⁷, le tribunal donna gain de cause à Esso. La Cour d'appel de Paris⁴⁸ renversa cette décision, estimant que les droits d'Esso n'étaient pas suffisamment apparents *prima facie* et que la décision risquait de porter atteinte à la liberté d'expression.

Jugeant le fond de l'affaire, le tribunal de première instance de Paris⁴⁹ rejeta la demande d'Esso sur pied des exigences résultant de la liberté d'expression. Se référant à la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Danone*, le tribunal décida que, même si la parodie n'est pas admise en droit des marques, le droit fondamental à la liberté d'expression requiert que Greenpeace puisse dénoncer sous toute forme (par écrit ou sur son site Web) le dommage environnemental et le risque à la santé humaine causé par une activité industrielle. Une telle liberté n'est pas absolue et est sujette à des restrictions nécessaires pour protéger les droits d'autrui. Dans ce cas, il n'y avait pas de confusion possible entre les activités d'Esso puisque le logo « E\$\$O » et le slogan « STOP E\$\$O » n'étaient pas utilisés pour commercialiser des produits similaires, mais pour participer à une controverse se situant en dehors d'« activités commerciales ». Les activités de Greenpeace restaient dans les limites de la liberté d'expression sans violer les droits de marque d'Esso et sans créer de confusion dans l'esprit du public. Le tribunal ajouta qu'il n'y avait pas eu de dénigrement des produits

46. *Ibid.*

47. T.G.I. Paris, 8 juillet 2002, n° Jurisdata: 2002-192790.

48. Paris, 26 février 2003, n° Jurisdata: 2003-202549.

49. T.G.I. Paris, 30 janvier 2004, n° Jurisdata: 2004-234796.

ou services d'Esso, comme la compagnie pétrolière le reconnaissait elle-même.

Dans un arrêt du 16 novembre 2005⁵⁰, la Cour d'appel de Paris va confirmer la décision du tribunal en considérant que l'action de Greenpeace s'inscrit dans les limites du principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression lequel permet de dénoncer, sous la forme que Greenpeace estime appropriée au but poursuivi, les atteintes à l'environnement et les risques causés à la santé humaine par certaines activités industrielles.

Il n'est donc pas complètement exact de considérer ce cas comme une victoire de la liberté d'expression sur la propriété intellectuelle, puisque le tribunal et, dans une moindre mesure la Cour, firent simplement (et correctement) remarquer qu'il n'y avait pas de contrefaçon de marque. Cette affaire montre que le droit des marques internalise partiellement les questions de liberté d'expression.

Areva c. Greenpeace

Les faits spécifiques à un cas d'espèce sont, on l'a noté, décisifs quand il s'agit de pondérer des intérêts. Ceci est confirmé par l'affaire *Areva c. Greenpeace*. Areva est une société qui se spécialise dans le traitement des déchets nucléaires. Pour protester contre les activités d'Areva, Greenpeace avait placé sur son site Web des commentaires critiques d'Areva et une parodie de son logo. Areva se plaignit de la transformation de son logo par Greenpeace: le « A » de Areva était représenté avec une ombre reproduisant une tête de mort et du sang coulait d'un poisson mort qui épelait la marque d'Areva en lettres rouges.

Comme dans *Esso c. Greenpeace*, la Cour d'appel de Paris⁵¹, saisie en référé, refusa d'accorder une injonction temporaire imposant une modification du site. Mais, jugeant du fond de l'affaire, le tribunal de première instance de Paris⁵² interdit l'usage du logo d'Areva, ce qui apparaît contraire à la décision Esso. Le tribunal rejeta l'action pour contrefaçon de marque, parce qu'il ne pouvait pas avoir de confusion dans l'esprit du public. Néanmoins, le tribunal considéra qu'un tel usage dénigrerait les produits et activités d'Areva. Pour le tribunal, les limites de la liberté d'expression avaient été dépassées. Les symboles utilisés par Greenpeace suggéraient qu'Areva semait la mort. Greenpeace aurait pu utiliser d'autres moyens

50. Paris, 16 novembre 2005, n° Jurisdata : 2005-288792.

51. Paris, 26 février 2003, n° Jurisdata : 2003-202549. Pour un commentaire, voy. M. MOULIA, « La marque et la liberté d'expression : un rite amer ? », *www.avocats-publishing.com*, 26 août 2003.

52. T.G.I. Paris, 9 juillet 2004, n° Jurisdata : 2004-247212. Appel a été interjeté mais il n'a pas encore été jugé au jour de la rédaction de la présente contribution.

pour illustrer son point de vue et informer le public des dangers liés aux déchets nucléaires. Le lien fait par Greenpeace (Areva = mort) ne contrainait pas au débat public (on ne discutait pas de la possibilité pour Areva de contrôler l'énergie nucléaire). La question était finalement de mesurer l'intensité du préjudice causé au demandeur et la possibilité de faire passer le même message en utilisant d'autres formes d'expression. Une pondération complète et correcte eut également exigé de tenir compte de la protection des expressions qui « offensent ou choquent ».

