« Rien ne change, tout se transforme » : réflexions sur le premier principe de la science juridique

De « l'abus de droit » au contrôle de « proportionnalité » : l'habit nouveau d'un principe immuable – Illustration par le droit d'auteur

Alain STROWEL

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et à l'Université de Liège
Avocat au barreau de Bruxelles

Le genre des *Mélanges* se prête à des digressions personnelles. *A fortiori* lorsque des contributions aux essences variées sont réunies en l'honneur d'une personnalité unique et chatoyante : François DESSEMONTET.

Notre hommage au professeur DESSEMONTET emprunte la forme de réflexions personnelles sur la science juridique et les principes généraux du droit. Ces réflexions s'appuient sur des intuitions plutôt que sur une démonstration rigoureuse. Elles sont illustrées par quelques cas de jurisprudence tirés d'un « petit pré » du droit, le droit d'auteur, sans reposer sur un long parcours à travers les grands champs du droit.

Quel est l'objet de ces réflexions ? En un mot : démontrer que, sous le couvert d'habillages doctrinaux qui évoluent, les mêmes principes demeurent à l'œuvre en droit. « Rien ne change, tout se transforme » résume donc le propos, sous une forme grandiloquente. Pour le reste, la science juridique n'obéit bien entendu pas à des grands principes comme la thermodynamique.

De manière plus précise, notre thèse est que le principe de « proportionnalité » qui siège maintenant au sommet des principes généraux du droit constitue une nouvelle formulation du principe de « l'abus de droit », dégagé il y a bien longtemps par la jurisprudence et la doctrine civilistes. Le changement de nom qui va de pair avec un nouveau style – on y reviendra – permet de nouvelles avancées dans le contrôle de l'exercice de divers droits subjectifs.

Le choix du droit subjectif qu'est le droit d'auteur pour illustrer notre propos n'est pas innocent : ce droit, on le rappellera, a pendant longtemps été considéré, en tout cas dans sa composante « morale », comme arbitraire, c'est-à-dire échappant au contrôle des juges. L'idéalisation du droit d'auteur explique sans doute cela. Le droit d'auteur comme terrain d'expérimentation s'imposait encore pour une autre raison. Si, pour certains, François DESSEMONTET est bien connu comme spécialiste du droit privé et des obligations, pour d'autres – et j'en suis –, il est avant tout le spécialiste en Suisse francophone de la propriété intellectuelle.

L'hommage empruntera donc les chemins que notre collègue et ami François a suivis au long de sa longue et riche carrière académique. Une carrière qui se poursuit sous le souffle des nouveaux vents (tropicaux) qui orientent la barque de François : bon vent à toi !

* * *

Notre propos s'articule en deux temps : dans une première partie, on reviendra sur le changement qui voit le principe de « proportionnalité » se substituer à la théorie de « l'abus de droit ». On prolongera ces réflexions de théorie du droit par une seconde partie consacrée à l'application de la doctrine de « l'abus de droit » au droit d'auteur, ainsi qu'à la mise en œuvre du principe de proportionnalité dans la jurisprudence en droit d'auteur. Cette partie vise aussi à montrer que, suite à la montée en puissance des droits fondamentaux, le contrôle de l'exercice du droit d'auteur se fait désormais plus souvent à travers la mise en balance du droit d'auteur et de ces autres droits. On verra toutefois que cette nouvelle approche ne permet pas nécessairement de mieux contrôler l'exercice du droit d'auteur, l'invocation d'autres droits (comme « le droit du public à l'information ») et la balance au niveau des droits fondamentaux ayant parfois l'effet paradoxal de renforcer le droit d'auteur.

I. De « l'abus de droit » au contrôle de « proportionnalité » : un simple changement de style ou le signe d'un nouveau raisonnement juridique ?

Le travail du juriste est, on le sait, un exercice sur la langue. Habituellement, le juriste use de la langue comme d'un instrument pour produire des arguments et défendre des causes. Il privilégie les contenus portés par le labeur sur les mots et est, au sens de Roland BARTHES, un écrivain¹. Mais, comme le soulignait Paul MARTENS dans un article consacré à l'écriture juridique, « parce qu'il est aussi de la littérature, le droit relève du poétique, son message est parfois délivré par des "écrivains" »² : dans ces cas, le travail du juriste porte sur le style, plus que sur les contenus.

Le travail le plus créatif sur le matériau linguistique est aussi celui qui fait avancer le droit. « Pour qu'une notion nouvelle s'impose, il faut qu'elle ait du style. »³ Et Paul MARTENS de prendre l'exemple de la théorie de « l'abus de droit » dans le domaine contractuel, qui, pour être reconnue, avait dû vaincre les formu-

¹ La distinction entre écrivains et écrivants a été conceptualisée par Roland BARTHES (*Ecrivains et écrivants*, in *Essais critiques*, Paris 1964, p. 152).

² Paul MARTENS, *Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique*, in Paul MARTENS *et. al.*, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 347.

³ Paul MARTENS, *op. cit.*, p. 348.

les anciennes sur le respect de l'écrit contractuel qui reposaient sur « la force tranquille de [l]a version latine (« *Pacta sunt servanda* »), la puissance économe des mots du Code civil (« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ») et le pouvoir condensé de son modèle réduit (La convention-loi). »⁴ « Faute d'une formule qui les exprime et les impose, les idées nouvelles demeurent dans la catégorie modeste des arguments, elles ne se manifestent que dans des jugements « d'espèce », elles qui voudraient tant inspirer des décisions de principe. » La formule paradoxale de « l'abus de droit » façonnée par des juges-écrivains avec l'aide de la doctrine⁵ a donc un jour acquis « les vertus de la densité juridique » permettant aux juges d'adopter des solutions jusque-là dictées par « les émotions troubles de l'équité », mais qui pouvaient désormais se parer des atours de la validité juridique.

L'époque a changé, et le grand style n'est peut-être plus au goût du jour, en tout cas pour le juriste pressé par le temps des conclusions et « transactions ». ⁶ Les formules fortes deviennent plus difficiles à inventer. Néanmoins, on peut renouveler les maîtres-mots et envelopper sous de nouveaux habits les mêmes ressources de contestation de l'ordre juridique. C'est ce qui est arrivé avec la doctrine de « l'abus de droit » qui a largement perdu de son attrait au profit du « principe de proportionnalité ». L'« abus de droit » créait une rupture dans l'ordre de la langue (comment concevoir que l'usage d'un droit puisse tomber dans l'illégitime ?), le contrôle de proportionnalité fait plus penser à l'ajustement mathématique des biens et des maux, selon un savant calcul. Avec la « proportionnalité », on entre dans la pesée des intérêts et on s'éloigne du contrôle de « l'excès de pouvoir », cette formule du droit administratif à laquelle la doctrine emprunte « l'abus de droit »⁷. Les doctrines de l'excès de pouvoir ou de l'abus de droit visent à lutter contre les débordements que le pouvoir politique ou administratif ou la maîtrise d'un bien privé peut causer – c'est un peu l'ivresse du pouvoir ou l'*hubris* que l'on entend brider. Lorsque la « proportionnalité » s'impose, on rentre dans l'univers du calcul utilitariste, lui aussi à même de faire entendre raison, mais sur un mode différent. Alors que l'abus de droit fait davantage référence à un contrôle interne

⁴ *Ibidem*, p. 349.

