

**PORTRAIT OF AUTHORS'
RIGHTS IN CRISIS**

Alexandra BENSAMOUN

Lecturer HDR,
University Paris-Sud 11
Director of the Master 2
New Properties Law,
Researcher, CERDI
(E.A. no. 3537)

**RETRATO DE UN DERECHO
DE AUTOR EN CRISIS**

Alexandra BENSAMOUN

Maître de conférences HDR,
Universidad Paris-Sud 11
Directora del Master 2
Droit des nouvelles propriétés
Investigadora en el CERDI
(EA n°3537)

“Through these few words, may we also inspire in others a little of the love that we have vowed to this new form of Law which, no matter what people say, is still Law, as Roman law understood it, and which consists above all in respecting the property of others, in giving each person their due.”

E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, 2nd ed., 1894, p. XI.

1. The idea of the law being in crisis has thrived since ancient times. As a human creation, it was said at the time to be temporal and necessarily relative. The reasons have evolved but, even today, the crisis of enacted laws, and

«Ojalá podamos nosotros también con estas pocas palabras inspirar un poco del amor que hemos dado a esta nueva forma del Derecho, que, dígase lo que se quiera, sigue siendo efectivamente el Derecho, tal y como lo entendía la ley romana y que consiste ante todo a respetar la propiedad ajena, a dar a cada uno lo suyo».

E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, 2^a ed., 1894, p. XI.

1. *La idea según la cual la ley estaría en crisis prospera ampliamente desde la Antigüedad. Creación humana, se calificaba entonces de temporal, forzosamente relativa. Los motivos han evolucionado, pero todavía hoy la*

PORTRAIT D'UN DROIT D'AUTEUR EN CRISE

Alexandra BENSAMOUN

Maître de conférences HDR, Université Paris-Sud 11
Directeur du Master 2 *Droit des nouvelles propriétés*
Chercheur au Cerdi (EA n°3537)

«Pussions-nous aussi par ces quelques mots inspirer à d'autres un peu de l'amour que nous avons voué à cette nouvelle forme du Droit, qui, quoi qu'on dise, reste bien le Droit, tel que l'entendait la loi romaine et qui consiste avant tout à respecter la propriété d'autrui, à rendre à chacun le sien».

E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, 2^e éd., 1894, p. XI.

1. L'idée selon laquelle la loi serait en crise prospère largement depuis l'Antiquité. Création humaine, on la disait alors temporelle, nécessairement relative. Les motifs ont évolué mais aujourd'hui encore, le constat doctrinal

more broadly of law, is regularly noted by legal theory. *Droit d'auteur*, the law of authors' rights, does not escape the verdict¹. What is more, the term crisis - a phase that is supposed to be temporary - has taken on an enduring, almost inevitable connotation. From a perilous but decisive change of circumstances, a crisis has become a predominantly negative, pessimistic concept. For example, legal theory has lamented the decline of positive law, its failings, its vicissitudes, its irregularities or again its indigestible character². This may be regarded as just perpetual nostalgia for the old law. This view may also be contested as being insignificant and the crisis seen as reflecting a simple change in the normative landscape, because the law is evolving. Therefore, the fact that the law is in crisis is not necessarily criticisable. On the contrary, a state of crisis is even at times a desirable one and necessary for the emergence of a reinvigorated law.

At the same time, however, no one can be unaware of the dispersion of the law's sources, forms and venues. Similarly, no one can be unaware of the inflation of legislation, which translates into both a proliferation and instability of the legal norms. Lastly, no one can be unaware of the fact that the normative glut has led to the devaluation of law, illustrated among other things by the deterioration in the standard of legislative drafting to the point of the inclusion of non-normative provisions, or the growing influence of pressure groups which modify the art of lawmaking and even attempt to shape legal decisions. Under the effect of both intrinsic and extrinsic factors, the crisis of law is thus becoming a crisis of confidence and there is growing doubt as to its ability to regulate human conduct in a fair and equitable manner.

constatación doctrinal de la crisis de la ley, y más generalmente del derecho, es habitual. El derecho de autor no escapa a la sentencia¹. Además, la crisis, que se supone pasajera, ha tomado un cariz perenne, casi ineluctable. De cambio de estado, peligroso pero decisivo, la crisis se ha convertido en un concepto mayoritariamente negativo, pesimista. La doctrina ha denunciado así la decadencia del derecho positivo, sus defectos, sus vicisitudes, sus desórdenes o también su carácter indigesto². Puede verse en eso solamente la perpetua nostalgia de la ley antigua. También se puede discutir ese sentimiento, por carecer de significado, e identificar en esta crisis una simple evolución del paisaje normativo, puesto que el derecho es movimiento. Por eso la circunstancia de que el derecho esté en crisis no es forzosamente criticable. Al contrario, la crisis es incluso a veces un estado deseable y necesario para la emergencia de un derecho con un vigor renovado.

Sin embargo, tampoco pueden ignorarse la dispersión de las fuentes, de las formas y de los lugares del derecho. Ni la inflación legislativa que se traduce a la vez por una proliferación y una inestabilidad de las normas. En fin, no se puede ignorar, como consecuencia de la sobreadundancia normativa, ilustrada en particular por la degradación de la escritura legislativa, la aparición de disposiciones no normativas, o la influencia creciente de grupos de presión que influyen el arte legislativo e intentan incluso modelar la decisión judicial. Bajo el efecto de elementos a un tiempo intrínsecos y extrínsecos, la crisis del derecho se convierte así en crisis de confianza y se llega hasta a dudar de su aptitud para encuadrar de forma justa y equitativa las conductas humanas.

de la crise de la loi, et plus largement du droit, est régulier. Le droit d'auteur n'échappe pas à la sentence¹. De plus, la crise, phase censée être passagère, a pris une tournure pérenne, presque inéluctable. De changement d'état périlleux mais décisif, la crise est devenue un concept majoritairement négatif, pessimiste. La doctrine a ainsi dénoncé le déclin du droit positif, ses travers, ses vicissitudes, ses dérèglements ou encore son caractère indigeste². On peut y voir seulement la nostalgie perpétuelle pour la loi ancienne. On peut aussi contester ce sentiment, comme non signifiant, et identifier dans cette crise une simple évolution du paysage normatif, car le droit est mouvement. Aussi la circonstance que le droit est en crise n'est-elle pas nécessairement critiquable. Au rebours, la crise est même parfois un état souhaitable et nécessaire à l'émergence d'un droit revigoré.

Cependant, on ne peut non plus ignorer la dispersion des sources, des formes et des lieux du droit. On ne peut ignorer encore l'inflation législative qui se traduit tout à la fois par une prolifération et une instabilité des normes. On ne peut ignorer enfin, conséquence de la surabondance normative, la dévaluation du droit, illustrée notamment par la dégradation de l'écriture législative, jusqu'à l'apparition de dispositions non-normatives, ou l'influence croissante des groupes de pression qui infléchissent l'art législatif et tentent même de modeler la décision judiciaire. Sous l'effet d'éléments à la fois intrinsèques et extrinsèques, la crise du droit devient ainsi crise de confiance et on en vient à douter de son aptitude à encadrer de manière juste et équitable les conduites humaines.

In the light of these considerations, it appears that the crisis of law is a protean concept. At times a state, at others an ill, but always necessary for transformation, a crisis reveals both the failings and the virtues of law. Today the law of authors' rights certainly seems to be in the grip of such a crisis. Stifled by European legislation, attacked by other "rights", denigrated by the business world, exposed to public condemnation, delegitimised, disembodied, undermined from within, it is foundering. However, this descent should also be viewed as announcing an impending renaissance. Indeed, the facts could even be read to the opposite effect, not as the sign of degeneration but as testimony to the powers of adaptation and survival of a law capable of withstanding the most vehement onslaughts.

2. The law of authors' rights is no longer the sublime protector of the Arts. Literary and artistic property has ceased to be "the most sacred, the most legitimate, the most unattackable [...] of all properties" as declaimed by Le Chapelier on the adoption of the legislative decree of 1791, or "of all properties, the least able to be contested", celebrated by Lakanal during the discussion on the decree of 1793. It has become usual for commentators – not all of them jurists, moreover – to have little praise for authors' rights: it is said that they are unsuited to the times, that they are too restrictive, even that they kill freedom. And it is said that they prevent access to knowledge – as if knowledge and authors' rights had just appeared and as if knowledge was necessarily conveyed by works...

A la luz de estas consideraciones, resulta que la crisis del derecho es un concepto protéico. Unas veces se trata de un estado, otras de un mal, es siempre necesaria para la transformación; la crisis revela al mismo tiempo los defectos y las virtudes del derecho. Hoy en día, el derecho de autor parece efectivamente atravesar tal crisis. Sumergido por la norma europea, atacado por otros «derechos», denigrado por el mundo de los negocios, entregado a la venganza popular, deslegitimado, desencarnado, roído desde el interior, naufraga. Pero este declive debe considerarse también como el anuncio de un próximo renacimiento. De hecho, la historia podría leerse incluso al revés, no como un signo de degeneración, sino como el testimonio de las facultades de adaptación y de sobrevivir de un derecho capaz de resistir a los asaltos más vebementes.

2. *El derecho de autor ya no es el sublime protector de las Artes. Ha dejado de ser "la más sagrada, la más legítima, la más inatacable (...) de todas las propiedades", declamada por Le Chapelier con ocasión de la adopción del decreto-ley de 1791, o "de todas las propiedades, la menos susceptible de discusión", celebrada por Lakanal en la discusión sobre el decreto-ley de 1793. Los comentaristas – y que además no eran todos juristas – han cogido la costumbre de ser poco laudatorios a su respecto: se dice que es inadaptado para su época, demasiado apremiante, e incluso liberticida. Impediría el acceso al conocimiento – como si el saber y el derecho de autor acabasen de hacer su aparición, como si el saber tuviera forzosamente por vector la obra...*

À la lumière de ces considérations, il apparaît que la crise du droit est un concept protéiforme. Tantôt état, tantôt mal, toujours nécessaire à la transformation, la crise révèle à la fois les défauts et les vertus du droit. Aujourd'hui, le droit d'auteur paraît bien en proie à une telle crise. Etouffé par la norme européenne, attaqué par d'autres «droits», dénigré par le monde des affaires, livré à la vindicte populaire, délégitimé, désincarné, rongé de l'intérieur, il sombre. Mais cette descente doit aussi être envisagée comme l'annonce d'une prochaine renaissance. En fait, l'histoire pourrait même être lue à l'inverse, non pas comme le signe d'une dégénérescence, mais comme le témoignage des facultés d'adaptation et de survie d'un droit capable de résister aux assauts les plus véhéments.

2. Le droit d'auteur n'est plus ce sublime protecteur des Arts. Il a cessé d'être «la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable [...] de toutes les propriétés», déclamée par Le Chapelier à l'occasion de l'adoption du décret-loi de 1791, ou encore celle «de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestations», célébrée par Lakanal lors de la discussion sur le décret-loi de 1793. Les commentateurs – pas tous juristes de surcroît – ont pris l'habitude d'être peu laudatifs à son sujet: on le dit inadapté à son époque, trop contraignant, voire liberticide. Il empêcherait l'accès à la connaissance – comme si le savoir et le droit d'auteur venaient d'apparaître, comme si le savoir avait obligatoirement l'œuvre pour vecteur...

It has to be said that certain factors do not speak in their favour. In particular, the exceptions – the public's breathing spaces and fragile areas of compromise that also enable the reserved acts to be accepted by society – are being given a rough handling. For example, the rebirth of the three-step test, now incorporated in Article L. 122-5³ of the Intellectual Property Code (IPC) and constituting an additional filter common to all the exceptions, the trend towards the contractualisation of the exceptions⁴, the rule prohibiting the circumvention of technological protection measures – and thus the legal protection of technological protection systems imposed by France's international commitments – or again the progressive extension of the remuneration for private copying to all works and digital formats all contribute to creating a feeling of over-reservation or even of protection to the point of abuse, and thus a feeling that is necessarily a factor in the tendency to call the discipline into question. Legal theory rightly denounces “the irresistible rise of intellectual properties”⁵ or again the “irresistible decline of the public domain in intellectual property law”⁶. It raises the question of the confusion of genres that leads to a tendency to transcend the boundaries between the private sphere and the public sphere⁷.

Apart from their legitimacy, even their usefulness is doubted. Authors' rights, it is claimed, are no longer necessary to guarantee the proprietary situation of rightholders. It has been proposed, for example, that they be replaced by contracts, the binding force of which can create a monopoly, combined with technological protection measures as a way of offsetting the relative effect of contracts and of guaranteeing application *erga omnes*⁸.

Hay que decir que algunos elementos no militan en su favor. En particular, las excepciones, paréntesis de respiración para el público, frágiles lugares de equilibrio que permiten también la aceptación social de la reserva, son maltratadas. Así, el renacimiento de la triple prueba, ahora integrada en el artículo L. 122-5³ del Código de la propiedad intelectual (CPI) y que constituye un filtro suplementario y común para todas las excepciones, la tendencia contractualista para tratar las excepciones⁴, la prohibición de violar las medidas técnicas de protección –y por lo tanto la protección jurídica de la protección técnica, impuesta por nuestros compromisos internacionales- o también la extensión progresiva de la remuneración por copia privada al conjunto de obras y soportes numéricos contribuyen a un sentimiento de que la reserva es excesiva, e incluso de que la protección es abusiva, sentimiento que no puede sino contribuir a que se ponga en tela de juicio la disciplina. La doctrina denuncia con razón “la irresistible ascensión de las propiedades intelectuales”⁵ o también “la irresistible decadencia del dominio público en derecho de la propiedad intelectual”⁶. Se interroga sobre la mezcla de géneros que lleva a trascender las fronteras entre la esfera privada y la esfera pública⁷.

Y se duda de su legitimidad y, al lado, incluso de su utilidad. El derecho de autor ya no sería necesario para garantizar la situación de propietario del titular de los derechos. Se ha propuesto así sustituirlo por el contrato, cuya fuerza obligatoria puede llevar a la constitución de un monopolio, asociado a las medidas técnicas de protección, que permiten paliar el efecto relativo del contrato y asegurar su alcance erga omnes⁸.

Il faut dire que certains éléments ne plaident pas en sa faveur. En particulier, les exceptions, parenthèses de respiration pour le public, fragiles lieux d'équilibre qui permettent aussi l'acceptation sociale de la réservation, sont malmenées. Ainsi, la renaissance du triple test, désormais intégré à l'article L. 122-5³ du Code de la propriété intellectuelle (CPI) et qui constitue un filtre supplémentaire et commun à toutes les exceptions, le mouvement de contractualisation des exceptions⁴, l'interdiction de contourner les mesures techniques de protection – et donc la protection juridique de la protection technique, imposée par nos engagements internationaux – ou encore l'extension progressive de la rémunération pour copie privée à l'ensemble des œuvres et des supports numériques contribuent à un sentiment de surréservation, voire de protection abusive, sentiment qui ne peut que concourir à la remise en cause de la discipline. La doctrine dénonce avec raison «l'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles»⁵ ou encore «l'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle»⁶. Elle s'interroge sur le mélange des genres qui conduit à transcender les frontières entre la sphère privée et la sphère publique⁷.

Et à côté de sa légitimité, on doute même de son utilité. Le droit d'auteur ne serait plus nécessaire pour assurer la situation propriétaire du titulaire des droits. Il a ainsi été proposé de le remplacer par le contrat, dont la force obligatoire peut conduire à la constitution d'un monopole, associé aux mesures techniques de protection, lesquelles permettent de pallier l'effet relatif du contrat et d'assurer la portée *erga omnes*⁸.

3. Therefore, the current climate⁹ is not in favour of authors' rights. It is for free use of works, for unimpeded enjoyment of all "cultural products" and for "having and knowing everything" quickly and without charge. The favoured cliché is the right of access to culture, knowledge and the Internet; this is the age of sharing communities, and what does it matter if authors have to shoulder these new values! Yet why should those property owners who happen to be authors suddenly have to bow to the latent requirement of a free public service for the benefit of users? Have they become, as one Senator put it, the "milch cows" of the cultural and social policies of States? Why should authors' rights now give way to other interests? Are creators no longer worthy of protection? What error or fault are they accused of committing to explain this relegation to the sidelines?

4. Yet it should be remembered that authors' rights came into being in the wake of the French Revolution with an assigned objective, which was to protect creation. Moreover, the legitimacy of the reserved rights has always seemed obvious on the international scene. Throughout the world, lawmakers understood that the only way of *encouraging* creation was to protect it through a monopoly¹⁰. From this angle, the US Constitution speaks volumes: "The Congress shall have power [...] to promote the progress of science [...] by securing for limited times to authors [...] the exclusive right to their [...] writings [...]"¹¹.

France shared this view and an approach *in favorem auctoris*, nurtured by the reflections of the Enlightenment

3. *Los aires que corren hoy⁹ no son pues ya favorables al derecho de autor. Lo que se lleva es la utilización libre de las obras, el disfrute sin trabas de todos los "productos culturales", el "ver todo – saber todo", rápida y gratuitamente. El tópico que está de moda es el del derecho de acceso a la cultura, al conocimiento y a Internet, ha llegado la hora de las comunidades que comparten. ¡Y poco importa si es el autor el que debe soportar esos nuevos valores! ¿Pero por qué súbitamente los propietarios que son los autores deberían someterse a la exigencia latente de servicio público gratuito en beneficio de los usuarios? ¿Se habrían convertido, según las palabras de un senador, en las "vacas lecheras" de la política social y cultural de los Estados? ¿Ya no es el creador digno de protección? ¿Qué error, qué falta puede imputársele para explicar que se elimine así?*

4. *Se recordará sin embargo que el derecho de autor nació, justo después de la Revolución Francesa, con un objetivo designado: proteger la creación. La legitimidad de la reserva ha parecido además siempre evidente en la escena internacional. En todo el mundo, los legisladores comprendieron que la única manera de incitar a la creación era protegerla con un monopolio¹⁰. Desde ese punto de vista, la Constitución americana es elocuente: "El Congreso tendrá el poder (...) de promover el progreso de la ciencia (...) garantizando por una duración limitada a los autores (...) el derecho exclusivo sobre sus escritos (...)"¹¹.*

Francia compartió ese propósito y una visión in favorem auctoris, alimentada con las reflexiones de los filósofos del siglo

3. L'air du temps⁹ n'est donc plus au droit d'auteur. Il est à l'utilisation libre des œuvres, à la jouissance sans entrave de tous les «produits culturels», au «tout voir – tout savoir», rapidement et gratuitement. Le poncif mis à l'honneur est celui du droit d'accès à la culture, à la connaissance et à l'Internet, l'heure est aux communautés de partage. Et peu importe si c'est à l'auteur de supporter ces nouvelles valeurs! Mais pourquoi donc subitement les propriétaires que sont les auteurs devraient-ils se soumettre à l'exigence latente de service public gratuit au profit des utilisateurs? Seraient-ils devenus, selon les mots d'un sénateur, les «vaches à lait» de la politique sociale et culturelle des États? Pourquoi donc, désormais, le droit d'auteur devrait-il s'effacer devant d'autres intérêts? Le créateur n'est-il plus digne de protection? Quelle erreur, quelle faute doit-on lui imputer pour expliquer cette mise à l'écart?

4. On se souvient pourtant que le droit d'auteur est né, au lendemain de la Révolution française, avec un objectif assigné: protéger la création. La légitimité de la réservation a d'ailleurs toujours paru évidente sur la scène internationale. Partout dans le monde, les législateurs ont compris que la seule façon d'*inciter* à la création était de la protéger par un monopole¹⁰. De ce point de vue, la Constitution américaine est éloquente: «Le Congrès aura le pouvoir [...] de promouvoir le progrès de la science [...] en assurant pendant des durées limitées aux auteurs [...] le droit exclusif sur leurs écrits [...]»¹¹.

La France a partagé ce dessein et une vision *in favorem auctoris*, nourrie des réflexions des philosophes des Lumières, a fini de donner à la matière

philosophers, ultimately gave the subject its direction. It has to be said that the revolutionary decrees were likely to have to deal with works of the *Marriage of Figaro* or *Magic Flute* sort... It is true that the expression “writings of all kinds” used in the decree of 1793 doubtless revealed from the outset the dual nature of authors’ rights¹². Nevertheless, there is no doubt that the object was primarily to protect “fine” art forms. In this respect, article 7 of the same decree also referred to “the heirs of the author of a work of literature or engraving, or of any other production of the mind or of genius belonging to the fine arts”.

So authors’ rights were directed towards an ideal, the aesthetic ideal, or at least towards the ideal of creation, and this was already very honourable. To encourage progress and the enrichment of the heritage was a noble intention.

Therefore, it is rather paradoxical to view authors’ rights as inhibiting knowledge. The fact is that this is no longer the age of the quest for beauty; this is the digital age. Indeed, the change of paradigm threatening authors’ rights is clearly apparent and digital technology has a lot to do with it¹³. Apart from the semantic changes (it is now common to talk of “files” and “information”), which undoubtedly impact on the image of authors’ rights, this universe has altered the perception of creation, thereby contributing towards a distorting view of it. The inclusion of computer software – a technical and utilitarian “tool-work” – within the sphere of authors’ rights (an expedient and fallback decision more than a legal one) has been devastating for the discipline. The ideal is no longer the creation but the function. In

de las Luces acabó dando a la materia su orientación. Hay que decir que los decretos-leyes revolucionarios eran susceptibles de tener que considerar Las Bodas de Fígaro, La Flauta Mágica... Es cierto que la expresión “escritos de todo género” utilizada en el decreto de 1793 revelaba sin duda desde el origen la doble naturaleza del derecho de autor¹². Pero no cabe duda que el objeto de la protección era, en primerísimo lugar, lo bello. En ese sentido, el artículo 7 del mismo texto aludía también a “los herederos del autor de una obra de literatura o de grabado, o de cualquier otra producción del espíritu o del ingenio que pertenecen a las bellas artes”.

Por eso el derecho de autor tendía hacia un ideal, el ideal estético, o por lo menos hacia el ideal de la creación, y eso era ya muy honorable. Es un noble empeño el de incitar al progreso, al enriquecimiento del patrimonio.

Es entonces algo paradójico ver en el derecho de autor un freno para el conocimiento. Es que la época ya no está por la búsqueda de lo bello, está por lo numérico. El cambio de paradigma que amenaza al derecho de autor se hace en efecto evidente y lo numérico no es ajeno a ello¹³. Por encima de las evoluciones semánticas – se habla de “ficheros” de “informaciones” –, que influyen sin duda en la imagen del derecho de autor, este universo ha modificado la percepción de la creación, contribuyendo a una visión que la desnaturaliza. La entrada del programa de ordenador, obra-herramienta, técnica y utilitaria, en el seno del derecho de autor – decisión de conveniencia y de repliegue más que jurídica – ha sido devastadora para la disciplina. El ideal ya no es la creación, sino la función. Además, la protección – incluso por un derecho especial – no contempla la forma ejecutada

son orientation. Il faut dire que les décrets-lois révolutionnaires étaient susceptibles d'avoir à connaître des *Noces de Figaro*, de *La flûte enchantée*... Certes, l'expression «écrits en tous genre» utilisée dans le décret de 1793 révélait sans doute dès l'origine la double nature du droit d'auteur¹². Mais il n'est pas douteux que l'objet de la protection était, au tout premier chef, le beau. En ce sens, l'article 7 du même texte visait également «les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature et de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie qui appartiennent aux beaux-arts».

Aussi le droit d'auteur tendait-il vers un idéal, l'idéal esthétique, à tout le moins vers l'idéal de la création, et c'était déjà très honorable. Noble dessein que celui d'inciter au progrès, à l'enrichissement du patrimoine.

Dès lors, il y a quelque paradoxe à voir dans le droit d'auteur un frein à la connaissance. C'est que l'époque n'est plus à la quête du beau, elle est au numérique. Le changement de paradigme qui menace le droit d'auteur apparaît en effet d'évidence et le numérique n'y est pas étranger¹³. Au-delà des évolutions sémantiques – on parle de «fichiers», d'«informations» –, qui influent sans conteste sur l'image du droit d'auteur, cet univers a modifié l'appréhension de la création, contribuant à une vision dénaturante de celle-ci. L'entrée du logiciel, œuvre-outil, technique et utilitaire, dans le giron du droit d'auteur – décision d'opportunité et de repli plus que juridique – a été dévastatrice pour la discipline. L'idéal n'est plus la création, mais la fonction. En outre, la protection – même par un droit spécial – ne vise pas la forme

addition, the protection – even by a special law – is not directed at the software program's executed form but its executable form: the flowchart, the object code, the source code, the logical interface. Beauty has been replaced by a succession of 0s and 1s characteristic of binary language. At the same time, ineptitude was taken to the point of granting these very peculiar and rapidly obsolete works the same term of protection as all the others and establishing in this way a degree of approximation.

Software, digitisation, digital: the confusion (or short cut) is easy and then it is the whole copyright of software firms that tends to blight the general law of authors' rights, increasing the challenges and exacerbating the tensions. Yet what seemed logical for a tool-work – the *de lege* devolution of the economic rights to the employer, a descriptive exploitation monopoly limited by users' rights and moral rights reduced to their simplest expression – is not so for a traditional work. Moreover, it should be remembered that it was indeed in connection with a computer program that the Court of Cassation in its most solemn formation provided a more objective definition of originality¹⁴, based on the law of 1957. The phenomenon of contamination – and thus of calling authors' rights into question – is all the more dangerous as the networks permit a volatility of circulated works that is hard to control.

5. While the reservation and, consequently, the sanction for non-compliance were accepted when authors' rights retained their kinship with beauty or fine art forms and when they still represented, at least in the

del programa, sino la forma ejecutable: el organigrama, el código objeto, el código fuente, la interfaz lógica. Lo bello ha sido sustituido por una sucesión de 0 y de 1, propia del lenguaje binario. Al mismo tiempo, la ineptitud se ha llevado hasta conceder a esas obras tan particulares y tan rápidamente obsoletas la misma duración de protección que para todas las demás, realizando así cierta asimilación.

Programa, numerización, numérico: la confusión (o la simplificación) es fácil y todo el derecho de la empresa de programación informática tiende a gangrenar el derecho común del derecho de autor, aumentando los litigios, exacerbando las tensiones. Ahora bien, lo que parecía lógico para una obra-herramienta – atribución de lege de los derechos patrimoniales al empleador, un monopolio de explotación descriptivo y limitado por derechos de los usuarios, derechos morales reducidos a su más simple expresión- no lo es para una obra clásica. Se recordará además que fue la formación más solemne del Tribunal Supremo, a propósito efectivamente de un programa de ordenador, y sobre la base de la ley de 1957, quien dio una definición más objetiva de la originalidad¹⁴. El fenómeno de contaminación – y por lo tanto el hecho de poner en tela de juicio el derecho de autor – es tanto más peligroso cuanto que las redes permiten una volatilidad difícilmente controlable de las obras puestas en circulación.

5. Ahora bien, si se aceptaba la reserva y, por eso mismo, la sanción en caso de vulneración cuando el derecho de autor conservaba su parentesco con lo bello, cuando aún perseguía, por lo menos en el inconsciente colectivo, la búsqueda de un

exécutée du logiciel, mais sa forme exécutable: l'organigramme, le code objet, le code source, l'interface logique. Le beau a été remplacé par une suite de 0 et de 1, propre au langage binaire. En même temps, l'ineptie a été poussée jusqu'à accorder à ces œuvres si particulières et si rapidement obsolètes la même durée de protection que toutes les autres, opérant ainsi un certain rapprochement.

Logiciel, numérisation, numérique: la confusion (ou le raccourci) est facile et c'est tout le droit de l'entreprise du logiciel qui tend à gangréner le droit commun du droit d'auteur, augmentant les contestations, exacerbant les tensions. Or ce qui semblait logique pour une œuvre-outil – la dévolution *de lege* des droits patrimoniaux à l'employeur, un monopole d'exploitation descriptif et limité par des *droits* des utilisateurs, des droits moraux réduits à leur plus simple expression – ne l'est pas pour une œuvre classique. On se souvient d'ailleurs que c'est bien au sujet d'un logiciel, et sur le fondement de la loi de 1957, que la formation la plus solennelle de la Cour de cassation a fourni une définition plus objective de l'originalité¹⁴. Le phénomène de contamination – et donc de remise en cause du droit d'auteur – est d'autant plus dangereux que les réseaux permettent une volatilité difficilement contrôlable des œuvres mises en circulation.

5. Or, si l'on acceptait la réservation et, par là même, la sanction en cas de transgression lorsque le droit d'auteur conservait sa parenté avec le beau, lorsqu'il poursuivait encore, au moins dans l'inconscient collectif, la

collective unconscious, the pursuit of an ideal, the same is no longer true today. This is not just the digital age; it is also the age of contradiction, if not denial.

Voices challenge the control exercised by authors over their works, proposing, during the passage of the Law of 1 August 2006 on authors' rights and related rights in the information society, known as the "DADVSI law"¹⁵, a "blanket licence" or a "participating contribution"¹⁶ to deal with the peer-to-peer problem. The demonisation of authors' rights has infected Members of Parliament, some of them denouncing the stigmatisation of behaviour which remains harmless in a few isolated cases, or again the disproportionate nature of the penalties faced by young people, turning today's youth into delinquents. The idea was to free acts of making available for non-commercial purposes and specifically exchanges of works between private individuals on digital networks using dedicated peer-to-peer software. So the blanket licence would remove any possibility of infringement on the Internet in exchange for financial compensation. But surely the exclusive right's replacement by a right to remuneration would be far too contrary to the principles on which authors' rights are based? It could be analysed as "partial expropriation for reasons of private usefulness"¹⁷, which would be difficult to reconcile with France's international commitments¹⁸, not to mention the obviously inadequate amount of revenue that would be generated and the inextricable difficulties that its distribution would imply. More generally, it has to be acknowledged that this attempt obscures the real problem, namely the question of infringement by the public. Authors' royalties should not be viewed as an additional "cultural tax"¹⁹.

ideal, ya no ocurre lo mismo hoy en día. La época no sólo está por lo numérico, está también por la contradicción, e incluso la negación.

Se discute el control del autor sobre su obra, proponiendo, con ocasión de la votación de la ley del 1 de agosto de 2006, relativa al derecho de autor y a los derechos afines en la sociedad de la información, denominada "ley DADVSI"¹⁵, una "licencia global" o "contribución participativa"¹⁶ para poner remedio al problema del peer-to-peer. La demonización del derecho de autor ha contaminado a los parlamentarios, denunciando algunos la estigmatización de comportamientos que, aislados, son benignos, o también la desproporción de las sanciones a que se arriesga la juventud, que se convierte así en una juventud delincuente. La idea era liberar los actos de difusión cuya finalidad no es comercial, y más precisamente los intercambios de obras efectuados entre particulares por las redes numéricas y gracias a un programa dedicado denominado de par a par. Entonces la licencia global suprimiría toda posibilidad de fraude por Internet, contra una simple compensación financiera. Pero la sustitución del derecho exclusivo por un derecho a remuneración, ¿no atentaría excesivamente contra los principios de base del derecho de autor? Se podría analizar como una "expropiación parcial a causa de utilidad privada"¹⁷, lo cual es difícil de conciliar con los compromisos internacionales de Francia¹⁸, sin mencionar la insuficiencia evidente de los ingresos generados y las dificultades inextricables para el reparto. Y más generalmente, hay que admitir que esta tentativa oculta el verdadero problema: la cuestión del fraude del público. El derecho de autor no puede ser considerado como un "impuesto cultural"¹⁹ suplementario.

recherche d'un idéal, il n'en est plus de même aujourd'hui. L'époque n'est pas qu'au numérique, elle est aussi à la contradiction, voire au déni.

On conteste la maîtrise de l'auteur sur son œuvre, proposant, à l'occasion du vote de la loi du 1^{er} août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite «loi DADVSI»¹⁵, une «licence globale» ou «contribution participative»¹⁶ pour remédier au problème du *peer-to-peer*. La diabolisation du droit d'auteur a contaminé les parlementaires, certains dénonçant la stigmatisation des comportements qui, isolés, restent bénins ou encore la disproportion des sanctions risquées par la jeunesse, devenant ainsi une jeunesse délinquante. L'idée était de libérer les actes de diffusion à finalité non commerciale, plus précisément les échanges d'œuvres faits entre particuliers sur les réseaux numériques et grâce à un logiciel dédié dit de pair-à-pair. Aussi la licence globale supprimerait-elle toute possibilité de contrefaçon sur l'Internet, en échange d'une simple compensation financière. Mais la substitution du droit exclusif par un droit à rémunération ne serait-elle pas bien trop attentatoire aux principes qui fondent le droit d'auteur? On pourrait l'analyser comme une «expropriation partielle pour cause d'utilité privée»¹⁷, difficilement conciliable avec les engagements internationaux de la France¹⁸, sans compter l'insuffisance évidente des revenus générés et les difficultés inextricables de répartition. Et plus généralement, il faut convenir que cette tentative occulte le véritable problème: la question de la contrefaçon du public. Le droit d'auteur ne saurait être appréhendé comme un «impôt culturel»¹⁹ supplémentaire.

Similarly, voices challenge the scope of the monopoly and object to it by claiming “rights to”²⁰: the right to private copying, which has been rejected so far by the courts²¹; the public’s right to information, now a veritable set piece, which has likewise been dismissed by the courts²², but which led the legislature to create the new exception for the press in Article L. 122-5(9) IPC; the right to obtain a licence, based on competition law, in the name of the doctrine of essential facilities, accepted by the Court of Justice of the European Communities (now the Court of Justice of the European Union – CJEU)²³, whose case law is faithfully copied by our interpreters²⁴; the right to the Internet²⁵, even if it is in order to commit infringement; the right to culture, the right to knowledge, etc.

In a society that has long been adept at creating “subjective” rights (Professor Carbonnier spoke of the “law’s pulverisation into subjective rights”²⁶) and making them “fundamental”, there is no shortage of arguments to oppose any reservation of rights, or even any prohibition.

6. Sometimes the opposers even have unexpected faces. The norm or the normative intention more or less directly challenges the monopoly. In this respect, the Green Paper on *Copyright in the Knowledge Economy* clearly displays its desire to extend the exceptions along lines that would be more favourable to the dissemination of knowledge²⁷. Similarly, amendment 138 (or “Bono” amendment after the name of its initiator) to the proposal for a directive known as the “Telecoms Package”, adopted by the European Parliament in September 2008 provided, before it was modified, that “no

Se pone también en tela de juicio el campo del monopolio, reclamando “derechos a” para oponerse a él²⁰. Derecho a la copia privada, hasta ahora desestimado por los magistrados²¹. Derecho del público a la información, que se ha convertido en una verdadera figura retórica, igualmente descartado por los jueces²², pero que ha llevado al legislador a crear la nueva excepción de prensa del artículo L. 122-5, 9º del CPI. Derecho a obtener una licencia, en el terreno del derecho de la competencia, en nombre de la teoría de las facilidades esenciales, adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE)²³, cuya jurisprudencia es copiada con fidelidad por nuestros intérpretes²⁴. Derecho a Internet²⁵, incluso si es para acabar siendo culpable de fraude. Derecho a la cultura, derecho al saber...

En una sociedad que es desde hace mucho tiempo adepta a la concepción subjetiva de los derechos –el decano Carbonnier evocaría la “pulverización del derecho en derechos subjetivos”²⁶– y de su “fundamentalización”, no faltan argumentos para oponerse a cualquier reserva, e incluso a cualquier prohibición.

6. Los contradictores adoptan a veces incluso aspectos inesperados. La norma o la intención normativa pone en duda más o menos directamente el monopolio. En ese sentido, el Libro verde sobre El derecho de autor en la economía del conocimiento expone claramente su voluntad de extender las excepciones en un sentido más favorable a la difusión del conocimiento²⁷. Igualmente, la enmienda 138 (o “enmienda Bono”, por el nombre de su autor) al proyecto de directiva denominada “paquete Telecom”, adoptado por el Parlamento europeo en septiembre de 2008 preveía, antes de ser modificada, “que ninguna restricción a los derechos y

On conteste encore le champ du monopole, en réclamant des «droits à» pour s'y opposer²⁰. Droit à la copie privée, pour l'heure rejeté par les magistrats²¹. Droit du public à l'information, devenu une véritable clause de style, encore écarté par les juges²², mais qui a conduit le législateur à créer la nouvelle exception de presse de l'article L. 122-5, 9° du CPI. Droit à obtenir une licence, sur le terrain du droit de la concurrence, au nom de la théorie des facilités essentielles, retenue par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE, désormais Cour de Justice de l'Union européenne, CJUE)²³, dont la jurisprudence est fidèlement copiée par nos interprètes²⁴. Droit à l'Internet²⁵, même si c'est pour se rendre coupable de contrefaçon. Droit à la culture, droit au savoir...

Dans une société depuis longtemps adepte de la subjectivisation des droits – le doyen Carbonnier évoquerait la «pulvérisation du droit en droits subjectifs»²⁶ – et de leur «fondamentalisation», les arguments ne manquent pas de s'opposer à toute réservation, voire à toute interdiction.

6. Les contradicteurs prennent même parfois des visages inattendus. La norme ou l'intention normative conteste plus ou moins directement le monopole. En ce sens, le Livre vert sur *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance* affiche clairement sa volonté d'étendre les exceptions dans un sens plus favorable à la diffusion de la connaissance²⁷. De même, l'amendement 138 (ou «amendement Bono», du nom de son auteur) au projet de directive dite «paquet Télécom», adopté par le Parlement européen en septembre 2008, prévoyait, avant d'être modifié, «qu'aucune restriction aux

restriction may be imposed on the fundamental rights and freedoms of end users [of the Internet] without a prior ruling by the judicial authorities". Again in reaction to France's proposed solution to the problems of infringement on the Internet (which gave rise to the Law of 12 June 2009 fostering the dissemination and protection of creation on the Internet, known as the "HADOPI 1" law²⁸), the European Parliament had stated, in its recommendation of 26 March 2009, that citizens' access to the Internet "should not be punitively denied by governments or private companies", thereby reducing authors' rights to their economic dimension alone²⁹.