Cette brève revue de la jurisprudence suggère que, souvent, il n'est pas nécessaire de se référer à l'article 10 de la CEDH dans les cas impliquant des marques si les tribunaux appréhendent mieux l'étendue limitée de la protection des marques et la condition d'avoir un usage dans la vie des affaires et un risque de confusion.

2. La liberté d'utilisateur et le droit d'auteur : contrôle de l'accès aux œuvres

Selon Jane Ginsburg, « dans l'environnement numérique, le « droit exclusif » que la Constitution permet au Congrès d'assurer aux auteurs n'est pas seulement un droit de « copier » (« copy-right ») mais un droit d'accès. »⁵³. Autrement dit, le droit exclusif qu'est le droit d'auteur serait devenu *aujourd'hui* (à l'ère numérique) un droit de contrôler l'accès. Nous pensons que l'accès a *toujours* été une question de droit d'auteur, et ce depuis la fin du 18^e siècle. En ce sens, le droit d'accès que l'on a l'habitude d'évoquer lorsque l'on considère la protection des mesures technologiques n'est pas vraiment neuf : il se pourrait, c'est notre thèse, que le contrôle d'accès fasse partie du droit d'auteur depuis ses origines. La protection de l'accès indirectement conférée par des mesures techniques de protection révèle plutôt la nature changeante du droit d'auteur en tant que forme de contrôle d'accès. Une autre contribution pourrait montrer en quoi un contrôle d'accès a été consacré depuis longtemps à travers le droit de distribution et à travers d'autres prérogatives relevant du droit d'auteur, tel que le droit de reproduire les œuvres protégées par le droit d'auteur. L'existence d'un tel contrôle sur l'accès a incité les législateurs à insérer des exceptions bien nécessaires pour équilibrer les intérêts des titulaires de droits avec ceux du public. Par exemple, la règle de l'épuisement limite le contrôle de l'accès conféré par le droit de distribution et les exceptions de copie privée et d'enregistrement

53. J. GINSBURG, « From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in US Copyright Law », Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper no 8, *J. of the Copyright Society of the USA*, 2003/50, p. 113 (aussi disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222493).

pour visionner de manière différée des œuvres (*time-shifting*), ainsi que certaines exceptions en faveur d'institutions éducatives et de bibliothèques limitent le champ du contrôle de l'accès associé aux droits de reproduction, de communication au public et de radiodiffusion. Le « droit d'accès » n'est donc pas nouveau.

Il est cependant indéniable que c'est avec l'ère numérique que la question de l'accès a été mise en évidence. Par exemple, le Traité de l'OMPI de 1996 sur le droit d'auteur et la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information prévoient un droit de communication qui inclut de manière significative le « droit de rendre disponible au public [...] des œuvres, de telle manière que les membres du public puissent y avoir accès à un endroit et un moment choisis individuellement par eux »⁵⁴. Une manière de contrôler l'accès sur demande est donc octroyée à travers le droit de mise à la disposition. Le préambule au Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur définit bien les exigences contradictoires en jeu :

« [L]es Parties Contractantes [...]

Reconnaissant que l'évolution et la convergence des techniques de l'information et de la communication ont une incidence considérable sur la création et l'utilisation des œuvres littéraires et artistiques,

Soulignant l'importance exceptionnelle que revêt la protection au titre du droit d'auteur pour l'encouragement de la création littéraire et artistique,

Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne,

Sont convenues de ce qui suit [...]. »

Voilà un bon résumé de la pièce qui se joue à l'ère numérique et à laquelle nous sommes désormais habitués : le droit d'auteur est un incitant nécessaire pour encourager la création ; les nouvelles technologies numériques affectent la manière dont les œuvres sont créées et communiquées ; le droit d'auteur peut entrer en conflit avec l'intérêt public, qui inclut l'intérêt d'accéder à l'information, lequel est clairement reconnu dans un Traité sur le droit d'auteur⁵⁵.

La question de l'accès a donc toujours été une question de droit d'auteur, même si elle est maintenant plus importante et visible que jamais.

54. Nous soulignons. Voy. article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et article 3 de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information.

55. À ce sujet, voy. A. STOWELL, « Droit d'auteur et accès à l'information », in *Copyright: A Right to Control Access to Works?*, Bruylant, 2000, pp. 5-24. Voy. aussi les contributions de S. DUSOLIER, J. GINSBURG et P. B. HUGENHOLTZ incluses dans le même ouvrage.