⁵ Hommage doit être rendu en Belgique à Aude DE BERSAQUES (voir R.C.J.B., 1953, p. 272 et R.C.J.B., 1959, p. 364).

⁶ Je fais ici un usage volontairement incorrect du terme anglais « *transaction* » qui désigne le contrat, pas la transaction au sens du droit civil (il existe même de nos jours une nouvelle espèce d'écrivain juriste, le « *transactional lawyer* » ou « juriste / avocat contractuel »).

⁷ Voir Paul MARTENS, *op. cit.*, p. 354. Du reste, l'un des pères de la doctrine de l'abus de droit, Louis JOSSERAND, assimilait l'abus de droit à la notion de détournement de pouvoir, tous les droits subjectifs étant pour Louis JOSSERAND, des droits-fonctions (voir Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur finalité*, Paris 1927, p. 299 ss.). Voir aussi l'analyse par Philippe GERARD, *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Publ. des FUSL, 1981, p. 236 ss.

(même si c'est à l'aune de la légitimité de l'usage du droit), la proportionnalité requiert d'avoir un contrôle par contrepoids et mesures.

Dès lors que l'on parle de proportionnalité, il faut en effet « mettre en rapport » (« proportionner » est emprunté au bas latin « *proportionare* » pour « adapter, mettre en rapport »⁸). Il y a « proportionnalité » quand il y a un rapport de proportion avec une autre chose du même genre, quand ces deux choses ont entre elles le rapport qu'elles doivent avoir. Le recours au principe de proportionnalité suppose donc que l'on puisse mettre en balance des choses différentes, mais commensurables. Pour faire bref, la proportionnalité requiert d'autres droits ou intérêts avec lesquels la pondération doit se faire. Le recours au principe de proportionnalité devient donc plus logique lorsque l'univers juridique est saturé de droits concurrents correspondant à des intérêts différents. C'est dans cet univers que nous évoluons aujourd'hui (lorsque le principe de l'abus de droit a été inventé, il était sans doute plus difficile de trouver des droits concurrents avec lesquels pondérer les droits égoïstes classiques). En outre, l'influence du droit public et du droit européen, au sein duquel s'est développé le principe de proportionnalité⁹, explique l'attraction nouvelle pour ce nouveau principe. Le principe de proportionnalité, et la pondération des intérêts qu'il requiert, est donc devenu le nouveau paradigme et la pierre angulaire du raisonnement juridique. Mais la filiation avec l'abus de droit demeure. Selon Walter VAN GERVEN, ancien avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes, « la théorie de l'abus de droit et les critères appliqués dans le cadre de celle-ci constituent en réalité une application du même principe de proportionnalité »¹⁰. Un autre juriste belge qui est passé par la Cour de justice des Communautés européennes, Melchior WATHELET, partage la même opinion, mais souligne toutefois que l'inverse est peut-être tout aussi vrai : « Dans la mesure où l'abus de droit sanctionne un comportement abusif – c'est-à-dire non proportionné ! – il n'est en effet pas incongru de voir dans ce principe, une déclinaison du principe général de proportionnalité. A moins que ce ne soit le principe de proportionnalité qui soit le succédané de l'abus de droit ? ». Peu importe en définitive de savoir si l'un dérive de l'autre, « les deux principes visent le même objectif : empêcher le détournement abusif d'une norme ou d'un droit »¹¹. Ce sont des mesures d'« autoprotection » permettant d'achever un ordre juridique et d'assurer la juste mesure. Le principe de proportionnalité est plutôt invoqué par le particulier pour se protéger d'une administration ou d'un législateur « abusif », et relève donc plutôt du droit public, alors que l'abus de droit est davantage utilisé par un individu (ou un Etat) contre un

⁸ Voir « proportionner » dans le Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, (sous la dir. d'Alain REY).

⁹ Voir Walter VAN GERVEN, *Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux*, J.T. 1992, p. 305.

¹⁰ *Ibidem*, p. 307.

¹¹ Melchior WATHELET, *Principe de proportionnalité : utilisation disproportionnée ?*, J.T. 2007, p. 313.

particulier¹². Le succès actuel du principe de proportionnalité, y compris en droit privé, résulte sans doute de la pénétration croissante du droit public dans le droit privé (la « publicisation » du droit privé) et de l'influence croissante des droits fondamentaux – que l'on songe à ceux consacrés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – dans les relations de droit privé (l'« irrigation » du droit privé par les droits fondamentaux).

Ce changement de perspective pourrait être illustré dans divers domaines du droit. On se limitera ici à une illustration en droit d'auteur.

II. De l'«abus de droit» à la « proportionnalité » en droit d'auteur

Un survol de la doctrine met en évidence ce changement de perspective. Qu'il suffise d'opposer deux thèses françaises publiées respectivement en 1998 et en 2004 sur les limites du droit d'auteur : la première de Christophe CARON s'intitule *Abus de droit et droit d'auteur*, la seconde de Christophe GEIGER porte le titre *Droit d'auteur et droit du public à l'information*¹³. Deux façons d'aborder la problématique des limitations externes à l'exercice du droit d'auteur (outre les limitations internes au droit d'auteur qui prennent la forme d'exceptions définies par le législateur, d'autres principes ou branches du droit viennent parfois apporter des limites « de l'extérieur » que les juges doivent déterminer). Si l'approche qui veut systématiquement contrebalancer le droit d'auteur par les « droits » concurrents du public semble s'imposer comme principe régulateur aujourd'hui, c'est sans doute lié à la consécration récente et grandissante des « droits d'accès » à l'information que l'on fait reposer sur la liberté d'expression¹⁴. Aujourd'hui, à l'heure de l'Internet et du numérique, il s'impose de pondérer le droit d'auteur avec ces droits concurrents du public. Auparavant, la concurrence des droits n'existait pas avec la même acuité. De plus, les conflits classiques sur les limites du droit d'auteur opposent l'auteur au propriétaire de l'exemplaire de l'œuvre ou à un conjoint (en matière de régimes matrimoniaux), ou les conflits *post mortem auctoris*, ce qui explique le recours à la théorie de l'abus de droit bien connue dans ces matières de droit privé (et même consacrée par la loi française en matière d'abus par des représentants de l'auteur décédé).