The members of the Constitutional Council yielded to the temptation themselves³⁰. In its decision of 10 June 2009³¹ censuring part (but a significant part) of the "HADOPI 1" law, the Council disapproved of the fact that the sanction would be pronounced by the newly created administrative authority and made freedom of communication, which "is all the more precious as its exercise is a condition of democracy", prevail over authors' rights without ever – and it is in this respect that the decision is open to criticism – conducting the announced proportionality test requiring that any restrictions on the exercise of a fundamental freedom be "necessary, appropriate and proportionate to the objective sought". That the "eviction of the courts" may appear disconcerting is one thing³²; that the Constitutional Council did not justify its decision in law is another. While it is perhaps reassuring that the jurisdiction of the

libertades fundamentales de los usuarios finales [de Internet] debe ser adoptada sin una decisión previa de la autoridad judicial". También para hacer eco al proyecto de solución francés de los problemas de fraude por Internet (que dio lugar a la ley del 12 de junio de 2009 para favorecer la difusión y la protección de la creación por Internet, denominada "HADOPI 1"²⁸), el Parlamento europeo había indicado, en su recomendación del 26 de marzo de 2009, que el acceso de los ciudadanos a Internet "no debería ser negado como una sanción por gobiernos o sociedades privadas", relegando al mismo tiempo el derecho de autor a su simple dimensión económica²⁹.

Los mismos jueces del Consejo Constitucional cedieron a la tentación³⁰. En su decisión del 10 de junio de 2009³¹, que censuraba parcialmente (pero de forma significativa) la "ley HADOPI 1", ese Consejo desaprobó que la autoridad administrativa independiente nuevamente creada pudiera pronunciar sanciones, e hizo triunfar la libertad de comunicación, "tanto más preciosa cuanto que su ejercicio es una condición de la democracia", sobre el derecho de autor, sin efectuar nunca – y es en este punto donde la decisión es criticable – la prueba de proporcionalidad anunciada y que implica que los perjuicios causados al ejercicio de una libertad fundamental sean "necesarios, adaptados y proporcionados al objetivo buscado". Que la "evicción del juez" pueda parecer desorientadora³² es una cosa, pero que el Consejo no justifique en derecho su decisión es otra. La competencia restablecida del juez judicial, guardián de las libertades individuales, es quizás tranquilizadora, pero no habría que olvidar que otras

droits et libertés fondamentales des utilisateurs finaux [de l'Internet] ne doit être prise sans décision préalable de l'autorité judiciaire». Toujours pour faire écho au projet de solution français aux problèmes de contrefaçon par l'Internet (qui a donné lieu à la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, dite «HADOPI 1»²⁸), le Parlement européen avait indiqué, dans sa recommandation du 26 mars 2009, que l'accès des citoyens à l'Internet «ne devrait pas être refusé comme une sanction par des gouvernements ou des sociétés privées», reléguant dans le même temps le droit d'auteur à sa seule dimension économique²⁹.

Les sages de la rue Montpensier eux-mêmes ont cédé à la tentation³⁰. Dans sa décision du 10 juin 2009³¹, censurant partiellement (mais de manière significative) la «loi HADOPI 1», le Conseil constitutionnel a désapprouvé le prononcé de la sanction par l'autorité administrative indépendante nouvellement créée et fait triompher la liberté de communication, «d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie», sur le droit d'auteur, sans jamais – et c'est en ce point que la décision est critiquable – se livrer au test de proportionnalité annoncé et qui nécessite que les atteintes portées à l'exercice d'une liberté fondamentale soient «nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi». Que «l'éviction du juge» puisse paraître déroutante³² est une chose, que le Conseil ne justifie pas en droit sa décision en est une autre. La compétence rétablie du juge judiciaire, gardien des libertés individuelles, est peut-être rassurante, mais il ne faudrait

judicial authorities, as the guardians of individual freedoms, has been restored, it should not be forgotten that other authorities, including the national data protection authority (CNIL), have power to impose sanctions on natural persons.

7. Yet no one is unaware of the fact that intellectual property rights have been raised to the rank of fundamental rights – admittedly in a laconic and unemphatic way – by the Charter of Fundamental Rights of the European Union³³, which is now binding because it has acquired the same legal value as the treaties³⁴ and could naturally be taken into consideration by the Court of Justice of the European Union (CJEU). The European Court of Human Rights has also attached intellectual property to the property right³⁵ enshrined in Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights³⁶. The French Constitutional Council likewise accepted in its foregoing decision of 10 June 2009 that “since 1789, the functions and conditions of exercise of the property right have undergone changes characterised by an extension of its ambit to new areas; included among them is the right granted to holders of authors’ rights and related rights to enjoy their intellectual property rights and to protect them within the framework defined by the law and by France’s international commitments; the fight against the infringing practices that are developing on the Internet is consistent with the objective of safeguarding intellectual property”.

8. Contrary winds... On the one hand, the force of authors’ rights is affirmed. On the other, they are submerged; attempts are made to annihilate them and deny them any legitimacy. But what has caused this

autoridades, y en particular la CNIL, disponen del poder de sancionar a personas físicas.

7. Sin embargo, nadie ignora que la propiedad intelectual ha sido elevada al rango de los derechos fundamentales, cierto es que de forma lacónica y con poco énfasis, por la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea³³, que es ahora de obligado cumplimiento puesto que ha adquirido el mismo valor jurídico que los tratados³⁴ y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) podrá naturalmente integrar. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha asociado también al derecho de propiedad³⁵, consagrado en el artículo 1 del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁶. Y el Consejo Constitucional ha reconocido también, en su citada decisión del 10 de junio de 2009, que “las finalidades y las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad han experimentado desde 1789 una evolución caracterizada por una extensión de su campo de aplicación a campos nuevos; que entre estos últimos, figura el derecho, para los titulares del derecho de autor y de derechos afines, de disfrutar de sus derechos de propiedad intelectual y de protegerlos en el marco definido por la ley y los compromisos internacionales de Francia; que la lucha contra las prácticas de fraude que se desarrollan en Internet responde al objetivo de salvaguardia de la propiedad intelectual”.

8. Vientos contrarios... Por un lado se afirma la potencia del derecho de autor, por el otro se le hunde, se trata de anularlo, se le niega cualquier legitimidad. ¿Pero cuáles son las fuentes, los orígenes del marasmo? ¿De dónde viene ese sentimiento

pas oublier que d'autres autorités, et notamment la CNIL, disposent de pouvoirs de sanctions à l'encontre de personnes physiques.

7. Pourtant, nul n'ignore que la propriété intellectuelle a été élevée au rang des droits fondamentaux, certes de façon laconique et peu emphatique, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³³, laquelle est désormais contraignante puisqu'elle a acquis la même valeur juridique que les traités³⁴ et dont la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) pourra naturellement se saisir. La Cour européenne des droits de l'homme l'a également rattachée au droit de propriété³⁵, consacré à l'article 1^{er} du Premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁶. Et le Conseil constitutionnel a encore reconnu, dans sa décision précitée du 10 juin 2009, que «les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont connu depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux; que, parmi ces derniers, figure le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France; que la lutte contre les pratiques de contrefaçon qui se développent sur Internet répond à l'objectif de sauvegarde de la propriété intellectuelle».

8. Vents contraires... D'un côté on affirme la puissance du droit d'auteur, de l'autre on le submerge, on cherche à l'annihiler, on lui dénie toute légitimité. Mais quelles sont les sources, les origines du marasme? D'où vient

dejected state? What has led to this diffuse feeling that authors' rights are in a bad way, that they are "in search of meaning"³⁷? The aim here is not to nurture an incantatory – and necessarily conservative – dimension of authors' rights or to reveal the cathartic virtues of degeneration in order to carry out a complete reconstruction, but rather to draw a portrait of a system of rights in crisis. Beyond merely ascertaining the fact, we also need to consider a few ways forward because, behind the tangible decline of authors' rights, there are doubtless the beginnings of a regeneration process, particularly as the opposition between times and voices is too simplified to be convincing. Greater dispassionateness should enable us to discover that French authors' rights – *droit d'auteur* – are still alive and that their foundations are still robust. The decline of recent legislative drafting should not lead us to forget the essential quality of the modern law on authors' rights or the lapidary vein that still irrigates the text. Similarly, if the content of the right is revealing weaknesses, the bedrock is still present and it is sufficient at times to remember this. The courts continue to be "interventionist" in this area, moderating the rigour of certain rules and innovating to find original solutions. The law of 1 August 2006 proved that the joint construction of authors' rights has not been abandoned³⁸. In other words, authors' rights may be threatened but they are not lost and, by highlighting their contradictions, this study also seeks to take part in their resurrection. It must be remembered that, although the term has become negative, even pejorative, a crisis is in fact only a temporary phenomenon, an acute stage of an illness which, moreover, often enables the patient to emerge stronger. It is through crises and oppositions that a

difuso de que el derecho de autor va mal, que anda en "búsqueda de sentido"³⁷? No se trata aquí de alimentar una dimensión embelesadora – y forzosamente conservadora- del derecho de autor, ni de revelar las virtudes catárticas de una degeneración para reconstruirlo todo. Se trata más bien de hacer el retrato de un derecho en crisis. Más allá de la simple constatación, habrá también que considerar algunas salidas. Puesto que tras la degeneración sensible del derecho de autor se inicia sin duda una regeneración. Tanto más cuanto que la oposición de las épocas y de las voces es demasiado simple para ser convincente. Más serenidad debe permitir descubrir que el derecho de autor francés está siempre vivo, que sus fundamentos son todavía vivaces. El declive de la literatura legislativa reciente no debe hacer olvidar la primera cualidad de la ley moderna sobre el derecho de autor, ni su vena lapidaria que sigue irrigando el texto. Igualmente, aunque el fondo del derecho revele algunos fallos, la base dura siempre está presente y a veces basta con acordarse de ello. El juez sigue mostrándose "intervencionista" en la materia, matizando el rigor de ciertas reglas, innovando para encontrar soluciones originales. La ley del 1 de agosto de 2006 demostró que no se ha abandonado la construcción conjunta del derecho de autor³⁸. Esto significa que aunque el derecho de autor esté amenazado, no está por eso perdido, y este estudio tiene también por ambición participar en su resurrección al poner de relieve sus contradicciones. Ya que hay que recordar que la crisis, aunque el término se haya convertido en algo negativo, y hasta peyorativo, no es de hecho sino un fenómeno temporal, un estado agudo de la enfermedad, que permite por otro lado con frecuencia construirse. Por la crisis, por las oposiciones, la persona (o el derecho) se construye. La evolución de la disciplina, en la encrucijada de la información,

ce sentiment diffus que le droit d'auteur va mal, qu'il est «en quête de sens»³⁷? Il ne s'agit pas ici de nourrir une dimension incantatoire – et nécessairement conservatrice – du droit d'auteur, ni de révéler les vertus cathartiques d'une dégénérescence pour tout reconstruire. Il s'agit plutôt de dresser un portrait, celui d'un droit en crise. Au-delà d'un simple constat, il faudra aussi envisager quelques issues. Car derrière la déliquescence tangible du droit d'auteur s'amorce sans doute une régénération. D'autant que l'opposition des époques et des voix est trop simplifiée pour être convaincante. Plus de sérénité doit permettre de découvrir que le droit d'auteur français est toujours vivant, que ses fondements sont encore vivaces. Le déclin de l'écriture législative récente ne doit pas faire oublier la qualité première de la loi moderne sur le droit d'auteur, ni sa veine lapidaire qui irrigue toujours le texte. De même, si le fond du droit révèle des faiblesses, le socle dur est toujours présent et il suffit parfois de s'en souvenir. Le juge continue de se montrer «interventionniste» en la matière, nuancant la rigueur de certaines règles, innovant pour trouver des solutions originales. La loi du 1^{er} août 2006 a prouvé que la construction conjointe du droit d'auteur n'est pas abandonnée³⁸. C'est dire que si le droit d'auteur est menacé, il n'est pas perdu et cette étude a aussi pour ambition, mettant en exergue ses contradictions, de participer à sa résurrection. Car il faut se souvenir que la crise, alors même que le mot est devenu négatif, voire péjoratif, n'est en fait qu'un phénomène temporaire, un état aigu de la maladie, qui permet d'ailleurs bien souvent de se construire. C'est par la crise, par les oppositions, que la personne (ou le droit) se fait. L'évolution de la discipline, au carrefour

person (or law) matures. The evolution of the discipline, at the junction of information, is inevitable and is not automatically to be criticised, by pure over-simplification. The revelation of a few disorders will perhaps provide a few ideas for correcting them. Thus the trouble affecting authors' rights is both outward, in the formulation (I) and inward, in the content (II).

I/ THE DEFECTIVE FORMULATION OF THE LAW

9. The law of authors' rights, the law of creation and of fine art, is also a fine law. The ideal in authors' rights was also legislative art. The law of 11 March 1957 is a real legislative monument. The legislative techniques are well thought out and placed in the service of a true legislative policy. Open instruments that give the law plasticity and establish a voluntary delegation of normative powers to the courts – for example, framework concepts and abstract definitions – juxtapose restrictive, closing processes like the exhaustive list of exceptions and the rules applicable to contracts of assignment. But even at the analytic level, the techniques used had their *raison d'être*, namely the protection of the creation and of the creator. Like the substance, the form had a sense and it enabled the law to evolve serenely, thanks to a dialogue between the legislature and the judiciary.

Of course, the pursuit of drafting perfection can always be challenged. The major reforms of family law in the 1960s and 1970s, known as the "Carbonnier laws", took legislative art to such a degree that some people

es ineluctable y no puede, por puro maniqueísmo, ser criticada automáticamente. La revelación de algunos desórdenes ofrecerá quizás algunas ideas para corregirlos. Así, la perturbación que afecta al derecho de autor es tanto aparente en la formulación (I), como sustancial, en el contenido (II).

I/ LA FORMULACION DEFECTUOSA DEL DERECHO

9. *El derecho de autor, derecho de la creación, derecho de lo bello, era también un bello derecho. Lo ideal en derecho de autor era también arte legislativo. La ley del 11 de marzo de 1957 es un verdadero monumento legislativo. Las técnicas legislativas están en ella bien pensadas y puestas al servicio de una verdadera política legislativa. Los instrumentos de apertura, que permiten una plasticidad del derecho y realizan una delegación voluntaria del poder normativo al juez – nociones marco, definiciones abstractas –, se encuentran junto a procedimientos de cierre, de restricción – lista exhaustiva de las excepciones, reglas aplicables al contrato de cesión. Pero incluso en lo analítico, las técnicas utilizadas tenían su razón de ser: la protección de la creación y del creador. La forma tenía un sentido, el mismo que el fondo, y esa forma permitió, gracias a un diálogo entre los poderes legislativo y judicial, la evolución serena del derecho.*

Es cierto que siempre se puede discutir la búsqueda de la perfección de la redacción. Las grandes reformas del derecho de la familia en los años 60-70, denominadas "leyes Carbonnier", llevaron el arte legislativo a tal grado que algunos

de l'information, est inéluctable et elle ne saurait par pur manichéisme, être automatiquement critiquée. La révélation de quelques désordres offrira peut-être quelques idées de corrections. Ainsi, le trouble qui affecte le droit d'auteur est tant apparent, dans la formulation (I), que substantiel, dans le contenu (II).

I/ LA FORMULATION DÉFECTUEUSE DU DROIT

9. Le droit d'auteur, droit de la création, droit du beau, était aussi un beau droit. L'idéal en droit d'auteur était également art législatif. La loi du 11 mars 1957 est un véritable monument législatif. Les techniques législatives y sont réfléchies et elles sont mises au service d'une véritable politique législative. Des instruments d'ouverture, qui permettent une plasticité du droit et réalisent une délégation volontaire du pouvoir normatif au juge – notions-cadres, définitions abstraites –, y côtoient des procédés de clôture, de restriction – liste exhaustive des exceptions, règles applicables au contrat de cession. Mais même dans l'analytique, les techniques utilisées avaient leur raison d'être: la protection de la création et du créateur. La forme avait un sens, le même que le fond, et elle a permis, grâce à un dialogue entre le législatif et le judiciaire, l'évolution sereine du droit.

Certes, on peut toujours contester la recherche de la perfection rédactionnelle. Les grandes réformes du droit de la famille dans les années 60-70, dites «lois Carbonnier», poussèrent l'art législatif à un degré tel que

criticised them for their excessive refinement, a thing we miss today because it is cruelly lacking in most legislative texts³⁹...

Again, it can of course be argued that the form is of lesser importance compared to the substance. However, this argument overlooks the fact that the form conveys the substance and that it can play a part in steering the interpretation in a given direction.

Yet, nowadays, who could tell the legislative objective in the field of authors' rights? Who could praise the drafting quality of the law? Long gone is the age of reflection and consensus. Long gone is the time when laws were written "with a trembling hand". The examples of this degeneration of the legislative word are numerous and are not due solely to the reforms imposed by Brussels. In an attempt to systematise them, it can be said that to the linguistic defects (A) affecting the drafting of the law can be added logical defects (B) concerning the organisation of the rules.

A – The Linguistic Defects

10. There are now numerous flaws in the law on authors' rights. These imperfections affecting the text undermine the principle of clarity and the objective, which has constitutional value, of the law's accessibility and intelligibility⁴⁰. Yet, according to the Constitutional Council's traditional case law, these requirements concerning the drafting quality of the law command that equivocal language be avoided. Furthermore, the Council now censures the excessive complexity of a law⁴¹. The law's comprehensibility⁴² depends on that quality. Admittedly, the law's

las criticaron por su excesivo refinamiento, cosa que hoy en día se echa de menos ya que la mayoría de los textos carecen cruelmente de él³⁹...

Es cierto también que se puede pensar que la forma tiene menor importancia que el fondo. Pero eso es olvidar demasiado de prisa que la forma es el vehículo del fondo y que puede participar a orientar su interpretación.

Ahora bien, ¿quién podría contar actualmente el objetivo legislativo en derecho de autor? ¿Quién podría alabar la calidad de la redacción de la ley? Está lejos el tiempo de la reflexión y del consenso. Está lejos el tiempo en que se legislaba "con mano temblorosa". Las ilustraciones de esta degeneración de la palabra legislativa son diversas y no se explican sólo por las reformas impuestas por Bruselas. Intentando sistematizarlas, puede decirse que a los defectos lingüísticos (A), que afectan la escritura legislativa, se añaden defectos lógicos (B), que conciernen la organización de las reglas.

A – Los defectos lingüísticos

10. Los defectos son ahora numerosos en la ley sobre el derecho de autor. Ahora bien, esas imperfecciones que afectan al texto ponen en tela de juicio el principio de claridad y el objetivo de valor constitucional de accesibilidad y de inteligibilidad de la ley⁴⁰. Esas exigencias de calidad de la redacción de la ley imponen, según la jurisprudencia tradicional del Consejo Constitucional, evitar fórmulas equívocas. Además, el Consejo sanciona ahora la excesiva complejidad de la ley⁴¹. La inteligibilidad de la ley⁴² tiene ese precio. Está claro que el perfecto entendimiento de la ley por el

certaines les critiquèrent pour leur excès de raffinement, mais que l'on regrette aujourd'hui, car la plupart des textes en manquent cruellement³⁹...

Certes encore, on peut penser que la forme a une moindre importance comparée au fond. Mais c'est bien vite oublier que la forme véhicule le fond et qu'elle peut participer à orienter l'interprétation.

Or, qui pourrait conter, à l'époque actuelle, l'objectif législatif en droit d'auteur? Qui pourrait louer la qualité rédactionnelle de la loi? Il est loin le temps de la réflexion et du consensus. Il est loin le temps où l'on légiférait «d'une main tremblante». Les illustrations de cette dégénérescence de la parole législative sont plurielles et elles ne tiennent pas seulement aux réformes imposées par Bruxelles. Tentant de les systématiser, on peut dire qu'aux défauts linguistiques (A), touchant l'écriture législative, s'ajoutent des défauts logiques (B), qui concernent l'agencement des règles.

A – Les défauts linguistiques

10. Les malfaçons sont désormais nombreuses dans la loi sur le droit d'auteur. Or, ces imperfections qui affectent le texte remettent en cause le principe de clarté et l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁴⁰. Ces exigences de qualité rédactionnelle de la loi imposent pourtant, selon la jurisprudence traditionnelle du Conseil constitutionnel, d'éviter les formules équivoques. En outre, le Conseil sanctionne désormais la complexité excessive de la loi⁴¹. La compréhensibilité de la loi⁴² est à ce prix. Certes, l'entendement parfait du droit par le profane

perfect understanding by lay persons – ignorance of the law is no excuse⁴³ – is a fiction because the law, in addition to being an act of language and an art⁴⁴, is also a science⁴⁵. However, the subject is all the more fundamental as it ought to be possible to invoke the law's quality in connection with the primary question of its constitutionality⁴⁶. In addition, there is now a risk that specialist jurists will become confused in the face of complex (1) or even incoherent (2) drafting of the law on authors' rights.

1/ Complex Drafting

11. Among the ills affecting the form of the law on authors' rights, particular reference should be made to the increasing complexity of the normative language. Legislative drafting is becoming too precise, indeed too technical.

Of course, the possible or desirable extent of the precision of a norm varies depending on the field involved⁴⁷ and it does not necessarily follow that asceticism is always the panacea. The Constitutional Council also understands the objective of the law's accessibility and intelligibility as a requirement of precision, although this does not preclude the adaptability and interpretability inherent in the application of a rule of general scope to specific situations. So the legislative style may vary, in a way, *ratione materiae*. Hence it has been said that the IPC uses more rigid formulations of the right in conjunction with flexible techniques. But whereas the approach served an objective or legislative policy in the modern law, it is now open to criticism. The precision comes with numerous defects: it is more akin to

profano – nadie puede ignorar la ley⁴³ – es una ficción ya que la ley, además de ser un acto de lenguaje y un arte⁴⁴, es también una ciencia⁴⁵. Pero el tema es tanto más fundamental cuanto que la calidad de la ley debería poder ser invocada en el marco de la cuestión prioritaria de constitucionalidad⁴⁶. Además, es ahora el jurista experimentado el que corre el riesgo de perderse frente a una escritura del derecho compleja (1), y hasta incoherente (2).

1/ Una escritura compleja

11. *Entre los males que afectan la forma del derecho de autor, hay que notar la complicación de la palabra normativa. La escritura legislativa se hace excesivamente precisa e incluso técnica.*

*Ciertamente el grado de precisión posible o deseable de una norma varía según el campo concernido⁴⁷ y no hay que decir que la ascesis sea siempre la panacea. El Consejo Constitucional entiende también el objetivo de accesibilidad y de inteligibilidad de la ley como una exigencia de precisión, lo cual no impide sin embargo el poder de adaptación y de interpretación inherente a la aplicación de una regla de alcance general a situaciones particulares. Por eso el estilo legislativo puede variar, en cierto modo, *ratione materiae*. En ese sentido, se ha dicho que el CPI utiliza, al lado de técnicas flexibles, formulaciones rígidas del derecho. Pero el enfoque, que en la ley moderna estaba al servicio de un objetivo, de una política legislativa, es hoy en día criticable. La precisión se adorna con numerosos defectos: se aparenta más a un desorden, a una confesión de debilidad, una desconfianza en el juez⁴⁸,*

– nul n'est censé ignorer la loi⁴³ – est une fiction car la loi, en plus d'être un acte de langage et un art⁴⁴, est aussi une science⁴⁵. Mais le sujet est d'autant plus fondamental que la qualité de la loi devrait pouvoir être invoquée dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité⁴⁶. De plus, c'est désormais le juriste averti qui risque de se perdre face à une écriture du droit d'auteur complexe (1), voire incohérente (2).

1/ Une écriture complexe

11. Parmi les maux qui affectent la forme du droit d'auteur, il faut relever la complexification de la parole normative. L'écriture législative se fait trop précise, voire technique.

Certes, le degré de précision possible ou souhaitable d'une norme varie selon le domaine concerné⁴⁷ et il n'est pas à dire que l'ascèse est toujours la panacée. Le Conseil constitutionnel entend aussi l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi comme une exigence de précision, ce qui n'empêche cependant pas le pouvoir d'adaptation et d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières. Aussi le style législatif peut-il varier, en quelque sorte, *ratione materiae*. En ce sens, on a dit que le CPI utilise, à côté de techniques souples, des formulations plus rigides du droit. Mais alors que la démarche était, dans la loi moderne, mise au service d'un objectif, d'une politique législative, elle est aujourd'hui critiquable. La précision se pare de nombreux défauts: elle

disorder, an admission of weakness, distrust of the courts⁴⁸, even pretence. It suggests more roaming than reflection. The legislative style speaks volumes in this respect: in their desire to regulate every detail and to delimit the rule with precision, the framers use more and more subordinate and parenthetical clauses. The recent laws thus cruelly belie the age-old ideal of drafting in which the model remains the Decalogue. Portalis said as much when he referred to the function of laws.

12. In this connection, while the “DADVSI law” increased the number of exceptions to the economic rights, as new areas of freedom offered to users, the construction is in *trompe-l’œil*. The precision of the provisions is matched only by their hesitancy and their fastidiousness, all of which contribute to their opacity.

The approach must be criticised, even if the result is that the monopoly is preserved for the most part⁴⁹. Firstly, it has been indicated that the exceptions are areas of conciliation which contribute towards society’s acceptance of authors’ rights. Secondly, and generally speaking, the law’s intelligibility should remain a legislative objective and hypocrisy is not a good method to achieve it, the more so as in other places, the framers dispensed with details that were needed. In particular, the question of the requirement of a lawful source to be able to benefit from the exception for private copying ought not to be left to the assessment of judges and legal scholars.

y hasta a un simulacro; depende más del vagabundeo que de la reflexión. El estilo legislativo es elocuente sobre este punto: en su voluntad de reglamentar el detalle, de cernir con precisión la regla, el redactor multiplica las oraciones subordinadas y las incidentes. Las leyes modernas desmienten así cruelmente el ideal de escritura, de tradición milenaria, cuyo modelo sigue siendo el decálogo. Portalis no decía otra cosa cuando evocaba el papel de la ley.

12. *En ese sentido, aunque la “ley DADVSI” multiplique las excepciones de los derechos patrimoniales, como otros tantos espacios de libertad ofrecidos al usuario, la construcción es engañosa. La precisión de las disposiciones sólo está igualada por su pusilanimidad, su detallismo, y el conjunto produce opacidad.*

Debe condenarse este enfoque, aunque el resultado sea que se preserve en gran parte el monopolio⁴⁹. Primero, se ha dicho que las excepciones son lugares de conciliación, que contribuyen a la aceptación social del derecho de autor. Después, y en general, la inteligibilidad de la ley debe seguir siendo un objetivo legislativo y las hipocresías no son un buen método en la materia. Tanto más cuanto que en otros sitios el legislador ha sido ecónomo en precisiones que sin embargo hubieran sido indispensables. En particular, la cuestión de la necesidad de una fuente lícita para beneficiar de la excepción por copia privada no debería dejarse a la apreciación de los jueces y de la doctrina.

s'apparente davantage à un désordre, un aveu de faiblesse, une défiance au juge⁴⁸, voire des faux-semblants; elle relève plus de l'errance que de la réflexion. Le style législatif est sur ce point éloquent: dans sa volonté de régler le détail, de cerner avec précision la règle, le rédacteur multiplie les subordinées et les incidentes. Les lois récentes démentent ainsi cruellement l'idéal d'écriture, de tradition millénaire, dont le modèle reste le décalogue. Portalis ne disait rien d'autre lorsqu'il évoquait l'office de la loi.

12. En ce sens, si la «loi DADVSI» a multiplié les exceptions aux droits patrimoniaux, comme autant de nouveaux espaces de liberté offerts à l'utilisateur, la construction est en trompe-l'œil. La précision des dispositions n'a d'égal que leur frilosité, leur pointillisme, l'ensemble participant de leur opacité.

La démarche doit être condamnée, même si le résultat est que le monopole est en grande partie préservé⁴⁹. D'abord, on a dit que les exceptions sont des lieux de conciliation, qui contribuent à l'acceptation sociale du droit d'auteur. Ensuite, et de manière générale, l'intelligibilité de la loi doit rester un objectif législatif et les hypocrisies ne sont pas de bonne méthode en la matière. D'autant qu'en d'autres endroits, le rédacteur a justement fait l'économie de précisions pourtant indispensables. Notamment, la question de la nécessité d'une source licite pour bénéficier de l'exception de copie privée ne devrait pas être laissée à l'appréciation des juges et de la doctrine.

For example, the educational exception, which is almost caricatural in its requirements, has been inserted in Article L. 122-5(3)*e* next to the exception for performance within a “family circle” (IPC, Art L. 122-5(1)) and the exception for “press reviews” (IPC, Art. L. 122-5(3)*b*). The law removes from the exclusive right “the representation or reproduction of extracts of works, with the exception of works conceived for educational use, music scores and works made for a digital edition of a written text, for the exclusive purpose of illustration for teaching and research, and excluding any play or recreational activity, provided that the public for whom the representation or the reproduction is intended is composed predominantly of pupils, students, teachers or researchers directly concerned, that the use of the representation or reproduction does not give rise to any commercial exploitation and that it is offset by remuneration negotiated on a lump sum basis, without prejudice to the transfer of the right of reproduction by reprography mentioned in Article L. 122-10”. To focus on just a few striking expressions in this provision, at what moment should it be considered that the use is not *exclusively* for illustration? What is a *directly* concerned researcher? Is the aim not supposed to be to encompass all the sciences, social sciences and hard sciences equally? Does the exclusion of *play* or *recreational* activities mean that learning through play is prohibited? Let’s remain serious...

To continue on the subject of the exceptions, the criteria for implementing the exception in favour of the disabled, described in no less than three paragraphs in Article L. 122-5(7) IPC,

Así, al lado de la excepción de representación en un “círculo familiar” (CPI, art. L. 122-5, 1º), o la excepción para “revistas de prensa” (art. L. 122-5, 3º, b), la excepción pedagógica, casi caricatural en sus exigencias, ha sido incluida en el artículo L. 122-5, 3º, e. La ley saca del monopolio “la representación o la reproducción de extractos de obras, a reserva de las obras concebidas con fines pedagógicos, las partituras musicales y las obras realizadas para una edición numérica de lo escrito, con fines exclusivos de ilustración en el marco de la enseñanza o de la investigación, con exclusión de cualquier actividad lúdica o recreativa, desde el momento en que el público al que esta representación o esta reproducción está destinada está compuesto mayoritariamente por alumnos, estudiantes, profesores o investigadores directamente concernidos, que la utilización de esta representación o esta reproducción no da lugar a ninguna explotación comercial y que está compensada por una remuneración negociada sobre una base global sin perjuicio de la cesión del derecho de reproducción por reprografía mencionado en el artículo L. 122-10”. Por no considerar más que algunas expresiones sobresalientes de la disposición, ¿En qué momento debe considerarse que la utilización de la obra no es realizada exclusivamente a título de ilustración? ¿Qué es un investigador directamente concernido? ¿No se supone que hay que abrirse a todas las ciencias, las humanas como las exactas? ¿La exclusión de la actividad lúdica o recreativa prohíbe aprender disfrutando? Seamos serios...

Siguiendo en el terreno de las excepciones, los criterios de aplicación de la excepción en favor de los discapacitados, descrita en no menos de tres párrafos en el artículo L. 122-5, 7º del CPI, han

Ainsi, à côté de l'exception de représentation dans un «cercle de famille» (CPI, art. L. 122-5, 1°) ou encore de l'exception de «revues de presse» (art. L. 122-5, 3°, *b*), l'exception pédagogique, presque caricaturale dans ses exigences, a été insérée à l'article L. 122-5, 3°, *e*. La loi extrait du monopole «la représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10». Pour ne s'attacher qu'à quelques expressions saillantes de la disposition, à quel moment doit-on considérer que la reprise n'est pas *exclusivement* réalisée à titre d'illustration? Qu'est-ce qu'un chercheur *directement* concerné? N'est-on pas censé s'ouvrir à toutes les sciences, humaines comme dures? L'exclusion de l'activité *ludique* ou *récréative* interdit-elle d'apprendre en s'amusant? Restons sérieux...

Poursuivant sur le terrain des exceptions, les critères de mise en œuvre de l'exception en faveur des personnes handicapées, décrite sur pas moins de trois alinéas à l'article L. 122-5, 7° du CPI, ont fini de transformer cette

have ended up by transforming this new limitation for a certain category of persons – like the one already established in favour of auctioneers – into an alibi. Thus “reproduction and representation [may be freely carried out] by legal entities and by establishments open to the public, such as libraries, archives, documentation centres and cultural centres of a multimedia kind, for strictly personal consultation of the work by persons suffering from one or more deficiencies of the motor, physical, sensory, mental, cognitive or psychological functions, whose level of incapacity is equal to or above a rate fixed by a Council of State decree, and who are recognised by the departmental specialised education committee, the careers guidance and placement technical committee or the disabled persons autonomy and rights commission mentioned in Article L. 146-9 of the Social Action and Families Code or recognised by a medical certificate as being prevented from reading after correction. Such reproduction and representation shall be carried out, for non-profit making purposes and to the extent required by the disability, by the legal entities and establishments mentioned in this paragraph, the list of which shall be determined by the administrative authority” (first paragraph). The text speaks for itself; its failings do not need to be pointed out and its length reveals quite enough of them, the more so as, in this case, the extreme precision is combined with technical language.

13. The Code contains more and more technical terms, which are not legal ones and are not easily accessible to jurists. To make the law intelligible (at least that is what the legislator believes), there is a “technological glossary”⁵⁰ to accompany it. For

acabado de transformar esta nueva limitación para una categoría – como lo es ya la dispuesta en favor de los subastadores – en una coartada. Así, es realizable libremente “la reproducción y la representación por personas morales y por los establecimientos abiertos al público, tales como bibliotecas, archivos, centros de documentación y espacios culturales multimedia, con vistas a una consulta estrictamente personal de la obra por personas afectadas por una o varias deficiencias de las funciones motrices, físicas, sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas, cuyo nivel de incapacidad es igual o superior a un porcentaje fijado por decreto en Consejo de Estado, y reconocidas por la Comisión departamental de la educación especializada, la Comisión técnica de orientación y de reclasificación profesional o la Comisión de derechos y de autonomía de las personas discapacitadas mencionada en el artículo L. 146-9 del Código de la acción social y familiar, o reconocidas por certificado médico incapaces de leer tras corrección ocular. Esta reproducción y esta representación son realizadas, con fines no lucrativos y en la medida requerida por la discapacidad, por las personas morales y los establecimientos mencionados en el presente párrafo, cuya lista establece la autoridad administrativa” (primer párrafo). El texto es elocuente, sus fallos no necesitan ser señalados, su longitud los revela lo bastante. Y más cuando como aquí la extrema precisión redundante de tecnicismo.

13. *El Código contiene cada vez más términos técnicos, no jurídicos, poco accesibles al jurista. Para hacer inteligible el derecho – o por lo menos así lo cree-, el legislador lo ha acompañado por un “glosario tecnológico”⁵⁰. Así el derecho de autor se ha enriquecido – o empobrecido-*

nouvelle limitation catégorielle – comme l'est déjà celle en faveur des commissaires-priseurs – en alibi. Est ainsi librement réalisable «la reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, dont le niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'État, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles, ou reconnues par certificat médical comme empêchées de lire après correction. Cette reproduction et cette représentation sont assurées, à des fins non lucratives et dans la mesure requise par le handicap, par les personnes morales et les établissements mentionnés au présent alinéa, dont la liste est arrêtée par l'autorité administrative» (1^{er} al.). Le texte est éloquent, ses défaillances n'ont pas besoin d'être pointées, sa longueur en dévoile bien assez. D'autant que la précision extrême se double ici de technicité.

13. Le Code contient de plus en plus de termes techniques, non juridiques, peu accessibles au juriste. Pour rendre le droit intelligible – enfin le croit-il –, le législateur l'a accompagné d'un «glossaire technologique»⁵⁰. C'est ainsi que le droit d'auteur s'est enrichi – ou appauvri – en 2006 du

example, the law on authors' rights was enriched – or impoverished – in 2006 by the verb “interoperate” (IPC, Art. L. 331-31(1)), meaning to make technological measures mutually compatible, and its noun “interoperability”, which is likewise defined⁵¹. The latter term is subsequently used in several provisions, generating in its wake equally florid technical definitions, as in the second paragraph of Article L. 331-32, for example, which reads: “Information essential to achieve interoperability shall mean the technical documentation and programming interfaces necessary to enable a technical device to access a work or subject matter protected by a technological measure and the attached information in electronic form, including in an open standard within the meaning of Article 4 of Law no. 2004-575 of 21 June 2004 for Confidence in the Digital Economy, in compliance with the conditions of use of the protected work or subject matter as originally determined”. The technicality is such that those in the intellectual field have no alternative but to take an interest in the technical side, not in the legal sense but in the technical (or technological) one, and specifically digital technology. It is true that jurists need a good knowledge of legal practice and the legal environment. It is also true that authors' rights in particular are very closely connected with technology; they even sprang in a way from technology to the extent that it was the – at the time – modern processes of reproduction (engraving, printing) and the end of the copyist monks that led to an awareness of the economic dimension of creation. However, between knowledge of the context and expertise in information technology, there is a divide that is simply known as “skill in the trade”...

en 2006 con el verbo “interoperar” (CPI, art. L. 331-31, 1º), que significa hacer mutuamente compatibles las medidas técnicas, y su sustantivo, “interoperabilidad”, también definido⁵¹. Este último es utilizado después en varias disposiciones, acarreado tras él definiciones técnicas igual de floreadas, como por ejemplo el 2º párrafo del artículo L. 331-32 que dispone: “Se entiende por informaciones esenciales para la interoperabilidad la documentación técnica y las interfaces de programación necesarias para permitir a un dispositivo técnico acceder, incluyendo en un estándar abierto en el sentido del artículo 4 de la ley nº 2004-575 del 21 de junio de 2004 para la confianza en la economía numérica, a una obra o a un objeto protegido por una medida técnica y a las informaciones en forma electrónica adjuntadas, en el respeto de las condiciones de utilización de la obra o del objeto protegido que han sido definidos originalmente”. El tecnicismo es tal que el intelectualista no tiene más remedio que interesarse en la técnica, ya no jurídica sino técnica (o tecnicista), precisamente numérica. Ciertamente que el jurista no puede dispensarse de tener un buen conocimiento de la práctica y del entorno del derecho. Y también es cierto que el derecho de autor muy especialmente está estrechamente vinculado a la técnica; en cierto modo, nació de ella, en la medida en que fueron los procedimientos entonces modernos de reproducción (grabado, imprenta) y el fin de los monjes copistas los que hicieron tomar conciencia de la dimensión económica de la creación. Sin embargo, entre un conocimiento del contexto y un dominio de la informática, hay un abismo que se llama simplemente “oficio”...

verbe «interopérer» (CPI, art. L. 331-31, 1^o), signifiant rendre mutuellement compatibles les mesures techniques, et de son substantif, «interopérabilité», également défini⁵¹. Ce dernier est ultérieurement repris dans plusieurs dispositions, entraînant dans sa suite des définitions techniques tout aussi fleuries, comme par exemple le 2^e alinéa de l'article L. 331-32 qui dispose : «On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder, y compris dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes, dans le respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine». La technicité est telle que l'intellectualiste n'a d'autre choix que de s'intéresser à la technique, non plus juridique mais technique (ou technicienne), précisément numérique. Certes, le juriste ne peut faire l'économie d'une bonne connaissance de la pratique et de l'environnement du droit. Certes encore, le droit d'auteur tout particulièrement est très lié à la technique; il en est même en quelque sorte né, dans la mesure où ce sont les procédés alors modernes de reproduction (gravure, imprimerie) et la fin des moines copistes qui ont fait prendre conscience de la dimension économique de la création. Cependant, entre une connaissance du contexte et une maîtrise de l'informatique, il y a un fossé que l'on nomme tout simplement «métier»...