L'accès est également de la plus grande importance pour au moins un aspect de la liberté d'expression, à savoir le droit de communiquer des idées et de l'information. Toutefois, même si nous ne pensons pas qu'un droit à l'accès existe en tant que tel⁵⁶, il est clair que la liberté d'expression œuvre afin de maximiser l'accès⁵⁷ (à tout le moins) aux « idées et à l'information » inextricablement liées à leur expression protégeable par le droit d'auteur. On ne sera dès lors pas étonné de constater que plusieurs décisions sur la question de l'accès mettent également en scène la liberté d'expression. Quelques affaires récentes et significatives, ayant débouché sur des décisions émanant de juridictions supérieures et provenant de divers pays de droit civil (France, Allemagne, Pays-Bas, Belgique) seront brièvement passées en revue.

Belgique

Index c. Biblio

Dans cette affaire, la Cour de cassation a été, pour la première fois, amenée à se prononcer sur les rapports entre la loi belge sur le droit d'auteur de 1994 et l'article 10 de la CEDH⁵⁸. Le litige concernait Index, une base de données en droit fiscal, contenant notamment de la doctrine et de la jurisprudence. Index contenait des matériaux (tels que, par exemple, des résumés de décisions) provenant d'autres sources, en particulier deux revues de droit fiscal publiées par Biblio. En première instance et en appel, Biblio obtint un ordre de cessation interdisant à Index d'utiliser l'information contenue dans ses revues. La Cour de cassation confirma l'injonction, soulignant au passage que l'article 10 de la CEDH ne s'opposait pas à la protec-

56. Pour une brève discussion de cette question dans un contexte de droit civil, F. JONGEN, « Y a-t-il un droit de savoir ? », *Juger*, 1995, n° 8/9/10, pp. 17-22 ; M. HANOTIAU, « Le droit à l'information », *Rev. trim. D.H.*, 2003, pp. 23-36, qui distingue entre le « droit à l'information » comme un « alibi » et comme un « droit fondamental sauvegardant le pluralisme de la presse ». Le droit à l'information devient un alibi quand il est utilisé comme synonyme d'accès à l'information par des journalistes sans scrupules et des magnats de la presse dans leurs tentatives de justifier différentes violations des droits d'autrui.

57. Le droit de la concurrence est un autre domaine du droit qui tend à garantir une forme d'accès (par exemple à des installations essentielles). Sur la question de l'accès, la tension entre le droit d'auteur et la liberté d'expression est donc dupliquée par la relation tendue entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence – un sujet intéressant, mais en dehors du champ de cet article : pour un exemple d'article où la tension entre accès et droit d'auteur est formulée en termes de concurrence, U. BATH, « Access to Information v. Intellectual Property Rights », *E.I.P.R.*, 2002, p. 138.

58. Cass., 25 septembre 2003, R. W., 2003-2004, p. 1179 ; voy. l'opinion de l'Avocat général BRESSELEERS ; *RABG*, 2004/4, p. 205, note F. BRISON « Enkele basisbegrippen en dito principes uit het auteursrecht even op en rijtje gezet ».

tion de l'œuvre originale d'un auteur. À suivre la Cour, la loi sur le droit d'auteur n'est « pas une restriction à la liberté d'expression ».

Cette décision, brièvement et insuffisamment motivée⁵⁹, peut être approuvée quant au résultat, mais mériterait une autre motivation. À certains égards, la loi sur le droit d'auteur constitue une restriction à l'article 10 de la CEDH puisqu'elle limite le droit de recevoir des informations et des idées. Néanmoins, cette restriction est compatible avec l'article 10(2) de la CEDH vu qu'elle est prévue par la loi afin de protéger les droits d'autrui et qu'elle est proportionnée au but poursuivi. Dans une société démocratique, des restrictions à l'utilisation d'une base de données et l'obligation d'obtenir le consentement du titulaire peuvent être justifiées⁶⁰.

France

Utrillo

À l'inverse du cas *Index c. Biblio* où les trois juridictions amenées à se prononcer ont toutes abondé dans le même sens, l'affaire Utrillo montre comment des faits relativement simples peuvent conduire à des décisions complètement différentes. Le tribunal de première instance de Paris⁶¹ rejeta initialement la demande en dédommagement des héritiers d'Utrillo à l'encontre de la chaîne de télévision France 2 pour avoir montré douze peintures protégées par le droit d'auteur dans une émission d'actualité de deux minutes à propos d'une exposition Utrillo. Le raisonnement du tribunal était basé sur l'article 10 de la CEDH. Dans une telle hypothèse, le droit du public à être informé sur les événements culturels l'emporte sur les intérêts du titulaire du droit d'auteur. Cette application directe de l'article 10 de la CEDH n'a pas survécu à l'examen de la Cour d'appel⁶². Selon celle-ci, les règles internes au droit d'auteur offrent un bon équilibre entre la liberté d'expression et le droit d'auteur puisque la loi reconnaît une exception pour l'usage accessoire des œuvres et prévoit des sanctions contre les abus. Dans ce cas, la chaîne télé ne pouvait bénéficier de l'exception puisqu'elle n'avait pas fait un usage accessoire des peintures mais les avait filmées délibérément. La Cour souligna que le droit d'auteur est un droit fondamental, ancré dans le droit de propriété et garanti par l'article 1^{er} du Premier