Ce changement dans l'approche des limitations au droit d'auteur est parfois motivé par la nécessité d'imposer des limites plus strictes au droit d'auteur (telle est la thèse de Christophe GEIGER en tout cas), alors que l'expansion du droit

¹² *Ibidem*.

¹³ Christophe CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec 1998 ; Christophe GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec 2004.

¹⁴ Voir Alain STROWEL, *L'émergence d'un droit d'accès en droit d'auteur ? Quelques réflexions sur le devenir du droit d'auteur*, in Carine DOUTRELEPONT / François DUBUISSON (édit.), *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique. Analyse de la loi belge du 22 mai 2005*, Bruxelles 2008, p. 61-89.

d'auteur est critiquée de toutes parts. Sans revenir ici sur le constat de l'expansion du droit d'auteur, on se demandera si la méthode visant à mettre en avant d'autres droits et libertés est la mieux à même de restreindre le droit d'auteur. L'analyse de la jurisprudence semble parfois montrer un « effet boomerang », l'invocation des droits fondamentaux pouvant de manière paradoxale renforcer le point de vue du titulaire du droit d'auteur.

Au-delà de la doctrine, le raisonnement des juges témoigne d'un changement, qui n'est peut-être pas que de style, quant aux principes juridiques. L'examen de quelques décisions en droit d'auteur montrera comment la méthode de pondération liée au principe de proportionnalité a remplacé l'analyse classique en termes d'abus, ce changement étant lui-même anticipé par l'adoption du facteur de la comparaison des avantages et inconvénients dans la mise en œuvre du principe de l'abus de droit.

A. La remise en cause des droits discrétionnaires et le contrôle par « l'abus de droit »

Comme tout droit subjectif, le droit d'auteur peut être exercé d'une manière excessive ou inutilement préjudiciable. Mais l'exercice de ce droit n'a pas toujours fait l'objet d'un contrôle par les juges. Ce n'est pas sans hésitation que la doctrine a admis que le droit d'auteur, tout spécialement sa composante morale, est susceptible d'abus et que les mobiles de l'exercice de ce droit peuvent être contrôlés par les juges. Christophe CARON l'a bien démontré pour la France¹⁵. Cette réticence à étendre le contrôle par les juges se justifiait par le caractère discrétionnaire¹⁶ du droit (moral) d'auteur. Selon une doctrine qui peut paraître dépassée aujourd'hui, le droit discrétionnaire est celui qui peut être exercé par son titulaire comme bon lui semble, même au service de la rancune ou de la malveillance. Le souci de moralité ne vient pas policer l'exercice d'un tel droit car on estime que le contrôle de l'abus, lequel suppose une ingérence du juge dans la sphère d'autonomie individuelle, pourrait générer des inconvénients supérieurs à ceux causés par ces mêmes abus.

En droit belge, Pierre VAN OMMESLAGHE soulignait dans un article de référence consacré à l'abus de droit que le droit d'auteur, en tout cas dans sa composante morale, était souvent reconnu comme discrétionnaire, ce qui limitait l'application de la théorie de l'abus de droit¹⁷. Il s'appuyait notamment sur les écrits d'André ROUAST en France¹⁸ et de Louis VAN BUNNEN en Belgique¹⁹. Ce

¹⁵ Sur les hésitations en France, voir Christophe CARON, *op. cit.*, p. 31 ss.

¹⁶ La notion de « droit discrétionnaire » a été forgée par André ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p. 1.

¹⁷ Pierre VAN OMMESLAGHE, *Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi*, R.C.J.B. 1976, p. 323-324.

¹⁸ André ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p. 1.

¹⁹ Louis VAN BUNNEN, *Note sous Civ. Anvers (réf.)*, 16 déc. 1966, J.T. 1967, p. 224.

dernier avait défendu le caractère discrétionnaire du droit moral de l'auteur dans une note sous l'affaire *Les mains sales*. Jean-Paul SARTRE, auteur de cette pièce, s'était opposé à la représentation de la pièce dans une version montée à Anvers par le *Fakkeltheater*, mais c'était en définitive le droit patrimonial d'interdire la communication au public qui était en cause dans cette affaire. Le président du Tribunal d'Anvers avait en référé indiqué dans son ordonnance qu'il n'excluait pas l'application de la théorie de l'abus de droit aux droits d'exploitation de l'auteur, sans se prononcer en définitive sur cette question qui, selon lui, relevait du juge du fond. Une partie de la doctrine²⁰ s'y était opposée au motif que le droit moral serait absolu.

Aujourd'hui, on a tendance à reconnaître que la catégorie des droits discrétionnaires est en voie de disparition, tout droit devant être soumis au contrôle du juge²¹. Ainsi en France²², pouvait-on lire que « la théorie de l'abus des droits a pris une virtualité d'application illimitée »²³, que « cette catégorie [des droits discrétionnaires] n'existe sans doute plus guère »²⁴, qu'il serait souhaitable de la « voir disparaître »²⁵ parce que son existence est « discutable »²⁶.

En Belgique, Pierre VAN OMMESLAGHE avait déjà conclu en 1976, dans sa note sous l'arrêt de principe de la Cour de cassation belge de 1971, que « le droit d'auteur [y compris le droit moral] ne peut donc plus être considéré comme discrétionnaire »²⁷.

Il n'empêche que la doctrine française demeurerait partagée, s'agissant du droit moral, en tout cas lorsqu'il était exercé du vivant de l'auteur. Ainsi, dans un article datant de 1993, Frédéric POLLAUD-DULIAN estime que les droits de la personnalité, au nombre desquels figure le droit moral, de l'auteur demeurent discrétionnaires et donc insusceptibles d'abus parce que leur titulaire n'a pas à rendre compte des motifs pour lesquels il les exerce et que ses motivations relèvent de son appréciation purement personnelle. Frédéric POLLAUD-DULIAN admet toutefois que, « droit discrétionnaire de son vivant, parce qu'il défend l'expression de la

²⁰ Outre, Louis VAN BUNNEN, Alain BERENBOOM partageait ce point de vue sur le caractère absolu du droit moral (*Le droit d'auteur*, Bruxelles 1984). *Contra* : Frank GOTZEN, *Het bestemmingsrecht van de auteur*, Bruxelles 1975, p. 130.

²¹ Voir Damien ROETS, *Les droits discrétionnaires, une catégorie en voie de disparition ?*, D. 1997, chr. 92.

²² Les citations qui suivent sont reprises de la synthèse réalisée par Christophe CARON, *op. cit.*, p. 52.

²³ Philippe MALAURIE / Laurent AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, 8^{ème} éd., Paris 1998, p. 65, N. 122.

²⁴ Philippe LE TOURNEAU / Loïc CADIET, *Droit de la personnalité*, Paris 1996, p. 668, N. 3160.