The technicality sometimes leads to a process of cascading definitions that submerge the reader even further – and jurists often to a greater extent than lay persons – if that were necessary, giving one the impression of diving into a bottomless well. For a provision adopting such a process, consider Article L. 331-5 IPC which begins by laying down the rule of the protection of effective technological measures. The text goes on to define a technological measure, then an effective technological measure and concludes, in another few paragraphs, by excluding certain processes from the definition and clarifying by negative inference the objectives of the measure.

14. *“Omnis definitio in jure civili periculosa est...”*, warned the Digest. This warning was recalled in the official records of the Civil Code. Admittedly, the Napoleonic Code contained a number of definitions itself, but the idea of the requirement of the “right choice of words”⁵² was articulated. The legislator in 1957 had heeded these precepts; they have since been forgotten. Apart from the unreasonable multiplication of the definitions contained in the *corpus*, another worrying aspect is the proliferation of precise, technical provisions. “Maximum intellectual load in a minimum of words; the golden rule of definitions is density and reduction: *Multa paucis*”, wrote Professor Cornu⁵³. And that is not the only shortcoming of the manner of drafting in the law on authors’ rights. As a logical consequence of this first criticism, the voluble language often leads to incoherence.

Esta tecnicidad lleva a veces a utilizar un procedimiento definitorio en cascada, que sumerge todavía un poco más al lector – y más aún al jurista que al profano – por si fuera necesario, dando la impresión de caer en un pozo sin fondo. Adoptando este enfoque, hay que pensar en el artículo L. 331-5 del CPI que comienza por sentar la regla de protección de las medidas técnicas eficaces. El texto continúa definiendo lo que es una medida técnica, y luego una medida técnica eficaz, para acabar excluyendo, en varios párrafos más, determinados procedimientos de la definición y precisar, en negativo, los objetivos de la medida.

14. *“Omnis definitio in jure civili periculosa est...”, advertía el Digeste y recordaba las tareas preparatorias del Código civil. Es cierto que el Código Napoleón contenía cierto número de ellas, pero la idea de la exigencia de la “buena elección de las palabras”⁵² ya estaba sentada. El legislador de 1957 había escuchado esos preceptos, el siguiente los ha olvidado. Por encima de la multiplicación irrazonable de las definiciones en el corpus, hay que preocuparse también por la proliferación de disposiciones precisas y técnicas. “El máximo de carga intelectual, con un mínimo de palabras, la regla de oro de la definición es la densidad, la reducción: *Multa paucis*”, escribió el decano Cornu⁵³. Y no es este el único mal de que sufre el discurso legislativo en derecho de autor. Consecuencia lógica de este primer reproche, esas escrituras volútiles van a parar con frecuencia en la incoherencia.*

Cette technicité conduit parfois à utiliser un procédé définitoire en cascade, qui submerge encore un peu plus le lecteur – le juriste davantage, bien souvent, que le profane – s'il en était besoin, donnant l'impression de plonger dans un puits sans fond. Empruntant cette démarche, il faut songer à l'article L. 331-5 du CPI qui commence par poser la règle de protection des mesures techniques efficaces. Le texte poursuit en définissant une mesure technique, puis une mesure technique efficace, pour finir, sur plusieurs alinéas encore, par exclure certains procédés de la définition et préciser, en négatif, les objectifs de la mesure.

14. «*Omnis definitio in jure civili periculosa est...*», avertissait le Digeste et rappelaient les travaux préparatoires du Code civil. Certes, le Code Napoléon en contenait un certain nombre, mais l'idée de l'exigence du «bon choix des mots»⁵² était posée. Le législateur de 1957 avait entendu ces préceptes, le subséquent les a oubliés. Au-delà de la multiplication déraisonnable des définitions dans le *corpus*, c'est bien aussi de la prolifération des dispositions précises et techniques qu'il faut s'inquiéter. «Le maximum de charge intellectuelle, sous un minimum de mots, la règle d'or de la définition est la densité, la réduction: *Multa paucis*», écrivait le doyen Cornu⁵³. Et là n'est pas le seul mal du discours législatif en droit d'auteur. Conséquence logique de ce premier reproche, ces écritures volubiles versent bien souvent dans l'incohérence.

2/ Incoherent Drafting

15. The law's coherence reflects the same objective of ensuring its intelligibility. However, the law on authors' rights is now also built on poorly crafted provisions that create ambiguity.

16. This chaos in the law can be noted in the first place in the definition of the exploitation monopoly. It is well known that the modern legislator chose a synthetic and open-ended conception of the exploitation monopoly. The entire monopoly is described through two abstract definitions which, in addition, use the exemplary technique. The reproduction right and the representation right are thus presented as prerogatives of a category of persons encompassing every possible act of exploitation. Hence the reason why the courts could censure unauthorised rental of a work, by placing it within the sphere of the reproduction right⁵⁴, when the French legislator had not transposed the "Rental and Lending" Directive, taking the view that French domestic law already complied with the European norm. The issue came up again with the "Information Society" Directive of 22 May 2001⁵⁵ which required recognition of a distribution right. Defined as "for authors, in respect of the original of their works or of copies thereof, the exclusive right to authorise or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise" (Art. 4.1), the distribution right is also subject to exhaustion. In other words, the first commercial distribution of a copy could be said to use up the prerogative.

2/ Una escritura incoherente

15. *La coherencia del derecho corresponde al mismo objetivo de inteligibilidad de la ley. Ahora bien, el derecho de autor se nutre ahora de disposiciones de mala factura, lo cual provoca equívocos.*

16. *Este caos se nota en primer lugar en la definición del monopolio de explotación. Es sabido que el legislador moderno ha elegido una concepción sintética y abierta del monopolio de explotación. Todo el monopolio está descrito por dos definiciones abstractas que además utilizan la técnica de la ejemplaridad. El derecho de reproducción y el derecho de representación se presentan así como prerrogativas categoriales que engloban el conjunto de los actos de explotación posibles. En ese sentido, el alquiler no autorizado ha sido sancionado por los jueces, por situarse en la órbita del derecho de reproducción⁵⁴, mientras que el legislador francés se había economizado la transposición de la Directiva "alquiler-préstamo", considerando que el derecho interno estaba ya en conformidad con la norma de la Unión. La cuestión ha vuelto a estar de actualidad con la Directiva "sociedad de la información" del 22 de mayo de 2001⁵⁵, que imponía el reconocimiento de un derecho de distribución. Definido como el "derecho exclusivo de autorizar o de prohibir cualquier forma de distribución al público, por la venta o de otro modo, del original de sus obras o de copias de éstas" (art. 4.1), este último está además sujeto a agotamiento. En otros términos, la primera comercialización del ejemplar consume en cierto modo esta prerrogativa.*

2/ Une écriture incohérente

15. La cohérence du droit participe du même objectif d'intelligibilité de la loi. Or, le droit d'auteur se nourrit aussi désormais de dispositions de mauvaise facture, qui provoquent l'équivoque.

16. Ce chaos du droit se note d'abord dans la définition du monopole d'exploitation. On sait que le législateur moderne a fait le choix d'une conception synthétique et ouverte du monopole d'exploitation. L'entier monopole est décrit par deux définitions abstraites qui en outre utilisent la technique de l'exemplarité. Le droit de reproduction et le droit de représentation sont ainsi présentés comme des prérogatives catégorielles qui englobent l'ensemble des actes d'exploitation possibles. C'est en ce sens que la location non autorisée d'une œuvre a été sanctionnée par les juges, placée dans l'orbite du droit de reproduction⁵⁴, alors que le législateur français avait fait l'économie de la transposition de la directive «location-prêt», considérant que le droit interne était déjà en conformité avec la norme de l'Union. La question a trouvé une nouvelle actualité du fait de la directive «société de l'information» du 22 mai 2001⁵⁵, qui imposait la reconnaissance d'un droit de distribution. Défini comme le «droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci» (art. 4.1), ce dernier est de plus sujet à épuisement. Autrement dit, la première commercialisation de l'exemplaire consomme en quelque sorte cette prérogative.

Faithful to its approach, France decided not to transpose the distribution right on the ground that it was simply an extension of the reproduction right. However, it was obliged to take up the principle of exhaustion, precisely because it is quite specific and unknown in positive law. Not least, the rule laid down in the Directive is broader than the one articulated by European case law which merely attempts to reconcile the principle of free movement of goods and that of the territorial nature of the monopoly⁵⁶. Accordingly, Article L. 122-3-1 IPC announces the rule in the following terms: "Once the first sale of one or more physical copies of a work has been authorised by the author or the author's successors in title in the territory of a Member State of the European Community or of another State party to the Agreement on the European Economic Area, the sale of those copies of the work may no longer be prohibited in the Member States of the European Community and the States party to the Agreement on the European Economic Area".

That being so, and to return to the linguistic aspect, what is to be made of the fact that the legislator explains a manner of exercising a prerogative that is not formally recognised? While the binary, conceptual view of the monopoly has been preserved in this way, it is nevertheless impossible not to be baffled by such an incongruous approach.

17. Similarly, what is the reason for Article L. 122-7-1 IPC which only repeats in fact one of the ideas in Article L. 122-7, namely that a transfer – or making available to use the law's terminology – may be effected for free?

Fiel a su concepción, Francia decidió no transponer el derecho de distribución, porque se trataba de una simple prolongación del derecho de reproducción. Estaba sin embargo obligada a introducir el principio del agotamiento, precisamente porque éste era específico y desconocido del derecho positivo. En particular la regla sentada por la Directiva es más amplia que la enunciada por la jurisprudencia comunitaria que se limita a conciliar los principios de libre circulación de las mercancías y de territorialidad del monopolio⁵⁶. Así, el artículo L. 122-3-1 del CPI enuncia la regla en estos términos: "Desde el momento en que una primera venta de uno o varios ejemplares materiales de una obra ha sido autorizada por el autor o sus derechohabientes en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad Europea o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el Espacio económico europeo, la venta de esos ejemplares de esa obra ya no puede ser prohibida en los Estados miembros de la Comunidad Europea y los Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio económico europeo".

Así las cosas, y volviendo a la lingüística, ¿cómo apreciar que el legislador precise una modalidad de ejercicio de una prerrogativa que no está reconocida formalmente? Si la visión binaria, conceptual, del monopolio queda salvaguardada así, no se puede impedir sin embargo sentir perplejidad ante un enfoque tan insólito.

17. *En el mismo sentido, ¿cómo explicar el artículo L. 122-7-1 del CPI, que no hace, en definitiva, más que repetir una de las ideas del artículo L. 122-7, a saber que la cesión – o la puesta a disposición, para adoptar el campo lexicográfico de la*

Fidèle à sa conception, la France a donc décidé de ne pas transposer le droit de distribution, au motif qu'il était un simple prolongement du droit de reproduction. Elle était cependant obligée de reprendre le principe de l'épuisement, précisément parce que celui-ci est tout à fait spécifique et inconnu du droit positif. Notamment, la règle posée par la directive est plus large que celle énoncée par la jurisprudence communautaire se limitant à tenter de concilier les principes de libre circulation des marchandises et de territorialité du monopole⁵⁶. Ainsi, l'article L. 122-3-1 du CPI énonce la règle en ces termes: «Dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les États membres de la Communauté européenne et les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen».

Cela étant, revenant à la linguistique, comment apprécier que le législateur précise une modalité d'exercice d'une prérogative qui n'est pas formellement reconnue? Si la vision binaire, conceptuelle, du monopole est ainsi sauvegardée, on ne peut cependant s'empêcher de rester perplexe devant une démarche aussi insolite.

17. Dans le même sens, comment expliquer l'article L. 122-7-1 du CPI, qui ne fait, en définitive, que répéter une des idées de l'article L. 122-7, à savoir que la cession – ou la mise à disposition pour emprunter le champ

Hence the provision is pointless. There is agreement on this among legal scholars⁵⁷.

However, it must not be forgotten that the legal system is based on a postulate of rationality which means that “the legislator is coherent, far-sighted and equitable, adapts the means to the ends in an optimal way and does nothing that is unnecessary”⁵⁸. Again, it is a question of the “overall coherence of the system” or the “overall quality of rational coherence and intelligibility in the law”⁵⁹. Accordingly, and because the legislator in his rationality is not supposed to repeat himself, how should the courts interpret Article L. 122-7-1? That is unless they confine themselves to disregarding it, which would be reasonable, to the extent that this provision was the fruit of pressure exerted on the legislator by the proponents of free licences when the law of 2006 was adopted.

And as if repetition were not enough, the legislator added another anomaly which, moreover, leads on to the second prong of the law's defective form, namely the logical defects affecting it. Indeed, the provision in question, concerning the way in which the economic rights may be exercised by the author, had been inserted in the chapter dealing with exceptions in the “DADVSI law” (Article 4). The drafting defects are thus accompanied at times by flaws which impair the logical organisation of the provisions.

*ley— puede hacerse a título gratuito? Es pues una disposición inútil, y la doctrina está de acuerdo en ello*⁵⁷.

Pero eso es olvidar demasiado rápidamente que el sistema jurídico se apoya en un postulado, el de la racionalidad y que remite al hecho de que “el legislador es coherente, previsor, justo, que adapta lo mejor posible los medios al fin perseguido, que no hace nada inútil”⁵⁸. De nuevo, se trata de “coherencia global del sistema” o de “calidad global de coherencia racional y de inteligibilidad en el derecho”⁵⁹. En esas condiciones, y puesto que el legislador, en su racionalidad, se supone que no se repite, ¿cómo va a interpretar el juez el artículo L. 122-7-1? A menos que se contente, razonablemente, con ignorarlo, ya que esta disposición es el fruto de la presión ejercida por el mundo de lo libre sobre el legislador en el momento de la votación de la ley de 2006.

Y como si no bastase la repetición, el legislador ha añadido otra anomalía que permite además abrir un segundo punto de emergencia de la forma defectuosa del derecho, a saber los defectos lógicos que le afectan. La disposición en causa, relativa a las modalidades de ejercicio de los derechos patrimoniales por el autor, había sido incluida en efecto en el capítulo relativo a las excepciones de la “ley DADVSI” (artículo 4). Los defectos de escritura van acompañados así a veces por vicios que alteran la organización lógica de las disposiciones.

lexical de la loi – peut être faite à titre gratuit? Disposition inutile donc, la doctrine s'accorde sur ce point⁵⁷.

Mais c'est oublier bien vite que le système juridique s'appuie sur un postulat, celui de rationalité et qui renvoie au fait que «le législateur est cohérent, prévoyant, équitable, qu'il adapte au mieux les moyens aux fins, qu'il ne fait rien d'inutile»⁵⁸. À nouveau, il s'agit de «*cohérence* globale du système» ou de «qualité globale de cohérence rationnelle et d'intelligibilité dans le droit»⁵⁹. Dans ces conditions, et puisque le législateur, dans sa rationalité, est censé ne pas se répéter, comment le juge va-t-il interpréter l'article L. 122-7-1? À moins qu'il se contente, raisonnablement, de l'ignorer, cette disposition étant le fruit de la pression exercée par le monde du libre sur le législateur au moment du vote de la loi de 2006.

Et comme si la répétition ne suffisait pas, le législateur y a ajouté une autre anomalie qui permet en outre d'ouvrir sur le second point d'émergence de la forme défectueuse du droit, à savoir les défauts logiques qui l'affectent. La disposition en cause, relative aux modalités d'exercice des droits patrimoniaux par l'auteur, avait en effet été insérée dans le chapitre relatif aux exceptions de la «loi DADVSI» (article 4). Les défauts d'écriture se doublent ainsi parfois de vices qui altèrent l'agencement logique des dispositions.

B – The Logical Defects

18. The intelligibility of the law on authors' rights also suffers from the fact that the discipline is losing its structure. Behind a single *corpus*, the fruit of codification as the law stood and implying, at first sight, respect for the organisation of the whole, disorder prevails in some places.

This disorganisation is apparent, firstly, in the dispersion of the provisions dealing with authors' rights (1) and, secondly, in the insertion of provisions irrelevant to authors' rights in the specific Code on the subject (2).

1/ Dispersion of the Provisions on Authors' Rights

19. The law is becoming fragmented⁶⁰. This fragmentation, in the sense of the dispersion of the rules, contrary to the recommendations of Domat⁶¹, is due to the fact that certain provisions appear in the wrong place in the IPC, or even do not appear in it at all.

20. It is well known that the way in which the exceptions are perceived is not immaterial. The limitations of the economic rights form part of the philosophy of authors' rights. Therefore, and as if to identify them better, the legislator grouped them together in Article L. 122-5 IPC which, moreover, is beginning to become problematic in its length and the impression of disorder that emerges from it⁶². Yet it is apparent that certain exceptions have been taken out of this logical grouping.

B – Los defectos lógicos

18. *La inteligibilidad del derecho de autor sufre por otra parte de la debilitación de la estructura de la disciplina. Tras un corpus único, creado por una codificación a derecho constante y que suscita a primera vista el respeto de su organización, aparece, en algunos lugares, el desorden.*

Esta desorganización se manifiesta por una parte en la dispersión de las disposiciones de derecho de autor (1), y por otra en la inclusión de disposiciones ajenas al derecho de autor en el código propio de la materia (2).

1/ La dispersión de las disposiciones de derecho de autor

19. *El derecho de autor se desmigaja⁶⁰. Esta fragmentación, en el sentido de dispersión de las reglas, contraria a las recomendaciones de Domat⁶¹, se debe al hecho de que ciertas disposiciones están mal situadas en el CPI, e incluso no figuran en él.*

20. *Es sabido que la forma en que se conciben las excepciones no es neutra. Las limitaciones de los derechos patrimoniales participan de la filosofía del derecho de autor. Por eso, como para cernirlas mejor, el legislador las ha agrupado en el artículo L. 122-5 del CPI, cuya longitud e impresión de desorden que se desprenden empiezan además a ser problemáticas⁶². Sin embargo, resulta que algunas excepciones han sido extraídas de esa agrupación lógica.*

B – Les défauts logiques

18. L'intelligibilité du droit d'auteur souffre par ailleurs de la déstructuration de la discipline. Derrière un *corpus* unique, mis en place par une codification à droit constant et qui suscite au premier abord le respect de l'organisation, le désordre est, en certains endroits, de mise.

Cette désorganisation se manifeste d'une part dans la dispersion des dispositions de droit d'auteur (1), d'autre part dans l'insertion de dispositions étrangères au droit d'auteur dans le code propre à la matière (2).

1/ La dispersion des dispositions de droit d'auteur

19. Le droit d'auteur s'émiette⁶⁰. Cet émiettement, au sens de dispersion des règles, contraire aux recommandations de Domat⁶¹, tient au fait que certaines dispositions sont mal placées dans le CPI, voire n'y figurent pas.

20. On sait que la manière dont sont appréhendées les exceptions n'est pas neutre. Les limitations aux droits patrimoniaux participent de la philosophie du droit d'auteur. Aussi, comme pour mieux les cerner, le législateur les a-t-il regroupées à l'article L. 122-5 du CPI, dont la longueur et l'impression de désordre qui s'en dégagent commencent par ailleurs à devenir problématiques⁶². Pourtant, il apparaît que certaines exceptions ont été extraites de ce regroupement logique.

For example, the exception based on procedural needs has not been included in Article L. 122-5. Created by a law of 1 July 1998 and amended by the law of 1 August 2006, the limitation has been placed in Article L. 331-4 of the Code in the Title dealing with prevention, procedure and sanctions, suggesting that the provision articulates a general procedural rule (Section 1 of Chapter 1). The Article now states that “the rights mentioned in Part I of this Code may not prevent acts necessary for the performance of parliamentary control, judicial or administrative proceedings provided by law or undertaken for public security purposes”. In other words, authors’ rights give way to certain requirements of a higher order, such as to enable documents in the form of letters or a personal diary⁶³ to be produced in divorce proceedings.

That said, it is not enough to analyse the limitation from a purely procedural viewpoint because, in practice, the result is nonetheless a restriction of the monopoly. It is true that its absence in Article L. 122-5 has little bearing on its application in that it is doubtless unrealistic to envisage the exception’s obstruction by the three-step test. Yet, here too, it is a matter of the coherence and clarity of the law.

Again on the subject of the limitations, the legislator also saw fit to adopt an exception that is not called one and as a result is not provided for in Article L. 122-5. Readers will remember that the Court of Cassation had required a licence to be obtained and royalties to be paid for the

Así, la excepción basada en las necesidades del procedimiento judicial no está inscrita en el artículo L. 122-5. Creada por una ley del 1 de julio de 1998 y modificada por la ley del 1 de agosto de 2006, la limitación ha encontrado su lugar en el artículo L. 331-4 del Código, en el seno del título relativo a la prevención, a los procedimientos y a las sanciones, lo que deja pensar que la disposición sienta una regla general de procedimiento (sección 1 del 1º capítulo). El texto dispone ahora que “los derechos mencionados en la primera parte del presente código no pueden oponerse a los actos necesarios para la realización de un procedimiento parlamentario de control, jurisdiccional o administrativo previsto por la ley, o emprendido con fines de seguridad pública”. En otros términos, el derecho de autor se anula ante determinadas exigencias superiores, en particular para permitir la producción de cartas o de un diario íntimo⁶³ en un procedimiento de divorcio.

Así las cosas, el análisis de la limitación obliga a superar la concepción únicamente procedimental. En la práctica, en efecto, el resultado no deja de ser una restricción del monopolio. Es cierto que su ausencia en el artículo L. 122-5 no tiene gran influencia en su aplicación, en el sentido de que el bloqueo de la excepción por la triple prueba es sin duda ilusorio. Sin embargo, aquí también, está en juego la coherencia y la legibilidad de la ley.

Siguiendo en lo relativo a las limitaciones, el legislador ha pensado también poder adoptar una excepción que no lleva ese nombre y que, por eso mismo, no encuentra su sitio en el artículo L. 122-5. Se recordará que el Tribunal Supremo imponía que la difusión de obras por medio de una antena colectiva en una

Ainsi, l'exception fondée sur les nécessités de la procédure n'est pas inscrite à l'article L. 122-5. Créée par une loi du 1^{er} juillet 1998 et modifiée par la loi 1^{er} août 2006, la limitation a trouvé place à l'article L. 331-4 du code, au sein du titre relatif à la prévention, aux procédures et aux sanctions, laissant à penser que la disposition pose une règle générale de procédure (section 1 du 1^{er} chapitre). Le texte dispose désormais que «les droits mentionnés dans la première partie du présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure parlementaire de contrôle, juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique». En d'autres termes, le droit d'auteur s'efface devant certaines exigences supérieures, notamment pour permettre la production de lettres missives ou d'un journal intime⁶³ dans une procédure de divorce.

Cela étant, l'analyse de la limitation oblige à dépasser la seule appréhension procédurale. Car en pratique, le résultat n'en est pas moins une restriction au monopole. Certes, son absence à l'article L. 122-5 est sans grande conséquence sur son application, en ce que le blocage de l'exception par le triple test est sans doute illusoire. Pourtant, là encore, il en va de la cohérence et de la lisibilité de la loi.

S'agissant encore des limitations, le législateur a également cru pouvoir adopter une exception qui n'en porte pas le nom et, par là même, qui ne trouve pas son siège à l'article L. 122-5. On se souvient que la Cour de cassation imposait que la diffusion d'œuvres, au moyen d'une antenne

transmission of works by means of a collective aerial in an apartment building⁶⁴. Seizing on the opportunity offered by the “DADVSI law”, the drafters used their power to put an end to this case law and, in Article L. 132-20(4) IPC, freed this act from the monopoly⁶⁵. What about the Directive of 22 May 2001 which purports to impose a closed list of exceptions and does not include this limitation? What about the broad definition of the right of communication to the public within the meaning of European law⁶⁶? It would seem that, under the pretext of delimiting the scope of the authorisations given, the French legislator has broken away not only from the European rules but also from the domestic rules insofar as the boundaries are blurred. Of course, it can also be considered that what is involved here is not a restriction of the monopoly but only an extension of the authorisation for terrestrial broadcasting, and the wording of the provision seems to support that view⁶⁷. It remains to be seen what the European Court of Justice would think about it if the matter were referred to it.

21. In addition, the segmentation of the law on authors' rights is in some cases even more extreme insofar as it includes provisions *outside* the IPC. Specifically, exceptions have been incorporated in other texts. One such case is the exception concerning legal deposit bodies which is now contained in Article L. 132-4 of the Heritage Code and provides that authors may not prohibit consultation and reproduction for collection, preservation and on site consultation purposes of works to which the legal deposit obligation applies. Another such case, concerning literary and artistic property in the broader sense, is the limitation of

*copropiedad necesita la obtención de una autorización y el pago de una regalía*⁶⁴. *Aprovechando la “ley DADVSI”, el redactor ha utilizado su poder de romper la jurisprudencia liberando este acto del monopolio en el artículo L. 132-20, 4º del CPI*⁶⁵. *¿Qué ocurre con la Directiva del 22 de mayo de 2001, que pretende imponer una lista cerrada de excepciones y que ignora precisamente esta limitación? ¿Qué ocurre con la definición amplia del derecho de comunicación al público en el sentido del derecho de la Unión*⁶⁶? *Parece que a cubierto de limitar el alcance de las autorizaciones concedidas, el legislador francés haya ignorado no sólo las reglas europeas, sino también reglas internas en la medida en que difumina las fronteras. Ciertamente se puede también considerar que no se trata aquí de una restricción del monopolio, sino simplemente de una extensión de la autorización de emisión hertziana y el título del texto parece ir en ese sentido*⁶⁷. *Queda por saber lo que pensaría el TJUE si se le sometiera la cuestión.*

21. *Además, la segmentación del derecho de autor es a veces más extremada aún en la medida en que remite a disposiciones externas al CPI. Precisamente, las excepciones han sido integradas en otros textos. Así ocurre con la excepción relativa a los organismos que administran el depósito legal, que figura ahora en el artículo L. 132-4 del Código del patrimonio y según la cual el autor no puede prohibir la consulta y la reproducción con fines de recensión, de conservación y de consulta en esos mismos lugares de las obras concernidas por el depósito legal. Así ocurre también, si nos interesamos más ampliamente a la propiedad literaria y artística, con la limitación de los derechos*

collective dans une copropriété, nécessite l'obtention d'une autorisation et le paiement d'une redevance⁶⁴. Profitant de la «loi DADVSI», le rédacteur a usé de son pouvoir de briser la jurisprudence et libéré cet acte du monopole à l'article L. 132-20, 4° du CPI⁶⁵. *Quid* de la directive du 22 mai 2001, qui prétend imposer une liste fermée d'exceptions et qui ignore justement cette limitation? *Quid* de la définition large du droit de communication au public au sens du droit de l'Union⁶⁶? Il semble que sous couvert de cerner la portée des autorisations données, le législateur français s'est non seulement affranchi des règles européennes, mais aussi des règles internes dans la mesure où il brouille les frontières. Certes, on peut aussi considérer qu'il ne s'agit pas ici d'une restriction au monopole, mais seulement d'une extension de l'autorisation d'émission hertzienne et le libellé du texte semble aller en ce sens⁶⁷. Reste à savoir ce qu'en penserait la CJUE en cas de saisine.

21. En outre, la segmentation du droit d'auteur est parfois plus extrême encore dans la mesure où elle renvoie à des dispositions *externes* au CPI. Précisément, des exceptions ont été intégrées à d'autres textes. C'est le cas de l'exception relative aux organismes gérant le dépôt légal, figurant désormais à l'article L. 132-4 du Code du patrimoine et selon laquelle l'auteur ne peut interdire la consultation et la reproduction à des fins de collecte, de conservation et de consultation sur place des œuvres concernées par l'obligation de dépôt légal. C'est encore le cas, s'intéressant plus largement à la propriété littéraire et artistique, de la limitation aux droits des artistes-

performers' rights in favour of the INA (National Audiovisual Institute) to build up and communicate its audiovisual archives, introduced by Article 44 of the "DADVSI law" and incorporated in Article 49, II⁶⁸ of the Law of 30 September 1986 on Freedom of Communication.

What becomes of the intelligibility of the law in such cases? Over and above that, does the three-step test apply to these exceptions? A positive answer would seem to be the logical one, but it is not certain, at least for the second derogation. Remember that this provision had escaped censure by the Constitutional Council for incompatibility with the "Information Society" Directive of 2001, which contains an exhaustive list of exceptions and limitations, on the odd ground that "Article 44, which appears in Title IV of the Law on legal deposit referred for review, is not intended to transpose the abovementioned Directive of 22 May 2001" (paragraph 72). Which fact is duly noted!

22. The dispersion of the provisions on authors' rights both within the dedicated Code and in other statutes is unquestionably detrimental to the intelligibility of the subject. Apart from this fragmentation, a trend in the opposite direction can be noted, in the form of the insertion in the IPC of provisions that are unconnected with authors' rights.

2/ Insertion of Provisions Extraneous to Authors' Rights

23. The most recent legislative enactments purporting to deal with authors' rights have also increased the

de los artistas-intérpretes en beneficio del INA, para la constitución y la comunicación de sus archivos audiovisuales, instituida por el artículo 44 de la "ley DADVSI" e integrada en el artículo 49, II⁶⁸, de la ley del 30 de septiembre de 1986 relativa a la libertad de comunicación.

¿Qué ocurre, en esos casos, con la inteligibilidad de la ley? ¿Más allá de eso, la triple prueba se aplica a esas excepciones? La lógica incita a dar una respuesta positiva, pero no es totalmente seguro, al menos para la segunda derogación. Se recuerda que esta disposición escapó a la censura del Consejo Constitucional, sobre el reproche de incompatibilidad con la Directiva "sociedad de la información" de 2001 que prevé una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones, por el motivo singular de que "el artículo 44, que figura en el Título IV de la ley presentada relativo al depósito legal, no tiene por objeto transponer la Directiva del 22 de mayo citada" (considerando 72). ¡Tomamos buena nota!

22. *La dispersión de las disposiciones de derecho de autor tanto en el seno del código dedicado a éste como en textos exteriores perjudica indiscutiblemente a la inteligibilidad de la materia. Al lado de esta fragmentación, conviene observar, en un movimiento inverso, la inclusión en el CPI de disposiciones ajenas al derecho de autor.*

2/ La inclusión de disposiciones ajenas al derecho de autor

23. *Las últimas intervenciones legislativas supuestamente vinculadas al derecho de autor han multiplicado también*

interprètes au profit de l'INA, pour la constitution et la communication de ses archives audiovisuelles, instituée par l'article 44 de la «loi DADVSI» et intégrée à l'article 49, II⁶⁸, de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Qu'en est-il, dans ces hypothèses, de l'intelligibilité de la loi? Au-delà, le triple test s'applique-t-il à ces exceptions? La logique incite à une réponse positive mais elle n'est pas certaine, au moins pour la seconde dérogation. On se souvient que cette disposition avait échappé à la censure du Conseil constitutionnel, sur le grief d'incompatibilité avec la directive «société de l'information» de 2001 qui prévoit une liste exhaustive d'exceptions et limitations, au motif singulier que «l'article 44, qui figure dans le Titre IV de la loi déferée relatif au dépôt légal, n'a pas pour objet de transposer la directive du 22 mai 2001 susvisée» (considérant 72). Dont acte!

22. La dispersion des dispositions de droit d'auteur tant au sein du code dédié que dans des textes extérieurs nuit incontestablement à l'intelligibilité de la matière. À côté de ce morcellement, il convient de relever, dans un mouvement inverse, l'insertion dans le CPI de dispositions étrangères au droit d'auteur.

2/ L'insertion de dispositions étrangères au droit d'auteur

23. Les dernières interventions législatives se réclamant du droit d'auteur ont aussi multiplié les dispositions allogènes mais intégrées au code

number of “foreign” provisions included in the dedicated Code. It could be considered that this is a sign that the subject is becoming richer and more cross-disciplinary. It could also be considered a worrying trend.

The interference of these foreign norms is significant in the global view of authors’ rights proposed here. Indeed, the way in which the question of the involvement of these provisions arises today is not neutral. Authors’ rights seem to have become incapable of protecting creations of the mind; they have ceased to be self-sufficient. In addition, the physical proximity of these peripheral backups merely exacerbates the tendency to question authors’ rights, increasing the feeling of over-reservation directed against them. This is the case of the technological protection measures and the rule prohibiting their circumvention⁶⁹ or again the obligation borne by subscribers to supervise their Internet access⁷⁰ and the creation of automated processing of data for the purpose⁷¹.

This is not to say that it is always the ideal course to keep provisions that have a bearing on the discipline outside the IPC. But the noted annexations stand out all the more because, in other areas, the legislator has preferred on the contrary to outsource the rules. In particular, the question of the liability of Internet service providers (or could one venture to say the removal of their responsibility) forms the subject of independent texts – the Law of 1 August 2000 amending the Law of 30 September 1986 on Freedom of Communication then, following the Constitutional Council’s censure, the Law of 21 June 2004 for Confidence in the Digital Economy – which deal

las disposiciones alógenas pero integradas en el código especializado. Cabe pensar que se trata de un signo de que la disciplina se enriquece, que se hace más transversal. También cabe preocuparse por ese movimiento.

La inclusión de esas normas extranjeras toma todo su sentido en la visión global propuesta aquí del derecho de autor. En efecto, la forma en que se plantea hoy en día el recurso a estas legislaciones no es neutra. El derecho de autor parece ser ahora inapto para proteger las creaciones del ingenio, ya no es autosuficiente. Además, la proximidad material de esos apoyos periféricos no hace sino aumentar que el derecho de autor sea puesto en tela de juicio, incrementando el sentimiento de reserva excesiva de que sufre el objeto. Esto ocurre con las medidas técnicas de protección y la prohibición de su violación⁶⁹, o también con la obligación para el abonado de vigilar su acceso a Internet⁷⁰ y, para eso, con la creación de un procesado automatizado de datos⁷¹.

No se puede decir que la expulsión, al exterior del CPI, de las legislaciones que tienen relación con la disciplina es siempre la vía ideal. Las anexiones observadas son tanto más notables cuanto que en otros campos, el legislador ha preferido al contrario sacar fuera las reglas. En particular, la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios técnicos de Internet (¿nos atreveremos a hablar más bien de irresponsabilidad?) es objeto de textos independientes – ley del 1 de agosto de 2000, que modifica la ley del 30 de septiembre de 1986 relativa a la libertad de comunicación, y luego, tras la censura del Consejo Constitucional, ley del 21 de junio de 2004 para la confianza en la economía numérica –, que tratan, en

spécialisé. On peut penser que c'est là le signe que la discipline s'enrichit, devient transversale. On peut aussi s'inquiéter de ce mouvement.

L'immixtion de ces normes étrangères prend tout son sens dans la vision globale ici proposée du droit d'auteur. En effet, la façon dont la question du recours à ces législations se pose aujourd'hui n'est pas neutre. Le droit d'auteur semble être devenu inapte à protéger les créations de l'esprit, il n'est plus autosuffisant. En outre, la proximité matérielle de ces soutiens périphériques ne fait qu'augmenter la contestation du droit d'auteur, accroissant le sentiment de surréservation dont pâtit l'objet. Ainsi en est-il des mesures techniques de protection et de l'interdiction de leur contournement⁶⁹, ou encore de l'obligation de surveillance de son accès à l'Internet par l'abonné⁷⁰ et, à cette fin, de la création d'un traitement automatisé de données⁷¹.

Il n'est pas à dire que le refoulement, à l'extérieur du CPI, des législations qui ont un rapport avec la discipline est toujours la voie idéale. Les annexions relevées sont d'autant plus remarquables qu'en d'autres domaines, le législateur a au rebours préféré externaliser les règles. Notamment, la question de la responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet (oserait-on plutôt parler de la déresponsabilisation?) fait l'objet de textes indépendants – loi du 1^{er} août 2000, modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication puis, à la suite de la censure du Conseil constitutionnel, loi du 21 juin 2004 pour la confiance

generally with liability for “illegal content”. In this case, it is doubtless time to have another think about the course that has been taken. The favourable treatment enjoyed by access and hosting providers is based on considerations of expediency, reflecting a desire not to impede the development of the information society, a situation which has given rise, moreover, to a series of criticisable decisions with authors’ rights as their backdrop, which attempt to re-establish the liability of providers by classifying them as publishers⁷². In addition, not all “illegal content” can be treated in the same way. Is it not rather artificial and likely as such to generate confusion to place the fight against racism, revisionism and paedophilia and compliance with authors’ rights on the same level⁷³? Public and private interests are not the same and there is also the question of proportionality.

Be that as it may, and to return to the foreign elements mentioned, their insertion in the IPC has a destructive effect. Next to these foreign provisions acting as a sort of cure-all to the ills of authors’ rights, the discipline is struggling to assert itself independently, without giving rise to opposition or confrontation. It appears even more derogatory in nature, as if all sectors were capable of leaguing up to preserve it.

24. With regard to technological protection measures, it is not a question here of challenging the legitimacy of the approach. It is normal that technology should come to the aid of the law when it is threatened and that the law should

general, de la responsabilidad relacionada con “contenidos ilícitos”. En esta hipótesis, ha llegado sin duda el momento de reconsiderar la vía que se ha seguido. El régimen de favor de que benefician los proveedores de acceso y de alojamiento se basa en consideraciones de conveniencia, manifestadas por una voluntad de no poner trabas al desarrollo de la sociedad de la información, lo cual ha originado por otro lado un florilegio de decisiones criticables con el derecho de autor como tela de fondo y que intentan efectuar una “nueva responsabilización”, en el terreno de la calificación como editores⁷². Además, todos los “contenidos ilícitos” no pueden tratarse del mismo modo. ¿No hay algo artificial, susceptible de generar confusión, en poner en el mismo plano la lucha contra el racismo, el negacionismo, la pedofilia y el respeto del derecho de autor⁷³? El interés público no es el interés privado y la cuestión de la proporcionalidad debe plantearse igualmente.