59. F. BRISON, *ibid.*, p. 218.

60. Voy. *Microfor c. Le Monde*, Cass. fr., 9 novembre 1983 et 30 octobre 1987, commentée par A. SROWEL et J.P. TRAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, 1997, Bruxelles, Bruylant, pp. 236-239 (même si ces décisions ne prenaient pas toutes en considération l'article 10 de la CEDH).

61. T.G.I. Paris, 23 février 1999, *R.I.D.A.*, mois ? 2000, p. 374, note A. KEREVER.

62. Paris, 30 mai 2001, *D.*, 2001, p. 2504, note C. CARON, « Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur ».

Protocole additionnel à la CEDH. Dans une décision du 13 novembre 2003, la Cour de cassation française confirma la décision de la Cour d'appel et rejeta l'argument selon lequel « le droit du public à l'information et à la culture » justifie d'outrepasser l'autorisation du titulaire du droit d'auteur⁶³. Aucune violation de l'article 10 de la CEDH n'était donc établie.

On peut penser que la véritable question dans cette affaire est de savoir s'il était indispensable pour l'émission en question de montrer les peintures de la manière choisie pour informer le public de l'exposition. Cette question requiert une analyse intensive des faits, et certains éléments essentiels – dont la vision de l'émission en cause – nous manquent. L'opinion de la Cour d'appel et de la Cour de cassation nous apparaît assez restrictive, mais il est aussi clair que le télédiffuseur invoquait le droit du public à l'information pour éviter simplement de rémunérer les titulaires du droit d'auteur. Une question d'ordre financier se cachait en définitive derrière les arguments relatifs à l'accès. Dans un cas similaire impliquant une émission d'actualité diffusée par France 2, qui montrait les fresques d'Edouard Vuillard au théâtre des Champs Élysées, la Commission européenne des droits de l'homme⁶⁴ trouva une proportionnalité suffisante en réduisant la demande de la société de gestion collective agissant pour le compte des héritiers de Vuillard à une demande pour des droits d'auteur non payés⁶⁵. Dans de tels cas, le droit d'auteur n'est pas utilisé pour restreindre l'accès, lequel a déjà été assuré au profit des spectateurs, mais plutôt pour obtenir une compensation *a posteriori* (pour la situation opposée, voy. l'affaire *Church of Scientology* discutée ci-dessous).

Allemagne

CB-Infobank II

L'éditeur de plusieurs journaux bien connus, incluant le *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, introduisit une action contre une banque qui offrait à ses clients un service de documentation leur donnant accès à des copies d'articles de journaux dans leur intégralité (ainsi qu'à des résumés de ceux-ci). Dans sa décision⁶⁶, la Cour suprême fédérale ne discuta pas directe-

63. Cass. fr., 13 novembre 2003, *J.C.P.*, 19 mai 2004, n. 21-22, p. 955, note C. GEIGER, « Exception de citation et droits fondamentaux, une occasion manquée de faire avancer le discours sur les exceptions au droit d'auteur ».

64. Comm. eur. D.H., *France 2 c. France*, 15 janvier 1997, aff. 30262/96, *Informativrecht*, 1999, p. 115.

65. Nous sommes d'accord avec l'analyse de P. B. HUGENHOLTZ sur ce point, P.B. HUGENHOLTZ, « Copyright and freedom of expression in Europe », *op.cit.*, p. 260.

66. Bundesgerichtshof (BGH), 16 janvier 1997, ZR 38/96; GRUR Int., 1997, p. 464, 465 (CB-Infobank II).

ment l'applicabilité de l'article 5 de la Constitution allemande qui protège la liberté d'expression. Elle statua plutôt sur les arguments généraux développés par le défendeur selon lesquels il y a « un intérêt supérieur pour l'information » qui exige une interprétation extensive d'une exception (le dénommé « privilège de copie ») prévue dans la loi allemande sur le droit d'auteur. La Cour suprême fédérale trouva que « dans le cadre du développement de la société de l'information, l'intérêt général à avoir accès [Zugang] aux sources d'information protégées par le droit d'auteur » n'impliquait pas que l'accès ne puisse pas être modalisé et restreint.

Cette affaire montre que la volonté (en l'espèce émise par une banque) d'accéder à l'information protégée n'est pas nécessairement fondée sur un intérêt légitime en faveur de la liberté d'expression⁶⁷ et qu'une demande pour accéder gratuitement au contenu peut être motivée par le souhait d'éviter tout paiement. Dans un tel cas, les juridictions sont moins réticentes à faire pencher la balance en faveur du droit d'auteur.