²⁵ Michel JEANTIN, *Abus de droit*, J.-Cl. Civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-1, p. 10, N. 31.

²⁶ Jacques GUESTIN / Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Paris 1994, p. 762, N. 15.

²⁷ Pierre VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 324.

personnalité de l'auteur, le droit moral devient, après la mort de l'auteur, un droit-fonction : les ayants droit de l'auteur ne sont alors investis du droit moral ni dans leur intérêt personnel, ni dans un intérêt collectif, mais uniquement pour faire respecter la volonté, l'œuvre et les conceptions de l'auteur défunt »²⁸. Un droit-fonction est lui susceptible d'abus lorsque son titulaire ne respecte pas sa fonction et le détourne de sa finalité. Du reste, le législateur français, dès la réforme de la loi sur le droit d'auteur de 1957, avait introduit l'idée d'« abus notoire » dans l'exercice que font les représentants de l'auteur décédé de son droit moral (ce qui, depuis la réforme de la loi française en 1985, avait été étendu aux droits patrimoniaux)²⁹.

Aujourd'hui, selon le traité d'André et Henri-Jacques LUCAS qui demeure la référence en France, « il est admis traditionnellement, ce qui n'est d'ailleurs que l'application d'un principe général, que le droit moral est susceptible d'abus et que son exercice peut être contrôlé par les tribunaux »³⁰. Depuis assez longtemps, la jurisprudence a relativisé l'exercice du droit moral³¹, tout spécialement du droit d'intégrité. C'est ainsi que la jurisprudence a considéré avec raison que le droit d'intégrité doit être exercé de manière souple lorsque des œuvres des arts appliqués, des œuvres architecturales ou des œuvres techniques (comme les logiciels) sont en jeu³². Des nécessités pratiques interdisent de figer ces œuvres, ce que permettrait un exercice strict du droit moral d'intégrité. Outre les limites tenant à la nature de l'œuvre, André et Henri-Jacques LUCAS distinguent (i) les limites tenant aux engagements pris par l'auteur, par exemple sous la forme de renoncations ou d'un contrat d'adaptation (principe de la convention-loi tempéré par le principe de l'exécution de bonne foi de l'art. 1134 al. 3 Code civil), (ii) les limites tenant au statut d'agent public de l'auteur³³, (iii) ainsi que les limites tenant aux droits de tiers, parmi lesquels les droits de la personnalité (p.ex. le droit à l'image de la personne représentée), les droits des coauteurs ou des artistes-interprètes de l'œuvre (tout spécialement pour l'audiovisuel) et, bien entendu, le droit de pro-

²⁸ Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, D. 1993, chr. XXI, p. 98.

²⁹ Depuis l'adoption du Code de la propriété intellectuelle (CPI), ce sont respectivement les art. L. 121-3 CPI et L. 122-9 CPI qui ouvrent la voie au contrôle de l'exercice des droits moraux et patrimoniaux de l'auteur en cas d'abus notoire (selon l'art. L. 121-3 CPI, « en cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé [...], le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée »).

³⁰ André LUCAS / Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} éd., Paris 2006, p. 347.

³¹ Jacques DE WERRA, *Le droit d'intégrité de l'œuvre*, Berne 1997.

³² Voir André LUCAS / Henri-Jacques LUCAS, *op.cit.*, p. 380 ss.

³³ Il est intéressant de noter que la loi française du 1.8.2006 a restreint la portée du droit d'intégrité de l'agent public devenu auteur, lequel est privé de la possibilité de « s'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique, lorsque cette modification ne porte pas atteinte à son honneur et à sa réputation » (nouvel art. L. 121-7-1 CPI).

priété sur l'objet corporel. On sait que la doctrine de l'abus de droit s'applique par excellence dans le cas du conflit entre propriétaires voisins – l'arrêt de principe de la Cour de cassation belge du 10.9.1971³⁴ concernait par exemple un empiètement sur un fonds voisin. On peut considérer qu'un conflit similaire entre « propriétés voisines » se retrouve lorsque le droit d'auteur de l'architecte de conserver la construction originale en l'état entre en conflit avec le non moins légitime souci du propriétaire de faire évoluer une construction à vocation utilitaire³⁵. Dans tous ces cas, le principe de l'abus de droit apparaît comme un moyen de moduler l'exercice du droit d'auteur. En définitive, on réintroduit, par le biais de la doctrine de l'abus de droit, une possibilité de rééquilibrer le droit moral, ce qui peut être fait à travers d'autres doctrines juridiques, par exemple celle de la balance des intérêts (*Interessenabwägung*) en droit allemand. Agnès LUCAS-SCHLOETTER a bien montré que l'application de la balance des intérêts, qui avait été préconisée par Adolf DIETZ pour produire la flexibilité nécessaire dans l'exercice du droit d'intégrité³⁶, était en définitive comparable, quant à ses résultats, à la doctrine civiliste de l'abus de droit³⁷.

B. La mise en œuvre du principe de l'abus de droit : les critères du dommage et de la « disproportion »

Contrairement au droit français qui n'exige pas la preuve d'une atteinte à l'honneur ou à la considération de l'auteur, le droit belge a connu jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 30.6.1994 un système fondé sur l'article 6^{bis} de la Convention, lequel, faut-il le rappeler, prévoit qu'« [i]ndépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, *préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* ». La condition de « dommage » a été retenue dans différentes affaires dont celle de *La Veuve Joyeuse*.

En 1963, l'opérette de Franz LEHAR *Die lustige Witwe* est représentée dans son adaptation française au Théâtre Royal de la Monnaie. Maurice BÉJART assurait la

³⁴ Cass., 10.9.1971, R.C.J.B. 1976, p. 300.

³⁵ CA Paris, 15.5.1990, RIDA 1991, p. 311, N. 147 : « l'exercice du droit moral de l'architecte ne saurait sans abus soumettre l'immeuble à une intangibilité qui aboutirait à grever le bien d'une charge que seule pourrait imposer une disposition expresse de la loi ou de la convention » (cité par Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Pour un exercice équilibré du droit moral ou le droit moral et la balance des intérêts*, in Peter GANEA / Christopher HEATH / Gerhard SCHRICKER, *Festschrift Adolf Dietz*, Munich 2001, p. 131).

³⁶ Adolf DIETZ, *Le droit moral de l'auteur (droit civil). Rapport général*, Actes du Congrès d'Anvers de l'ALAI, 1993, p. 50-53, N. 58-64. Voir aussi l'excellente dissertation d'Anton QUAEDVLIEG, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, Zwolle 1992, qui met en évidence la relativité du droit au respect et les multiples facteurs d'appréciation utilisés par les juges.