En cualquier caso, volviendo a los elementos alógenos designados, su inclusión en el CPI tiene un efecto destructor. Al lado de las legislaciones extranjeras, especie de panaceas para los males que aquejan al derecho de autor, la disciplina tiene dificultades para afirmarse de forma autónoma, sin que se la oponga o la confronte. Aparece aún más derogatoria, como si todas las materias fueran capaces de ligarse para preservarla.

24. *En lo relativo a las medidas técnicas de protección, no se trata aquí en absoluto de negar la legitimidad del enfoque. Es normal que la técnica acuda a socorrer el derecho cuando está amenazado y que ese derecho sancione a*

dans l'économie numérique –, qui traitent, de manière générale, de la responsabilité liée à des «contenus illicites». Dans cette hypothèse, il est sans doute temps de repenser la voie empruntée. Le régime de faveur dont bénéficient les fournisseurs d'accès et d'hébergement repose sur des considérations d'opportunité, manifestées par une volonté de ne pas entraver le développement de la société de l'information, ce qui a d'ailleurs donné lieu à un florilège de décisions critiquables avec pour toile de fond le droit d'auteur et tentant d'opérer une «re-responsabilisation», sur le terrain de la qualification d'éditeurs⁷². En outre, tous les «contenus illicites» ne peuvent pas être traités de façon identique. N'y a-t-il pas quelque artifice, propre à générer la confusion, à mettre sur le même plan la lutte contre le racisme, le négationnisme, la pédophilie et le respect du droit d'auteur⁷³? L'intérêt public n'est pas l'intérêt privé et la question de la proportionnalité doit aussi se poser.

En tout état de cause, revenant aux éléments allogènes désignés, leur insertion dans le CPI a un effet destructeur. Aux côtés de ces législations étrangères, sortes de panacées aux maux du droit d'auteur, la discipline peine à s'affirmer de manière autonome, sans qu'on l'oppose ou la confronte. Elle apparaît plus dérogatoire encore, comme si toutes les matières étaient capables de se liguer pour la préserver.

24. S'agissant des mesures techniques de protection, il n'est pas question ici de récuser la légitimité de la démarche. Il est normal que la technique vienne au secours du droit lorsqu'il est menacé et que ce droit sanctionne

in turn provide a remedy against circumvention, failing which the effectiveness of the system would be destroyed. Having said that, however, do technological measures form part of authors' rights? At one time, when discussing the penalty for circumventing them, the term infringement was used, then assimilation to infringement, but the legislator logically abandoned this description in the end.

The question of their relationship to authors' rights may seem theoretical but it is not entirely so. If the legal protection of technological measures is a *sui generis* law, at least on the fringe of authors' rights, then it is not clear that Article 36 of the Treaty on the Functioning of the European Union applies⁷⁴. Restrictions on the free movement of goods are justified only in the context of "industrial and commercial property" (which includes literary and artistic property). Accordingly, should technological measures be excluded from this framework of exceptions?

25. The second graft endured by authors' rights, which further increases the wrath of their detractors, is the new civil obligation to exercise supervision introduced by the Law of 12 June 2009 mentioned earlier. Subscribers to an online service have an obligation "to ensure that such access is not used" to infringe authors' rights or related rights (IPC, Art. L. 336-3). Again, this piece of legislation is not strictly speaking within the sphere of authors' rights. Of course, the link with infringement of rights – and thus the protection of creation – undeniably exists, particularly given that the sanction of the subscription's suspension has been extended to infringement (IPC, Art. L. 335-7 *et seq.*). However, no one can be unaware of

su vez las violaciones, con el riesgo, en el caso contrario, de arruinar la eficacia del sistema. Dicho esto, ¿participan las medidas técnicas del derecho de autor? Durante algún tiempo, para hablar de la sanción de su violación, se habló de fraude, y luego de asimilación al fraude, calificación que lógicamente el legislador ha acabado por abandonar.

Abora bien, la cuestión de su filiación con el derecho de autor puede parecer teórica, pero no lo es completamente. Aunque la protección jurídica de las medidas técnicas sea un derecho sui generis, en cualquier caso al margen del derecho de autor, no es seguro que el artículo 36 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea se aplique⁷⁴. Las restricciones a la libre circulación de los bienes no se justifican más que en el contexto de la "propiedad industrial y comercial" (sabiendo que el derecho de autor está incluido ahí). En esas condiciones, ¿hay que excluir las medidas técnicas de ese marco de excepciones?

25. *El segundo injerto, soportado por el derecho de autor y que aumenta aún más el rencor de sus detractores, es la nueva obligación civil de vigilancia, impuesta por la ley antes citada del 12 de junio de 2009. El abonado a un servicio en línea tiene la obligación de "velar para que ese acceso no sea objeto de una utilización" que constituya una vulneración del derecho de autor y los derechos afines (CPI, art. L. 336-3). Aquí también, la legislación no es per se de derecho de autor. Es cierto que no se puede negar que exista el vínculo con el fraude – y la protección de la creación –, tanto más cuanto que la sanción de la suspensión del abono ha sido extendida al fraude (CPI, art. L. 335-7 y s.). Sin embargo, no se puede tampoco ignorar que no se trata aquí de castigar al que comete un*

à son tour les contournements, au risque, dans le cas contraire, de ruiner l'efficacité du système. Cela étant, les mesures techniques participent-elles du droit d'auteur? On a un temps, pour évoquer la sanction de leur contournement, parlé de contrefaçon, puis d'assimilation à la contrefaçon, qualification que le législateur a fort logiquement fini par abandonner.

Or, la question de leur filiation avec le droit d'auteur peut sembler théorique, mais elle ne l'est pas complètement. Si la protection juridique des mesures techniques est un droit *sui generis*, en tout cas à la marge du droit d'auteur, il n'est pas certain que l'article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'applique⁷⁴. Les restrictions à la libre circulation des biens ne se justifient que dans le contexte de la «propriété industrielle et commerciale» (sachant que le droit d'auteur y est inclus). Dans ces conditions, doit-on exclure les mesures techniques de ce cadre d'exceptions?

25. Le deuxième greffon, supporté par le droit d'auteur et qui augmente encore le courroux de ses détracteurs, est la nouvelle obligation civile de surveillance, posée par la loi précitée du 12 juin 2009. Le titulaire d'un abonnement à un service en ligne a l'obligation «de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation» constitutive d'une atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins (CPI, art. L. 336-3). Là encore, la législation n'est pas *per se* de droit d'auteur. Certes, on ne peut pas nier que le lien avec la contrefaçon – et la protection de la création – existe, d'autant que la sanction de la suspension de l'abonnement a été étendue à la contrefaçon (CPI, art. L. 335-7 s.). Cependant, on ne peut ignorer non plus qu'il ne s'agit

the fact either that it is not a question here of punishing infringers but rather subscribers. Therefore, the sanction is not based on authors' rights. Some commentators think that it is based on consumer law because the provision focuses on the relationship between a subscriber and the subscriber's Internet provider⁷⁵. At the very least, it amounts to a new case of civil liability in tort.

26. Lastly, the issue of the confrontation between authors' rights and the protection of Internet users' privacy and personal data is not new⁷⁶ and it is difficult to strike a balance⁷⁷, the more so as the status of IP addresses has raised doubts⁷⁸. It is again arousing interest with the "HADOPI laws"⁷⁹. Firstly, to enable liable subscribers to be traced, the connection details are now retained both by online communications operators (Post and Electronic Communications Code, Art. L. 34-1, II) and by the High Authority's Rights Protection Commission (IPC, Art. L. 331-28). This tracking data may be put on file because Article L. 331-29 IPC authorises the creation of a file or more precisely a system of automated processing of personal data concerning the persons subject to a procedure based on the newly created obligation to exercise supervision⁸⁰. Beforehand, the Rights Protection Commission and its sworn officers will be able to obtain details of the traffic and the identification data needed to conduct the procedure. "Big Brother is watching you", some will say. At the very least, these new rules incorporated in the special law portray authors' rights as enjoying in a way a derogatory status in relation to the right to privacy and to the protection of personal data, particularly as the Constitutional Council, in its decision of 10 June 2009, limited the possibility of data collection

fraude, sino al titular del abono. La base de la sanción no es pues el derecho de autor. Algunos ven en la base el derecho del consumo, puesto que la ley se focaliza sobre la relación entre un abonado y su operador Internet⁷⁵. Se trata, al menos, de un nuevo caso de responsabilidad civil por falta.

26. *En fin, la cuestión de la confrontación del derecho de los autores con el respeto de la vida privada de los internautas y con la protección de los datos personales que les conciernen no es nueva⁷⁶, y el equilibrio es difícil de encontrar⁷⁷, tanto más cuanto que el estatuto de la dirección IP ha podido suscitar dudas⁷⁸. Esta cuestión despierta de nuevo interés con las "leyes HADOPI"⁷⁹. Primero, los datos de conexión son ahora conservados, para permitir encontrar a los abonados responsables, tanto por los operadores de comunicación en línea (C. de correos y de comunicaciones electr., art. L. 34-1, II), como por la comisión de protección de los derechos de la Alta Autoridad (CPI, art. L. 331-28). Esta identificación será susceptible de dar lugar al establecimiento de una ficha, puesto que el artículo L. 331-29 del CPI autoriza la creación de un fichero, más exactamente de un procesado automatizado de datos de carácter personal sobre las personas que son objeto de un procedimiento correspondiente a la obligación de vigilancia nuevamente instaurada⁸⁰. Por encima de eso, la comisión de protección de los derechos y sus agentes jurados podrán obtener datos de tráfico y los datos de identificación necesarias para el procedimiento. Big Brother is watching you, pensarán algunos. Como mínimo, integradas en la legislación especial, esas nuevas reglas hacen que el derecho de autor parezca en cierto modo ser derogatorio del respeto a la vida privada y la protección de los datos personales,*

pas ici de punir le contrefacteur, mais le titulaire de l'abonnement. Le fondement de la sanction n'est ainsi pas le droit d'auteur. Certains y voient celui du droit de la consommation, puisque la loi se focalise sur la relation entre un abonné et son opérateur Internet⁷⁵. Il s'agit, à tout le moins, d'un nouveau cas de responsabilité civile pour faute.

26. Enfin, la question de la confrontation du droit des auteurs au respect à la vie privée des internautes et à la protection des données personnelles les concernant n'est pas nouvelle⁷⁶ et l'équilibre est difficile à trouver⁷⁷, d'autant que le statut de l'adresse IP a pu susciter des doutes⁷⁸. Elle éveille de nouveau l'intérêt avec les «lois HADOPI»⁷⁹. D'abord, les données de connexion sont désormais conservées, pour permettre un traçage des abonnés responsables, tant par les opérateurs de communication en ligne (C. des postes et des communic. électr., art. L. 34-1, II), que par la commission de protection des droits de la Haute autorité (CPI, art. L. 331-28). Ce traçage sera susceptible de donner lieu à un fichage, puisque l'article L. 331-29 du CPI autorise la création d'un fichier, plus exactement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur les personnes qui font l'objet d'une procédure relevant de l'obligation de surveillance nouvellement mise en place⁸⁰. En amont, la commission de protection des droits et ses agents assermentés pourront obtenir les données de trafic et les données d'identification nécessaires à la procédure. *Big Brother is watching you*, penseront certains. À tout le moins, intégrées à la législation spéciale, ces nouvelles règles font apparaître le droit d'auteur comme bénéficiant d'un statut en quelque sorte dérogatoire face au respect de la

by rightholders and the Rights Protection Commission to the preliminary framework of judicial proceedings⁸¹. Suspicion prevails.

27. The formal precariousness of certain provisions of the law on authors' rights is a contributing factor in encouraging its denigration. Both the linguistic defects in the drafting process and the logical defects in the organisation and arrangement of the provisions are detrimental to the law's intelligibility and thus to its acceptance by society. The law's terms inspire some of the ills affecting authors' rights. The qualitative requirements of the legislative language should not remain a dead letter because, as we all know, the form and the substance are linked in law; "the form supports the substance"⁸². Yet jurists often consider that it is not essential and it is seldom discussed at length. But even assuming that it can be neutralised or even that the noted defects can be corrected⁸³, there still remains the substance of the law. However, and this is doubtless even more serious, the content of the law on authors' rights also contains defects.

II/ THE DEFECTIVE CONTENT OF THE LAW

28. If we take a look at the substance of the law on authors' rights, that is to say the normative content itself, we have no cause to be reassured. On the contrary, the uneasiness grows. If authors' rights were conceived initially as rights *of* the author, their affirmed legitimacy and anchorage in modernity enabled them for a long time to

tanto más cuanto que el Consejo Constitucional, en su decisión del 10 de junio de 2009, limitó la posibilidad de colecta por los derechohabientes y la comisión de protección de los derechos a únicamente el marco preparatorio de un procedimiento judicial⁸¹. Se impone la desconfianza.

27. La precariedad formal de algunas disposiciones de la ley sobre el derecho de autor contribuye a que sean denigradas. Tanto los defectos lingüísticos, de escritura del texto, como los defectos lógicos, de organización y de posición de las disposiciones, reducen la inteligibilidad de la ley y, por ende, su aceptación por el cuerpo social. Las palabras de la ley inspiran algunos de los males del derecho de autor. Pero las exigencias cualitativas al discurso legislativo no deben quedarse en papel mojado ya que, como es sabido, en derecho la forma participa del fondo, "la forma segunda al fondo"⁸². Sin embargo, los juristas consideran con frecuencia que la forma no es esencial y es pocas veces objeto de largas consideraciones. Pero, incluso si se imagina que se llegue a neutralizarla, e incluso a corregir los defectos observados⁸³, queda el fondo del derecho. Y lo que aún es más grave, el contenido del derecho de autor tiene también defectos.

II/ EL CONTENIDO DEFECTUOSO DEL DERECHO

28. Una mirada sobre la sustancia del derecho de autor, sobre el contenido normativo propiamente dicho, ya no es nada tranquilizadora. Al contrario, aumenta la preocupación. Aunque el derecho de autor fuera inicialmente concebido como un derecho del autor, su legitimidad afirmada y su anclaje en la modernidad le han permitido durante

vie privée et à la protection des données personnelles, d'autant que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2009, a limité la possibilité de collecte par les ayants droit et la commission de protection des droits au seul cadre préparatoire d'une procédure judiciaire⁸¹. La méfiance est de mise.

27. La précarité formelle de certaines dispositions de la loi sur le droit d'auteur contribue à son dénigrement. Tant les défauts linguistiques, d'écriture du texte, que les défauts logiques, d'agencement et de placement des dispositions, nuisent à l'intelligibilité de la loi et, par ce biais, à son acceptation par le corps social. Les mots de la loi inspirent certains des maux du droit d'auteur. Or, les exigences qualitatives du discours législatif ne doivent pas rester lettre morte car, comme on le sait, la forme participe du fond en droit, «la forme seconde le fond»⁸². Pour autant, les juristes considèrent bien souvent qu'elle n'est pas essentielle et elle fait rarement l'objet de longs développements. Mais même en imaginant que l'on parvienne à la neutraliser, voire à corriger les défauts relevés⁸³, reste le fond du droit. Or, et c'est sans doute plus grave encore, le contenu du droit d'auteur comporte lui aussi des défauts.

II/ LE CONTENU DEFECTUEUX DU DROIT

28. Un regard porté sur la substance du droit d'auteur, sur le contenu normatif lui-même, n'est pas plus rassurant. Au contraire, le malaise grandit. Si le droit d'auteur a d'abord été conçu comme un droit *de* l'auteur, sa légitimité affirmée et son ancrage dans la modernité lui ont longtemps permis de résister aux assauts extérieurs. Or, aujourd'hui, dressant son portrait, il

withstand attacks from outside. However, drawing their portrait today, it appears that both the condition of access to protection and the protection regime are undergoing worrying shifts. And the deviations to be noted are such that they even contradict at times the fundamental principles of authors' rights.

In the first place, based on a considered choice of legislative policy, the law's drafters did not define the subject matter of authors' rights. Yet it is accepted that only original creations of form can enjoy protection. However, for some time now, it has been easy to note a drift in the concepts governing access to the reserved rights (A). In the second place, the protection regime is destabilised and this uneasiness stems from the activities of the legislator and the courts (B).

A – Evanescence of the Condition of Access to Protection

29. The treatment of works of the mind in the law on authors' rights is based on a well-thought-out legislative technique. The subject matter is apprehended by means of a framework concept or *lacuna intra legem*. A true legislative choice, the intention in 1957 was to favour normative flexibility to enable the law's spontaneous adaptation to technological and social developments. However, the unity suggested by the doctrinal and judge-made definition – original creation of form – is just a façade; it actually hides a fragmented object, blurring the boundaries between what should be subject to protection and what should be excluded. And it is then the concept of the work of the mind that vanishes. This is because, by seeking to stretch

mucho tiempo resistir a los ataques exteriores. Ahora bien, hoy en día, al hacer su retrato, parece que tanto la condición de acceso a la protección como el régimen de protección sufren modificaciones inquietantes. Y las desviaciones observadas son tales que contradicen incluso a veces los principios fundamentales del derecho de autor.

En primer lugar, dentro de una elección pensada de política legislativa, el redactor de la ley no definió el objeto del derecho de autor. Sin embargo, está establecido que sólo las creaciones de forma originales pueden ser protegidas. Pero desde hace algún tiempo, es fácil constatar una deriva de los conceptos que presiden el acceso a la reserva (A). En segundo lugar, el régimen del derecho se ve trastornado, y ese malestar resulta de la actividad del legislador y de la del juez (B).

A – La evanescencia de la condición de acceso a la protección

29. *La percepción de la obra del ingenio en derecho de autor corresponde a una técnica legislativa bien pensada. El objeto se concibe a través de una noción marco o laguna intra legem. Es una verdadera determinación legislativa, se trataba en 1957 de privilegiar una flexibilidad normativa susceptible de permitir la adaptación espontánea a las evoluciones técnicas y sociales. Pero la unidad sugerida por la definición doctrinal y jurisprudencial – creación de forma original – no es sino una fachada; esconde en realidad un objeto disperso, que difumina las fronteras entre lo que debe corresponder a la protección y lo que debe excluirse de ella. Y lo que se desvanece entonces es el concepto de obra del ingenio, ya que al querer extender excesivamente la noción, se llega a perder su esencia. Todo*

apparaît que tant la condition d'accès à la protection que le régime de protection connaissent des infléchissements inquiétants. Et les déviations constatées sont telles qu'elles contredisent même parfois les principes fondamentaux du droit d'auteur.

En premier lieu, dans un choix réfléchi de politique législative, le rédacteur de la loi n'a pas défini l'objet du droit d'auteur. Pourtant, il est acquis que seules les créations de forme originales peuvent être protégées. Mais depuis quelque temps, il est aisé de constater une dérive des concepts présidant à l'accès à la réservation (A). En second lieu, le régime du droit est ébranlé, ce malaise résultant de l'activité du législateur et de celle du juge (B).

A – L'évanescence de la condition d'accès à la protection

29. L'appréhension de l'œuvre de l'esprit en droit d'auteur relève d'une technique législative bien pensée. L'objet est saisi par le biais d'une notion-cadre ou lacune *intra legem*. Véritable parti pris législatif, il s'agissait en 1957 de privilégier une souplesse normative propre à permettre l'adaptation spontanée aux évolutions techniques et sociales. Mais l'unité suggérée par la définition doctrinale et jurisprudentielle – création de forme originale – n'est que de façade; elle cache en réalité un objet éclaté, brouillant les frontières entre ce qui doit relever de la protection et ce qui doit en être exclu. Et c'est alors le concept d'œuvre de l'esprit qui s'évanouit. Car à trop vouloir étendre la notion, on est conduit à en perdre l'essence. Tout le

the notion too far, one ultimately loses the essence of it. Everyone will remember the protection afforded to a bolt, an egg box and especially a salad basket, true symbols of this generous and extended protection.

Moving on from this casuistry to systemise the phenomenon, it appears that there is a shift in two directions: firstly, no true distinguishing criteria exist (1) and, secondly, falsely irrelevant criteria are taken into account (2).

1/ Absence of True Distinguishing Criteria

30. There are supposed to be two positive conditions of access to protection: there must be a creation of form with a degree of originality. These criteria are all the more fundamental as they lead to the enjoyment of a derogatory right whose strength enables the beneficiary to oppose, for example, the binding force of a contract. In addition, a heavy sanction may be attached to any violation of this right because infringement is classified as a penal offence. Yet these two conditions are no longer really distinguishing.

31. In particular, the first qualifying criterion enables a line to be drawn between what is lawful and what is not. In the field of authors' rights, the form that an idea takes is protected but the idea itself is, as Desbois put it, free fare by nature and by destination. However, while the principle is perfectly clear, its application raises more difficulties. Indeed, there are grey areas in which it is very hard to decide

el mundo recuerda la protección de la tuerca, de la caja para huevos y sobre todo del cesto para escurrir la ensalada, verdadero símbolo de esta protección generosa y extensiva.

Rebasando esta casuística para sistematizar el fenómeno, se ve que la inflexión es doble: por un lado, no existen verdaderos criterios discriminantes (1), y por el otro, se tienen en cuenta criterios falsamente indiferentes (2).

1/ La falta de verdaderos criterios discriminantes

30. *Las condiciones positivas para el acceso a la protección se supone que son dos. Es necesaria una creación de forma provista de cierta originalidad. Estos criterios son tanto más fundamentales cuanto que abren el beneficio de un derecho derogatorio, cuya potencia permite por ejemplo oponerse a la fuerza obligatoria del contrato. Además, toda violación de ese derecho es susceptible de recibir una fuerte sanción ya que el fraude tiene una calificación de delito penal. Sin embargo, esas dos condiciones ya no son realmente discriminantes.*

31. *El primer criterio de calificación permite en particular trazar la frontera entre lo lícito y lo ilícito. En derecho de autor, la forma que adopta la idea está protegida, pero la idea propiamente dicha es, según la fórmula consagrada de Desbois, por esencia y por destino de curso libre. Sin embargo, aunque el principio sea perfectamente lúcido, su aplicación suscita más dificultades. Existen en efecto zonas grises, en las que es difícil decidir. Basta*

monde garde en mémoire la protection du boulon, de la boîte à œufs et surtout du panier à salades, véritable symbole de cette protection généreuse et extensive.

Dépassant cette casuistique pour systématiser le phénomène, il appert que l'inflexion est double: d'une part, il n'existe pas de véritables critères discriminants (1), d'autre part, on prend en compte des critères faussement indifférents (2).

1/ L'absence de véritables critères discriminants

30. Les conditions positives de l'accès à la protection sont censées être au nombre de deux. Il faut une création de forme pourvue d'une certaine originalité. Ces critères sont d'autant plus fondamentaux qu'ils ouvrent au bénéficiaire d'un droit dérogatoire, dont la puissance permet par exemple de s'opposer à la force obligatoire du contrat. En outre, toute violation de ce droit est susceptible d'entraîner une lourde sanction puisque la contrefaçon reçoit une qualification de délit pénal. Pourtant, ces deux conditions ne sont plus réellement discriminantes.

31. Le premier critère de qualification permet notamment de tracer la frontière entre le licite et l'illicite. En droit d'auteur, la forme qu'emprunte l'idée est protégée, mais l'idée elle-même est, selon la formule consacrée de Desbois, par essence et par destination de libre parcours. Pour autant, si le principe est d'une limpidité parfaite, sa mise en œuvre suscite plus de difficultés. Il existe en effet des zones grises, dans lesquelles il est bien

one way or the other. One only has to think of the case law concerning “bibles” in the audiovisual sector. Similarly, computer programs cloud the issue because behind the concept of the work lies information⁸⁴. And the multiplication of “informative works” in a society in which information plainly has value reduces even more the initial simplicity, if not over-simplicity, of the distinction. Moreover, a special reservation for collections of information in the form of databases has been created and, at one time, the possibility of establishing “reserved creations” on the fringe of authors’ rights was contemplated (“Godfrain” bill).

In this respect, the sphere of art is not lagging behind. In the *Paradise* case⁸⁵, the production of genius was precisely the idea, “the artist’s conceptual approach” noted by the judges, namely the incongruous connection between two unlikely if not opposite “places”: paradise and the door of the toilets of the former dormitory of a psychiatric hospital. It is the fact of twisting the ordinary meaning of the word “paradise” that gives the creation all its interest here.

Conceptual art in general puts authors’ rights to the test because ideas are claimed as works of art. Advocating non-creation, conceptual artists reduce the creative act to the choice of the object. In addition, while creation relates to a creative activity, as opposed to know-how, the distinction is sometimes risky. At what moment does the activity leave the sphere of “material technical performance”⁸⁶ and enter the realm of authors’ rights? Not to mention the fact that a degree of skill is also often needed to produce a work. Over

con pensar en la jurisprudencia relativa a las “biblias” en materia audiovisual. Igualmente, el programa informático trastorna las cosas ya que tras el concepto de obra se perfila la información⁸⁴. Y la multiplicación de las “obras informativas” en una sociedad en la que, evidentemente, la información tiene un valor reduce todavía un poco más la sencillez inicial, e incluso el simplismo, de la distinción. Además, ¿no se ha creado una reserva especial para las recopilaciones de informaciones que son las bases de datos? ¿Y no se ha pensado durante algún tiempo en consagrar, al margen del derecho de autor, “creaciones reservadas” (proposición de ley denominada “Godfrain”)?

*Sobre este tema el campo del arte no anda a la zaga. En el pleito *Paradis*⁸⁵, lo que corresponde al genio ¿no es precisamente la idea, “el enfoque conceptual del artista” notado por los magistrados, a saber el acercamiento insólito entre dos “lugares” alejados, incluso opuestos: el paraíso y la puerta de los aseos del antiguo dormitorio de un hospital psiquiátrico? Aquí el interés de la creación reside en la desviación del sentido común del término “paraíso”.*

El arte conceptual en general pone el derecho de autor a prueba ya que las ideas son reivindicadas como obras de arte. Predicando la no-creación, los artistas concernidos reducen el acto creativo a la elección del objeto. Además, aunque la creación remita a una actividad creativa, por oposición al saber hacer, la distinción es a veces aventurada. ¿A partir de cuando se pasa de la simple “realización técnica material”⁸⁶ al antro del derecho de autor? Sin contar que la realización de una obra necesita también, con gran frecuencia, cierta habilidad. Más allá del arte

difficile de trancher. Il n'est qu'à songer à la jurisprudence relative aux «bibles» en matière audiovisuelle. De même, le logiciel brouille les cartes car derrière le concept d'œuvre, se profile l'information⁸⁴. Et la multiplication des «œuvres informationnelles» dans une société où, d'évidence, l'information a une valeur réduit un peu plus encore la simplicité première, voire le simplisme, de la distinction. D'ailleurs, n'a-t-on pas créé une réservation spéciale pour les collections d'informations que sont les bases de données? Et n'a-t-on pas un temps songé à consacrer, en marge du droit d'auteur, des «créations réservées» (proposition de loi dite «Godfrain»)?

Sur le sujet, le domaine de l'art n'est pas en reste. Dans l'affaire *Paradis*⁸⁵, ce qui relève du génie, n'est-ce pas justement l'idée, «l'approche conceptuelle de l'artiste» relevée par les magistrats, à savoir le rapprochement insolite entre deux «lieux» décalés, voire opposés: le paradis et la porte des toilettes de l'ancien dortoir d'un hôpital psychiatrique? C'est ici le détournement du sens commun du mot «paradis» qui fait tout l'intérêt de la création.

L'art conceptuel en général met le droit d'auteur à l'épreuve car les idées sont revendiquées comme des œuvres d'art. Prônant la non-créditation, les artistes concernés réduisent l'acte créatif à l'élection de l'objet. En outre, si la création renvoie à une activité créative, par opposition au savoir-faire, la distinction est parfois hasardeuse. À partir de quand quitte-t-on la simple «performance technique matérielle»⁸⁶ pour entrer dans l'antre du droit d'auteur? Sans compter que la réalisation d'une œuvre nécessite aussi, bien souvent,

and above the issue of conceptual art, the Court of Cassation sometimes finds it very hard to draw the boundaries and has preferred to affirm in peremptory fashion, in decisions that share a lot in common with regulatory rulings, that a perfume fragrance “is the result of the simple application of know-how”⁸⁷, amalgamating feasibility, identification difficulty and existence.

32. The second criterion to qualify as a work of the mind is originality. The concept relates to and is the guarantee of the subjective conception of French authors’ rights. It is also because the author stamps the creation with the mark of his or her personality and because the creator’s inner self impregnates the work, that a strong moral right is conceivable. Of course, there are degrees of originality: not only are certain works relatively original (derivative or composite works), but also others – often those within the sphere of applied art – are absolutely original but have little originality. These variations were envisaged from the creation of authors’ rights and the law of 1957 included them within the legislative landscape. Works of a derivative or composite kind are thus defined in Article L. 113-2, paragraph 2 IPC and their regime determined in Article L. 113-4. Similarly, Article L. 112-2, which offers a non-exhaustive list of the works eligible for protection, includes some minor creations (notably nos. 10 to 12). This is also because the theory of unity of art requires such a solution. That said, whether the courts accept the “author’s purely personal work”, a “personal stamp”, the “stamp of the author’s personality”, the “reflection of the creator’s personality” or again the “stamp of personal creative talent”, it is indeed subjectivity that delimits these vague expressions.

contemporáneo, el Tribunal Supremo tiene a veces dificultad para establecer la frontera, prefiriendo afirmar de modo perentorio, en sentencias que tienen mucho en común con decretos de reglamentación, que la fragancia “resulta de la simple aplicación de un saber hacer”⁸⁷, confundiendo posibilidad de realización, dificultad de identificación y existencia.

32. El segundo criterio de calificación de una obra del ingenio es la originalidad. La noción remite a la concepción subjetiva del derecho de autor francés y es su garantía. Es también porque el autor marca la creación con la impronta de su personalidad, porque el fuero interno del creador impregna la obra, por lo que puede concebirse un derecho moral fuerte. Es cierto que la originalidad puede tener grados: no solo algunas obras son relativamente originales (las obras denominadas derivadas o compuestas), sino que también otras, que corresponden frecuentemente a las artes aplicadas, incluso siendo absolutamente originales, tienen una débil originalidad. Esas variaciones han sido consideradas desde la creación del derecho de autor y la ley de 1957 las ha inscrito en el paisaje legislativo. Las obras segundas están así definidas en el artículo L. 113-2, párrafo 2, y su régimen determinado en el artículo L. 113-4. Igualmente, el artículo L. 112-2 que ofrece una lista no exhaustiva de las creaciones susceptibles de acceder a la protección menciona algunas creaciones menores (en particular 10º a 12º). También la teoría de la unidad del arte impone tal solución. Así las cosas, que el juez admita un “trabajo puramente personal del autor”, “la impronta personal”, “la impronta de la personalidad del autor”, “el reflejo de la personalidad del creador” o bien “la impronta del talento creador personal”, lo que limita esas fórmulas borrosas es efectivamente la subjetividad. Pero

un certain doigté. Au-delà de l'art contemporain, la Cour de cassation a parfois bien du mal à tracer la frontière, préférant affirmer de manière péremptoire, dans des décisions qui ont beaucoup à partager avec des arrêts de règlement, que la fragrance «procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire»⁸⁷, confondant faisabilité, difficulté d'identification et existence.

32. Le second critère de qualification d'une œuvre de l'esprit est l'originalité. La notion renvoie à la conception subjective du droit d'auteur français et elle en est la garante. C'est aussi parce que l'auteur marque la création de l'empreinte de sa personnalité, parce que le for intérieur du créateur imprègne l'œuvre, qu'un droit moral fort est concevable. Certes, l'originalité est susceptible de degrés: non seulement certaines œuvres sont relativement originales (les œuvres dites dérivées ou composites), mais encore d'autres, relevant souvent des arts appliqués, alors même qu'elles sont absolument originales, ont une faible originalité. Ces variantes ont été envisagées depuis la création du droit d'auteur et la loi de 1957 les a inscrites dans le paysage législatif. Les œuvres secondes sont ainsi définies à l'article L. 113-2, alinéa 2, et leur régime déterminé à l'article L. 113-4. De même, l'article L. 112-2 qui offre une liste non exhaustive des créations susceptibles d'accéder à la protection fait état de quelques menues créations (notamment 10° à 12°). C'est aussi que la théorie de l'unité de l'art impose une telle solution. Cela étant, que le juge retienne un «travail purement personnel à l'auteur», «l'empreinte personnelle», «l'empreinte de la personnalité de l'auteur», «le reflet de la personnalité du créateur» ou encore «l'empreinte du talent créateur personnel», c'est bien la subjectivité qui borne ces formules

However, a difference in degree is not a difference in nature because the latter implies a different regime⁸⁸. In this regard, the harmony has been broken since the Plenary Assembly of the Court of Cassation, applying authors' rights to computer software based on the law of 1957 in its famous *Pachot* ruling, proposed a second, more objective definition of originality, as the "mark of an intellectual contribution"⁸⁹. And it has to be acknowledged that it is something of a challenge... or artifice to find the stamp of the author's personality in a bolt or a shower cubicle.

Initially a framework concept, originality is being transformed then into a polysemic notion and polysemy is just another word for disorder. The technique of framework concepts is a matter of legislative art; it suggests a number of applications, it is a variation on a single theme, whereas polysemy refers to a number of meanings or different themes⁹⁰. So it is the whole coherence of the subject and its foundations that is called into question. The effect of playing with words and of extending the concepts to an excessive degree is that the right cracks and loses its force. It should come as no surprise afterwards if the moral right is also minimised. The criterion of originality is so accommodating that it has ceased to be distinguishing⁹¹. It seems to have become a set clause from both a doctrinal and a judicial viewpoint⁹². And ultimately, because the condition, corresponding to several vague notions, becomes drained of any substance, its characterisation ceases to be a matter of legal logic and becomes a matter of expediency, or even an arbitrary matter.

diferencia de grado no significa diferencia de naturaleza, ya que esta última implica una diferencia de régimen⁸⁸. Ahora bien, se ha roto la armonía desde que la Asamblea plenaria del Tribunal Supremo, en su célebre sentencia Pachot, aplicando el derecho de autor a los programas sobre la base de la ley de 1957, propuso una segunda definición de la originalidad, más objetiva, como la "marca de una aportación intelectual"⁸⁹. Y hay que admitir que reconocer la impronta de la personalidad del autor en una tuerca o una cabina de ducha es un desafío... o un artificio.

La originalidad, que inicialmente era una noción marco, se transforma entonces en una noción polisémica, y decir polisemia es otra forma de decir desorden. La técnica de la noción marco corresponde al arte legislativo, sugiere una pluralidad de aplicaciones, es una variación sobre un mismo tema, mientras que la polisemia remite a una pluralidad de sentidos, a temas diferentes⁹⁰. Y lo que se pone en tela de juicio entonces es toda la coherencia de la materia y de sus fundamentos. Jugando demasiado con las palabras, extendiendo demasiado los conceptos, el derecho se desgarrará, pierde su potencia y no hay que extrañarse después si el derecho moral es, también él, minimizado. El criterio de originalidad es tan acogedor que ya no es discriminante⁹¹. Parece haberse convertido en una cláusula de estilo, tanto desde el punto doctrinal como judicial⁹². Y en definitiva, puesto que la condición, que responde a algo borroso y plural, se vacía de toda sustancia, su caracterización no depende ya de la lógica jurídica, sino de la oportunidad, e incluso del oportunismo o de lo arbitrario.

floues. Mais différence de degré n'est pas différence de nature, car cette dernière implique une différence de régime⁸⁸. Or, l'harmonie est rompue depuis que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son célèbre arrêt *Pachot*, appliquant le droit d'auteur au logiciel sur le fondement de la loi de 1957, a proposé une seconde définition de l'originalité, plus objective, comme la «marque d'un apport intellectuel»⁸⁹. Et il faut convenir que reconnaître l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans un boulon ou une cabine de douche relève de la gageure... ou de l'artifice.

Notion-cadre à l'origine, l'originalité se transforme alors en notion polysémique et la polysémie n'est que l'autre mot du désordre. La technique de la notion-cadre relève de l'art législatif, elle suggère une pluralité d'applications, c'est une variation sur un même thème, alors que la polysémie renvoie à une pluralité de sens, à des thèmes différents⁹⁰. Et c'est toute la cohérence de la matière et de ses fondements qui se voit mise en cause. À trop vouloir jouer avec les mots, à trop vouloir étendre les concepts, le droit craque, il perd de sa puissance et il ne faut pas s'étonner ensuite si le droit moral est, lui aussi, minimisé. Car le critère d'originalité est tellement accueillant qu'il n'est désormais plus discriminant⁹¹. Il semble être devenu une clause de style, tant du point de vue doctrinal que judiciaire⁹². Et en définitive, puisque la condition, qui répond à un flou pluriel, se vide de toute substance, sa caractérisation ne relève plus de la logique juridique, mais de l'opportunité, voire de l'opportunisme ou de l'arbitraire.

33. As a result, some legal authors propose returning to the criterion of novelty⁹³, which had been adopted by the courts for a long time, before the concept of originality was systematised by Desbois. Moreover, references to the absence of prior works can still be found in decisions rendered by the lower courts. Less categorically, can it not be said that originality is just novelty revisited⁹⁴? Logically, if every personality is unique, then every work is necessarily new.

To settle the issue requires courage, but also a choice has to be made: are “French-style” authors’ rights still based on a humanist philosophy or must it be considered – and if so let’s say it openly – that we have undergone a change of logic?

34. In other words, both the condition of form and the condition of originality are in distress. The right is no longer flexible; it has no boundaries and is open to almost every situation from the moment that the presentation has the ability to suggest it. And if such is not the case, then it is the legal uncertainty that has to be denounced. Moreover, that legal uncertainty is not reduced by the insertion of irrelevant conditions in the law, because these invalid conditions do not delimit the notion of the work to any greater extent, given that the courts often ignore these directions.