Germania 3

Le fait que la Cour constitutionnelle décida d'interpréter de manière large une autre exception (l'exception de citation) dans le contexte de la réutilisation de quatre pages des pièces de Berthold Brecht dans une autre œuvre originale littéraire (*Germania 3* d'Heiner Müller)⁶⁸ confirme le point de vue que la liberté d'expression devrait recevoir plus de poids quand il y a un usage « transformatif » de l'œuvre protégée⁶⁹. La Cour constitutionnelle décida à juste titre que la liberté de création artistique ancrée dans l'article 5(3) de la Constitution était en jeu et qu'une interprétation plus large en faveur de l'usage secondaire était dès lors requise (voy. *supra* point II, 1 sur la liberté de création).

Paperboy

Dans une affaire concernant la légalité d'un hyperlien établi vers des articles de journaux, la Cour suprême fédérale allemande⁷⁰ rejeta tous les arguments fondés sur la liberté d'expression, considérant que l'accès ne

67. Ainsi, nous ne pensons pas, contrairement à P. B. HUGENHOLTZ, que la Cour suprême « refusa d'appliquer l'article 5 de la Constitution » (P. B. HUGENHOLTZ, « Copyright and freedom of expression in Europe », *op.cit.*). Au contraire, il semble qu'aucun lien n'était fait entre la requête pour accès et la protection de la liberté d'expression. L'autre affaire décidée à la même date (BGH, 16 janvier 1997 – I ZR 9/95; GRUR Int., 1997, 459 (CB-Infobank I)) ne discutait pas l'équilibre entre l'accès et le contrôle par le droit d'auteur.

68. Bundesverfassungsgericht (BverfG), 29 juin 2000, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2000, p. 867.

69. Voy. aussi les cas de parodie discutés ci-dessus.

70. BGH, 17 juillet 2003 – I ZR 259/00; NJW 2003, 3406 (*Paperboy*).

tomait pas automatiquement dans le champ de la liberté d'expression⁷¹. Cependant, l'argument selon lequel l'interdiction d'établir certaines formes d'hyperliens vers du contenu illicite constituerait une restriction illégale à cette liberté a été soulevé devant d'autres juridictions. Rappelons la décision bien motivée de la Cour de district de New York dans *Universal City Studios v. Reimerdes*⁷², qui impliquait la mise en ligne du programme d'ordinateur (DeCSS) permettant aux utilisateurs de contourner les contrôles d'accès aux films protégés. La Cour jugea tout d'abord qu'interdire l'établissement d'un hyperlien vers un site qui contient du matériel illégal (le DeCSS) « parmi d'autres contenus » (par exemple, si le code illicite est rendu accessible sur le site d'un quotidien en ligne) menaçait de « restreindre de manière excessive la diffusion de cette information ». Reconnaisant un possible *chilling effect*, la Cour a cependant décidé que les interdictions de créer ces hyperliens sont compatibles avec le Premier Amendement sur le *free speech* à partir du moment où un standard strict est appliqué: l'établissement de tels liens est seulement illicite quand ceux qui sont responsables du lien hypertexte savent que le contenu illicite se trouve sur le site cible, qu'il est illégal d'offrir un tel contenu et qu'ils créent ou maintiennent le lien dans le but de disséminer le contenu illicite. Si les juridictions américaines ont dû se pencher sur la balance avec la liberté d'expression, contrairement aux juridictions allemandes dans l'affaire *Paperboy*, c'est sans doute lié à une conception plus extensive du *free speech* américain, qui supporte des revendications plus fortes en matière d'accès. Mais la liberté d'expression telle qu'elle est connue sur le continent européen peut et doit aussi être utilisée, dans certains cas, afin d'augmenter l'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur, ainsi que le démontre l'affaire suivante.

Pays-Bas

*Church of Scientology c. Dataweb*⁷³

Dans cette affaire, une internaute, Mme Spink, ancien membre de l'Église de Scientologie, avait placé sur plusieurs pages web de longs extraits

71. Dans cette affaire, il n'était pas nécessaire de mettre en balance le droit d'auteur avec les exigences tirées de la liberté d'expression vu que le droit d'auteur ne permettait pas de s'opposer à l'établissement d'hyperliens vers des œuvres licites.

72. 2000 WL 1160678 (SDNY) (décision du 17 août 2000) confirmée par la Cour d'appel du deuxième circuit (273 F.3d 429; 2001 U.S. App. LEXIS 25330) (décision du 30 mai 2001).