³⁷ Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *op.cit.*, p. 127-142.

mise en scène. Les ayants droits des auteurs estimèrent que les ajouts de scènes de ballets et de cinéma montrant la gravité des conditions sociales, économiques et politiques au début du siècle, méconnaissaient l'esprit léger et insouciant de l'œuvre ; ils introduisirent donc une action au fond basée sur l'article 6^{bis} de la Convention de Berne. L'action des demandeurs fut déclarée non fondée en première instance, mais la cour d'appel de Bruxelles réforma le jugement³⁸. Le tribunal avait rejeté la « thèse rigoureuse » selon laquelle « toute déformation, mutilation ou autre modification d'une œuvre est par essence préjudiciable et heurte le droit découlant de la paternité de l'œuvre que l'auteur peut revendiquer même si, aux yeux de certains, son honneur ou sa réputation ne s'en trouvent pas atteints » ; la cour d'appel admit, elle aussi, que l'exercice du droit est subordonné à l'existence d'un préjudice, mais elle accueillit l'argument des appelants au motif que la déformation de l'œuvre « a pour conséquence de faire attribuer aux auteurs des conceptions qui leur seraient étrangères, spécialement de préjudicier à leur réputation d'auteurs légers, aimables, boulevardiers, cherchant à divertir sans plus ». En requérant de rapporter la preuve du dommage subi, l'article 6^{bis} de la Convention de Berne fournit ainsi une base pour un contrôle de l'exercice des droits moraux par les tribunaux. On retrouve par ce biais le fondement généralement attribué à la théorie de l'abus de droit, à savoir la responsabilité délictuelle.

D'autres décisions belges plus récentes ont mis en évidence une palette de facteurs utilisés par les juges pour apprécier le dommage subi par l'auteur, ainsi que les préjudices que l'exercice du droit moral (ou du droit concurrent) peut causer. Résumant la jurisprudence à propos du conflit entre le droit moral d'intégrité et le droit du propriétaire d'un immeuble, Bernard VAN BRABANT a très bien mis en évidence les paramètres décisifs selon la jurisprudence³⁹ : (i) les caractéristiques de l'œuvre (une œuvre « artistique » sera mieux protégée qu'une œuvre « utilitaire »⁴⁰) ; (ii) la destination de l'œuvre (une œuvre destinée au public sera mieux protégée contre des altérations qu'une œuvre conservée dans une demeure privée) ; (iii) les motifs invoqués par le propriétaire du support pour modifier ou détruire celui-ci (des motifs techniques ou même économiques ont pu suffire pour exonérer des propriétaires ; il s'agit en tout cas d'un contrôle de la finalité de

³⁸ Civ. Bruxelles, 4.6.1964, J.T. 1964, p. 399 ; Bruxelles, 29.9.1965, J.T. 1965, p. 561.

³⁹ Nous suivons ici : Bernard VAN BRABANT, *Le droit d'auteur comme limite aux prérogatives du propriétaire immobilier*, in Pascale LECOCQ / Paul LEWALLE (édit.), *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, Bruxelles 2005, p. 285-288.

⁴⁰ Dans une affaire mettant en cause l'aménagement controversé d'un hall d'entrée d'un bâtiment à usage de bureaux afin d'abriter un nouveau système d'ouverture des portes (aff. Brodski c. SWIFT, Bruxelles, 21.3.2003, J.T. 2003, p. 512 ss. ; A&M, 2003, p. 366 ss., Note de Bernard VINÇOTTE, *Conflit entre droit d'auteur et droit de propriété*), le droit du propriétaire l'a emporté sur celui de l'architecte, alors que dans une affaire où l'œuvre n'avait pas la même fonction utilitaire, le droit moral de l'artiste sur une fresque murale a pu prévaloir sur le droit du propriétaire de réaménager un local qui abritait des services administratifs (aff. Somville : Civ. Bruxelles, 3.6.1994, commentée par Alain BERENBOOM dans une chronique de jurisprudence (J.T., 1996, p. 789)).

l'exercice du droit) ; (iv) la nature et l'ampleur des modifications apportées à l'œuvre (le juge contrôle ici davantage les moyens utilisés) ; (v) la qualité du propriétaire (un propriétaire public peut avoir des charges plus importantes en tant que gardien de l'œuvre) ; (vi) la loyauté du propriétaire envers l'auteur (en particulier, le fait que l'auteur a été consulté et qu'une tentative de solution a pu être recherchée avec lui).

On retrouve dans ces paramètres les facteurs qui conduisent la jurisprudence à conclure dans d'autres domaines qu'il y a abus d'un droit. Michel COIPEL⁴¹ estime que les cours et tribunaux (belges) concluent habituellement à l'abus de droit :

- lorsque l'on exerce son droit dans le seul but de nuire à autrui ;
- lorsque l'on exerce son droit en portant préjudice à autrui sans motif légitime ;
- lorsqu'entre deux manières d'exercer son droit présentant la même utilité, on choisit celle qui est (la plus) préjudiciable à autrui ;
- lorsqu'entre deux manières d'exercer son droit ne présentant pas la même utilité, on choisit celle qui est (la plus) préjudiciable à autrui alors que l'avantage retiré de ce mode d'exercice du droit est nettement inférieur à l'inconvénient subi par autrui (disproportion flagrante).

On sait que ces deux derniers critères, plutôt que l'intention de nuire, sont désormais habituellement utilisés par les tribunaux⁴², ce qui rapproche bien entendu la doctrine de l'abus de droit du principe de proportionnalité.

C. Le contrôle de « proportionnalité » par la mise en balance du droit d'auteur et d'autres droits

Aujourd'hui, certains semblent vouloir substituer à la théorie de l'abus de droit l'application des droits fondamentaux, seule à même de limiter adéquatement l'exercice abusif du droit d'auteur. Selon Christophe GEIGER, « la théorie de l'abus de droit peut constituer " une piste permettant de contrer les excès du droit d'auteur " »⁴³, mais cette théorie doit cependant être jugée insuffisante pour diverses raisons. D'une manière générale, Christophe GEIGER estime que si une balance des intérêts est opérée, « il n'est pas du tout certain que ce soit les intérêts du public qui soient privilégiés. Au contraire, il est même fort probable que ce soit les intérêts des titulaires de droits qui prévalent la plupart du temps, du fait qu'un abus sera généralement difficile à démontrer »⁴⁴. Selon cet auteur, l'utilité du prin-

⁴¹ Michel COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles 1999, N. 112.

⁴² En Belgique, c'est l'arrêt de la cour de cassation du 10.9.1971 (R.C.J.B., 1976, p. 300) qui a ouvert la possibilité d'utiliser la disproportion comme critère de l'abus de droit.