2/ Existence of Falsely Irrelevant Criteria

35. Alongside the criteria that are not stated but are supposed to support the positive operation of legal classification, as the first and

33. Algunos autores proponen entonces volver al criterio de novedad⁹³ – habiendo sido éste durante mucho tiempo aceptado por la justicia antes de la sistematización de la noción de originalidad por Desbois. Además, todavía se encuentran referencias a la falta de anterioridad en sentencias dictadas por jueces del fondo. De forma menos zanjada, ¿no es la originalidad sino la novedad revisitada de nuevo⁹⁴? Y muy lógicamente, si cada personalidad es única, toda obra es forzosamente nueva.

La solución de la cuestión requiere valor pero es necesario elegir: ¿se basa todavía el derecho de autor “a la francesa” en una filosofía humanista o debe considerarse – pero entonces digámoslo claramente – que hemos cambiado de lógica?

34. Esto quiere decir que tanto la condición de forma como la de originalidad están perdiéndose. El derecho ya no es flexible, no tiene fronteras, está abierto a casi todas las situaciones desde el momento que la habilidad de la presentación lo deja pensar. Y si no es así, lo que hay que denunciar entonces es la inseguridad jurídica. Esta inseguridad no ha disminuido, por otro lado, con la introducción legislativa de criterios indiferentes, ya que esas condiciones inoperantes no limitan tampoco la noción de obra en la medida en que con frecuencia el juez no admite esas prescripciones.

2/ La existencia de criterios falsamente indiferentes

35. Al lado de los criterios callados, pero que supuestamente permiten la operación positiva de calificación jurídica, etapa inicial y fundamental del

33. Certains auteurs proposent alors de revenir au critère de nouveauté⁹³ – celui-ci ayant longtemps été retenu par la jurisprudence avant la systématisation de la notion d'originalité par Desbois. D'ailleurs, on trouve encore des références à l'absence d'antériorité dans des décisions rendues par des juges du fond. De manière moins tranchée, l'originalité n'est-elle pas que la nouveauté revisitée⁹⁴? Et fort logiquement, si chaque personnalité est unique, toute œuvre est nécessairement nouvelle.

Le règlement de la question requiert du courage mais un choix s'impose : le droit d'auteur «à la française» repose-t-il toujours sur une philosophie humaniste ou doit-on considérer – mais alors disons-le ouvertement – que nous avons changé de logique?

34. C'est dire que tant la condition de forme que celle d'originalité sont en perdition. Le droit n'est plus souple, il est sans frontières, ouvert à presque toutes les situations du moment que l'habileté de présentation le laisse à penser. Et si ce n'est pas le cas, c'est l'insécurité juridique qu'il faut alors dénoncer. Cette insécurité n'est en outre pas diminuée par l'insertion législative de critères indifférents, car ces conditions inopérantes ne bornent pas plus la notion d'œuvre dans la mesure où le juge passe souvent outre ces prescriptions.

2/ L'existence de critères faussement indifférents

35. À côté des critères tus, mais censés permettre l'opération positive de qualification juridique, étape première et fondamentale du raisonnement

fundamental stage of the legal reasoning process, the legislator has expressly envisaged a number of “non-conditions” relating to the concept of a work of the mind. Specifically, Article L. 112-1 IPC offers a negative approach to the concept, setting out the factors that are immaterial to its characterisation. In this way, the law prohibits the courts from granting or denying protection based on the kind, form of expression, merit or purpose of the work. Yet, from an examination of case law, it appears that these criteria are falsely ineffective.

36. This principle of equality, which prohibits arbitrary discrimination, is logical and justified. It would not be acceptable if the courts, which already have sole control over the concept of a work, were able, for example, to act as literary and artistic critics. Access to a status cannot depend on value judgments. Nevertheless, this aesthetic neutrality is rather perplexing. In particular, it brings to light an odd paradox: on the one hand, the work and through it the author are celebrated and placed on a pedestal; on the other, the law evades the issue, “refus[ing] to speak of beauty”⁹⁵.

Having said that, can anyone seriously believe in this judicial abstention on the legislator’s orders? Is it not a dream to think that the legislator can prevent judges, in their heart of hearts, from taking account of the value of a work, its seductive power and its artistic and social recognition to judge originality? It is permissible to have doubts. One author has perfectly demonstrated that merit is doubtless the

razonamiento jurídico, el legislador ha considerado expresamente cierto número de “no-condiciones” para la noción de obra del ingenio. Más precisamente, el artículo L. 112-1 del CPI ofrece una percepción negativa del concepto, notando los elementos indiferentes para su caracterización. La ley prohíbe así al juez basarse en el género, la forma de expresión, el mérito o el destino para conceder o denegar en beneficio de la protección por el derecho de autor. Pero resulta que esos criterios son, si se examina la jurisprudencia, falsamente ineficaces.

36. *Ese principio de igualdad, que prohíbe las discriminaciones arbitrarias, es lógico y está justificado. No puede ser que el juez, que dispone ya del control único sobre la noción de obra, pueda en particular comportarse como crítico artístico o literario. El acceso a un estatuto no puede depender de un juicio de valor. Sin embargo, esta neutralidad estética deja algo perplejo. En particular, saca a la luz una curiosa paradoja: por un lado la obra, y mediante ella, el autor son celebrados, puestos en un pedestal, y por el otro el derecho huye, “rebusando de decir lo bello”⁹⁵.*

Además, ¿puede creerse sinceramente todavía en esa renuncia judicial, por orden del legislador? ¿No es un sueño pensar que este último puede impedir al juez, en su foro interno, tener en cuenta el valor de la obra, su poder de seducción y su reconocimiento artístico y social, para juzgar la originalidad? Permítasenos dudar de eso. Un autor ha demostrado perfectamente que el mérito es sin duda el “criterio ineluctable de protección de las

juridique, le législateur a expressément envisagé un certain nombre de «non-conditions» à la notion d'œuvre de l'esprit. Plus précisément, l'article L. 112-1 du CPI offre une appréhension négative du concept, relevant les éléments indifférents à sa caractérisation. La loi interdit ainsi au juge de se fonder sur le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination pour accorder ou refuser le bénéfice de la protection par le droit d'auteur. Or, il apparaît que ces critères sont, à l'examen de la jurisprudence, faussement inefficaces.

36. Ce principe d'égalité, qui prohibe les discriminations arbitraires, est logique et justifié. Il ne saurait être question que le juge, qui dispose déjà du contrôle unique sur la notion d'œuvre, puisse notamment se poser en critique artistique ou littéraire. L'accès à un statut ne peut dépendre de jugements de valeurs. Cependant, cette neutralité esthétique laisse quelque peu perplexe. En particulier, elle met à jour un curieux paradoxe: d'un côté l'œuvre et, par elle, l'auteur sont célébrés, mis sur un piédestal, de l'autre le droit fuit, «refu[sant] de dire le beau»⁹⁵.

Au-delà, peut-on sincèrement croire à ce renoncement judiciaire, sur l'ordre du législateur? N'est-il pas onirique de penser que ce dernier peut empêcher le juge, en son for intérieur, de prendre en compte la valeur de l'œuvre, son pouvoir de séduction et sa reconnaissance artistique et sociale, pour juger de l'originalité? Qu'on nous permette d'en douter. Un auteur a parfaitement démontré que le mérite est sans doute le «critère inéluctable

“inevitable protection criterion of works of the mind”⁹⁶. For example, the courts were able to decide that the expression “T’as de beaux yeux, tu sais” (“You’ve got beautiful eyes, you know”), drawn from Prévert’s dialogues in the film *Quai des brumes* (English title: *Port of Shadows*) was eligible for protection in spite of its banality on the ground that it had become “one of the most famous film lines”⁹⁷.

37. Similarly, the irrelevance of the kind of work is doubtless exaggerated, at least at the procedural level. Indeed, as soon as a dispute concerns the artistic sphere, it is not uncommon for the courts to reverse the onus of proof. Although it is for authors claiming protection to prove that their creations are original, it is often apparent in court that they enjoy a sort of presumption of originality. It is true that a discrete evolution can be noted, particularly in the photographic field⁹⁸, but the cases involving contemporary art show that old habits die hard.

38. Despite being the underlying requirement for the inception of the right, a work of the mind is not defined. Above all, its contours are gradually fading. While the framework concept could be ascribed to the legislator’s “self-scepticism”, the virtues of which have been stressed by Professor Cornu, the question that has to be raised today is what the criteria governing access to protection are. To the absence of true distinguishing conditions, it is necessary to add the presence of falsely irrelevant conditions. Hence it is imperative to think carefully about the notion, or run the risk of devaluing the right without a qualifying criterion. In addition, access

*obras del ingenio*⁹⁶. Por ejemplo, los jueces han podido decidir que la expresión “Tienes unos ojos bonitos, sabes”, sacada de los diálogos de Prévert en el filme *Quai des brumes*, es susceptible de protección a pesar de su banalidad, porque se ha convertido en “una de las réplicas más célebres del cine”⁹⁷.

37. *Igualmente, la indiferencia del género es sin duda exagerada, al menos en el plano del procedimiento. En efecto, desde el momento en que el litigio concierne el campo artístico, no es raro que los jueces realicen una inversión de la carga de la prueba. Siendo que es el autor el que debe, al reclamar la protección, probar que su creación es original, aparece frecuentemente, en los tribunales, que éste beneficia de una especie de presunción de originalidad. Es cierto que se puede notar una evolución discreta, en particular en materia fotográfica⁹⁸, pero los pleitos relativos al arte contemporáneo muestran que las costumbres desaparecen lentamente.*

38. *La obra del ingenio no está definida, siendo que constituye la condición de nacimiento del derecho. Sobre todo, su contorno se desdibuja poco a poco. Si la técnica de la noción marco correspondía al autoescepticismo del legislador, cuyas virtudes han sido subrayadas por el Decano Cornu, hay que preguntarse hoy en día cuáles son los criterios de acceso a la protección. A la falta de verdaderas condiciones discriminantes se añade la presencia de condiciones falsamente indiferentes. Por eso es imperativo reflexionar sobre la noción para no arriesgarse a devaluar el derecho por carecer de criterio de calificación. Además, un acceso excesivamente abierto*

de protection des œuvres de l'esprit»⁹⁶. Par exemple, les juges ont pu décider que l'expression «T'as de beaux yeux, tu sais», tirée des dialogues de Prévert dans le film *Quai des brumes*, est protégeable en dépit de sa banalité, au motif qu'elle est devenue «une des répliques les plus célèbres du cinéma»⁹⁷.

37. De même, l'indifférence du genre est sans doute exagérée, au moins sur le plan procédural. En effet, dès que le litige porte sur le domaine artistique, il n'est pas rare que les juges opèrent un renversement de la charge de la preuve. Alors que c'est à l'auteur, réclamant la protection, de prouver que sa création est originale, il apparaît bien souvent, dans les prétoires, que celui-ci bénéficie d'une sorte de présomption d'originalité. Certes, une discrète évolution peut être notée, notamment en matière photographique⁹⁸, mais les affaires relatives à l'art contemporain montrent que les habitudes sont dures à perdre.

38. L'œuvre de l'esprit, alors même qu'elle constitue la condition de naissance du droit, n'est pas définie. Surtout, ses contours s'effacent peu à peu. Si la technique de la notion-cadre relevait de l'auto-scepticisme du législateur, dont les vertus ont été soulignées par le Doyen Cornu, il faut aujourd'hui se demander quels sont les critères d'accès à la protection. À l'absence de vraies conditions discriminantes s'ajoute la présence de conditions faussement indifférentes. Aussi est-il impératif de réfléchir à la notion au risque, sans critère de qualification, de dévaluer le droit. En outre, un accès trop ouvert a inmanquablement des répercussions sur le régime

that is too open-ended inevitably has repercussions on the rights regime. While it is logical, in the French tradition, to grant strong moral rights in a painting, the courts refuse to require observance of the right to respect for the paternity of the creator of an oilcloth. And beyond the purely intellectual aspect, which is often offered as an example, it is the whole protection regime that appears weakened.

B – Fragility of the Protection Regime

39. The close correlation between the extent of the protection, broadly understood, and the extent of its restrictions, strictly understood, constitutes a choice of legislative policy. Hence the broad, open approach adopted when rights are granted to the author is balanced by a closed, precise structure when the author is dispossessed⁹⁹. This double movement, backed by well-thought-out legislative techniques, confirms the desired pre-eminence of authors in their relationship with commercial users and the public. Yet it is clear that the interest taken in the author is declining and that the content of the statutory protection has been weakened, either as a result of the action of the legislator as such or through interpretation by the courts (1). In addition, this disenchantment is also reflected in the weakness of the judicial sanctions to curb violations of authors' rights (2).

1/ Weakening of the Statutory Protection

40. The rules governing the grant of rights and their dispossession reveal the centre of gravity sought in French *droit d'auteur*. Indeed, ownership of the

tiene inevitablemente repercusiones sobre el régimen de los derechos. Aunque sea lógico, en la tradición francesa, conceder un derecho moral fuerte sobre una pintura, los jueces se niegan a obligar al respeto del derecho a la paternidad para el creador de una tela de bule. Y más allá de la única vertiente intelectual, que se da frecuentemente como ejemplo, el conjunto del régimen de protección parece fragilizado.

B – La fragilidad del régimen de protección

39. La fuerte correlación entre la extensión de la protección, ampliamente entendida, y la de sus restricciones, entendida estrictamente, constituye una elección de política legislativa. Así, a la concepción amplia y abierta cuando se trata de atribuir derechos al autor responde una estructura cerrada y precisa para quitárselos⁹⁹. Este doble movimiento, apoyado por técnicas legislativas bien pensadas, confirma la preeminencia deseada del autor en su relación con el explotador y con el público. Sin embargo, está claro que el interés que se presta al autor se desgasta y que el contenido de la protección legal resulta debilitado, bien a causa del propio legislador, bien a causa de la interpretación judicial (1). Además, ese desamor se refleja también en la debilidad de las sanciones judiciales destinadas a reprimir las vulneraciones del derecho de autor (2).

1/ El debilitamiento de la protección legal

40. Las reglas que rigen la atribución de los derechos y su desposeimiento revelan el centro de gravedad deseado en derecho de autor francés. En efecto, la titularidad

des droits. S'il est logique, dans la tradition française, d'accorder un droit moral fort sur une peinture, les juges refusent d'obliger au respect du droit à la paternité pour le créateur d'une toile cirée. Et au-delà du seul versant intellectuel, souvent livré en exemple, c'est l'ensemble du régime de protection qui paraît fragilisé.

B – La fragilité du régime de protection

39. L'étroite corrélation entre l'étendue de la protection, largement comprise, et celle de ses restrictions, strictement entendues, constitue un choix de politique législative. Ainsi, à l'appréhension large et ouverte lors de l'attribution des droits à l'auteur répond une structure fermée et précise lors de son dépouillement⁹⁹. Ce double mouvement, appuyé par des techniques législatives bien pensées, confirme la prééminence souhaitée de l'auteur dans sa relation avec l'exploitant et avec le public. Pourtant, il est clair que l'intérêt porté à l'auteur s'effrite et que le contenu de la protection légale s'en trouve affaibli, soit du fait du législateur lui-même, soit encore du fait de l'interprétation judiciaire (1). En outre, ce désamour est également reflété par la faiblesse des sanctions judiciaires visant à réprimer les violations au droit d'auteur (2).

1/ L'affaiblissement de la protection légale

40. Les règles présidant à l'attribution des droits et à leur dessaisissement sont révélatrices du centre de gravité voulu en droit d'auteur français. En

rights is granted to the author and the grant is very broad given that the articulation of the two prerogatives – the reproduction right and the representation right – is sufficient to encompass all acts of exploitation. Conversely, the author's dispossession aims to be constrictive. Not only are the exceptions set out in a list that is supposed to be exhaustive and are subject to strict conditions, but also contractual transfers of rights are required to respect narrow formal requirements. Yet this balancing is called into question both as regards the grant of rights and in relation to their dispossession.

41. Firstly, the rules of ownership in literary and artistic property law corroborate the idea of a right *in favorem auctoris*. For example, Article L. 111-1, paragraph 3 IPC lays down the rule of the irrelevance of the author's status in the creation process for the grant of rights. Therefore, it does not matter whether authors create in the position of salaried employees or under a commissioning contract: the rights vest in them *ab initio* and they continue to own those rights unless they transfer them¹⁰⁰. The only exception to this author-creator-rightholder equation is the case of collective works – this “anomaly”, this “intruder in a law steeped in humanism”, wrote Desbois¹⁰¹. Not that it is an exception to the principle that the author and creator are identical, but it enables a person other than the author to be the *original* holder of the rights in the work.

42. That said, the law of 1 August 2006 added the possibilities of “exceptions provided for”¹⁰² by the Code to this founding rule of French authors' rights, this principle testifying to the

de los derechos va al autor y la atribución es muy amplia ya que el enunciado de dos prerrogativas – el derecho de reproducción y el derecho de representación – basta para abarcar el conjunto de los actos de explotación. Al contrario, el desposeimiento del autor quiere ser constrictivo. No sólo las excepciones están enumeradas en una lista exhaustiva y encuadradas por condiciones estrictas, sino que además las cesiones convencionales de los derechos están obligadas a respetar un formalismo estricto. Sin embargo, este balanceo se ve puesto en tela de juicio tanto en lo que concierne la atribución de los derechos como su desposeimiento.

41. *En un primer tiempo, las reglas de titularidad en derecho de autor corroboran la idea de un derecho in favorem auctoris. En ese sentido, el artículo L. 111-1, párrafo 3, del CPI sienta la indiferencia del estatuto del autor en la creación para la atribución de los derechos. Así, poco importa que el autor cree en situación de asalariado o como resultado de un contrato de encargo, los derechos nacen ab initio sobre su cabeza y sigue siendo el titular a menos que haya una cesión¹⁰⁰. La única excepción de esta ecuación autor-creador-titular de los derechos es la figura de la obra colectiva, esa “anomalía”, esa “intrusa en una ley impregnada de humanismo”¹⁰¹, escribió Desbois, no por que sea una excepción de la identidad autor-creador, sino porque permite a una persona distinta del autor ser el titular inicial de los derechos sobre la obra.*

42. *En esas condiciones, la ley del 1 de agosto de 2006 ha añadido a esta regla fundacional del derecho de autor francés, a ese principio testigo de la filosofía que irriga la materia, la posibilidad de*

effet, la titularité des droits va à l'auteur et l'octroi se fait très largement puisque l'énoncé de deux prérogatives – le droit de reproduction et le droit de représentation – suffit à embrasser l'ensemble des actes d'exploitation. Au rebours, le dépouillement de l'auteur se veut constrictif. Non seulement les exceptions sont énoncées dans une liste censée être exhaustive et encadrées par des conditions strictes, mais encore les cessions conventionnelles des droits sont obligées de respecter un formalisme étroit. Pourtant, ce balancement est remis en cause tant s'agissant de l'attribution des droits que de leur dessaisissement.

41. Dans un premier temps, les règles de titularité en droit d'auteur corroborent l'idée d'un droit *in favorem auctoris*. En ce sens, l'article L. 111-1, alinéa 3, du CPI pose l'indifférence du statut de l'auteur dans la création pour l'attribution des droits. Ainsi, il importe peu que l'auteur crée en situation de salarié ou encore du fait d'un contrat de commande, les droits naissent *ab initio* sur sa tête et il en reste titulaire à moins d'une cession¹⁰⁰. La seule exception à cette équation auteur – créateur – titulaire des droits est la figure de l'œuvre collective, cette «anomalie», cette «intrus[e] dans une loi pétrie d'humanisme»¹⁰¹, écrivait Desbois, non qu'elle fasse exception à l'identité auteur – créateur, mais qu'elle permette à une personne autre que l'auteur d'être le titulaire originaire des droits sur l'œuvre.

42. Cela étant, la loi du 1^{er} août 2006 a ajouté à cette règle fondatrice du droit d'auteur français, à ce principe témoin de la philosophie qui irrigue la matière, la possibilité d'«exceptions prévues»¹⁰² par le Code. On connaît

philosophy underpinning the subject. The exception for computer programs created by employees is already well known and is a departure consistent with the logic of this tool-creation. In this case, the law has provided for automatic devolution of the economic rights to the employer (IPC, Art. L. 113-9). However, the discreet and doubtless far from insignificant addition adopted by the "DADVSI law" could well precipitate things and usher in the acceptance of many other exceptions. In this regard, the "Creation and Internet" law contained an isolated legislative provision concerning employed journalists¹⁰³. It puts an end to the case law that applied on the subject, based on Article L. 121-8 IPC read in conjunction with Article L. 761-9, paragraph 2 (now Article L. 7113-2) of the Labour Code, holding that any reproduction, whatever its medium, of an article which had already been published required the journalist's authorisation¹⁰⁴. The new system, described in Articles L. 132-35 *et seq.* of the IPC¹⁰⁵, introduces a regime of a "multi-medium" press work. It is based on the principle of automatic transfer of the journalist's rights to the publishing company, through the effect of the employment contract, for any exploitation of the work, whatever the medium and the methods of dissemination and consultation, with the salary being the sole payment in exchange for the transfer¹⁰⁶. To complete the system, a temporal criterion is introduced because, after a certain reference period, additional remuneration is payable.

Should we be worried about this dispossession of authors in journalism? It is important to clarify that the rules were the result of discussions firstly of an informal nature and then under the

"excepciones previstas"¹⁰² por el Código. Ya se conoce la del programa de ordenador creado por un asalariado, derogación que es conforme a la lógica de esta creación-herramienta. En esta hipótesis, el legislador ha previsto una atribución automática de los derechos patrimoniales al empleador (CPI, art. L. 113-9). Pero este pequeño añadido discreto, que sin duda no es anodino, de la "ley DADVSI" podría muy bien precipitar las cosas y hacer aceptar otras, y numerosas, reservas. La ley "Creación e Internet" incluye sobre este punto un punto singular legislativo, relativo a los periodistas asalariados¹⁰³; pone fin a la jurisprudencia que se aplicaba en la materia, basada en un lectura cruzada de los artículos L. 121-8 del CPI y L. 761-9, párrafo 2, del Código laboral (ahora artículo L. 7113-2), estimando que toda reproducción, sea cual sea el soporte, de un artículo ya publicado implicaba la autorización del periodista¹⁰⁴. El nuevo dispositivo, descrito en los artículos L. 132-35 y siguientes del CPI¹⁰⁵, instituye un régimen de la obra de prensa "multisoportes". Se basa en el principio de una cesión automática, por efecto del contrato de trabajo de los derechos del periodista a la empresa editora para cualquier explotación de la obra, cualesquiera que sean el soporte, los modos de difusión y de consulta, siendo el salario la única contrapartida de esa transferencia¹⁰⁶. El sistema está completado por un criterio de temporalidad ya que más allá de determinado periodo de referencia, se debe pagar una remuneración suplementaria.

¿Debemos preocuparnos por este desposeimiento de los autores periodistas? Es importante subrayar que esas reglas son el resultado de reflexiones inicialmente informales, y luego bajo la égida de los

déjà celle du logiciel créé par un salarié, dérogation conforme à la logique de cette création-outil. Dans cette hypothèse, le législateur a prévu une dévolution automatique des droits patrimoniaux à l'employeur (CPI, art. L. 113-9). Mais ce petit ajout discret, sans doute pas anodin, de la «loi DADVSI» pourrait bien précipiter les choses et faire accepter de nombreuses autres réserves. La loi «Création et Internet» comportait sur ce point un cavalier législatif, qui concerne les journalistes salariés¹⁰³; elle met fin à la jurisprudence qui s'appliquait en la matière, fondée sur une lecture croisée des articles L. 121-8 du CPI et L. 761-9, alinéa 2, du Code du travail (désormais article L. 7113-2), estimant que toute reproduction, quel qu'en soit le support, d'un article déjà publié impliquait l'autorisation du journaliste¹⁰⁴. Le nouveau dispositif, décrit aux articles L. 132-35 et suivants du CPI¹⁰⁵, institue un régime de l'œuvre de presse «multi-supports». Il repose sur le principe d'une cession automatique, par l'effet du contrat de travail des droits du journaliste à l'entreprise éditrice pour toute exploitation de l'œuvre et ce, quels qu'en soient le support, les modes de diffusion et de consultation, le salaire étant l'unique contrepartie de ce transfert¹⁰⁶. Le système est complété par un critère de temporalité puisque au-delà d'une certaine période de référence, une rémunération supplémentaire est due.

Faut-il s'inquiéter de ce dépouillement des auteurs journalistes? Il importe de préciser que ces règles sont le résultat de réflexions d'abord informelles, puis sous l'égide des États généraux de la presse écrite. En outre,

auspices of a convention on the print press. In addition, the case law solutions applied earlier were unsuited to the demands of digital exploitation. Nevertheless, it seems obvious that publishers are the big winners in this system, even if it is to be hoped that the collective negotiations required to implement the rules for the application of the new system will go some way to restoring the balance.

The disquiet actually stems from the fact that a solution which applied the general rules – admittedly in an orthodox manner – but which proved to be unsuitable was purely and simply relegated. Everyone knows that changes are doubtless necessary in this regard¹⁰⁷. At the same time, fears that the trend towards dispossessing authors will spread are not mere conjecture because the threat has become a reality for State-employed authors (except those who are not subject to any hierarchical supervision like academics). Before the enactment of the law of 1 August 2006, the approach towards the literary and artistic property rights of public servants was guided by an opinion of the Council of State (known as the *Ofratème* opinion) which had decided, in the name of public service needs, that the rights should vest in the public service “to the extent necessary” to meet the service’s needs¹⁰⁸. The solution was undoubtedly *contra legem*. Now it is Article L. 111-1, paragraph 3 IPC which determines the treatment of works created by State employees. The provision begins by repeating the principle that the creator’s public servant status does not affect the enjoyment of rights, based on the model of employed authors in the private sector. However, the construction is mere window dressing (another case of

Estados generales de la prensa escrita. Además, las soluciones jurisprudenciales aplicadas hasta ahora eran inadaptadas para las características de la explotación numérica. En esas condiciones, parece evidente que los editores son los grandes vencedores de ese sistema, aunque pueda esperarse que la negociación colectiva, obligada para la puesta en marcha de la aplicación del nuevo dispositivo, restablezca algo el equilibrio.

*La preocupación viene del hecho de que una solución que aplicaba, cierto es que de forma ortodoxa, las reglas de derecho común, pero que resultaba inadaptada, fue pura y simplemente relegada. Pero es bien sabido que sin duda son necesarias evoluciones sobre este punto¹⁰⁷. Y el temor de una generalización del movimiento de desposeimiento del autor no es sólo una conjetura, puesto que la amenaza es ahora una realidad para los autores funcionarios (exceptuando los que no tienen control jerárquico, como los universitarios). El derecho de autor de los agentes públicos estaba, antes de la ley del 1 de agosto de 2006, orientado por un dictamen del Consejo de Estado, el dictamen Ofratème, que decidió, en nombre de las necesidades del servicio público, que la administración debía estar investida de los derechos de autor “en la medida necesaria” para las necesidades del servicio¹⁰⁸. La solución era indudablemente *contra legem*. Ahora, es el artículo L. 111-1, párrafo 3, el que regula la suerte de las creaciones de funcionarios. El texto empieza recordando el principio de indiferencia del estado del creador-agente del Estado en la atribución de los derechos, sobre el modelo de los asalariados de derecho privado. Pero la construcción es engañosa – otra hipocresía de la ley –, ya que las “reservas” anunciadas¹⁰⁹ son tan numerosas ¡que vacían el principio de su sustancia! Así, los derechos patrimoniales*

les solutions jurisprudentielles jusque-là appliquées étaient inadaptées aux contraintes de l'exploitation numérique. Cela étant, il apparaît d'évidence que les éditeurs sont les grands vainqueurs de ce système, même si on peut espérer que la négociation collective, nécessitée pour la mise en œuvre des modalités d'application du nouveau dispositif, rétablisse quelque peu l'équilibre.

L'inquiétude vient en fait de ce qu'une solution qui mettait en œuvre, certes de manière orthodoxe, les règles de droit commun, mais qui se révélait inadaptée, a purement et simplement été reléguée. Or on sait bien que des évolutions sont sans doute nécessaires sur ce point¹⁰⁷. Et la crainte d'une généralisation du mouvement de dépossession de l'auteur n'est pas que conjecture puisque la menace est désormais réalité pour les auteurs fonctionnaires (excepté ceux qui n'ont pas de contrôle hiérarchique, comme les universitaires). Le droit d'auteur des agents publics était, avant la loi du 1^{er} août 2006, orienté par un avis du Conseil d'État, l'avis *Ofratème*, qui avait décidé, au nom des nécessités du service public, que l'administration devait être investie des droits d'auteur «dans la mesure nécessaire» aux besoins du service¹⁰⁸. La solution était sans doute aucun *contra legem*. Désormais, c'est l'article L. 111-1, alinéa 3, qui règle le sort des créations de fonctionnaires. Le texte commence par rappeler le principe d'indifférence de l'état du créateur-agent de l'État dans l'attribution des droits, sur le modèle des salariés de droit privé. Mais la construction est en trompe-l'œil – autre hypocrisie de la loi –, car les «réserves» annoncées¹⁰⁹ sont tellement nombreuses qu'elles vident le principe de sa substance! Ainsi, les droits patrimoniaux sont cédés

hypocrisy in the law) because the “exceptions” announced by the provision¹⁰⁹ are so numerous that they drain the principle of its substance! Thus the economic rights are transferred *ipso jure* to the State¹¹⁰. It is true that this statutory assignment occurs only “as far as is strictly necessary to perform a public service mission” (so the transfer is for that purpose), but even if public servants wish to engage in the commercial exploitation of the works created in the course of their duties, they must apply to the State which enjoys contractual preference, and the creator’s participation in the revenues is only an option. What is more, the author’s moral right is reduced to the minimum so that its exercise does not disrupt the operation of the public service¹¹¹.

43. Secondly, while the grant of rights is less generous in certain areas, conversely the dispossession is less strict in others. And this observation is borne out both when the dispossession is *voluntary*, through the effect of an assignment, and when it is *imposed by the law*, in the form of an exception.

44. The uneasy feeling arises in the first place when authors decide *themselves*, by means of a contractual instrument, to draw financial benefit from the exploitation of their works. While the principle is proportional remuneration in the field of authors’ rights, creators may also grant transfers for free. However, a concrete examination of practices in the business world reveals that the lump-sum fee, authorised by the law in certain specific cases, is misused and that free transfers are sometimes imposed.

son cedidos de pleno derecho al Estado¹¹⁰. Ciertamente que esta transmisión legal no interviene más que “en la medida estrictamente necesaria al cumplimiento de una misión de servicio público” (estando así finalizada la cesión), pero incluso si el funcionario desea realizar una explotación comercial de las obras creadas en el marco de su servicio, debe dirigirse al Estado que beneficia de una preferencia contractual, y la participación del creador no es más que una facultad. Encima, el derecho moral del autor está reducido a su más simple expresión, para que su ejercicio no perturbe el funcionamiento del servicio público¹¹¹.

43. *En un segundo tiempo, si la atribución de los derechos se hace menos generosa en ciertos lugares, el desposeimiento se hace, al contrario, menos estricto en otros. Y la observación se verifica tanto cuando el desposeimiento es voluntario, por el efecto de una cesión, como cuando es impuesto por la ley, en forma de excepción.*

44. *El malestar aparece en primer lugar cuando el autor decide por sí mismo, mediante la herramienta contractual, sacar beneficios pecuniarios de la explotación de su obra. Aunque el principio, en derecho de autor, sea la remuneración proporcional del creador, este último puede también hacer cesiones a título gratuito. Sin embargo, un examen concreto de la práctica del mundo de los negocios revela que la utilización de una cantidad global, autorizada por la ley en determinadas hipótesis precisas, es pervertida y que a veces se impone la gratuidad.*

de plein droit à l'État¹¹⁰. Certes, cette transmission légale n'intervient que «dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public» (la cession étant ainsi finalisée), mais même si le fonctionnaire entend réaliser une exploitation commerciale des œuvres créées dans le cadre de son service, il doit s'adresser à l'État qui bénéficie d'une préférence contractuelle et l'intéressement du créateur n'est qu'une faculté. De surcroît, le droit moral de l'auteur est réduit à peau de chagrin, afin que son exercice ne perturbe pas le fonctionnement du service public¹¹¹.

43. Dans un second temps, si l'attribution des droits se fait moins généreuse à certains endroits, le dessaisissement se fait, au rebours, moins strict à d'autres. Et la remarque se vérifie tant lorsque le dépouillement est *volontaire*, par l'effet d'une cession, que lorsqu'il est *imposé par la loi*, sous forme d'exception.

44. Le malaise apparaît en premier lieu alors que l'auteur décide *lui-même*, par l'outil contractuel, de tirer des profits pécuniaires de l'exploitation de son œuvre. Si le principe, en droit d'auteur, est la rémunération proportionnelle du créateur, ce dernier peut aussi réaliser des cessions à titre gratuit. Cependant, un examen concret de la pratique du monde des affaires révèle que l'usage du forfait, autorisé par la loi dans certaines hypothèses précises, est dévoyé et la gratuité parfois imposée.

The uneasiness is also felt on reading certain decisions. In particular, it is well known that contract law in the field of authors' rights imposes strict formal requirements. Freedom of formation of the primary contract is restricted by two main rules. The first, laid down in Article L. 131-3 IPC, subjects the transfer of the author's rights to a principle of speciality¹¹². This obligation to delimit the scope of the transfer extends to *all* contracts involving authors, including contracts of assignment between employed authors and their employers¹¹³. The second rule, set out in Article L. 131-2, paragraph 1, requires certain special contracts (performance, publishing and audiovisual production contracts and free performance licences¹¹⁴) to be in written form – an *ad probationem* requirement – whereas other contracts are subject to the methods of proof listed in the Civil Code.

However, a decision has disturbed this established arrangement. In a ruling of 21 November 2006, the Court of Cassation agreed with a court of appeal for “stating that the provisions of Article L. 131-3 of the Intellectual Property Code, which concern only the contracts listed in Article L. 131-2, paragraph 1, namely performance, publishing and audiovisual production contracts, did not apply to other contracts”¹¹⁵. Does this mean that the obligation to specify the scope of the contract concerns only the types of contracts mentioned? It is doubtful. Firstly, the facts of the case show that the judges were seeking to censure clearly unreasonable behaviour on the author's part. Secondly, the judges did not wish to publicise this decision, which did not receive the honour of being included in the

El malestar aparece también a la lectura de algunas sentencias. En particular, es sabido que el derecho contractual impone un formalismo estricto. La libertad de formación del contrato primario está restringida por dos reglas principales. La primera, sentada por el artículo L. 131-3 del CPI, subordina la transmisión de los derechos del autor a un principio de especialidad¹¹². Esta obligación de delimitación de los contornos de la cesión se impone a todos los contratos de autor, incluyendo los contratos de cesión entre un autor asalariado y su empleador¹¹³. La segunda, inscrita en el artículo L. 131-2, párrafo 1, implica que determinados contratos especiales (los contratos de representación, de edición y de producción audiovisual, así como las autorizaciones gratuitas de ejecución¹¹⁴) estén reflejados en un documento escrito – exigencia ad probationem – mientras que los demás contratos están sometidos a los modos de prueba del Código civil.

Sin embargo, una decisión ha perturbado este orden establecido. En una sentencia del 21 de noviembre de 2006, el Tribunal Supremo aprobó a un tribunal de apelación que había “enunciado que las disposiciones del artículo L. 131-3 del código de la propiedad intelectual, que no se aplican más que a los contratos enumerados en el artículo L. 131-2, párrafo 1, a saber los contratos de representación, de edición y de producción audiovisual, no se aplicaban a los demás contratos”¹¹⁵. ¿Quiere esto decir que la obligación de especificación no concierne más que los contratos citados? Es dudoso. Primero, los hechos del caso muestran que se trataba aquí de sancionar un comportamiento claramente abusivo del autor. Después, los magistrados no desearon dar publicidad a esta decisión, que no tuvo el honor de aparecer en el Boletín. En fin, la

Le malaise apparaît encore à la lecture de certaines décisions. Notamment, on sait que le droit contractuel d'auteur impose un strict formalisme. La liberté de formation du contrat primaire est restreinte par deux règles principales. La première, posée par l'article L. 131-3 du CPI, subordonne la transmission des droits de l'auteur à un principe de spécialité¹¹². Cette obligation de délimitation des contours de la cession s'impose à *tous* les contrats d'auteur, y compris aux contrats de cession entre un auteur salarié et son employeur¹¹³. La seconde, inscrite à l'article L. 131-2, alinéa 1^{er}, implique que certains contrats spéciaux (les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, de même que les autorisations gratuites d'exécution¹¹⁴) soient constatés dans un écrit – exigence *ad probationem* –, les autres contrats étant soumis aux modes de preuve du Code civil.

Une décision est néanmoins venue troubler cet ordonnancement établi. Dans un arrêt du 21 novembre 2006, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir «énoncé que les dispositions de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, qui ne visent que les seuls contrats énumérés à l'article L. 131-2, alinéa 1^{er}, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ne s'appliquaient pas aux autres contrats»¹¹⁵. Est-ce à dire que l'obligation de spécification ne concerne que les contrats visés? C'est douteux. D'abord, les faits de l'espèce montrent qu'il s'agissait ici de sanctionner un comportement clairement abusif de l'auteur. Ensuite, les magistrats n'ont pas souhaité faire publicité à cette décision, qui n'a pas eu les honneurs du Bulletin. Enfin, l'interprétation de cette décision

Bulletin. Thirdly, the interpretation of this decision given by one of the judges of the Court of Cassation suggests that one should focus purely on the question of *proof*; only the contracts specifically mentioned by the Court should have to be in written form, while the others are subject to the general law¹¹⁶. Whatever the case, the ruling was at least beneficial in highlighting the dangers of authors' contract law, in the event of excessive behaviour by those whom the law has sought to protect. Even if the general law, as the measure of what is reasonable for the special laws, has a salutary and regulatory role in this regard, notably through the theory of abuse of a right¹¹⁷ or again by means of the extension of the coverage of contracts permitted by Article 1135 of the Civil Code¹¹⁸, the rules governing the grant and transfer of rights clearly show their limits here.