73. Cour d'appel de La Haye (Gerechtshof 's-Gravenhage), 4 septembre 2003, *Computer*, 2003/6, p. 357; A. & M., 2004/1, p. 44, note A. STROWEL et G. GATHEM. Pour la décision de première instance, Arrondissementsrechtbank 's Gravenhage, 9 juin 1999, *Computer*, 1999/4, p. 200, note P. B. HUGENHOLTZ; *Mediaforum*, 1999, p. 205, note D. VISSER; A.M.I., 1999, p. 110, note K. KOELMAN; B.I.E., 1999, p. 458, note A. QUAEDEVLIET.

des œuvres de Ron Hubbard, le fondateur de l'Église de Scientologie. Ces passages avaient été rendus accessibles dans le cadre d'une procédure judiciaire menée aux États-Unis (en tant qu'annexes d'un affidavit rédigé par un ancien comptable de l'Église, lui-même disponible à la bibliothèque d'une juridiction de Californie). Initialement accessibles dans leur intégralité, ces textes furent plus tard remplacés par des commentaires de M^{me} Spink qui contenaient de courts extraits des livres de l'Église de Scientologie, lesquels pouvaient, le cas échéant, tomber dans le champ de l'exception de citation. Au motif que la mise en ligne de ces textes violait le droit d'auteur de l'Église, en particulier le droit de publication (*openbaarmaking recht*) connu en droit néerlandais, l'Église assigna M^{me} Spink et les fournisseurs de service Internet tels que XC4All et Dataweb. Dans l'arrêt de septembre 2003 rendu au fond, la Cour d'appel de La Haye confirma l'existence d'une contrefaçon⁷⁴, mais souligna aussi que la mise en œuvre du droit d'auteur « doit dans certain cas exceptionnels céder face à la liberté d'information ». La Cour se pencha sur la question de savoir si une telle limitation à la liberté d'expression correspondait à un besoin social pressant dans une société démocratique et était proportionnée au but légitime poursuivi, prenant en compte le fait que la juridiction nationale avait une marge d'appréciation à cet égard en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Après avoir mené une analyse approfondie des documents disponibles décrivant en détail comment l'Église exerce des pressions sur ses membres, la Cour décida que les emprunts des livres de Scientologie étaient utilisés pour soutenir la vision critique de M^{me} Spink sur le fonctionnement de l'Église de Scientologie. Elle souligna encore que l'utilisation de ces extraits protégés apparaissait dénuée de but commercial. Ce faisant, la Cour a tenu compte d'un critère qui se retrouve dans le test du *fair use* américain⁷⁵. Considérant notamment que (i) la doctrine et l'organisation de l'Église de Scientologie étaient contraires aux valeurs démocratiques, (ii) les secrets contenus dans ses livres aidaient l'Église à exercer un contrôle sur ses membres et à empêcher une discussion de ses pratiques, (iii) ces livres avaient déjà été mis temporairement à la disposition du public dans le cadre d'une procédure en justice menée aux États-Unis, et (iv) l'obligation des fournisseurs d'accès à Internet d'enlever et rendre indisponible ce contenu était disproportionnée, la Cour fit primer la liberté d'expression sur les revendications tirées du droit d'auteur.

74. Le droit de publication hollandais (*openbaarmaking recht*) était enfreint même si les textes avaient déjà été mis à la disposition d'un public limité, y compris à la suite d'un ordre de publication partielle par une Cour de district américaine.

75. Le critère de la nature commerciale de l'utilisation (art. 107 de la loi américaine sur le droit d'auteur).

L'Église introduisit un pourvoi devant la Cour suprême (Hoge Raad). Après que l'avocat général ait rendu ses conclusions le 18 mars 2005, le Hoge Raad, dans une décision du 15 décembre 2005, acta la décision de l'Église de retirer son pourvoi et le rejeta en conséquence, ce qui nous prive d'un arrêt qui aurait pu être éclairant sur les rapports entre droit d'auteur et liberté d'expression. On notera au passage que les conclusions de l'Avocat général D. Verkade traitaient avant tout de l'applicabilité du « droit de publication »⁷⁶, mais ce dernier était toutefois d'avis qu'une interdiction de mettre en ligne les extraits ne respecterait pas le test de nécessité de l'article 10(2) de la CEDH.

L'arrêt bien argumenté de la Cour d'appel reste donc valide. Il peut être interprété comme une application de la position adoptée par la Cour suprême hollandaise dans l'affaire *Dior c. Evora*.⁷⁷ Selon la Cour, les juges peuvent limiter le droit d'auteur à la lumière d'intérêts similaires à ceux qui sont sous-jacents aux exceptions contenues dans la loi sur le droit d'auteur, lorsque de telles exceptions sont inapplicables. La décision de l'Église de Scientologie est apparemment la première illustration par une cour d'appel de l'existence d'un test de *fair use* qui, selon certains commentateurs, existerait de manière implicite en droit d'auteur hollandais⁷⁸. Là où le droit d'auteur n'est pas utilisé pour obtenir une compensation, mais plutôt pour interdire l'accès à une œuvre protégée, la liberté d'expression doit clairement prévaloir.