⁴³ Christophe GEIGER, *op. cit.*, p. 389.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 390.

cipe de l'abus de droit est doublement limité : d'abord, il sera difficile de renverser une présomption de licéité qui s'attache à l'exercice d'un droit intellectuel, et ce sera à l'utilisateur de fournir cette preuve ; ensuite, le détournement de la finalité du droit sera difficile à démontrer. Ces lacunes justifient, selon Christophe Geiger, le recours aux droits fondamentaux. On remarquera d'abord que, ainsi qu'on l'a vu, la mise en œuvre de la théorie de droit ne nécessite pas nécessairement d'établir un détournement de finalité ou même de contrôler les motifs de l'exercice du droit, puisque le facteur de la disproportion entre l'avantage pour le titulaire du droit et l'inconvénient pour les tiers est couramment considéré comme suffisant par la jurisprudence, sans qu'il soit nécessaire de vérifier les motifs de l'exercice du droit pour le censurer. Ensuite, on peut douter que l'invocation de droits concurrents soit toujours la méthode la plus efficace pour assurer un exercice raisonnable du droit. Parfois, l'invocation des droits fondamentaux s'impose pour sanctionner un exercice abusif du droit d'auteur. Mais il existe également des cas où les droits fondamentaux ont été plus sérieusement pris en compte par les juges dans des affaires mettant en jeu le droit d'auteur, sans que cela ait nécessairement pour effet de limiter ce droit, alors qu'une telle limitation apparaît légitime. Pour illustrer cela, on reviendra sur quatre affaires ayant donné lieu à des décisions des plus hautes juridictions en France et aux Pays-Bas.

1. *L'affaire Utrillo*

L'affaire *Utrillo* opposait les héritiers de ce peintre à la chaîne de télévision France 2 qui avait montré douze peintures protégées par le droit d'auteur dans une émission d'actualité de deux minutes à propos d'une exposition consacrée au peintre. Le tribunal de première instance de Paris⁴⁵ rejeta initialement la demande en dédommagement des héritiers d'UTRILLO. Le raisonnement du tribunal était basé sur l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales (CEDH) qui, comme on le sait, consacre la liberté d'expression. Selon le tribunal, le droit du public à être informé sur les événements culturels doit l'emporter 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'appel⁴⁶. 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 de télévision 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 Protocole Additionnel à la CEDH. Dans une décision du 13.11.2003, la Cour de cassation française confirma la décision de la cour d'appel et rejeta l'argument selon lequel « le droit

⁴⁵ T.G.I. Paris, 23.2.1999, RIDA 2000, p. 374, note André KEREVER.

⁴⁶ CA Paris, 30.5.2001 [2001] Dalloz 2504, note Christophe CARON, *Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur*.

du public à l'information et à la culture » justifie d'outrepasser l'autorisation du titulaire du droit d'auteur⁴⁷. Aucune violation de l'article 10 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. 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 Elysées, la Commission Européenne des Droits de l'Homme⁴⁸ 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 payés.

2. *L'affaire Eglise de Scientologie c. XC4All*⁴⁹

Dans cette affaire soumise aux juridictions néerlandaises, une internaute, Madame SPAINK, ancien membre de l'Eglise de Scientologie, avait placé sur plusieurs pages web de longs extraits des œuvres de Ron HUBBARD, le fondateur de l'Eglise de Scientologie. Ces passages avaient été rendus accessibles dans le cadre d'une procédure judiciaire menée aux Etats-Unis (en tant qu'annexes d'un *affidavit* rédigé par un ancien comptable de l'Eglise, 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 Mme SPAINK qui contenaient de courts extraits des livres de l'Eglise 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'Eglise, en particulier le droit de publication (*openbaarmaking recht*) connu en droit néerlandais, l'Eglise de scientologie assigna Mme SPAINK et les fournisseurs de service Internet tels que XC4All et Dataweb. Dans l'arrêt de septembre 2003 rendu au fond, la cour

⁴⁷ Cass. fr., 13.11.2003, JCP, 19.5.2004, N. 21-22, 955, note Christohe GEIGER, *Exception de citation et droits fondamentaux, une occasion manquée de faire avancer le discours sur les exceptions au droit d'auteur*.

⁴⁸ ComEDH, *France 2 c. France*, 15.1.1997, aff. 30262/96, *Informatierecht* 1999, p. 115.

⁴⁹ CA La Haye (*Gerechtshofs-Gravenhage*), 4.9.2003, *Computerrecht* 2003/6, p. 357 ; *Auteurs & Media* 2004/1, p. 44, note Alain STROWEL / Grégoire GATHEM. Pour la décision de première instance, v. *Arrondissementsrechtbank 's Gravenhage*, 9.6.1999, *Computerrecht* 1999/4, p. 200, note Bernt HUGENHOLTZ ; *Mediaforum* 1999, note Dirk VISSER ; *AMI* 1999, note Kamiel KOELMAN ; *B.I.E.* 1999, p. 458, note Anton QUAEDVLIEG.

d'appel de La Haye confirma l'existence d'une contrefaçon⁵⁰, 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'Eglise exerce des pressions sur ses membres, la cour décida que les emprunts des livres de Scientologie étaient utilisés pour soutenir la vision critique de Mme SPAINK sur le fonctionnement de l'Eglise de Scientologie. La cour souligna encore que l'utilisation de ces extraits protégés apparaissait dénuée de but commercial. Considérant notamment que (i) la doctrine et l'organisation de l'Eglise de Scientologie étaient contraires aux valeurs démocratiques, (ii) les secrets contenus dans ses livres aidaient l'Eglise 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 Etats-Unis, et (iv) l'obligation des fournisseurs d'accès à Internet d'enlever et rendre indisponible ce contenu était disproportionnée, la cour laissa la liberté d'expression primer les revendications tirées du droit d'auteur.

L'Eglise introduisit un pourvoi devant la Cour Suprême (*Hoge Raad*). Après que l'avocat général eut rendu ses conclusions le 18.3.2005, le *Hoge Raad*, dans une décision du 15.12.2005, acta la décision de l'Eglise de retirer son pourvoi, et rejeta en conséquence le pourvoi, 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 VERKADE traitaient avant tout de l'applicabilité du « droit de publication »⁵¹, mais ce dernier était toutefois d'avis qu'une interdiction de mettre en ligne les extraits ne respecterait pas le test de proportionnalité de l'article 10 alinéa 2 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 hollan-

⁵⁰ 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.

⁵¹ Selon l'avocat général, l'art. 15a de la loi néerlandaise qui reconnaît ce droit de publication et exige que l'œuvre soit « licitement rendue accessible au public » n'exige 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.

daise dans l'affaire *Dior c. Evora*⁵². 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'Eglise 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 hollandais⁵³. 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.