45. The weakening of the content of the protection seems clearly apparent. The statutory rules underlying authors' rights are being increasingly eroded, at the risk, in certain cases, of seeing authors' rights become the exception¹¹⁹. This is doubtless also the sign that an adjustment of the special contractual rules is needed. The required formalism is not conducive to the necessary fluidity of the markets. Apart from the sector's contractual penury, reference should be made to the great rigour imposed by the rules governing authors' contracts: prohibition of blanket transfers for future works, obligation to specify the scope of the transfer including for future methods of exploitation, and the principle of proportional remuneration, not to mention the fact that it is not advisable to rely on the collective work classification – which is sometimes stretched – in view of the legal

interpretación de esta decisión dada por uno de los Consejeros del Tribunal Supremo parece indicar que no hay que interesarse más que a la cuestión de la prueba, ya que sólo los contratos específicamente nombrados deben ser objeto de un texto escrito, dependiendo los demás del derecho común¹¹⁶. En cualquier caso, la sentencia tiene al menos la ventaja de poner de relieve los peligros del derecho de autor contractual en caso de comportamientos excesivos de aquéllos que la ley ha deseado proteger. Aunque el derecho común, instrumento de lo razonable para los derechos especiales, tiene desde este punto de vista un papel benéfico y regulador, en particular a través de la teoría del abuso de derecho¹¹⁷ o también gracias a la extensión del campo contractual permitida por el artículo 1135 del Código civil¹¹⁸, las reglas que rigen la atribución y la cesión de los derechos muestran aquí claramente sus límites.

45. *El debilitamiento del contenido de la protección parece evidente. Las reglas legales fundacionales del derecho de autor soportan cada vez más menoscabos, con el riesgo para algunos de que el derecho de autor se convierta en una excepción¹¹⁹. Es sin duda también el signo de que es necesario un ajuste de las reglas contractuales especiales. El formalismo exigido es poco propicio para la necesaria fluidez de los mercados. Por encima de la indigencia contractual de los medios concernidos, hay que observar el gran rigor impuesto por el derecho contractual de autor: prohibición de la cesión global de las obras futuras, obligación de especificación de los contornos de la cesión – incluso para los modos de explotación futuros –, principio de remuneración proporcional. Sin contar que apoyarse en una calificación – a veces forzada – de obra colectiva es desaconsejable a la vista de la inseguridad jurídica que reina en la materia. Además, ese formalismo puede*

donnée par un des Conseillers à la Cour de cassation semble indiquer qu'il ne faut s'intéresser qu'à la question de la *preuve*, seuls les contrats spécifiquement nommés devant faire l'objet d'un écrit, les autres relevant du droit commun¹¹⁶. En tout état de cause, l'arrêt a au moins cet avantage de mettre en exergue les dangers du droit d'auteur contractuel en cas de comportements excessifs de ceux que la loi a voulu protéger. Même si le droit commun, instrument du raisonnable pour les droits spéciaux, a de ce point de vue un rôle bienfaisant et régulateur, notamment à travers la théorie de l'abus de droit¹¹⁷ ou encore grâce à l'extension du champ contractuel permise par l'article 1135 du Code civil¹¹⁸, les règles régissant l'attribution et la cession des droits montrent ici clairement leurs limites.

45. L'affaiblissement du contenu de la protection apparaît d'évidence. Les règles légales fondatrices du droit d'auteur supportent de plus en plus d'atteintes, au risque pour certains de voir le droit d'auteur devenir l'exception¹¹⁹. C'est sans doute aussi le signe qu'un ajustement des règles contractuelles spéciales est nécessaire. Le formalisme exigé est peu propice à la fluidité nécessaire des marchés. Au-delà de l'indigence contractuelle du milieu, il faut relever la grande rigueur imposée par le droit contractuel d'auteur: interdiction de la cession globale des œuvres futures, obligation de spécification des contours de la cession – y compris pour les modes d'exploitation futurs –, principe de rémunération proportionnelle. Sans compter que s'appuyer sur une qualification – parfois forcée – d'œuvre collective est à déconseiller au vu de l'insécurité juridique qui règne en la

uncertainty that prevails on the subject. Moreover, this formalism may prompt excessive behaviour. The allegation of non-observance then sounds rather like a means of retaliation. While the courts attempt to uncover such abuse by not insisting on the application of the contractual rules, the decisions are varied – transfer inferred from the existence of another legal relationship like an employment or commissioning contract, a partnership agreement, or even a lasting “commercial” relationship¹²⁰, or transfer accepted somewhat as a punishment where the facts reveal an unreasonable attitude on the author’s part – and no general trend emerges. So casuistry can only be a contributory factor in the weakening of the principles. Further, the fear is that this inadequacy may be systematically resolved to the detriment of authors and that the principle of the irrelevance of the creator’s status may become in fact the exception.

Foreign laws could then serve as an incentive to consider the whole issue. In particular, the German law (Article 43 of the Act of 9 September 1965) – or rather its interpretation by the majority of legal writers and the courts – nuances the principle of the employed author’s initial ownership in the light of the subject matter or the nature of the employment contract. So in the event of a contract implying a creative function, the provision in question is interpreted in fact as laying down a presumption of assignment in favour of the employer to the extent necessary for the employer’s normal activity¹²¹. Moreover, German law does not prohibit blanket transfers of future works but requires in exchange an instrument in writing and offers the parties the possibility of terminating such contracts after a term of five years

suscitar comportamientos excesivos. El argumento de su violación suena entonces como un medio de retorsión. Y si los magistrados intentan desvelar esos abusos, dispensando de la aplicación de las reglas contractuales, las decisiones son plurales – cesión deducida de la existencia de otro vínculo jurídico, como un contrato de trabajo o de encargo, un contrato de sociedad, o hasta relaciones “comerciales” duraderas¹²⁰, o también cesión admitida, un poco a título de cesión, ante hechos que revelan una actitud abusiva del autor – y ningún movimiento de conjunto se dibuja. Por eso la casuística no puede sino contribuir al debilitamiento de los principios. Más allá, el temor es que esta inadecuación se resuelva sistemáticamente en sentido desfavorable para el autor y que el principio de indiferencia del estatuto del creador no se convierta en realidad en la excepción.

Las legislaciones extranjeras podrían entonces aguijonear para hacer una reflexión de conjunto sobre la cuestión. En particular, la ley alemana (artículo 43 de la ley del 9 de septiembre de 1965) – o más bien la interpretación que le da la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias – matiza el principio de titularidad inicial del autor asalariado en función del objeto o de la naturaleza del contrato de trabajo. De forma que en la hipótesis de un contrato que implica una misión creativa, la disposición en causa se interpreta de hecho como una presunción de cesión en beneficio del empleador en el límite necesario para la actividad normal de éste¹²¹. Además, la legislación alemana no prohíbe la cesión global de las obras futuras, pero impone, como contrapartida, un contrato escrito y ofrece a las partes la posibilidad de denunciar tales contratos tras un plazo de cinco años (art. 40 de la ley

matière. En outre, ce formalisme peut susciter des comportements excessifs. L'argument de sa violation sonne alors comme un moyen de rétorsion. Et si les magistrats tentent de dévoiler ces abus, en dispensant de l'application des règles contractuelles, les décisions sont plurielles – cession déduite de l'existence d'un autre lien juridique, comme un contrat de travail ou de commande, un contrat de société, voire des relations « commerciales » durables¹²⁰, ou encore cession retenue, un peu à titre de sanction, devant des faits révélant une attitude abusive de l'auteur – et aucun mouvement d'ensemble ne se dégage. Aussi la casuistique ne peut-elle que contribuer à l'affadissement des principes. Au-delà, la crainte est que cette inadéquation ne se règle systématiquement en défaveur de l'auteur et que le principe d'indifférence du statut du créateur ne devienne en réalité l'exception.

Les législations étrangères pourraient alors servir d'aiguillons à une réflexion d'ensemble sur la question. Notamment, la loi allemande (article 43 de la loi du 9 septembre 1965) – ou plutôt l'interprétation qui en est donnée par la doctrine et la jurisprudence majoritaires – nuance le principe de titularité initiale de l'auteur salarié en fonction de l'objet ou de la nature du contrat de travail. De sorte que dans l'hypothèse d'un contrat impliquant une mission créative, la disposition en cause est en fait interprétée comme posant une présomption de cession au profit de l'employeur dans la limite nécessaire à l'activité normale de celui-ci¹²¹. Au-delà, la législation allemande n'interdit pas la cession globale des œuvres futures, mais impose, en contrepartie, un écrit et offre aux parties la possibilité de dénoncer de tels contrats à

(Art. 40 of the Act; according to the majority view among legal scholars, this provision does not apply to employed authors' creations¹²²).

46. In the second place, the cases of *forced* dispossession of authors are no less worrying. In addition to the multiplication of the cases of mandatory collective management and licences¹²³, it appears that the exceptions to the economic rights are also in turmoil. Apart from the increase in the number and complexity of the exceptions as already noted, and apart from the three-step test to which they are now subject and whose operation the courts are struggling to master¹²⁴, their application is sometimes puzzling.

The exceptions to authors' rights are subject to strict interpretation. The rule, which is shared by all branches of law, stems from a maxim that is well known to jurists and almost intoned: *exceptio est strictissimae interpretationis*. An aspect that is less well grasped is that this aphorism has two senses. Firstly, it requires the courts to construe strictly the conditions governing each exception and, secondly, it prevents the courts from creating exceptions outside the terms of the law. With regard to both senses, an examination of case law shows that decisions sometimes fail to conform to the rule.

47. Firstly, it is necessary to understand what is implied by the strict interpretation of the conditions: it is not a restrictive but a strict interpretation that is required, as the provision is one of strict law. In addition, their interpretation remains creative to say the least, especially as many exceptions contain framework concepts. Some

—disposición no aplicable, según la doctrina mayoritaria, al caso de la creación asalariada¹²²).

46. *En segundo lugar, los casos de desapropiación forzada del autor no son menos preocupantes. Además de la multiplicación de las licencias y gestiones colectivas obligatorias¹²³, resulta que las excepciones de los derechos patrimoniales también están en la tormenta. Además de su abundancia y su complejidad ya observadas, además de la prueba en tres etapas a que están ahora sometidas y cuyo funcionamiento el juez domina con dificultad¹²⁴, su aplicación causa a veces perplejidad.*

Las excepciones al derecho de autor son de interpretación estricta. La regla, compartida por todas las ramas del derecho, está heredada de una máxima bien conocida de los juristas, y casi salmodiada, exceptio est strictissimae interpretationis. Lo que se domina menos bien, es que este aforismo tiene doble sentido. Por un lado, impone al juez interpretar estrictamente las condiciones propias de cada excepción. Por el otro, prohíbe al magistrado crear excepciones fuera de los términos de la ley. Ahora bien, en estas dos vertientes, el examen de la jurisprudencia deja ver efracciones del sentido.

47. *Primero, conviene comprender lo que impone la interpretación estricta de las condiciones: no se trata de interpretación restrictiva, sino estricta, siendo la disposición de derecho estricto. Además, la interpretación sigue siendo cuando menos creativa, tanto más cuanto que numerosas excepciones contienen nociones marco. Pero algunas lecturas se hacen demasiado*

l'expiration d'un délai de cinq ans (art. 40 de la loi – disposition non applicable, selon la doctrine majoritaire, au cas de la création salariée¹²²).

46. En second lieu, les hypothèses de dépouillement *forcé* de l'auteur ne sont pas moins inquiétantes. En plus de la multiplication des licences et gestions collectives obligatoires¹²³, il appert que les exceptions aux droits patrimoniaux sont aussi dans la tourmente. Outre leur foisonnement et leur complexification déjà relevées, outre le test en trois étapes auquel elles sont désormais soumises et dont le juge peine à maîtriser le fonctionnement¹²⁴, leur application laisse parfois perplexe.

Les exceptions au droit d'auteur sont d'interprétation stricte. La règle, partagée par toutes les branches du droit, est héritée d'un adage bien connu des juristes, et presque psalmodié, *exceptio est strictissimae interpretationis*. Ce qu'on maîtrise moins bien, c'est que cet aphorisme a un double sens. D'une part, il impose au juge d'interpréter strictement les conditions propres à chaque exception. D'autre part, il interdit au magistrat de créer des exceptions en dehors des termes de la loi. Or, sur ces deux versants, l'examen de la jurisprudence laisse apparaître des effractions du sens.

47. D'abord, il convient de comprendre ce qu'impose l'interprétation stricte des conditions: il ne s'agit pas d'interprétation restrictive, mais stricte, la disposition étant de droit étroit. En outre, l'interprétation reste pour le moins créative, d'autant que nombre d'exceptions contiennent des notions-cadres. Or, certaines «lectures» se font trop fermées, s'ingéniant à empêcher

“readings” are too closed and contrive to prevent the exception from applying while others, on the contrary, seem too liberal.

On the one hand, the short quotation exception has been the subject of particularly orthodox case law, doubtless proceeding from the spirit of the exception more than from the letter itself. This limitation is traditionally restricted to the literary sphere, although Article L. 122-5(3)*a* does not expressly impose such a restriction. Classic thinking in the sphere of literary and artistic property law considered in this regard that quotation was permissible only from genre to genre and that it was for illustration only in the field of letters¹²⁵, thus excluding musical and artistic quotation. However, in a society in which information is increasingly based on images, the fact that they cannot be freely used exacerbates the tensions and contemporary thinking urges more flexibility in the understanding of the exceptions¹²⁶. For the moment, case law has not heard the voice of this intellectual *imperium*, even though it has held elsewhere, concerning another provision of strict law, that “the strict application of a derogatory provision does not prevent it from being applied to the full extent of its *raison d'être*”¹²⁷. Nevertheless, when dealing with artistic works, case law proclaims that reproduction or representation of a work in full, whatever its form and duration, cannot be viewed as short quotation¹²⁸. Yet could it not be considered that the fleeting presentation of artistic works, even in full, could fulfil, *mutatis mutandis*, the condition of shortness contemplated from a literary angle, provided that the required didactic purpose is met?

cerradas, ingeniándoselas para impedir que la excepción entre en juego, mientras que otras parecen al contrario demasiado liberales.

Por un lado, la cita corta es objeto de una jurisprudencia particularmente ortodoxa, correspondiendo sin duda más al espíritu de la excepción que la propia letra. Esta limitación está tradicionalmente reservada al campo literario, mientras que el artículo L. 122-5, 3º, a no impone expresamente esta restricción. La doctrina clásica del derecho de autor consideraba en ese sentido que la cita no puede hacerse más que de género a género y que no se realiza más que en el campo de las letras¹²⁵, excluyendo entonces cualquier cita musical y artística. Sin embargo, en una sociedad en que la información está cada vez más basada en la imagen, la prohibición de utilizar ésta libremente exacerba las crispaciones y la doctrina contemporánea exhorta a más flexibilidad en la comprensión de las excepciones¹²⁶. Por el momento, la jurisprudencia no oye la voz de este imperium intelectual, siendo que ha podido por otro lado juzgar, a propósito de otra disposición de derecho estricto que “la aplicación estricta de una disposición derogatoria no excluye que se haga en toda la medida de su razón de ser”¹²⁷. En ese sentido, cuando se trata de obras artísticas, proclama que la reproducción o la representación íntegra de una obra, sean cuales sean su forma y su duración, no puede analizarse como una cita corta¹²⁸. Sin embargo, ¿no podría considerarse que la representación fugaz, incluso íntegra, de obras artísticas podría cumplir, mutatis mutandis, la condición de brevedad considerada desde el punto de vista literario, desde el momento en que la finalidad didáctica impuesta se verifica?

l'exception de jouer, pendant que d'autres semblent au contraire trop libérales.

D'un côté, la courte citation fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement orthodoxe, relevant sans doute davantage de l'esprit de l'exception que de la lettre elle-même. Cette limitation est traditionnellement réservée au domaine littéraire, alors que l'article L. 122-5, 3°, *a* n'impose pas expressément cette restriction. La doctrine classique du droit d'auteur considérait en ce sens que la citation ne peut se réaliser que de genre à genre et qu'elle ne trouve à s'illustrer que dans le domaine des lettres¹²⁵, excluant alors la citation musicale et artistique. Cependant, dans une société où l'information est de plus en plus fondée sur l'image, l'interdiction d'utiliser celle-ci librement exacerbe les crispations et la doctrine contemporaine exhorte à plus de souplesse dans la compréhension des exceptions¹²⁶. Pour l'heure, la jurisprudence n'entend pas la voix de cet *imperium* intellectuel, alors même qu'elle a pu par ailleurs juger, au sujet d'une autre disposition de droit étroit que «l'application stricte d'une disposition dérogatoire n'exclut pas qu'elle soit faite dans toute la mesure de sa raison d'être»¹²⁷. En ce sens, s'agissant d'œuvres artistiques, elle proclame que la reproduction ou la représentation intégrale d'une œuvre, quelles que soient sa forme et sa durée, ne peut s'analyser en une courte citation¹²⁸. Pourtant, ne pourrait-on pas considérer que la représentation fugace, même intégrale, d'œuvres artistiques pourraient remplir, *mutatis mutandis*, la condition de brièveté envisagée sous l'angle littéraire, dès lors que la fin didactique imposée est remplie?

On the other hand, certain decisions yield to the temptation of easy dispossession and interpret the conditions of the exception broadly. A ruling handed down by the First Civil Chamber on 22 January 2009¹²⁹ is a particularly topical example. In this decision, the Court of Cassation censured the judges of the facts for accepting the application of the exception for short quotation by interpreting Article L. 122-5(3)a IPC in the light of Article 5.3(c) of the “Information Society” Directive of 2001, in other words by interpreting the domestic exception for short quotation in the light of another – European – exception concerning information, now transposed in Article L. 122-5(9)¹³⁰!

48. In addition, the maxim bars the courts from creating new exceptions *ex nihilo*. So the list in Article L. 122-5 IPC is supposed to be exhaustive. Yet it appears that a judge-made exception does exist, based on the secondary aspect. This judicial non-compliance is all the more surprising as the law has been amended recently and the drafters in 2006, after first planning to adopt such an exception, as permitted by the Directive of 2001 (Art. 5.3(i) on incidental inclusion), finally abandoned the idea, albeit for reasons which were rather confused¹³¹.

The exception hypothesis is known to have undergone an evolution¹³². In its latest form, case law has ceased to reason in terms of an exception but rather as if the communication to the public had not taken place as a result of the secondary nature of the work involved, thus taking a stand based on the right's own limits¹³³. Taking up the solution fixed by

Por otro lado, algunas decisiones ceden a la tentación de la desapropiación fácil y hacen una interpretación amplia de las condiciones de la excepción. El ejemplo de una sentencia dictada por la primera Sala de lo civil del Tribunal Supremo el 22 de enero de 2009¹²⁹ es particularmente ilustrativo de este punto. En esta sentencia, el tribunal regulador censuró a los jueces del fondo por haber aceptado la excepción por cita corta interpretando el artículo L. 122-5, 3º, a del CPI a la luz del artículo 5-3, c de la directiva “sociedad de la información” de 2001, o dicho de otro modo, ¡interpretando la excepción interna por cita corta a la luz de otra excepción, comunitaria, la de información, ahora transpuesta en el artículo L. 122-5, 9º¹³⁰!

48. *Después, el adagio impone al juez no crear, ex nihilo, nuevas excepciones. Por eso la lista del artículo L. 122-5 del CPI se supone exhaustiva. Sin embargo, resulta que existe una excepción pretoriana, basada en lo accesorio. La efracción judicial es tanto más sorprendente cuanto que la palabra legislativa es reciente y que el redactor de 2006, que había proyectado en un primer tiempo admitir tal excepción, como le autorizaba la directiva de 2001 (art. 5-3, i, relativo a la inclusión fortuita), renunció finalmente, aunque por motivos que son ciertamente algo confusos¹³¹.*

Se sabe que la hipótesis de la excepción ha sufrido una evolución¹³². En su último estado, la jurisprudencia razona no en términos de excepción sino como si la comunicación al público no hubiera tenido lugar como resultado del carácter accesorio de la obra concernida, situándose así en el terreno de las fronteras del derecho¹³³. Los jueces del Tribunal de apelación de París, recogiendo la

D'un autre côté, certaines décisions cèdent à la tentation de la dépossession facile et réalisent une interprétation large des conditions de l'exception. L'exemple d'un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 22 janvier 2009¹²⁹ est, sur ce point, particulièrement topique. Dans cette décision, la cour régulatrice a censuré les juges du fond d'avoir accueilli l'exception de courte citation en interprétant l'article L. 122-5, 3°, *a* du CPI à la lumière de l'article 5-3, *c* de la directive «société de l'information» de 2001, autrement dit en interprétant l'exception interne de courte citation à la lumière d'une autre exception, communautaire, celle d'information, désormais transposée à l'article L. 122-5, 9°¹³⁰!

48. Ensuite, l'adage impose au juge de ne pas créer, *ex nihilo*, de nouvelles exceptions. Aussi la liste de l'article L. 122-5 du CPI est-elle censée être exhaustive. Pourtant, il apparaît qu'une exception prétorienne existe, fondée sur l'accessoire. L'effraction judiciaire est d'autant plus étonnante que la parole législative est récente et que le rédacteur de 2006, qui avait dans un premier temps envisagé de retenir une telle exception, comme la directive de 2001 l'y autorisait (art. 5-3, *i*, relatif à l'inclusion fortuite), a finalement renoncé, pour des motifs certes un peu confus¹³¹.

L'hypothèse de l'exception est connue pour avoir subi une évolution¹³². Dans son dernier état, la jurisprudence raisonne non pas en termes d'exception mais comme si la communication au public n'avait pas eu lieu du fait du caractère accessoire de l'œuvre concernée, se plaçant ainsi sur le terrain des frontières au droit¹³³. Les juges de la Cour d'appel de Paris,

case law, the judges of the Court of Appeal even explained that the secondary element must be viewed “as an *external* limit to the copyright monopoly, which therefore does not come within the scope of it”¹³⁴. The method is subtle because it enables the solution to escape the criticism of the creation of a limitation by the courts. However, while it is perfectly understandable that it is “reasonable” to exclude such non-deliberate use from the monopoly, the legal analysis is bewildering. It is true that the approach adopted is less destructive in terms of the principles, but it is artificial. In disputes of this kind, the characteristic features of the work are presented and communicated to the public, even if they are only in the background. Therefore, an exception doubtless remains the most correct basis.

49. Lastly, it must be added that the defective drafting of the recent exceptions to authors’ rights¹³⁵ leads to the creation of true legal monsters. What are we to think of Article L. 122-5(9) IPC, inserted by the law of 1 August 2006 and laying down what is referred to as the information exception or press exception¹³⁶? Basically, this legal provision, which was clearly enacted to put an end to case law¹³⁷, enables works of visual art to be reproduced or represented for purposes of immediate information. The next paragraph deals with the case in which the conditions are not met. One obviously expects the general law to apply again in that event. But, in fact, it is in order to provide for an intermediate level, in the form of a right to remuneration! The question then is what a forced licence is doing in an Article devoted to exceptions (which leads us back to the logical defects and is proof that the form is closely linked to the substance and that it is important,

jurisprudencia fijada, precisan incluso que lo accesorio debe ser considerado “como límite externo al monopolio del derecho de autor, que no entra pues en el campo de aplicación de éste”¹³⁴. El procedimiento es sutil ya que permite escapar a la crítica de la creación pretoriana de una limitación. Sin embargo, aunque se entienda perfectamente que es “razonable” excluir del monopolio esas utilizaciones no deliberadas, el análisis jurídico deja perplejo. Es cierto que el enfoque es menos devastador en el plano de los principios, pero sufre de ser artificioso. En esos litigios, los rasgos característicos de la obra, aunque sea en un segundo plano, son recogidos y comunicados al público. Por eso la excepción sigue siendo sin duda la base más exacta.

49. *En fin, hay que añadir que las redacciones defectuosas de que sufren las recientes excepciones del derecho de autor¹³⁵ llevan a crear verdaderos monstruos jurídicos. ¿Qué pensar del artículo L. 122-5, 9º del CPI, introducido por la ley del 1 de agosto de 2006, y que enuncia la llamada excepción de información o excepción de prensa¹³⁶? Sobre el fondo, esta disposición legal, que constituye de forma evidente una ruptura de jurisprudencia¹³⁷, permite reproducir o representar obras de artes gráficas y plásticas con fines de información inmediata. El párrafo siguiente evoca el caso en el que las condiciones no se verifican. Se espera entonces, evidentemente, que se vuelva al derecho común. ¡Pero es realidad para prever un nivel intermedio, en forma de derecho a remuneración! Y cabe preguntarse: ¿qué hace una licencia forzada en un artículo consagrado a las excepciones (volvemos a los defectos lógicos, prueba de que la forma está íntimamente ligada al fondo y que como mínimo, es importante neutralizarla?*

reprenant la jurisprudence fixée, précisent même que l'accessoire doit être appréhendé «comme limite *externe* au monopole du droit d'auteur, qui n'entre donc pas dans le champ d'application de celui-ci»¹³⁴. Le procédé est subtil car il permet d'échapper à la critique de la création prétorienne d'une limitation. Cependant, si on comprend parfaitement qu'il est «raisonnable» d'exclure du monopole ces utilisations non délibérées, l'analyse juridique laisse perplexe. Certes, la démarche utilisée est moins dévastatrice sur le plan des principes, mais elle souffre d'artifice. Dans ces litiges, les traits caractéristiques de l'œuvre, même en arrière-plan, sont repris, communiqués au public. Aussi l'exception reste-t-elle sans doute le fondement le plus exact.

49. Enfin, il faut ajouter que les écritures défectueuses dont pâtiennent les récentes exceptions au droit d'auteur¹³⁵ aboutissent à créer de véritables monstres juridiques. Que penser de l'article L. 122-5, 9° du CPI, inséré par la loi du 1^{er} août 2006, et qui pose ce que l'on nomme l'exception d'information ou exception de presse¹³⁶? Sur le fond, cette disposition légale, qui constitue de manière évidente un bris de jurisprudence¹³⁷, permet de reproduire ou de représenter des œuvres d'art graphique et plastique à des fins d'information immédiate. L'alinéa suivant évoque le cas où les conditions font défaut. On s'attend alors, d'évidence, à un retour au droit commun. Mais c'est en réalité pour prévoir un palier intermédiaire, sous forme de droit à rémunération! Et de s'interroger: que fait une licence forcée dans un article consacré aux exceptions (on en revient à des défauts logiques, preuve que la forme est intimement liée au fond et qu'au minimum, il importe de la

at the least, to make it neutral). Again on the subject of the exceptions, what are we to think of the stated non-existence of a right to engage in private copying (which, moreover, had justified an amendment modifying the wording of an Article when the “DADVSI law” was adopted), the enjoyment of which is guaranteed however, a fact which does not prevent the possibility that the number of authorised copies, fixed by the former Technological Measures Regulatory Authority, now the HADOPI, may be zero... In particular what is the nature now of private copying?

50. The legal content of the protection appears to be under strain as regards both the grant of rights and the dispossession of authors, whether the latter is voluntary or compulsory. Moreover, this erosion is exacerbated by another ill, namely the sanction. Not only is the protection weakened but also the relief for infringement of the right is unsatisfactory. This aspect is also linked to the discredit affecting authors' rights. From this perspective, the paucity of the relief awarded by the courts in the event of infringement is a contributory factor in the unhealthy climate.

2/ Weakness of the Judicial Sanctions

51. The sanction for infringement of authors' rights does not seem serious in character¹³⁸. Firstly, the courts hesitate to impose heavy penalties in economic sectors that are hard to bring under control. Secondly, education is the in thing and the “HADOPI laws” clearly announce this objective, which is doubtless also a consequence of the poor remedies. Thirdly, to the extent that the sanctions imposed by the courts appear very inadequate, the question

Siguiendo en las excepciones, ¿qué pensar de la inexistencia afirmada de un derecho a la copia privada – lo que había por otro lado justificado una enmienda que modificaba la redacción de un artículo en el momento de la votación de la “ley DADVSI” –, pero cuyo beneficio está garantizado, lo que no impide que el número de copias autorizadas, fijadas por la antigua ARMT, ahora la HADOPI, puede ser nulo?... Sobre todo, ¿qué naturaleza tiene ahora la copia privada?

50. *El contenido legal de la protección parece estar sometido a duras pruebas tanto en lo que se refiere a la atribución de los derechos como a la desapropiación del autor, sea ésta voluntaria o forzosa. Este debilitamiento está además acentuado por otro mal, el de la sanción. No sólo la protección está fragilizada, sino que la reparación de la vulneración del derecho no es satisfactoria. Este aspecto está también relacionado con la desconsideración de que es objeto el derecho de autor. Desde este punto de vista, la debilidad de las reparaciones concedidas por los jueces en caso de fraude contribuye a este clima deletéreo.*

2/ La debilidad de las sanciones judiciales

51. *La sanción de la vulneración del derecho de autor no parece seria¹³⁸. Primero, los jueces dudan en pronunciar reparaciones fuertes, en campos económicos difíciles de controlar. Después, está de moda la pedagogía y las “leyes HADOPI” enuncian claramente este objetivo. Es también sin duda una consecuencia de esta indigencia de las reparaciones. En fin, en la medida en que las sanciones judiciales parecen ser muy insuficientes, hay que preguntarse sobre el punto de*

neutraliser)? Restant sur les exceptions, que penser de l'inexistence affirmée d'un droit à la copie privée – ce qui avait d'ailleurs justifié un amendement modifiant la rédaction d'un article au moment du vote de la «loi DADVSI» –, mais dont le bénéfice est garanti, ce qui n'empêche pas que le nombre de copies autorisées, fixées par l'ancienne ARMT, désormais l'HADOPI, peut être nul... Surtout, quelle nature a désormais la copie privée?

50. Le contenu légal de la protection apparaît comme mis à l'épreuve tant s'agissant de l'attribution des droits que de la dépossession de l'auteur, que celle-ci soit volontaire ou forcée. Cet affaiblissement est en outre accentué par un autre mal, celui de la sanction. Non seulement la protection est fragilisée, mais la réparation de la violation du droit n'est pas satisfaisante. Cet aspect est aussi lié à la déconsidération dont le droit d'auteur est l'objet. Dans cette optique, la faiblesse des réparations octroyées par les juges en cas de contrefaçon concourt à ce climat délétère.

2/ La faiblesse des sanctions judiciaires

51. La sanction de la violation du droit d'auteur ne paraît pas sérieuse¹³⁸. D'abord, les juges hésitent à prononcer des réparations lourdes, dans des domaines économiques difficiles à maîtriser. Ensuite, la mode est à la pédagogie et les «lois HADOPI» affichent clairement cet objectif. C'est sans doute aussi une conséquence de cette indigence réparatrice. Enfin, dans la mesure où les sanctions judiciaires apparaissent très insuffisantes, il faut

arises as to whether the statutory proposals are suitable.

52. The tendency to challenge the legitimacy of the reservation of rights is doubtless encouraged by the weakness of the sanctions imposed by the courts. Not only is compliance with authors' rights no longer spontaneous, but also the incentives to comply with them are less effective because the remedies are meagre, so much so that companies are even inclined to treat infringement as just an item on the liabilities side of their balance sheets¹³⁹, when they do not insure themselves against this "risk".

Yet the role of enforcement has been repeated and supplemented at the European and domestic levels. The problem, to which attention has often been drawn in legal literature¹⁴⁰, of not taking the profit-making character of the fault into account due to the principle of full reparation (postulating compensation for all the harm but only the harm) is supposed to have been resolved in the field of authors' rights because the law of 29 October 2007 to combat infringement, implementing the European Directive of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, wrote a "new principle"¹⁴¹ into the IPC in Article L. 331-1-3, paragraph 1, which reads:

"To set the damages, the court shall consider the negative economic consequences, including the loss of earnings, suffered by the injured party, the *profits* made by the infringer of the rights and the moral prejudice caused to the rights holder as a result of the infringement".

saber si las proposiciones legales están bien adaptadas.

52. *La contestación de la legitimidad de la reserva es estimulada sin duda por la debilidad de las sanciones pronunciadas. No sólo el respeto del derecho de autor no es espontáneo, sino que la incitación al respeto es tanto menos eficaz cuanto que las reparaciones son muy ligeras, lo cual lleva incluso a las empresas a hacer del fraude una simple rúbrica en el pasivo de su balance, cuando no se aseguran contra ese «riesgo»¹³⁹.*

Sin embargo, la vía de la sanción ha sido recordada y completada a nivel europeo e interno; el problema, planteado frecuentemente en la doctrina¹⁴⁰, de que no se tenga en cuenta el carácter lucrativo de la falta como resultado del principio de reparación íntegra (que postula compensar todo el perjuicio, pero sólo el perjuicio) se supone resuelto en derecho de autor, puesto que la ley del 29 de octubre de 2007 de lucha contra el fraude, que transpone la directiva comunitaria del 29 de abril 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, integró en el seno del CPI un "nuevo principio"¹⁴¹, en el artículo L. 331-1-3, párrafo 1, del CPI que enuncia:

"Para fijar los daños y perjuicios, la jurisdicción toma en cuenta las consecuencias económicas negativas, incluyendo lo que se ha dejado de ganar, sufridas por la parte perjudicada, los beneficios realizados por el autor del menoscabo causado a los derechos y el perjuicio moral causado al titular de esos derechos como resultado del menoscabo".

s'interroger sur le point de savoir si les propositions légales sont bien adaptées.

52. La contestation de la légitimité de la réservation est sans doute encouragée par la faiblesse des sanctions prononcées. Non seulement le respect du droit d'auteur n'est plus spontané, mais l'incitation au respect est d'autant moins efficace que les réparations sont très minces, ce qui conduit même les entreprises à faire de la contrefaçon un simple poste au passif de leur bilan¹³⁹, quand elles ne s'assurent pas contre ce «risque».

Pourtant, la voie de la sanction a été rappelée et complétée au niveau européen et interne; le problème, souvent dénoncé en doctrine¹⁴⁰, de la non prise en compte du caractère lucratif de la faute du fait du principe de réparation intégrale (lequel postule de compenser tout le préjudice, mais rien que le préjudice) est censé être réglé en droit d'auteur, puisque la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, transposant la directive communautaire du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, a intégré au sein du CPI un «nouveau principe»¹⁴¹, à l'article L. 331-1-3, alinéa 1^{er}, du CPI qui énonce :

«Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les *bénéfices* réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte».

The principle of “restitutive” damages – without going however, it would seem, to the point of “punitive” damages – is now accepted in the field. It remains to be seen what the courts will be able to make of it, particularly as the infringer’s “profits” constitute only one factor among others for assessing the prejudice. Doubtless we should “nurture the hope that this sign encourages the courts to exercise greater severity” towards profit-seeking infringers¹⁴².

53. The weakness of the sanctions imposed comes hand in hand with an educational intent (education being also closely related to the subject) that is worthy of respect but does not always help restore the legitimacy of authors’ rights. Bringing back into favour the idea of a “graduated response” (its detractors had preferred “flexible riposte” in an allusion to the Cuban missile crisis...), which had been rejected during the debates on the “DADVSI law” and had resurfaced in the Elysée agreements signed on 23 November 2007, the “HADOPI 1 law” created an independent administrative authority – called the High Authority for the Dissemination of Works and the Protection of Rights on the Internet¹⁴³ – whose objective is undeniably to educate Internet users to respect authors’ rights without infringement and its heavy (and theoretical) penal sanctions. The method used to achieve this goal is undoubtedly complex and expensive, and it has been criticised notably because it reveals the legislator’s abdication¹⁴⁴. Without entering into the debate, notably on the allegation that the system introduces a “double punishment” or on the allegation that it

El principio de los daños y perjuicios “restitutorios” – sin llegar sin embargo, a nuestro parecer, hasta los daños y perjuicios “punitivos” – está ahora admitido en la materia. Queda por saber lo que serán capaces de hacer los magistrados, sobre todo teniendo en cuenta que los “beneficios” del autor del fraude no constituyen más que un elemento, entre otros, de evaluación del perjuicio. Sin duda hay que “tener la esperanza de que ese signo incite a los magistrados a más severidad” con los autores de fraude que buscan el lucro¹⁴².

53. *La debilidad de las sanciones pronunciadas se acompaña de una voluntad pedagógica (que le está también muy ligada), y que es seguramente respetable pero que no siempre contribuye a restituir su legitimidad al derecho de autor. Al rehabilitar la idea de “respuesta graduada” (sus detractores prefirieron “réplica graduada”, haciendo referencia a la crisis de Cuba), descartada en los debates sobre la “ley DADVSI” y reaparecida en los acuerdos del Elíseo firmados el 23 de noviembre de 2007, la “ley HADOPI 1” ha creado una autoridad administrativa independiente – la Alta autoridad para la difusión de las obras y la protección de los derechos en Internet¹⁴³ – cuyo objetivo es indudablemente educar al respeto del derecho de autor fuera del caso de fraude y de sus fuertes (y teóricas) sanciones penales. El método utilizado para llegar a ese fin es sin duda complejo, costoso, y ha sido objeto de críticas, en particular porque revela la dimisión del legislador¹⁴⁴. Sin entrar en la controversia – en particular sobre la alegación de la “doble pena” instituida por ese dispositivo o también sobre la que pone en tela de juicio el principio de separación de las funciones de persecución y de instrucción –, una lectura rápida del sistema global de la*

Le principe des dommages-intérêts «restitutoires» – sans aller cependant, nous semble-t-il, jusqu'aux dommages-intérêts «punitifs» – est désormais admis en la matière. Reste à savoir ce que seront capables d'en faire les magistrats, d'autant que les «bénéfices» du contrefacteur ne constituent qu'un élément d'évaluation du préjudice parmi d'autres. Sans doute faut-il «nourrir l'espoir que ce signe incite les magistrats à plus de sévérité» à l'égard des contrefacteurs qui cherchent le lucre¹⁴².

53. La faiblesse des sanctions prononcées se double d'une volonté de pédagogie (qui lui est aussi très liée), certes respectable, mais qui ne contribue toujours pas à rendre au droit d'auteur sa légitimité. Réhabilitant l'idée de «réponse graduée» (ses détracteurs avaient préféré «riposte graduée», par référence à la crise de Cuba...), écartée lors des débats sur la «loi DADVSI» et réapparue dans les accords de l'Elysée signés le 23 novembre 2007, la «loi HADOPI 1» a créé une autorité administrative indépendante – la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet¹⁴³ –, dont l'objectif est indéniablement d'éduquer au respect du droit d'auteur hors de la contrefaçon et de ses lourdes (et théoriques) sanctions pénales. La méthode utilisée pour parvenir à cette fin est sans doute complexe, onéreuse, et elle a fait l'objet de critiques, notamment parce qu'elle révèle un législateur démissionnaire¹⁴⁴. Sans entrer dans la controverse – notamment sur l'allégation de la «double peine» instituée par ce dispositif ou encore sur celle d'une remise en cause du principe de séparation des fonctions de poursuite et d'instruction –, une lecture rapide du système global

calls into question the principle of the separation of the functions of prosecution and investigation, a quick look at the overall enforcement system is enlightening: the infringing acts are offences and the reaction is to warn that a sanction – a civil one in this case¹⁴⁵ – is possible...