76. Selon l'Avocat général, l'article 15a de la loi néerlandaise – qui reconnaît ce droit de publication et exige que l'œuvre soit « licitement rendue accessible au public » – n'impose pas nécessairement que la mise à la disposition soit faite avec l'accord de l'ayant droit, puisqu'il existe des exemples de publications licites en dépit de l'absence de consentement, comme en matière de licence non volontaire. Selon lui, l'arrêt de la Cour d'appel devait donc être cassé sur ce point.

77. Hoge Raad, 20 octobre 1995, *N.J.*, 1996, p. 682.

78. Selon des commentateurs hollandais (voy. la note de K. KOELMAN, *Computert*, 2003/6, p. 357), la possibilité pour les juridictions de créer des exceptions *ad hoc* basées sur la balance d'intérêts était illustrée dans une décision de premier degré (*Fonds Anne Frank*) mais la décision favorisant la liberté d'expression sur le droit d'auteur fut renversée en appel (Pres. Rb Amsterdam, 12 novembre 1998, *Mediaforum*, 1999, p. 39, note P. B. HUGENHOLTZ; Cour d'appel Amsterdam, 8 juillet 1999, *Informatierecht/A.M.I.*, 1999, p. 116, note P. B. HUGENHOLTZ).

III. CONCLUSIONS

Sur l'équilibre à établir entre liberté d'expression et droit d'auteur, nous exposons le point de vue adopté par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Eldred v. Ashcroft* : « les sauvegardes de la liberté de parole incluses dans le droit d'auteur sont généralement adéquates pour répondre » aux exigences du Premier Amendement – ou de la liberté d'expression en Europe –, mais les juridictions et les commentateurs se trompent en déclarant que le droit d'auteur est « catégoriquement immunisé à l'encontre des revendications fondées sur le Premier Amendement [ou sur l'article 10 de la CEDH] »⁷⁹. Voilà résumé, en quelques mots, notre point de vue : outre l'équilibrage interne au droit d'auteur garanti par divers principes et exceptions (voy. *supra* I, 2), des pondérations qui font primer la liberté d'expression s'imposent dans certains cas exceptionnels – le droit d'auteur n'est pas immunisé à l'encontre des demandes légitimes fondées sur la liberté d'expression. Mais il n'y a pas lieu de voir dans la liberté d'expression une « bouée de sauvetage » selon l'expression de Bernt Hugenholtz⁸⁰ face à la dérive du droit d'auteur, car ce dernier maintient en principe, à travers ses « *checks and balances* », un cap vers l'équilibre⁸¹.

On ajoutera quelques réflexions finales sur les diverses pondérations à mettre en œuvre et sur la question connexe de savoir si la culture doit être « libérée » du droit d'auteur.

a. Les deux catégories de balances : « balance pour la création » et « balance pour l'accès »

Lorsque l'exercice du droit d'auteur a un impact sur l'accès aux œuvres (voy. *supra* II, 2), plutôt que sur le contenu, la « balance pour l'accès » (voy. introduction) doit être utilisée. Une pondération qui est moins favorable à la liberté d'expression que celle à mettre en œuvre lorsque la diffusion d'une expression dérivée, donc d'un autre contenu, est en jeu. La seconde facette de la liberté d'expression, le « droit de recevoir [...] des informations ou des

idées » selon les termes de l'article 10 de la CEDH (voy. *supra* I, 1), ne s'applique pas avec la même force que la liberté d'avoir et de communiquer des informations et idées. En outre, lorsque la « balance pour l'accès » s'applique, le droit de recevoir des informations ou des idées incorporées dans des œuvres pèse moins lourd si la demande d'accès vise en fait à obtenir la gratuité de l'accès et si d'autres sources ou moyens sont disponibles pour satisfaire l'exigence d'accès. Cette pondération doit être modifiée en faveur de la liberté d'expression s'il apparaît qu'il n'y a pas d'alternatives à l'accès revendiqué ou que la compensation recherchée par le titulaire du droit d'auteur est manifestement disproportionnée⁸².