3. *L'affaire de la suite des Misérables de Victor HUGO*

Dans cette affaire qui a donné lieu à un arrêt du 30.1.2007 de la Cour de cassation française, un héritier de Victor HUGO, Pierre HUGO, avait saisi les juridictions françaises pour faire interdire les deux romans (*Cosette ou le temps des illusions* et *Marius ou le fugitif*) écrits par un journaliste et publiés par la maison Plan qui les présentaient comme des suites aux *Misérables* (le titre des deux romans reprenait d'ailleurs les noms de personnages de Victor HUGO et ces derniers vivaient ainsi une nouvelle vie). L'héritier de Victor HUGO invoquait l'atteinte au respect de l'œuvre de son ancêtre. Un peu paradoxal sans doute quand on se rappelle que Victor HUGO avait lui-même écrit dans une déclaration enflammée : « il n'y a que deux intérêts véritables : l'écrivain et la société. L'intérêt de l'héritier, quoique très respectable, doit passer après »⁵⁴. Les prises de position de Victor HUGO à l'égard du droit d'auteur *post mortem* n'ont, ironie de l'histoire, pas empêché la Société des Gens de Lettres (SGDL), dont Victor HUGO fut l'un des fondateurs et président, de se joindre à l'action de Pierre HUGO. Une action sans doute peu opportune, mais qui fut reconnue comme recevable par la Cour de cassation⁵⁵. L'action

⁵² *Hoge Raad*, 20.10.1995, NJ, 1996, 682.

⁵³ Selon des commentateurs hollandais (v. la note de Kamiel KOELMAN dans *Computerrecht* 2003/6, 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, 12.11.1998, *Mediaforum* 1999, 39 (note Bernt HUGENHOLTZ); CA Amsterdam, 8.7.1999, *Informatierecht / AMI* 1999, 116 (note Bernt HUGENHOLTZ)).

⁵⁴ Victor HUGO, intervention reproduite in *Congrès littéraire international de Paris 1878, Comptes rendus* in extenso, Paris 1879, p. 218 (cité par Christophe CARON, *op. cit.*, p. 269).

⁵⁵ La SGDL, en tant que personne morale, non spécialement habilitée par l'auteur (par opposition à une fondation créée *ad hoc* à cette fin), ne pouvait justifier son action par la défense des intérêts moraux de l'auteur. La Cour de cassation lui reconnaît toutefois le droit d'agir, en tant qu'association reconnue d'utilité publique, vu que l'intérêt collectif de la profession est concerné par la question de principe de la licéité des suites romanesques. Mais était-il bienvenu qu'une telle association accompagne une action en justice qui aurait pu remettre la liberté de création et donc porter atteinte à ses membres ?

de Pierre HUGO était possible, car, en France, le droit moral est sacré « perpétuel » et « imprescriptible » à l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle (alors qu'en Belgique, il s'éteint en même temps que les droits patrimoniaux, soit 70 ans *post mortem auctoris*).

La cour d'appel avait accueilli l'action fondée sur le droit moral en affirmant que « cette œuvre, véritable monument de la littérature mondiale [...] n'était pas un simple roman [...] et était achevée » et « qu'il s'ensuivait qu'aucune suite ne pouvait être donnée » à une telle œuvre « sans porter atteinte au droit moral de Victor Hugo ». Reprochant à cet arrêt de statuer par des motifs inopérants tirés du genre et du mérite de l'œuvre ou de son caractère achevé, la Cour de cassation casse en soulignant que la cour d'appel « s'est déterminée en méconnaissance de la liberté de création » que la haute Cour rattache directement à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, rattaché la liberté de création à la liberté d'expression : « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art, contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique »⁵⁶. Il était donc tout à fait logique pour la Cour de cassation de viser l'article 10 CEDH, et l'issue de l'arrêt était en tout cas louable.

L'approche suivie par la Haute juridiction française pour arriver à ce résultat est plus critiquable. Tout d'abord, on ne peut s'empêcher de penser que les juridictions françaises auraient pu davantage utiliser les ressources du droit d'auteur lui-même pour contester ou rejeter une prétention démesurée d'un héritier. Dans sa note sous l'arrêt⁵⁷, Christophe CARON souligne que les juges auraient pu creuser la question de savoir si la suite d'une œuvre littéraire reprend des éléments protégés et se rattache au droit d'auteur : « les auteurs de la suite littéraire ne font pas forcément usage de la forme de l'œuvre originelle. Par définition, la composition de la suite sera différente de la première œuvre puisque, justement, il s'agit de décrire de nouvelles péripéties. En outre, l'expression ne sera pas davantage semblable car le style de l'auteur de la suite ne se confondra généralement pas avec celui de l'œuvre qui l'a inspiré. En réalité, ce sont surtout les personnages, œuvres à part entière s'ils sont originaux, qui vont faire l'objet d'une véritable adaptation ». Mais il se pourrait que seules les caractéristiques générales des personnages soient reprises (non leurs éléments originaux) et en ce cas, il n'y a pas emprunt d'éléments protégés par le droit d'auteur qui, rappelons-le, ne s'applique pas aux idées, y compris en matière de personnages (autant un personnage de bande dessinée relève d'une forme d'expression, autant un personnage purement littéraire peut encore se trouver du côté des idées non protégées). Du coup, on est en de-

⁵⁶ Cette formule se retrouve dans l'arrêt du 25.1.2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, § 26. Voir aussi CrEDH, 24.5.1988 (*Müller c. Suisse*) ; CrEDH, 20.9.1994, *Otto Preminger Institut c. Autriche* (la jurisprudence de la Cour est disponible sur www.echr.coe.int).

⁵⁷ Cass., 30.1.2007, JCP, G 2007, II, 10025.

hors du droit d'auteur (et les prérogatives morales de l'auteur ne peuvent entrer en ligne de compte). Une recherche en ce sens mériterait d'être menée avant de recourir aux principes généraux afin de modérer l'exercice du droit en cause.

Ensuite, l'application des principes modérateurs à un droit subjectif exercé de manière « excessive » appelle quelques commentaires. Confrontés à l'approche de la Cour de cassation, certains défenseurs de l'application des droits fondamentaux en droit d'auteur se sont réjouis. Ainsi, selon Christophe GEIGER, « l'application de l'article 10, malgré ses approximations, a l'avantage qu'il s'accompagne d'une méthode et de critères éprouvés » et surtout l'invocation de cet article « permet de déterminer clairement l'échelle des valeurs en cause », alors que « l'abus d'un droit n'est pas aisé à établir »⁵⁸. Inversement, d'autres commentateurs ont critiqué l'approche. Pour Nicolas BINCTIN, « en opposant le droit d'auteur et la liberté d'expression, la Cour masque toute la philosophie de la matière et la place dans un rapport conflictuel avec d'autres droits subjectifs. Cet apport exogène non impératif affaiblit le droit d'auteur, alors que ce dernier contient les dispositions utiles et efficaces pour trancher ce conflit »⁵⁹. Et Nicolas BINCTIN d'ajouter que « le fondement de l'abus de droit, appliqué au droit moral, aurait placé cette décision à la suite d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation ». D'autres auteurs considèrent de manière générale que l'application des droits fondamentaux n'est pas nécessaire vu qu'existe l'abus de droit⁶⁰.