It should be remembered that the new authority is in charge of *preventing* – even if the words brandished by the legislator should be treated warily – illegal downloading of works. And it is indeed a preventive mechanism that is involved. A lot of fuss for not a great deal, could one say? It is possible to have doubts about the reality of the decriminalisation, it is true, and concern may be expressed about a mechanism which would set up a possible automatic response – sanction – through the channel of an administrative authority. At the same time, it is not difficult today to be harsher than the courts! In addition, it must at least be acknowledged that the sanction of suspension comes after a very gradual procedure. Within the administrative authority, a rights protection commission composed of judges or public officials with judicial powers will first send recommendations and warnings in the form of emails to unscrupulous subscribers renting the lines on which acts liable to constitute a breach of their obligation to exercise supervision have been noted (IPC, Art. L. 331-25). In the event of repetition and after a period of six months, the authority will then send a formal notice by registered letter with acknowledgement of receipt. Only after these preliminaries, which, it has to be admitted, are not particularly compelling

sanción es elocuente: los actos cometidos son delitos y la reacción es advertir que una sanción – civil ésta¹⁴⁵ – es posible...

Recordemos que la nueva autoridad está encargada de la prevención – aunque hay que desconfiar de las palabras machacadas por el legislador – de la descarga ilegal de las obras. Se trata efectivamente de un mecanismo preventivo. ¿Mucho ruido para poca cosa? Es cierto que se puede dudar de la real despenalización y mostrar preocupación por un dispositivo que crearía una posible respuesta – sanción – automática por la vía de una autoridad administrativa. Al mismo tiempo, hoy en día, ¡no es difícil ser más severo que el juez! Además, hay que admitir al menos que la sanción de la suspensión llega tras un procedimiento muy gradual. En el seno de esta autoridad, la comisión de protección de los derechos, compuesta por magistrados o funcionarios encargados de funciones jurisdiccionales, enviará primero recomendaciones y advertencias, en forma de correos electrónicos al abonado que comete infracciones, titular de la línea en la que se han constatado hechos susceptibles de constituir un defecto de su obligación de vigilarla (CPI, art. L. 331-25). En caso de repetición y tras un plazo de seis meses, la autoridad enviará después un apremio por carta certificada con acuse de recibo. Únicamente tras estos preliminares poco duros y no siempre disuasorios, hay que confesarlo, la pena de suspensión del acceso a Internet podrá ser pronunciada, por un magistrado y por un máximo de un año (CPI, art. L. 335-7), puesto que el Consejo Constitucional ha tenido a bien delegar esta

de la sanction est éloquent: les actes commis sont des délits et la réaction est de prévenir qu'une sanction – civile celle-là¹⁴⁵ – est possible...

Rappelons que la nouvelle autorité est en charge de la *prévention* – même s'il faut se méfier des mots assénés par le législateur – du téléchargement illégal des œuvres. Car c'est bien de mécanisme préventif dont il est question. Beaucoup de bruit pour pas grand-chose? Certes, on peut douter de la réelle dépenalisation et s'inquiéter d'un dispositif qui mettrait en place une possible réponse – sanction – automatique par la voie d'une autorité administrative. En même temps, il n'est pas difficile, aujourd'hui, d'être plus sévère que le juge! En outre, il faut au moins convenir que la sanction de la suspension vient après une procédure très graduelle. Au sein de cette autorité, la commission de protection des droits, composée de magistrats ou de fonctionnaires chargés de fonctions juridictionnelles, adressera d'abord des recommandations et avertissements, sous forme de courriels à l'abonné indélicat, titulaire de la ligne sur laquelle ont été constatés des faits susceptibles de constituer un manquement à son obligation de surveillance (CPI, art. L. 331-25). En cas de répétition et après un délai de six mois, l'autorité enverra ensuite une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé-réception. Seulement après ces préliminaires peu contraignants et pas toujours dissuasifs, il faut l'avouer, la peine de

and not always dissuasive, will it be possible for a judge to order suspension of the subscriber's Internet access for up to a maximum of one year (IPC, Art. L. 335-7) because the Constitutional Council thought fit to refuse to empower an independent administrative authority to do so.

Let us repeat, because our intention here is neither to mummify authors' rights in order to leave them intact nor to mock the usefulness of the educational approach, that the objective is laudable, particularly as the infringers are often children and their parents are not all aware of the infringing acts: "if it isn't you then it's your son!". A right that is respected is a right that is known, understood and is thus accepted by society. However, it must be said that it seems disproportionate, if not counterproductive, to go to such lengths: is it necessary to point out that the rights protection commission is composed of senior judges¹⁴⁶? The Constitutional Council's censure will thus lead to users being judged in the judicial fervour of the courts of first instance! Moreover, it would be very useful to know whether the exclusive jurisdiction granted to the nine designated *Tribunaux de grande instance*¹⁴⁷ extends to the obligation to exercise supervision. Indeed, although the first paragraph of Article L. 331-1 IPC states that it concerns all the *first part* of the Code, including therefore the obligation to exercise supervision, Article L. 211-10 of the Code on the

habilitación a una autoridad administrativa independiente.

Repitémoslo, ya que no se trata aquí de momificar el derecho de autor para dejarlo intacto, ni de denigrar la utilidad del enfoque pedagógico, el objetivo es estimable, sobre todo cuando los autores de fraudes son frecuentemente niños, y que no todos los padres son conscientes de los actos reprobables: "¡si no eres tú, entonces es... tu hijo!". Un derecho respetado es un derecho conocido, comprendido y socialmente aceptado. Pero hay que decir que tales acciones defensivas parecen desproporcionadas, e incluso contraproducentes: ¿es necesario recordar que la Comisión de protección de los derechos está compuesta por altos magistrados¹⁴⁶? ¿La censura del Consejo Constitucional llevará pues a ser juzgado en medio de la fiebre judicial de los tribunales de primer grado! Sería por otro lado muy útil saber si la competencia exclusiva de los nueve tribunales de gran instancia designados¹⁴⁷ se extiende a esta obligación de vigilancia. En efecto, si el artículo L. 331-1 del CPI indica, en su primer párrafo, concernir toda la primera parte del código, incluyendo pues la obligación de vigilancia, el artículo L. 211-10 del COJ (a imagen además de la continuación de la disposición especial antes citada) hace referencia ¡"a las

suspension de l'accès à l'Internet pourra être décidée, par un magistrat et pour un an maximum (CPI, art. L. 335-7), puisque le Conseil constitutionnel a cru bon de refuser cette habilitation à une autorité administrative indépendante.

Répetons-le, car il ne s'agit pas ici de momifier le droit d'auteur pour le laisser intact, ni de dénigrer l'utilité de la démarche pédagogique, l'objectif est louable, d'autant que les contrefacteurs sont souvent des enfants, les parents n'ayant pas tous conscience des actes répréhensibles: «si ce n'est toi, c'est donc... ton fils!». Un droit respecté est un droit connu, compris et donc socialement accepté. Mais il faut dire que de telles levées de boucliers semblent disproportionnées, voire contre-productives: doit-on rappeler que la commission de protection des droits est composée de hauts magistrats¹⁴⁶? La censure du Conseil constitutionnel conduira donc à être jugé dans la fièvre judiciaire des tribunaux de premier degré! Il serait d'ailleurs bien utile de savoir si la compétence exclusive des neuf TGI désignés¹⁴⁷ s'étend à cette obligation de surveillance. En effet, si l'article L. 331-1 du CPI indique, dans son premier alinéa, concerner toute la première partie du code, comprenant donc l'obligation de surveillance, l'article L. 211-10 du COJ (à l'image d'ailleurs de la suite de la disposition spéciale précitée) fait référence «aux actions en matière de propriété littéraire et artistique». À moins de considérer

Organisation of the Judiciary (COJ) (like the subsequent part of the foregoing special provision moreover) refers to “actions involving literary and artistic property”, unless it is considered that an action based on a breach of the obligation to exercise supervision is an action in respect of authors’ rights, which is to state it very badly to say the least.

54. Lastly, the weakness of the sanctions imposed may also be connected with the fact of levelling the wrongful acts that exists in civil proceedings for infringement. It is a matter of established case law that persons sued in the civil courts cannot escape liability by proving their good faith¹⁴⁸. Criticised by legal scholars for its theoretical implications¹⁴⁹, the principle of the irrelevance of the user’s good faith also gives rise to detrimental practical consequences. It implies that all users are treated identically, so infringers who are aware that they are “cheating” receive the same sanction as *bona fide* users. And the insertion of a guarantee clause between these two actors in the user’s favour makes no difference to the situation. This standardisation of conduct means that all the actors in the chain of use are punished in the same way. Yet infringing acts do not all warrant the same criticism from the viewpoint of authors’ rights.

The aforementioned Directive of 2004 on the enforcement of intellectual property rights proposed applying certain measures to acts of infringement “committed on a commercial scale”¹⁵⁰ and explained in a recital that “acts carried out on a commercial scale are those carried out for direct or indirect

acciones en materia de propiedad literaria y artística”! A menos que se considere que la acción basada en una vulneración de la obligación de vigilancia es una acción de derecho de autor, lo que como mínimo está muy mal dicho.

54. *En fin, la ligereza de las sanciones pronunciadas está quizás ligada también a la nivelación de los actos reprobables que existe en la vertiente penal del fraude. Es sabido que es jurisprudencia constante que la persona perseguida ante las jurisdicciones civiles no puede escapar a su responsabilidad aportando la prueba de su buena fe¹⁴⁸. Criticado por la doctrina por sus implicaciones teóricas¹⁴⁹, el principio de indiferencia de la buena fe del usuario engendra también consecuencias prácticas perjudiciales. Supone que todos los usuarios reciben un trato idéntico: así, el autor de un fraude consciente del “fraude” es sancionado igual que el usuario de buena fe. Y la inclusión de una cláusula de garantía entre esos dos actores, en favor del primer, no cambia nada la situación. Esta uniformización de los comportamientos hace que todos los autores de la cadena de utilización sean reprimidos sin distinción. Pero no todos los actos incurren en la misma crítica desde el punto de vista del derecho de autor.*

La directiva antes citada de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, proponía que determinadas medidas se apliquen al fraude “cometido a escala comercial”¹⁵⁰, explicando en un considerando que “los actos cometidos a escala comercial son los que se realizan con vistas a obtener una

que l'action fondée sur une violation de l'obligation de surveillance est une action de droit d'auteur, ce qui est pour le moins très mal dit.

54. Enfin, la faiblesse des sanctions prononcées est aussi peut-être liée au nivellement des actes répréhensibles qui existe dans le versant civil de la contrefaçon. On sait qu'il est de jurisprudence constante que la personne poursuivie devant les juridictions civiles ne peut échapper à sa responsabilité en apportant la preuve de sa bonne foi¹⁴⁸. Critiqué par la doctrine pour ses implications théoriques¹⁴⁹, le principe d'indifférence de la bonne foi de l'utilisateur engendre également des conséquences pratiques dommageables. Il suppose que tous les utilisateurs reçoivent un traitement identique: ainsi, un contrefacteur conscient de la «fraude» est pareillement sanctionné que l'utilisateur de bonne foi. Et l'insertion d'une clause de garantie entre ces deux acteurs, en faveur du premier, ne change en rien la situation. Cette uniformisation des comportements fait que tous les acteurs de la chaîne d'utilisation sont réprimés sans distinction aucune. Or, tous les actes n'encourent pas la même critique du point de vue du droit d'auteur.

La directive précitée de 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, proposait que certaines mesures s'appliquent à la contrefaçon «commise à l'échelle commerciale»¹⁵⁰, expliquant dans un considérant que «les actes perpétrés à l'échelle commerciale sont ceux qui sont perpétrés en

economic or commercial advantage; this would normally exclude acts carried out by end-consumers acting in good faith¹⁵¹. Nevertheless, the “commercial scale” criterion was not adopted in France (after some hesitation for industrial property) and commentators welcomed the fact because of its vague character¹⁵². Similarly, Article 13 of the Directive offered the Member States the possibility of adjusting the sanction in the light of the infringer’s good or bad faith, with a milder system when the defendant was unaware of the wrongful act. France has still not wished to adopt this course, but one can sense that the issue is a topical one.

Legal theory suggests, for its part, that the treatment should be different when it is a question of protecting the right, which, in civil cases, must be defended without regard for the good faith of the party who is infringing it, on the one hand, and when it is a question of compensating for the harm caused by the infringement, which should be consistent with the rules of civil liability in tort, on the other¹⁵³. The proposal borrowed from Roubier – who already made a distinction between an action for an injunction to cease an infringement and an action to compensate for the prejudice arising from an infringement¹⁵⁴ – would mean that the solutions could be adjusted and would make them more acceptable.

55. The same remark concerning the lack of adaptation could be made in criminal cases concerning the penal sanction. With regard to the couple formed by literary and artistic property law and penal law, there is clearly “a mutual feeling of dissatisfaction”¹⁵⁵. If the

*ventaja económica o comercial directa o indirecta, lo que excluye normalmente los actos cometidos por los consumidores finales que actúan de buena fe*¹⁵¹. El criterio de la “escala comercial” no fue adoptado finalmente en Francia (tras una duda para la propiedad industrial) y la doctrina se felicitó por ello por su carácter difuso¹⁵². Igualmente, el artículo 13 de la directiva preveía también la posibilidad para los Estados de matizar la sanción en función de la buena o mala fe del autor del fraude, ofreciendo un sistema más clemente cuando el acusado ignoraba el acto reprochable. Francia no deseó tampoco adoptar esa vía. Pero se siente que la cuestión es de actualidad.

*La doctrina sugiere por su lado reservar una suerte diferente, por un lado, a la defensa del derecho que, en materia civil, debe hacerse sin tener en cuenta la buena fe del que perjudica ese derecho y, por el otro, a la reparación del perjuicio derivado de la vulneración que debería responder a las reglas de la responsabilidad civil delictiva*¹⁵³. La proposición, cogida de Roubier – que ya distinguía la acción para hacer cesar el daño constatado y la acción que tiende a reparar el perjuicio derivado¹⁵⁴ – permitiría matizar las soluciones y hacerlas más aceptables.

55. Y la observación de inadaptación podría ser idéntica en la vertiente de la sanción penal. Tratándose de la pareja derecho de autor/derecho penal, es evidente que existe “un sentimiento mutuo de insatisfacción”¹⁵⁵. Si los jueces se inclinan tanto a ser indulgentes, es también porque

vue d'obtenir un avantage économique ou commercial direct ou indirect, ce qui exclut normalement les actes perpétrés par les consommateurs finaux agissant de bonne foi»¹⁵¹. Le critère de l'«échelle commerciale» n'a cependant pas été retenu en France (après une hésitation pour la propriété industrielle) et la doctrine s'en est félicitée du fait de son caractère flou¹⁵². De même, l'article 13 de la directive prévoyait également la possibilité pour les États de nuancer la sanction en fonction de la bonne ou mauvaise foi du contrefacteur, offrant un système plus clément lorsque le défendeur ignorait l'acte répréhensible. La France n'a toujours pas souhaité emprunter cette voie. Mais on pressent que la question est d'actualité.

La doctrine suggère quant à elle de réserver un sort différent, d'une part, à la défense du droit qui, en matière civile, doit s'opérer sans égard pour la bonne foi de celui qui y porte atteinte et, d'autre part, à la réparation du préjudice découlant de l'atteinte qui devrait répondre aux règles de la responsabilité civile délictuelle¹⁵³. La proposition, empruntée à Roubier – qui distinguait déjà l'action en cessation de l'atteinte constatée de l'action tendant à réparer le préjudice qui en résulte¹⁵⁴ – permettrait de nuancer les solutions et de les rendre plus acceptables.

55. Et la remarque d'inadaptation pourrait être identique sur le versant de la sanction pénale. S'agissant du couple droit d'auteur/droit pénal, il y a d'évidence «un sentiment mutuel d'insatisfaction»¹⁵⁵. Si les juges sont tellement enclins à l'indulgence, n'est-ce pas aussi parce que la sanction paraît

courts are so inclined to be indulgent, is it not also because the penalty appears disproportionate? The idea of a lighter sanction for certain users has been put forward. It is true that the Constitutional Council censured the difference in treatment of infringers that had been proposed in the “DADVSI law”, in the name of the principle of equality before the law¹⁵⁶. Yet should all infringers be treated identically? And for the principle of equality to apply, the persons concerned still need to be in comparable situations. In addition, is it not also possible to invoke the principle of the proportionality¹⁵⁷ of the punishment in relation to the gravity of the behaviour? Moreover, is it not unrealistic to retain such a heavy penalty – three years in prison and a 300,000 euro fine – for infringement? Surely it would be sensible to moderate the penalty, or even to adjust it in the light of the behaviour, so that it would be better understood, more readily accepted as a result and imposed on a serious basis. To this end, it seems certain that it would be salutary to return to the sources and to take a look at the general penal law and its potential¹⁵⁸.

56. The system of protection of authors' rights is clearly weakened. The legislator and the courts seem to call into question the force of the reserved rights in some areas. This does not mean that it is necessary to make a clean sweep. The underlying rules still exist and the courts are still capable of showing resourcefulness to deal with violations. To be convinced, it is sufficient to refer to the presumption of ownership of legal entities suing for infringement, which certainly represents one of the finest judge-made creations

la sanción parece desproporcionada. Se ha podido avanzar la idea de una sanción menos fuerte para determinados usuarios. Es cierto que el Consejo Constitucional ha censurado, en nombre del principio de igualdad ante la ley, la diferencia de trato de los autores de fraude que había sido propuesta por la “ley DADVSI”¹⁵⁶. Sin embargo, ¿todos los autores de fraude deben ser tratados igual? Y para que se admita el principio de igualdad, hace falta también que todas las personas concernidas se encuentren en situaciones comparables. Además, ¿no puede invocarse igualmente el principio de proporcionalidad¹⁵⁷ de la pena, con respecto a la gravedad del comportamiento? ¿No es ilusorio conservar una sanción tan fuerte – 3 años de prisión, 3000 000 euros de multa – para el fraude? ¿No nos incita el sentido común a moderar la sanción, e incluso a matizarla, en función de los comportamientos, para que sea comprendida mejor, y por lo tanto mejor aceptada y finalmente pronunciada seriamente? En esta vía, apostemos que una vuelta a las fuentes, una mirada al derecho común penal del derecho penal y sus potencialidades, sería salvadora¹⁵⁸.

56. *El régimen de protección del derecho de autor está visiblemente fragilizado. El legislador y el juez parecen, en algunos puntos, poner en tela de juicio la fuerza de la reserva. No quiere esto decir que haya que barrerlo todo. Las reglas fundacionales siguen existiendo y el juez sabe aún dar pruebas de actividad inventiva para sancionar las violaciones del derecho. Basta para convencerse de ello evocar la presunción de titularidad de las personas morales que intentan una acción por fraude, que constituye sin discusión una de las más bellas creaciones*

disproportionnée? L'idée a pu être avancée d'une sanction moins lourde pour certains utilisateurs. Certes, le Conseil constitutionnel a censuré, au nom du principe d'égalité devant la loi, la différence de traitement des contrefacteurs qui avait été proposée par la «loi DADVSI»¹⁵⁶. Pour autant, doit-on traiter de façon identique tous les contrefacteurs? Et pour que le principe d'égalité soit retenu, encore faut-il que les personnes concernées se trouvent dans des situations comparables. En outre, ne peut-on pas aussi invoquer le principe de proportionnalité¹⁵⁷ de la peine, par rapport à la gravité du comportement? Au-delà, n'est-il pas illusoire de conserver une sanction aussi lourde – 3 ans d'emprisonnement, 300 000 euros d'amende – pour la contrefaçon? Le bon sens ne nous invite-t-il pas à modérer la sanction, voire à la nuancer, en fonction des comportements, afin qu'elle soit mieux comprise, donc mieux acceptée et enfin sérieusement prononcée? Dans cette voie, gageons qu'un retour aux sources, un regard porté sur le droit commun du droit pénal et ses potentialités, serait salvateur¹⁵⁸.

56. Le régime de protection du droit d'auteur est visiblement fragilisé. Le législateur et le juge semblent, en certains endroits, remettre en cause la force de la réservation. Il n'est pas à dire qu'il faut faire table rase. Les règles fondatrices existent toujours et le juge sait encore faire preuve d'inventivité pour sanctionner les violations du droit. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer la présomption de titularité des personnes morales agissant en contrefaçon, qui constitue sans conteste l'une des plus belles

in recent years¹⁵⁹. However, the failings in the functioning of the system also have the merit of pointing to certain inadequacies of the law.

57. The conclusion is unavoidable. The crisis affecting authors' rights is patent. It is not just a matter of potentiality or pure doctrinal conjecture; it is contemporary and tangible both in the form taken by the legislation and in the substance of the rules governing the subject. It is obvious that the reality is no longer the same and we must doubtless accept the need to think about the evolution of authors' rights¹⁶⁰. Many things need to be rethought and many – courageous – decisions will have to be taken. Should the concept of a "work" continue to be maintained artificially? Must it be accepted that this concept, which cannot reasonably be open to all forms, should be closed somewhat? Or has there been a definite change of logic? Is the public's place sufficiently recognised? Can the contractual rules, notably in the case of creations by employed authors, not be made more flexible? Are the civil and penal remedies for infringement appropriate? All these questions are an invitation to reflect on the future of authors' rights. They all likewise warrant a dispassionate debate, avoiding the pitfall of excess in one direction or the other, in marmoreal conservatism and unbridled liberalism alike. There are not two camps, the detractors on one side and the partisans on the other; there is just a right, ailing but not moribund. Indeed, while the defects that have been identified are doubtless indirect pointers to tomorrow's *droit d'auteur*, there is no question either of disavowing the

*pretorianas recientes*¹⁵⁹. Pero esos defectos de funcionamiento tienen también la virtud de poner en evidencia algunas inadaptaciones del derecho.

* * *

57. La conclusión se impone. La crisis del derecho de autor es patente. No es sólo virtualidad o pura conjetura doctrinal, es contemporánea, tangible tanto en la forma que adopta la legislación como en el fondo de las reglas que rigen la materia. Evidentemente, la realidad ya no es la misma y hay sin duda que aceptar reflexionar sobre la evolución del derecho de autor¹⁶⁰. Muchas cosas deben ser pensadas de nuevo, muchas decisiones – valientes – deberán tomarse: ¿hay que seguir manteniendo la noción de obra? ¿Hay que aceptar cerrar un poco el concepto, que no puede abrirse razonablemente a todas las formas? ¿O se ha cambiado definitivamente de lógica? ¿Se reconoce suficientemente el lugar del público? ¿No pueden ser flexibilizadas las reglas contractuales, en particular en lo relativo a la creación asalariada? ¿Está adaptada la sanción – civil y penal – del fraude? Son cuestiones que invitan a reflexionar sobre el futuro del derecho de autor. Son cuestiones que justifican también que se desapasione el debate, evitando el escollo del exceso, en un sentido como en otro, en el del conservadurismo marmóreo como en el del liberalismo sin trabas. No hay dos campos – el de los detractores y el de los celadores –, hay sólo un derecho, enfermo pero no moribundo. En efecto, si los defectos constatados dibujan sin duda en negativo el derecho de autor de mañana, no se trata tampoco de renegar de la materia, ni de rechazar sus fundamentos. Lo razonable impone tener conciencia de la tempestad, no añadir a los vientos que hacen vacilar la disciplina, no terminar de minar su legitimidad.

créations prétoriennes récentes¹⁵⁹. Mais ces dysfonctionnements ont aussi la vertu de pointer certaines inadaptations du droit.

57. La conclusion s'impose. La crise du droit d'auteur est patente. Elle n'est pas que virtualité ou pure conjecture doctrinale, elle est contemporaine, tangible tant dans la forme que prend la législation que dans le fond des règles qui régissent la matière. D'évidence, la réalité n'est plus la même et il faut sans doute accepter de réfléchir à l'évolution du droit d'auteur¹⁶⁰. Beaucoup de choses sont à repenser, beaucoup de décisions – courageuses – devront être prises : doit-on continuer à maintenir artificiellement la notion d'œuvre ? Faut-il accepter de fermer quelque peu le concept, qui ne peut raisonnablement pas s'ouvrir à toutes les formes ? Ou a-t-on définitivement changé de logique ? La place du public est-elle suffisamment reconnue ? Les règles contractuelles, notamment s'agissant de la création salariée, ne peuvent-elles pas être assouplies ? La sanction – civile et pénale – de la contrefaçon est-elle adaptée ? Autant de questions qui invitent à réfléchir sur l'avenir du droit d'auteur. Autant de questions qui justifient également de dépassionner le débat et d'éviter l'écueil de l'excès, dans un sens comme dans l'autre, dans le conservatisme marmoréen comme dans le libéralisme débridé. Il n'y a pas deux camps – celui des détracteurs et celui des zélateurs –, il y a juste un droit, malade mais pas moribond. Car si les défauts constatés dessinent sans doute en creux le droit d'auteur de demain, il ne s'agit pas non plus de renier la matière, ni d'en rejeter les fondements. Le raisonnable impose d'avoir

subject or rejecting its foundations. The sensible thing is to be aware of the storm but not to add to the winds that are shaking the discipline or to undermine its legitimacy even further. Some aspects need to be corrected and calm reflection, free of any dogmatism, is necessary to do so. Law, and particularly literary and artistic property law, because it is unavoidably tied to progress, must be understood as being in movement, but movement does not mean destruction. “The defence of works ‘of the mind or of genius’ and their creators continues to be the fundamental concern of the idealistic nation that we wish to remain”¹⁶¹, wrote Professor Escarra to whom we owe the modern law. Nor must we overlook the dangers of the correction itself – Portalis warned in this respect that “instead of changing the laws, it is almost always more useful to present citizens with new reasons to like them” – particularly when the norm is not produced on a consensual basis any more but in a climate of heated opposition. Laws no longer travel down the centuries; they are no longer set in stone. The current climate is more one of experiment, technocracy, demagoguery and lobbies... in the field of authors’ rights as elsewhere. The growing number of voices with a say on the subject may also suggest a certain restraint. In addition to the more or less traditional venues for framing¹⁶² and interpreting¹⁶³ the law, it will now be necessary to listen to the word of the Constitution which will doubtless be sought before long on a prior question of constitutionality.

“Let us retain through wisdom what we acquired through enthusiasm”, taught Condorcet. May we be

Algunos aspectos deben ser corregidos y una reflexión serena, desprovista de todo dogmatismo, es para eso necesaria. El derecho, en particular el derecho de autor, por estar ineluctablemente vinculado al progreso, se concibe en el movimiento, pero el movimiento no significa la destrucción. “La defensa de las obras ‘del espíritu o del ingenio’ o de sus creadores sigue siendo la preocupación fundamental de la nación idealista que queremos seguir siendo”¹⁶¹, escribió el profesor Escarra, a quien se debe la ley moderna. Además, no hay que desdeñar los peligros que entraña la propia corrección. Portalis prevenía en ese sentido que, “en lugar de cambiar las leyes, es casi siempre más útil presentar a los ciudadanos nuevos motivos para amarlas”. Tanto más cuanto que la producción de la norma no se hace ya de un modo consensual sino en una oposición pasional. Las legislaciones ya no atraviesan los siglos, ya no están grabadas en el mármol. El ambiente es más favorable al ensayo, a la tecnocracia, a la demagogia, a los grupos de presión... En derecho de autor como en otros campos. ¿No implica también cierta reserva la multiplicación de las voces en este campo? Además de los más o menos tradicionales lugares para dictar la ley¹⁶² y para interpretarla¹⁶³, habrá en adelante que escuchar la palabra constitucional que no tardará sin duda en ser solicitada en una cuestión prioritaria de constitucionalidad.

“Conservemos con sabiduría lo que hemos conseguido con entusiasmo”, enseñaba Condorcet. Seamos lo bastante

conscience de la tempête, pas d'ajouter aux vents qui font vaciller la discipline, ni d'achever de saper sa légitimité. Certains aspects doivent être corrigés et une réflexion posée, dégagée de tout dogmatisme, est pour cela nécessaire. Le droit, en particulier le droit d'auteur, parce qu'il est inéluctablement lié au progrès, s'appréhende dans le mouvement, mais le mouvement ne signifie pas la destruction. «La défense des œuvres "de l'esprit ou du génie" ou de leurs créateurs demeure la préoccupation fondamentale de la nation idéaliste que nous voulons rester»¹⁶¹, écrivait le professeur Escarra à qui l'on doit la loi moderne. En outre, il ne faut pas négliger les dangers de la correction même. Portalis prévenait en ce sens que, «au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer». D'autant que la production de la norme ne se fait plus sur un mode consensuel mais dans une opposition passionnelle. Les législations ne traversent plus les siècles, elles ne sont plus gravées dans le marbre. L'air du temps est davantage à l'essai, à la technocratie, à la démagogie, aux groupes de pression... En droit d'auteur comme ailleurs. La multiplication des voix dans le domaine n'implique-t-elle pas aussi une certaine retenue? Outre les plus ou moins traditionnels lieux d'édition¹⁶² et d'interprétation¹⁶³ de la loi, il faudra désormais écouter la parole constitutionnelle qui ne tardera sans doute pas être sollicitée dans une question prioritaire de constitutionnalité.

«Conservons par la sagesse ce que nous avons acquis par l'enthousiasme», enseignait Condorcet. Soyons assez enthousiastes pour

enthusiastic enough to plant new trees in the garden of authors' rights; may we be wise enough to preserve the roots of the old ones.

(English translation by
Margaret PLATT-HOMMEL)

entusiastas para plantar nuevos árboles en el jardín del derecho de autor, seamos lo bastante sabios para preservar las raíces de los antiguos.

(Traduction espagnole de
Antonio MUÑOZ)

NOTES

1. See notably M. Ficsor, "Rapport inquiétant de la ligne Maginot des auteurs, Progrès des techniques et signe d'une crise dans le droit d'auteur", *Dd'A/Copyright* 1982, p. 103; R. Legeais, "Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies", *RIDC* 1990-2, p. 677 *et seq.*, at p. 691, who refers to the "identity crisis" affecting authors' rights; V.-L. Benabou, "Drawing from the Source of Authors' Rights", *RIDA* no. 192, April 2002, p. 2 *et seq.*, at p. 8, who discusses the symptoms of the "crisis in the identity and function of authors' rights". Also P. Sirinelli, "Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire", *JCP* 2000, I, 194.

2. Among the abundant literature, see G. Ripert, *Le déclin du droit, Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949; B. Oppetit, "L'hypothèse du déclin du droit", in *Crises dans le droit*, *Droits* 1986-4, p. 9; A. Viandier, "La crise de la technique législative", *ibid.*, p. 75; J. Chevallier, "L'État de droit", *RDP* 1988, p. 313; L. Josserand, "Les déformations récentes de la technique législative", *DH* 1939, chron. p. 9; G. Burdeau, "Le déclin de la loi", in *Le dépassement du droit*, *APD* 1963, p. 35; R.-E. Chartier, "Vicissitudes de la loi", in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. II, Dalloz, 1960, p. 304; F. Terré, "La 'crise de la loi'", *La loi*, *APD* 1980, p. 17; J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 2006 (re-edition); R. Savatier, "L'inflation législative et l'indigestion du corps social", *D.* 1977, chron. p. 43.

3. "The exceptions listed in this Article may not conflict with a normal exploitation of the work and may not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author."

4. C. Alleaume, "La contractualisation des exceptions. La situation en France", *Propri.intell.* no. 25, Oct. 2007, p. 436; S. Dusollier, "La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives", *ibid.*, p. 443.

5. M. Vivant, "L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?", in *Mélanges offerts à Christian Mouly*, Litec, 1998, vol. 2, p. 441.

NOTAS

1. *V. en particular M. Ficsor, «Rapport inquiétant de la ligne Maginot des auteurs, Progrès des techniques et signe d'une crise dans le droit d'auteur», Dd'A 1982, p. 103; R. Legeais, «Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies», RIDC 1990-2, p. 677 y s., especialmente p. 691, que evoca la «crisis de identidad» del derecho de autor; V.-L. Benabou, «Puiser à la source du droit d'auteur», RIDA n° 192, abril de 2002, p. 2 y s., especialmente p. 8, que se interesa por los síntomas de la «crisis de identidad y de función del derecho de autor». – También P. Sirinelli, «Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire», JCP 2000, I, 194.*

2. *Entre una abundante literatura, v. G. Ripert, Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine, LGDJ, 1949; B. Oppetit, «L'hypothèse du déclin du droit», in Crises dans le droit, Droits 1986-4, p. 9; A. Viandier, «La crise de la technique législative», ibid., p. 75; J. Chevallier, «L'État de droit», RDP 1988, p. 313; L. Josserand, «Les déformations récentes de la technique législative», DH 1939, crón. p. 9; G. Burdeau, «Le déclin de la loi», in Le dépassement du droit, APD 1963, p. 35; R.-E. Chartier, «Vicissitudes de la loi», in Mélanges offerts à Jacques Maury, t. II, Dalloz, 1960, p. 304; F. Terré, «La "crise de la loi"», in La loi, APD 1980, p. 17; J. Carbonnier, Droit et passion du droit sous la V^e République, Flammarion, 2006 (reed.); R. Savatier, «L'inflation législative et l'indigestion du corps social», D. 1977, crón. p. 43.*

3. *«Las excepciones enumeradas por el presente artículo no puede perjudicar la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.»*

4. *C. Alleaume, «La contractualisation des exceptions. La situation en France», Propri.intell. n°25, octubre de 2007, p. 436; S. Dusollier, «La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives», ibid., p. 443.*

5. *M. Vivant, «L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles?», in Mélanges offerts à Christian Mouly, Litec, 1998, t. 2, p. 441.*

planter de nouveaux arbres dans le jardin du droit d'auteur, soyons assez sages pour préserver les racines des anciens.

NOTES

1. V. notamment M. Ficsor, «Rapport inquiétant de la ligne Maginot des auteurs, Progrès des techniques et signe d'une crise dans le droit d'auteur», *Dd'A* 1982, p. 103; R. Legeais, «Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies», *RIDC* 1990-2, p. 677 s., spéc. p. 691, qui évoque la «crise d'identité» du droit d'auteur; V.-L. Benabou, «Puiser à la source du droit d'auteur», *RIDA* n° 192, avr. 2002, p. 3 s., spéc. p. 9, qui s'intéresse aux symptômes de la «crise d'identité et de fonction du droit d'auteur». – Adde P. Sirinelli, «Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire», *JCP* 2000, I, 194.

2. Parmi une littérature abondante, v. G. Ripert, *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949; B. Oppetit, «L'hypothèse du déclin du droit», in *Crises dans le droit, Droits* 1986-4, p. 9; A. Viandier, «La crise de la technique législative», *ibid.*, p. 75; J. Chevallier, «L'État de droit», *RDV* 1988, p. 313; L. Jossierand, «Les déformations récentes de la technique législative», *DH* 1939, chron. p. 9; G. Burdeau, «Le déclin de la loi», in *Le dépassement du droit, APD* 1963, p. 35; R.-E. Charlier, «Vicissitudes de la loi», in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960, p. 304; F. Terré, «La "crise de la loi"», in *La loi, APD* 1980, p. 17; J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 2006 (rééd.); R. Savatier, «L'inflation législative et l'indigestion du corps social», *D.* 1977, chron. p. 43.

3. «Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur».

4. C. Alleaume, «La contractualisation des exceptions. La situation en France», *Propri. intell.* n° 25, oct. 2007, p. 436; S. Dusollier, «La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives», *ibid.*, p. 443.

5. M. Vivant, «L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles?», in *Mélanges offerts à Christian Mouly*, Litec, 1998, t. 2, p. 441.

6. C. Caron, "L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle", in *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61.

7. C. Caron, "La confusion des sphères privées et publiques en droit d'auteur", in *Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1^{er} août 2006 ?* (CUERPI Symposium), Transactive, 2009, p. 10.

8. P. Samuelson, "Digitisation: Comments for Panel Session", in *The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions*, ALAI Study Days, Cambridge, 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 76.

9. M. Vivant, "Contre la logique de l'instant, Le droit et l'air du temps à travers l'exemple de la propriété intellectuelle", in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 769.

10. J. C. Ginsburg, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America", *RIDA* no. 147, Jan. 1991, p. 125 *et seq.* at p. 133.

11. United States Constitution, Art. I, § 8, cl. 8.

12. To this effect, O. Lalignant, "The French Revolution and Authors' Rights or Perenniality of the Subject Matter for Protection", *RIDA* no. 147, Jan. 1991, p. 2 *et seq.*, at pp. 12-14.

13. M. Vivant, "Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, À la recherche d'un nouveau paradigme", in *Qu'est-ce que les technologies?*, Odile Jacob, Paris, 2000, p. 201; A. Dietz, "Transformation of Authors' Rights, Change of Paradigm", *RIDA* no. 138, Oct. 1988, p. 22; and, on a specific issue, E. Bellini, "Moral Right and Droit Moral: A Matter of Paradigms", *RIDA* no. 204, April 2005, p. 3.

14. Cf. *infra* no. 32.

15. Law no. 2006-961, *OJ* 3 Aug. 2006, p. 11529.

16. See notably P. Bloch, "Le droit d'auteur a-t-il un avenir?", *Libération* newspaper, 18 Sept. 2009, p. 12.

17. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2nd ed., 2009, no. 349.

18. Moreover, this was the conclusion of the advisory body on literary and artistic property CSPLA.

19. D. Lefranc, "La contrefaçon en droit d'auteur, Naissance – extension – scission", *Propr.intell.* no. 30, Jan. 2009, p. 19 *et seq.*, at p. 28.

20. On the demonstration that users' "rights" are not subjective rights, see J. Lesueur, "Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles", *CCE* 2008, study no. 15.

6. C. Caron, "L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle", in *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61.

7. C. Caron, "La confusion des sphères privées et publiques en droit d'auteur", in *Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1^{er} août 2006 ?* (coloquio CUERPI), Transactive, 2009, p. 10.

8. P. Samuelson, "Digitisation: comments for panel session", in *Les frontières du droit d'auteur: ses limites et exceptions, Jornadas de estudio de la ALAI, Cambridge, 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 76.*

9. M. Vivant, "Contre la logique de l'instant, Le droit et l'air du temps à travers l'exemple de la propriété intellectuelle", in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 769.