Les affaires de parodie portent sur le contenu des expressions dérivées et mettent en cause la liberté d'expression sous son premier volet, lequel s'impose avec davantage de force et exige donc que les restrictions fassent l'objet d'un examen plus strict. Il en découle que les juridictions seront amenées à justifier, sur le fondement de la liberté d'avoir et de communiquer des opinions, par exemple, l'exagération ou l'utilisation d'expressions provocatrices par des groupes d'activistes, même si ces usages apparaissent en conflit avec d'autres droits, tels que le droit d'auteur ou de marques. Cependant, l'usage de la même œuvre ou du même signe protégé ne sera pas permis s'il est fait par un concurrent ou s'opère dans le cadre commercial⁸³.

b. Libre expression et libre culture

Dans son livre *Free Culture (How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity)*⁸⁴, Lawrence Lessig argue que souvent le droit d'auteur « n'est pas un moteur de libre expression ». Le droit d'auteur favorise seulement le développement d'œuvres qui ont « une valeur commerciale continue », mais ces œuvres constituent seulement « une minuscule fraction » de « toutes les œuvres créatives jamais produites par les hommes ». À suivre Lessig, « pour cette minuscule fraction, le droit d'auteur crée des incitants à produire et distribuer l'œuvre créative [et pour] cette minuscule fraction, il agit comme un « moteur de libre expres-

82. Ces questions peuvent aussi être examinées à la lumière du droit de la concurrence, qui offre dans ces cas d'autres formules pour réconcilier protection et accès (voy. la jurisprudence sur les « facilités essentielles » ou le refus d'accorder une licence).

83. Cela explique pourquoi la même expression reprenant des œuvres/signes protégés et critiquant une compagnie impliquée dans l'énergie nucléaire sera, ou du moins devrait être, tolérée si elle provient de Greenpeace et interdite si elle provient d'un producteur d'énergie éolienne.

84. The Penguin Press, 2004. Ce livre est disponible sous une licence en ligne des Creative Commons à <http://free-culture.org/get-it>.

sion". »⁸⁵ Toutefois, beaucoup d'œuvres n'ont pas de vie commerciale, ou sur une durée très limitée. « Dans ce contexte, le droit d'auteur n'est pas un moteur de libre expression. Le droit d'auteur est un frein. »⁸⁶

On partage assurément le cœur des arguments de Lessig, selon lesquels les œuvres (peut-être les plus créatives?), comme les myriades de dessins faits par nos enfants, les essais et poèmes que tant d'entre nous écrivent avec l'intention de les publier, la musique improvisée par tous ces d'orchestres dans des garages ou à des fêtes scolaires ou les photos prises par des amateurs, etc. ne dépendent pas du droit d'auteur. Du moins, on l'espère. Lessig a raison lorsqu'il affirme, de manière très générale, que le droit d'auteur joue un rôle relativement modeste en tant qu'incitant à la création. Il ne serait pas souhaitable que nos activités créatrices soient gouvernées et animées par l'objectif de bénéficier de la protection et des rémunérations garanties par le droit d'auteur. Toutefois, il reste une « minuscule fraction » d'œuvres pour lesquelles le droit d'auteur agit comme incitant à la diffusion et même à la création. Cette fraction, quand bien même serait-elle très modeste, ne justifie-t-elle pas l'existence du droit d'auteur ?

Une « libre culture » – pour reprendre le titre de l'ouvrage de Lessig – peut donc coexister avec un droit d'auteur (robuste) ne s'appliquant qu'à cette « minuscule fraction » d'œuvres. Pour cette catégorie d'œuvres ayant une vie commerciale, le droit d'auteur ne heurte (en général) pas la liberté d'expression, mais y contribue par l'émergence de nouveaux contenus.

On voit qu'aujourd'hui, de nouvelles requêtes basées sur le droit à la culture⁸⁷ font irruption et entrent en conflit avec les droits d'auteur. Il conviendrait de les prendre en compte et d'établir des pondérations raisonnables, au risque, sinon, de voir la crédibilité du droit d'auteur à nouveau et plus sérieusement remise en cause⁸⁸. Le droit d'auteur ne doit pas seulement se mesurer aux exigences dérivant de la liberté d'expression, mais il doit aussi se réconcilier avec le droit à la culture – un vaste sujet qui se profile au-delà de la présente contribution.

85. L. LESSIG, *Free Culture*, *ibid.*, 225.

86. L. LESSIG, *Free Culture*, *ibid.*, 227.

87. Depuis 1994, la Constitution belge (article 23, al. 3, 5°) octroie un droit à l'épanouissement culturel.

88. Nous rejoignons ainsi le point de vue de L. R. HELFER (« Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Co-existence? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2004, vol. 22/2, pp. 167-179) lequel conclut que l'injection d'une perspective ordonnée sur les droits de l'homme dans le traitement des questions de propriété intellectuelle « renforcera la légitimité des organisations [en charge de la propriété intellectuelle comme l'OMC et l'OMPI] » et permettra la définition de « normes légales équilibrées qui promeuvent à la fois les droits individuels et le bien-être économique général ».

François Dubuisson
Christophe Geiger
Ysolde Gendreau
André Lucas
Alain Strowel
François Tulkens
Dirk Voorhoof

Droit d'auteur et liberté d'expression

Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs

sous la direction de

Alain Strowel et François Tulkens

Préface de

Alain Strowel et François Tulkens

de Boeck & Larcier, 2006