Nous pensons que la théorie de l'abus de droit et l'approche reposant sur la pondération des intérêts trouvent leur origine dans une source commune, l'exigence d'une juste mesure (voir *supra* sous I), et que prendre parti pour l'un de ces principes n'oblige donc pas à contester l'autre, comme le fait une certaine doctrine française. Il n'est pas nécessaire d'opposer la vision des privatistes attachés au principe de l'abus de droit, qui a été dégagé sur le terrain du droit privé, à celle des publicistes davantage inspirés par les consécutions des droits fondamentaux dans divers textes de droit public. Les deux principes du droit que sont l'abus et la proportionnalité ont leur mérite : dans certains cas, la théorie de l'abus de droit semble reposer sur des critères plus opérationnels (lorsque l'abus est caractérisé par l'intention de nuire ou le détournement de la finalité du droit), alors que la mise en balance requise par la proportionnalité est plus aléatoire. Cela dit, l'un des critères de l'abus de droit, à savoir la disproportion entre l'intérêt à agir et le préjudice causé à autrui, peut se heurter aux mêmes problèmes que la balance souvent *ad hoc* réalisée par la Cour européenne des droits de l'homme entre des

⁵⁸ Christophe GEIGER, *Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à propos de l'arrêt Victor Hugo de la Cour de cassation du 30 janvier 2007*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, avril 2007, p. 63, N. 26.

⁵⁹ Nicolas BINCTIN, *Note sous Cass., 30 janvier 2007*, Petites affiches, 19.7.2007, p. 18, N. 144.

⁶⁰ En ce sens : André LUCAS, *Droit d'auteur, liberté d'expression et « droit du public à l'information »*, in Alain STROWEL / François TULKENS (édit.), *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Bruxelles 2006, p. 133.

droits concurrents. Un avantage indéniable de la mise en balance des intérêts et droits concurrents est qu'elle fait voir les droits fondamentaux et montre donc l'enjeu ou l'échelle des valeurs sous-jacente à un conflit donné. Cela dit, il faut attirer l'attention sur l'ambiguïté que recèlent les droits fondamentaux et donc l'approche en termes de proportionnalité. En effet, invoquer la CEDH dans la matière du droit d'auteur peut aussi avoir pour effet de mettre en évidence la protection de la propriété consacrée à l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel. Aucune affaire impliquant les droits humains comme moyen de restreindre les droits de propriété intellectuelle n'a encore été portée devant la Cour de Strasbourg. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg touchant à la matière de propriété intellectuelle reconnaît au contraire la possibilité de protéger les droits intellectuels comme une forme de propriété au sens du Premier Protocole additionnel⁶¹, ce qui pourrait venir renforcer ces droits. Cette évolution en partie surprenante (la propriété intellectuelle vue comme droit de l'homme) n'a pas toujours été correctement anticipée par ceux qui se plaisent à mettre en évidence la nécessité de prendre plus sérieusement en compte les droits fondamentaux dans le champ de la propriété intellectuelle⁶².

4. *L'affaire du Onze Mondial et l'effet paradoxal des droits fondamentaux*

On trouve un bel exemple du possible effet paradoxal des droits fondamentaux dans un arrêt du 2.10.2007 de la Cour de cassation⁶³ française. Il s'agissait de savoir si un magazine spécialisé dans le football (le *Onze Mondial*) pouvait reproduire sur sa page de couverture un photomontage dans lequel on retrouvait une photo du trophée de la coupe du monde de football. Ce trophée constitue une œuvre d'un orfèvre italien et sa reproduction, y compris photographique, nécessite donc en principe une autorisation. La cour d'appel avait jugé que la reproduction litigieuse excédait la simple relation de l'événement d'actualité concerné – ce qui aurait été exempté par application de la disposition en matière de courte citation – parce que le sujet traité n'apportait aucune information sur le trophée. Autrement dit, la reproduction du trophée pour illustrer un phénomène d'actualité comme, par exemple, l'inflation des trophées de tous genres dans le sport, aurait été autorisée par application de cette exception au droit d'auteur, mais un photo-

⁶¹ *CrEDH*, 11.1.2007, N. 73049/01, Grande Chambre (*Anheuser-Busch v. Portugal*) ; 5.7.2005, N. 28743/03, décision d'admissibilité (*Melnychuk v. Ukraine*). Voir aussi sous l'ancien système de la CEDH, la décision de la Commission des droits de l'homme sur le Protocole N. 1, 11.1.1994, N. 21962/93 (*A.D. v. the Netherlands*). Voir *CrEDH*, 16.11.2006, N. 58472/00, (*Dima v. Romania*).

⁶² Laurence HELFER a récemment mis en évidence les risques que la rhétorique des droits de l'homme puisse conforter, plutôt que limiter les droits de propriété intellectuelle. Voir l'intervention de Laurence Helfer à la *2007 Fordham Conference on Intellectual Property Law and Policy*. Voir aussi Laurence HELFER, *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, *Harvard International Law Journal* 2008, vol. 49, p. 1 disponible sur www.ssrn.com.

⁶³ Cass. 2.10.2007, arrêt N. 1072 FS-D (Hachette Filipacchi c. FIFA).

montage consacré aux résultats de la coupe du monde de football ne pouvait bénéficier de la même exemption. La ligne de partage est, on en conviendra, fine, et on peut penser que le droit d'auteur est poussé un peu loin. La Cour de cassation va néanmoins confirmer la motivation de la cour d'appel, en estimant que la re-production « ne participait pas à l'information du public mais relevait de l'exploitation de l'œuvre ». L'arrêt de la Cour de cassation semble reposer avant tout sur une pondération des droits fondamentaux : « attendu que le droit à l'information du public consacré par l'article 10 CEDH trouve ses limites dans le respect des autres droits protégés : qu'il en est ainsi des droits de propriété intellectuelle, biens au sens de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel ». Alors qu'on aurait pu s'attendre à ce que l'invocation de la nécessaire pondération avec les droits fondamentaux aboutisse à exonérer cet usage, l'appui sur les droits fondamentaux renforce apparemment les prétentions du titulaire du droit intellectuel. Un effet boomerang que l'application de la théorie de l'abus de droit (ou l'analyse plus fine des exceptions) aurait permis d'éviter ? La question reste ouverte.

*   *

Les principes généraux tels que celui de « l'abus de droit » ou de « la proportionnalité » sont des expressions fortes successivement forgées par la doctrine pour contenir le droit (ou le pouvoir). Les formules utilisées par la doctrine changent (sous la plume des « écrivains » du droit), mais leur fonction demeure, car ils articulent le droit (ou le pouvoir) à un principe de justice, celui de la juste mesure. En ce sens, « rien ne change, tout se transforme ».