10. J. C. Ginsburg, "Histoire de deux droits d'auteur: la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires", *RIDA* n° 147, enero de 1991, p. 124 y s., especialmente p. 132.

11. Constitución americana, art. I, § 8, cl. 8.

12. En ese sentido, O. Lalignant, "La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection", *RIDA* n° 147, enero de 1991, p. 2 y s., especialmente p. 12-14.

13. M. Vivant, "Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, À la recherche d'un nouveau paradigme", in *Qu'est-ce que les technologies?*, Odile Jacob, Paris, 2000, p. 201; A. Dietz, "Mutation du droit d'auteur, changement de paradigme en matière de droit d'auteur", *RIDA* n° 138, octobre de 1988, p. 22; y, sobre un punto específico, E. Bellini, "Moral Right et droit moral: une question de paradigmes", *RIDA* n° 204, abril de 2005, trad. M. Platt-Hommel, p. 2.

14. Cf. *infra* n° 32.

15. Ley n° 2006-961, *JO* 3 de agosto de 2006, p. 11529.

16. V. en particular P. Bloch, "Le droit d'auteur a-t-il un avenir?", *Libération*, 18 de septiembre de 2009, p. 12.

17. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e ed., 2009, n° 349.

18. Esa era por otro lado la conclusión del CSPLA.

19. D. Lefranc, "La contrefaçon en droit d'auteur, Naissance – extension – scission", *Propr.intell.* n°30, enero de 2009, p. 19 y s., especialmente p. 28.

20. Sobre la demostración de que los "derechos" de los usuarios no son derechos subjetivos, v. J. Lesueur, "Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles", *CCE* 2008, estudio n°15.

6. C. Caron, «L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle», in *Études offertes à Jacques Dupicbot*, Bruylant, 2004, p. 61.
7. C. Caron, «La confusion des sphères privées et publiques en droit d'auteur», in *Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1^{er} août 2006?* (colloque CUERPI), Transactive, 2009, p. 10.
8. P. Samuelson, «Digitisation: comments for panel session», in *Les frontières du droit d'auteur: ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, Cambridge, 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 76.
9. M. Vivant, «Contre la logique de l'instant, Le droit et l'air du temps à travers l'exemple de la propriété intellectuelle», in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 769.
10. J. C. Ginsburg, «Histoire de deux droits d'auteur: la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires», *RIDA* n° 147, janv. 1991, p. 124 s., spéc. p. 132.
11. Constitution américaine, art. I, § 8, cl. 8.
12. En ce sens, O. Laligant, «La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection», *RIDA* n° 147, janv. 1991, p. 3 s., spéc. p. 13-15.
13. M. Vivant, «Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, À la recherche d'un nouveau paradigme», in *Qu'est-ce que les technologies?*, Odile Jacob, Paris, 2000, p. 201; A. Dietz, «Mutation du droit d'auteur, changement de paradigme en matière de droit d'auteur», *RIDA* n° 138, oct. 1988, p. 23; et, sur un point spécifique, E. Bellini, «Moral right et droit moral: une question de paradigmes», *RIDA* n° 204, avr. 2005, trad. M. Platt-Hommel, p. 2.
14. Cf. *infra* n° 32.
15. Loi n° 2006-961, *JO* 3 août 2006, p. 11529.
16. V. notamment P. Bloch, «Le droit d'auteur a-t-il un avenir?», *Libération*, 18 sept. 2009, p. 12.
17. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 349.
18. C'était d'ailleurs la conclusion du CSPLA.
19. D. Lefranc, «La contrefaçon en droit d'auteur, Naissance – extension – scission», *Propr. intell.* n° 30, janv. 2009, p. 19 s., spéc. p. 28.
20. Sur la démonstration que les «droits» des utilisateurs ne sont pas des droits subjectifs, v. J. Lesueur, «Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles», *CCE* 2008, étude n° 15.

21. Cass. 1^{re} Civ., 19 June 2008, *Mulholland Drive*, RIDA no. 217, July 2008, p. 214, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2008, p. 551, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* Sept. 2008, comm. no. 102, note C. Caron. Cass. 1^{re} Civ., 27 Nov. 2008, *UFC v. Warner and Fnac*, RLDI no. 46, Feb. 2009, no. 1502, obs. O. Pignatari; *RTD com.* 2009, p. 131, obs. F. Pollaud-Dulian. Also S. Carre, "The Temptation of Inadmissibility (concerning the Court of Cassation's Ruling of 19 June 2008)", RIDA no. 221, July 2009, p. 64.

22. Cass. 1^{re} Civ., 13 Nov. 2003, *Musée de Lodève*, D. 2004, jurispr. p. 200, note N. Bouche; *CCE* Jan. 2004, comm. no. 2, note C. Caron; *Propr. intell.* no. 10, Jan. 2004, p. 550, obs. A. Lucas; *Légipresse* no. 209, March 2004, III, p. 23, note V. Varet; *JCP G* 2004, II, 10080, note C. Geiger. Confirmed by Cass. 1^{re} Civ., 2 Oct. 2007, *Propr. intell.* no. 26, Jan. 2008, p. 112, obs. J.-M. Bruguière.

23. CJEC, 6 April 1995, *Magill*, ECR I-743, opinion C. Gulmann; *JCP* 1995, I, 3883, note M. Vivant; *RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. Françon; *RTD eur.* 1995, p. 834, obs. G. Bonnet; RIDA no. 165, July 1995, p. 166, note A. Kéréver; T. Desurmont and H. Calvet, "The Magill Ruling: an Isolated Decision?", RIDA no. 167, Jan. 1996, p. 2. CJEC, 29 April 2004, *IMS Health*, ECR I-5039, opinion A. Tizzano; D. 2004, p. 2336, note F. Sardain; *RTD com.* 2004, p. 491, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2004, p. 691, obs. G. Bonet; *Propr. intell.* no. 12, July 2004, p. 821, obs. V.-L. Benabou; *CCE* June 2004, comm. no. 69, note C. Caron. CFIEC, Grand Chamber, 17 Sept. 2007, *Microsoft*, ECR II-3601; D. 2007, p. 2303, E. Chevrier; *RTD com.* 2007, p. 715, F. Pollaud-Dulian; *JCP E* 2008, 1314, nos. 6 to 13, obs. G. Decocq and A. Laquière; *Propr. intell.* no. 26, Jan. 2008, p. 122, obs. V.-L. Benabou.

24. See, for example, Cass. Com., 12 July 2005, *SARL Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP)*, D. 2005, p. 2144, note E. Chevrier; *RTD com.* 2005, p. 773, obs. J. Mestre; *JCP* 2005, II, 10121, note M. Poumarède. Also, for a reminder of the substantive conditions set at the European and domestic levels, see the Court of Cassation's 2005 report, *Innovation technologique et concurrence*, p. 80 et seq.

25. Indeed, in its decision of 10 June 2009 censuring the HADOPI 1 law (cf. *infra*), the Constitutional Council attached the right of access to the Internet to freedom of expression, a fundamental right. In favour of this "fundamentalisation", L. Marino, "Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental", D. 2009, p. 2045.

26. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, op. cit., p. 121.

21. *Civ. 1^{re}*, 19 de junio de 2008, *Mulholland Drive*, RIDA n^o 217, julio de 2008, p. 214, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2008, p. 551, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* septiembre de 2008, com. n^o 102, nota C. Caron. – *Civ. 1^{re}*, 27 de noviembre de 2008, *UFC c/ Warner et Fnac*, RLDI n^o 46, febrero de 2009, n^o 1502, obs. O. Pignatari; *RTD com.* 2009, p. 131, obs. F. Pollaud-Dulian. – *También S. Carre*, "Le vertige de l'irrecevabilité (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2008)", RIDA n^o 221, julio de 2009, p. 64.

22. *Civ. 1^{re}*, 13 de noviembre de 2003, *Musée de Lodève*, D. 2004, jurispr. p. 200, nota N. Bouche; *CCE* enero de 2004, com. n^o 2, nota C. Caron; *Propr. intell.* n^o 10, enero de 2004, p. 550, obs. A. Lucas; *Légipresse* n^o 209, marzo de 2004, III, p. 23, nota V. Varet; *JCP G* 2004, II, 10080, nota C. Geiger. – *Confirmado por Civ. 1^{re}*, 2 de octubre de 2007, *Propr. intell.* n^o 26, enero de 2008, p. 112, obs. J.-M. Bruguière.

23. *TJCE*, 6 de abril de 1995, *Magill*, Rec. I-743, concl. C. Gulmann; *JCP* 1995, I, 3883, nota M. Vivant; *RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. Françon; *RTD eur.* 1995, p. 834, obs. G. Bonnet; RIDA n^o 165, julio de 1995, p. 166, nota A. Kéréver; T. Desurmont y H. Calvet, "L'arrêt Magill: une décision d'espèce?", RIDA n^o 167, enero de 1996, p. 2. – *TJCE*, 29 de abril de 2004, *IMS Health*, Rec. I-5039, concl. A. Tizzano; D. 2004, p. 2336, nota F. Sardain; *RTD com.* 2004, p. 491, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2004, p. 691, obs. G. Bonet; *Propr. intell.* n^o 12, julio de 2004, p. 821, obs. V.-L. Benabou; *CCE* junio de 2004, com. n^o 69, nota C. Caron. – *TPICE*, *Gran sala*, 17 de septiembre de 2007, *Microsoft*, Rec. II-3601; D. 2007, p. 2303, E. Chevrier; *RTD com.* 2007, p. 715, F. Pollaud-Dulian; *JCP E* 2008, 1314, n^o 6 a 13, obs. G. Decocq y A. Laquière; *Propr. intell.* n^o 26, enero de 2008, p. 122, obs. V.-L. Benabou.

24. V. por ejemplo *Com.*, 12 de julio de 2005, *SARL Nouvelles messageries de la presse Parisienne (NMPP)*, D. 2005, p. 2144, nota E. Chevrier; *RTD com.* 2005, p. 773, obs. J. Mestre; *JCP* 2005, II, 10121, nota M. Poumarède. – *También, para recordar las condiciones de fondo impuestas a nivel comunitario e interno, el informe del Tribunal Supremo de 2005*, *Innovation technologique et concurrence*, p. 80 y s.

25. *El Consejo Constitucional*, en su decisión del 10 de junio de 2009 que censuraba la ley HADOPI 1 (cf. *infra*), asoció en efecto el derecho de acceso a Internet a la libertad de expresión, derecho fundamental. – *Favorable a esta fundamentalización*, L. Marino, "Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental", D. 2009, p. 2045.

26. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, op. cit., p. 121.

21. Civ. 1^{re}, 19 juin 2008, *Mulbolland Drive*, *RIDA* n° 217, juill. 2008, p. 215, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2008, p. 551, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* sept. 2008, comm. n° 102, note C. Caron. – Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, *UFC c/Warner et Fnac*, *RLDI* n° 46, févr. 2009, n° 1502, obs. O. Pignatari; *RTD com.* 2009, p. 131, obs. F. Pollaud-Dulian. – *Adde* S. Carre, «Le vertige de l'irrecevabilité (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2008)», *RIDA* n° 221, juillet 2009, p. 65.

22. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2003, *Musée de Lodève*, *D.* 2004, jurisp. p. 200, note N. Bouche; *CCE* janv. 2004, comm. n° 2, note C. Caron; *Propr. intell.* n° 10, janv. 2004, p. 550, obs. A. Lucas; *Légipresse* n° 209, mars 2004, III, p. 23, note V. Varet; *JCP G* 2004, II, 10080, note C. Geiger. – Confirmé par Civ. 1^{re}, 2 octobre 2007, *Propr. intell.* n° 26, janv. 2008, p. 112, obs. J.-M. Bruguière.

23. CJCE, 6 avr. 1995, *Magill*, *Rec.* I-743, concl. C. Gulmann; *JCP* 1995, I, 3883, note M. Vivant; *RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. Françon; *RTD eur.* 1995, p. 834, obs. G. Bonnet; *RIDA* n° 165, juill. 1995, p. 167, note A. Kéréver; T. Desurmont et H. Calvet, «L'arrêt Magill: une décision d'espèce?», *RIDA* n° 167, janv. 1996, p. 3. – CJCE, 29 avr. 2004, *IMS Health*, *Rec.* I-5039, concl. A. Tizzano; *D.* 2004, p. 2336, note F. Sardain; *RTD com.* 2004, p. 491, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2004, p. 691, obs. G. Bonet; *Propr. intell.* n° 12, juill. 2004, p. 821, obs. V.-L. Benabou; *CCE* juin 2004, comm. n° 69, note C. Caron. – TPICE, Grande ch., 17 sept. 2007, *Microsoft*, *Rec.* II-3601; *D.* 2007, p. 2303, E. Chevrier; *RTD com.* 2007, p. 715, F. Pollaud-Dulian; *JCP E* 2008, 1314, n° 6 à 13, obs. G. Decocq et A. Laquière; *Propr. intell.* n° 26, janv. 2008, p. 122, obs. V.-L. Benabou.

24. V. par ex. Com., 12 juillet 2005, *SARL Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP)*, *D.* 2005, p. 2144, note E. Chevrier; *RTD com.* 2005, p. 773, obs. J. Mestre; *JCP* 2005, II, 10121, note M. Poumarède. – *Adde*, pour un rappel des conditions de fond posées au niveau communautaire et interne, le rapport de la Cour de cassation de 2005, *Innovation technologique et concurrence*, p. 80 s.

25. Le Conseil constitutionnel a en effet, dans sa décision du 10 juin 2009 censurant la loi HADOPI 1 (*cf. infra*), rattaché le droit d'accès à l'Internet à la liberté d'expression, droit fondamental. – Favorable à cette «fondamentalisation», L. Marino, «Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental», *D.* 2009, p. 2045.

26. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 121.

27. Green Paper of the Commission of the European Communities, *Copyright in the Knowledge Economy*, Brussels, COM (2008) 466/3. On the subject, see notably C. Alleaume, *Légipresse* no. 257, Dec. 2008, II, p. 196.

28. Two recent statutes are to be noted in French law. The first is Law no. 2009-669 of 12 June 2009 fostering the dissemination and protection of creation on the Internet, known as the "HADOPI 1" law (after the name of the administrative authority set up by the law) or as the "Creation and Internet" law (for a commentary, see notably V.-L. Benabou, "Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009)", *RLDI* no. 52, August-Sept. 2009, no. 1732). The second is Law no. 2009-1311 of 28 October 2009 on the penal protection of literary and artistic property on the Internet, known as the "HADOPI 2" law (see notably L. Marino, "La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (dite HADOPI 2)", *D.* 2010, p. 160), which was needed because of the Constitutional Council's partial invalidation of the first law (decision of 10 June 2009).

29. A. Zollinger, "La lutte des parlements : les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée", *Légipresse* no. 262, June 2009, I, p. 77.

30. Along the same lines, J.-M. Bruguière, "Loi 'sur la protection de la création sur internet': mais à quoi joue le Conseil constitutionnel?", *D.* 2009, p. 1770.

31. DC no. 2009-580 of 10 June 2009. See notably V.-L. Benabou, "Grand guignol", *Libre opinion, Propr. intell.* no. 32, July 2009, p. 212; A. Zollinger, "Les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée : le Conseil constitutionnel tranche", *JCP E* 2009, no. 40, p. 17.

32. C. Bernault, O. Brillanceau, S. Carre, M. Clément-Fontaine, C. Geiger, A. Gitton, J.Y. Kerbourc'h, C. Pascal, G. Vercken, J. Vincent, M. Vivant, "DADVSI 2, HADOPI, 'Création et Internet'... De bonnes questions ? De mauvaises réponses", *D.* 2008, p. 2290.

33. Art. 17.2: "Intellectual property shall be protected."

34. Art. 6.1 TEU.

35. For a critical discussion, see M. Vivant, "Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété...", *Propr.intell.* no. 23, April 2007, p. 193. Also in the field of authors' rights, A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, LGDJ, 2008, p. 137 *et seq.*, who calls it "an unsatisfactory analogy" insofar as this attachment destroys the specificities of authors' rights, in particular their personal dimension.

27. *Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas*, Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, *Bruselas, COM (2008) 466/3*. – *Sobre este punto, v. en particular C. Alleaume, Légipresse n° 257, diciembre de 2008, II, p. 196.*

28. *Hay que notar dos leyes recientes en derecho francés. La primera es la ley n° 2009-669 del 12 junio de 2009 para favorecer la difusión y la protección de la creación en Internet, denominada ley «HADOPI 1» (por el nombre de la autoridad administrativa creada por el texto) o también ley «Creación e Internet» (para un comentario, v. en particular V.-L. Benabou, «Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009)», RLDI n° 52, agosto-septiembre de 2009, n° 1732). La segunda es la ley n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet, denominada ley «HADOPI 2» (V. en particular L. Marino, «La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (dite HADOPI 2)», D. 2010, p. 160) que era necesaria por la censura de la primera por el Consejo Constitucional (decisión del 10 de junio de 2009).*

29. A. Zollinger, «La lutte des parlements: les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée», *Légipresse n° 262, junio de 2009, I, p. 77.*

30. *En el mismo sentido, J.-M. Bruguière, «Loi "sur la protection de la création sur internet": mais à quoi joue le Conseil constitutionnel?», D. 2009, p. 1770.*

31. *DC n° 2009-580 del 10 de junio de 2009. – V. en particular V.-L. Benabou, «Grand guignol», Libre opinion, Propr.intell. n° 32, julio de 2009, p. 212; A. Zollinger, «Les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée: le Conseil constitutionnel tranche», JCP E 2009, n° 40, p. 17.*

32. *C. Bernault, O. Brillanceau, S. Carre, M. Clément-Fontaine, C. Geiger, A. Gitton, J. Y. Kerbourc'h, C. Pascal, G. Vercken, J. Vincent, M. Vivant, «DADVSI 2, HADOPI, «Création et Internet»... De bonnes questions? De mauvaises réponses», D. 2008, p. 2290.*

33. *Art. 17.2: «La propiedad intelectual está protegida.»*

34. *Art. 6.1, TUE.*

35. *Para una reflexión crítica, v. M. Vivant, «Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété...», Propr.intell. n°23, abril de 2007, p. 193. – También en droit d'auteur, A. Zollinger, Droit d'auteur et droits de l'homme, LGDJ, 2008, p. 137 y s., que evoca «una analogía insatisfactoria en la medida en que esa adscripción anula las especificidades del derecho de autor, en particular su dimensión personal.»*

27. Livre Vert de la Commission des Communautés européennes, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, Bruxelles, COM (2008) 466/3. – Sur ce point, v. notamment C. Alleaume, *Légipresse* n° 257, déc. 2008, II, p. 196.

28. Deux lois récentes sont à noter en droit français. La première est la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite loi «HADOPI 1» (du nom de l'autorité administrative mise en place par le texte) ou encore loi «Création et Internet» (pour un commentaire, v. notamment V.-L. Benabou, «Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009)», *RLDI* n° 52, août-sept. 2009, n° 1732). La seconde est la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, dite «loi HADOPI 2» (V. notamment L. Marino, «La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (dite HADOPI 2)», *D.* 2010, p. 160) et rendue nécessaire par la censure de la première par le Conseil constitutionnel (décision du 10 juin 2009).

29. A. Zollinger, «La lutte des parlements: les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée», *Légipresse* n° 262, juin 2009, I, p. 77.

30. Dans le même sens, J.-M. Bruguière, «Loi “sur la protection de la création sur internet”: mais à quoi joue le Conseil constitutionnel?», *D.* 2009, p. 1770.

31. DC n° 2009-580 du 10 juin 2009. – V. notamment V.-L. Benabou, «Grand guignol», *Libre opinion, Propr. intell.* n° 32, juill. 2009, p. 212; A. Zollinger, «Les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée: le Conseil constitutionnel tranche», *JCP E* 2009, n° 40, p. 17.

32. C. Bernault, O. Brillanceau, S. Carre, M. Clément-Fontaine, C. Geiger, A. Gitton, J. Y. Kerbourc'h, C. Pascal, G. Vercken, J. Vincent, M. Vivant, «DADVSI 2, HADOPI, “Création et Internet”... De bonnes questions? De mauvaises réponses», *D.* 2008, p. 2290.

33. Art. 17.2: «La propriété intellectuelle est protégée».

34. Art. 6.1, TUE.

35. Pour une réflexion critique, v. M. Vivant, «Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété...», *Propr. intell.* n° 23, avr. 2007, p. 193. – *Adde* en droit d'auteur, A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, LGDJ, 2008, p. 137 s., qui évoque «une analogie insatisfaisante» dans la mesure où ce rattachement annihile les spécificités du droit d'auteur, notamment sa dimension personnelle.

36. For authors' rights, ECHR, Sect. 4, 29 Jan. 2008, *Balan v. Moldova*, *Propr. intell.* no. 28, July 2008, p. 338, obs. J.-M. Bruguière; *JCP E* 2008, 1934, note A. Zollinger; *CCE* June 2008, comm. no. 76, note C. Caron; *Legipresse* no. 250, April 2008, III, p. 61, obs. J. Lesueur.

37. See *La propriété littéraire et artistique en quête de sens*, Symposium to mark the 20th Anniversary of the Cerdi and Master DI2C, 26 March 2009, Maison du Barreau, *RLDI*, special issue, supplement to no. 49, May 2009.

38. See our article "La loi du 1^{er} août 2006: nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur", *D.* 2007, p. 328.

39. See notably P. Malaurie, "Les dix premières années de notre siècle et le droit civil", *JCP G* April 2010, 427.

40. DC no. 99-421 of 16 Dec. 1999. On the question, see notably M.-A. Frison-Roche and W. Baranès, "Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi", *D.* 2000, chron. p. 361; P. Deumier, "Les qualités de la loi", *RTD civ.* 2005, p. 93. Today, almost all the referrals have to rule on whether there has been a violation of this objective which follows from Articles 4, 5, 6 and 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789.

41. DC no. 2005-53 of 29 Dec. 2005, on which see notably P. Dubois, "L'intelligibilité de la loi", in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 135.

42. V. Lasserre-Kiesow, "La compréhensibilité des lois à l'aube du 21^e siècle", *D.* 2002, chron. p. 1157.

43. This maxim, which means that the authority of the law does not depend on people's knowledge, so that they cannot allege in their defence that they did not know about the existence of the rule, implies as a consequence that the law is understood.

44. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, *Doctrine juridique*, 1998, notably "The act of language" p. 243, or "The language of the legislator" p. 283.

45. On the law's characterisation both as an art and as a science, see F. Terré, *Introduction générale*, Dalloz, *Précis*, 2009, no. 401.

46. B. Mathieu, "La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit. A propos de la loi organique du 10 décembre et de la décision du Conseil constitutionnel n°2009-595 DC", *JCP* 2009, p. 620, at no. 30.

36. *Para el derecho de autor*, *TEDH*, 4^o sec., 29 de enero de 2008, *Balan c/ Moldavie*, *Propr.intell.* n° 28, julio de 2008, p. 338, obs. J.-M. Bruguière; *JCP E* 2008, 1934, nota A. Zollinger; *CCE junio de 2008*, com. n° 76, nota C. Caron; *Legipresse* n° 250, abril de 2008, III, p. 61, obs. J. Lesueur.

37. V. La propriété littéraire et artistique en quête de sens, Colloque à l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C, 26 de marzo de 2009, Maison du Barreau, *RLDI*, n° especial, suplemento al n°49, mayo de 2009.

38. V. por la autora, "La loi du 1^{er} août 2006: nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur", *D.* 2007, p. 328.

39. V. en particular P. Malaurie, "Les dix premières années de notre siècle et le droit civil", *JCP G*, abril de 2010, 427.

40. DC n° 99-421 del 16 de diciembre de 1999. Sobre la cuestión, v. en particular M.-A. Frison-Roche y W. Baranès, "Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi", *D.* 2000, crón. p. 361; P. Deumier, "Les qualités de la loi", *RTD civ.* 2005, p. 93. – Hoy en día, en casi todos los casos sometidos, hay que pronunciarse sobre una vulneración de ese objetivo, que se desprende de los artículos 4, 5, 6 y 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

41. DC n°2005-53 del 29 de diciembre de 2005, sobre la cual v. en particular P. Dubois, "L'intelligibilité de la loi", in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 135.

42. V. Lasserre-Kiesow, "La compréhensibilité des lois à l'aube du 21^e siècle", *D.* 2002, crón. p. 1157.

43. Esta máxima, que significa que la autoridad del derecho no depende de los conocimientos de un individuo, el cual no puede alegar, en su defensa, que ignoraba la existencia de la regla ["La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento"], implica después la comprensión del derecho.

44. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, *Doctrine juridique*, 1998, especialmente "L'acte de langage", p. 243, o "Le langage du législateur", p. 283.

45. Sobre la calificación del derecho al mismo tiempo como arte y ciencia, v. F. Terré, *Introduction générale*, Dalloz, *Précis*, 2009, n°401.

46. B. Mathieu, "La question prioritaire de constitutionnalité: une nouvelle voie de droit. A propos de la loi organique du 10 décembre et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC", *JCP* 2009, p. 620, especialmente n° 30.

36. Pour le droit d'auteur, CEDH, 4^e sect., 29 janv. 2008, *Balan c/Moldavie, Propr. intell.* n° 28, juill. 2008, p. 338, obs. J.-M. Bruguière; *JCP E* 2008, 1934, note A. Zollinger; *CCE* juin 2008, comm. n° 76, note C. Caron; *Legipresse* n° 250, avr. 2008, III, p. 61, obs. J. Lesueur.

37. V. *La propriété littéraire et artistique en quête de sens, Colloque à l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C*, 26 mars 2009, Maison du Barreau, RLDI, n° spécial, supplément au n° 49, mai 2009.

38. V. par la soussignée, «La loi du 1^{er} août 2006 : nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur», *D.* 2007, p. 328.

39. V. notamment P. Malaurie, «Les dix premières années de notre siècle et le droit civil», *JCP G* avr. 2010, 427.

40. DC n° 99-421 du 16 déc. 1999. Sur la question, v. notamment M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, «Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi», *D.* 2000, chron. p. 361; P. Deumier, «Les qualités de la loi», *RTD civ.* 2005, p. 93. – Aujourd'hui, presque toutes les saisines ont à statuer sur une violation de cet objectif, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

41. DC n° 2005-53 du 29 déc. 2005, sur laquelle v. notamment P. Dubois, «L'intelligibilité de la loi», in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 135.

42. V. Lasserre-Kiesow, «La compréhensibilité des lois à l'aube du 21^e siècle», *D.* 2002, chron. p. 1157.

43. Cette maxime, qui signifie que l'autorité du droit ne dépend pas des connaissances d'un individu, lequel ne peut alléguer, pour sa défense qu'il ignorait l'existence de la règle, implique en aval la compréhension du droit.

44. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, Doctrine juridique, 1998, notamment «L'acte de langage», p. 243, ou «Le langage du législateur», p. 283.

45. Sur la qualification du droit à la fois comme art et science, v. F. Terré, *Introduction générale*, Dalloz, Précis, 2009, n° 401.

46. B. Mathieu, «La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit. À propos de la loi organique du 10 décembre et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC», *JCP* 2009, p. 620, spéc. n° 30.

47. H. Batiffol, "Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique", in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35 *et seq.*, at p. 40.

48. M. Vivant, "Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006", *D.* 2006, p. 2159, at no. 8.

49. T. Azzi, "La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé", *CCE* July 2007, study no. 16.

50. G. Cornu, "Le langage du législateur", *loc. cit.*, at p. 285.

51. Art. L. 331-31 IPC: "In its mission of regulation and monitoring in the fields of technological measures for the protection and identification of works and subject matter protected by authors' rights or related rights, the High Authority shall exercise the following functions: (1) It shall ensure that the technological measures referred to in Article L. 331-5 do not, as a result of their mutual incompatibility or inability to interoperate, lead to additional limitations in the use of a work over and above the ones expressly decided on by the holder of authors' rights in a work other than a computer program or by the holder of a related right in a performance, a phonogram, a videogram or a programme [...]."

52. F. Terré, "Omnis definitio periculosa est? L'exigence des définitions et le bon choix des mots", *JCP* 2010, p. 380.

53. G. Cornu, "Rapport de synthèse", in *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires (suite et fin)*, *RRJ - Droit prospectif* 1987-4, p. 1173 *et seq.*, at p. 1185.

54. Cass. 1^{re} Civ., 27 April 2004, *Propr. intell.* no. 12, July 2004, p. 770, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2004, p. 484, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* July-Aug. 2004, comm. no. 84, note C. Caron; *Légipresse* no. 220, April 2005, III, p. 62, note F. Sardain; *D.* 2005, somm. p. 1482, obs. P. Sirinelli; *Prop. ind.* 2004, comm. no. 74, note P. Kamina.

55. European Directive no. 2001/29 of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

56. CJEC, 8 June 1971, *Deutsche Grammophon v. Metro*, case 78/70, *ECR* 487; *RTD eur.* 1971, p. 481; *RIDA* no. 100, April 1979, p. 146, obs. A. Françon.

57. Notably P. Sirinelli, *Propr. intell.* no. 20, July 2006, pp. 303-304.

47. H. Batiffol, "Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique", in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35 *y s.*, especialmente p. 40.

48. M. Vivant, "Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006", *D.* 2006, p. 2159, especialmente n^o 8.

49. T. Azzi, "La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé", *CCE* julio de 2007, estudio n^o 16.

50. G. Cornu, "Le langage du législateur", *loc. cit.*, especialmente p. 285.

51. Art. L. 331-31 CPI: "A título de su misión de regulación y de vigilancia en los campos de las medidas técnicas de protección y de identificación de las obras y de los objetos protegidos por el derecho de autor o por los derechos afines, la Alta autoridad ejerce las funciones siguientes: 1^o Vela para que las medidas técnicas consideradas en el artículo L. 331-5 no tengan como consecuencia, por el hecho de su incompatibilidad mutua o de su incapacidad para interoperar, provocar en la utilización de una obra limitaciones suplementarias e independientes de las expresamente decididas por el titular de un derecho de autor sobre una obra distinta de un programa de ordenador o por el titular de un derecho afín sobre una interpretación, un fonograma, un videograma o un programa (...)."

52. F. Terré, "Omnis definitio periculosa est? L'exigence des définitions et le bon choix des mots", *JCP* 2010, p. 380.

53. G. Cornu, "Rapport de synthèse", in *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires (suite et fin)*, *RRJ - Droit prospectif* 1987-4, p. 1173 *y s.*, especialmente p. 1185.

54. Civ. 1^{re}, 27 de abril de 2004, *Propr.intell.* n^o 12, julio de 2004, p. 770, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2004, p. 484, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* julio-agosto de 2004, com. n^o 84, nota C. Caron; *Légipresse* n^o 220, abril de 2005, III, p. 62, nota F. Sardain; *D.* 2005, sum. p. 1482, obs. P. Sirinelli; *Prop. ind.* 2004, com. n^o 74, nota P. Kamina.

55. *Dir. (CE) n^o 2001/29 del 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información.*

56. *TJCE, 8 de junio de 1971, Deutsche Grammophon c/ Metro, pleito 78/70, Rec. p. 487; RTD eur. 1971, p. 481; RIDA n^o 100, abril de 1979, p. 146, obs. A. Françon.*

57. *Notamment P. Sirinelli, Propr.intell. n^o 20, julio de 2006, p. 303-304.*

47. H. Batiffol, «Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique», in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35 s., spéc. p. 40.

48. M. Vivant, «Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006», *D.* 2006, p. 2159, spéc. n° 8.

49. T. Azzi, «La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé», *CCE* juill. 2007, étude n° 16.

50. G. Cornu, «Le langage du législateur», *loc. cit.*, spéc. p. 285.

51. Art. L. 331-31 CPI: «Au titre de sa mission de régulation et de veille dans les domaines des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur ou par les droits voisins, la Haute Autorité exerce les fonctions suivantes: 1° Elle veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme [...]».

52. F. Terré, «*Omnis definitio periculosa est?* L'exigence des définitions et le bon choix des mots», *JCP* 2010, p. 380.

53. G. Cornu, «Rapport de synthèse», in *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires (suite et fin)*, *RRJ – Droit prospectif* 1987-4, p. 1173 s., spéc. p. 1185.

54. Civ. 1^{re}, 27 avr. 2004, *Prop. intell.* n° 12, juill. 2004, p. 770, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2004, p. 484, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* juill.-août 2004, comm. n° 84, note C. Caron; *Légipresse* n° 220, avr. 2005, III, p. 62, note F. Sardain; *D.* 2005, somm. p. 1482, obs. P. Sirinelli; *Prop. ind.* 2004, comm. n° 74, note P. Kamina.

55. Dir. (CE) n° 2001/29 du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

56. CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c/Metro*, aff. 78/70, *Rec.* p. 487; *RTD eur.* 1971, p. 481; *RIDA* n° 100, avr. 1979, p. 147, obs. A. Françon.

57. Notamment P. Sirinelli, *Prop. intell.* n° 20, juill. 2006, p. 303-304.

58. F. Ost, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, edited by M. van de Kerchove, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 97 et seq., at p. 109.

59. N. MacCormick, "Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique I, Argumentation et interprétation en droit", in *Interprétation et droit*, edited by P. Amselek, Bruylant, PUAM, 1995, p. 213 et seq., at p. 221.

60. Compare A. Tunc, "Le droit en miettes", in *La responsabilité*, APD 1977, p. 31.

61. Domat, *Préface to Lois civiles dans leur ordre naturel*.

62. E. Dreyer, "La liberté d'expression comme 'droit concurrent'", in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens*, Symposium to mark the 20th Anniversary of the Cerdi and Master DI2C, RLDI May 2009, suppl. to issue no. 49, no. 1635.

63. CA Paris, 4 April 2001, *Dr. fam.* 2001, com. no. 96, note H. Lécuyer.

64. 1st Civ., 1 March 2005, *Propr. intell.* no. 15, April 2005, p. 160, obs. A. Lucas; *JCP G* 2005, II, 10053, note C. Caron; *Légipresse* no. 222, June 2005, III, p. 103, note E. Arfi; A. Maffre-Baugé, "Paraboles collectives : l'obole des copropriétaires au droit d'auteur", *RLDI* no. 6, June 2005, no. 156.

65. "Unless otherwise stipulated: [...] (4) authorisation to telediffuse a work over the air shall include the non-commercial distribution of such telediffusion through the internal networks installed in collective residential apartment buildings or building complexes by their owners or co-owners, or by the authorised representatives of the latter, for the sole purpose of enabling each apartment in those collective residential apartment buildings or building complexes to be connected to collective devices for receiving over-the-air telediffusions ordinarily received in the zone."

66. European Directive no. 2001/29 of 22 May 2001, on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Art. 3 and especially recital 23.

67. V.-L. Benabou, "De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques", *Propr. intell.* no. 25, Oct. 2007, p. 429.

68. The provision now ends with the following sentences: "The Institute shall exercise the exploitation rights mentioned in this paragraph in compliance with the moral and economic rights of the holders of authors' rights or of rights related to authors' rights, and their successors in title. However, by derogation from Articles L. 212-3 and L. 212-4 of the Intellectual Property Code, the

58. F. Ost, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, dir. M. van de Kerchove, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 97 y s., especialmente p. 109.

59. N. MacCormick, "Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique I, Argumentation et interprétation en droit", in *Interprétation et droit*, dir. P. Amselek, Bruylant, PUAM, 1995, p. 213 y s., especialmente p. 221.

60. Comp. A. Tunc, "Le droit en miettes", in *La responsabilité*, APD 1977, p. 31.

61. Domat, *Préface aux Lois civiles dans leur ordre naturel*.

62. E. Dreyer, "La liberté d'expression comme 'droit concurrent'", in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens*, A l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C, RLDI mayo de 2009, suplemento al n° 49, n° 1635.

63. TA Paris, 4 de abril de 2001, *Dr. fam.* 2001, com. n° 96, nota H. Lécuyer.

64. Civ. 1a, 1 de marzo de 2005, *Propr. intell.* n° 15, abril de 2005, p. 160, obs. A. Lucas; *JCP G* 2005, II, 10053, nota C. Caron; *Légipresse* n° 222, junio de 2005, III, p. 103, nota E. Arfi; A. Maffre-Baugé, "Paraboles collectives: l'obole des copropriétaires au droit d'auteur", *RLDI* n° 6, junio de 2005, n° 156.

65. "Salvo estipulación contraria: (...) 4º) La autorización de teledifundir una obra por vía hertziana incluye la distribución con fines no comerciales de esta teledifusión en las redes internas de los inmuebles o conjuntos de inmuebles colectivos destinados a viviendas instalados por sus propietarios o copropietarios, o por los mandatarios de estos últimos, con el único objetivo de permitir la conexión de cada vivienda de esos mismos inmuebles o conjuntos de inmuebles destinados a viviendas a dispositivos colectivos de recepción de las teledifusiones por vía hertziana recibidas normalmente en la zona."

66. Dir. (CE) n° 2001/29 del 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información, art. 3 y sobre todo considerando 23.

67. V.-L. Benabou, "De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques", *Propr. intell.* n° 25, octubre de 2007, p. 429.

68. La disposición termina ahora por las frases siguientes: "El instituto ejerce los derechos de explotación mencionados en el presente párrafo respetando los derechos morales y patrimoniales de los titulares de derechos de autor o de derechos afines al derecho de autor, y de sus derechohabientes. Sin embargo, por derogación a los artículos L. 212-3 y L. 212-4 del Código de la

58. F. Ost, «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, dir. M. van de Kerchove, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 97 s., spéc. p. 109.

59. N. MacCormick, «Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique 1, Argumentation et interprétation en droit», in *Interprétation et droit*, dir. P. Amselek, Bruylant, PUAM, 1995, p. 213 s., spéc. p. 221.

60. Comp. A. Tunc, «Le droit en miettes», in *La responsabilité*, APD 1977, p. 31.

61. Domat, Préface aux *Lois civiles dans leur ordre naturel*.

62. E. Dreyer, «La liberté d'expression comme "droit concurrent"», in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens, À l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdic et du Master DI2C*, RLDI mai 2009, suppl. au n° 49, n° 1635.

63. CA Paris, 4 avr. 2001, *Dr. fam.* 2001, comm. n° 96, note H. Lécuyer.

64. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, *Propr. intell.* n° 15, avr. 2005, p. 160, obs. A. Lucas; *JCP G* 2005, II, 10053, note C. Caron; *Légipresse* n° 222, juin 2005, III, p. 103, note E. Arfi; A. Maffre-Baugé, «Paraboles collectives: l'obole des copropriétaires au droit d'auteur», *RLDI* n° 6, juin 2005, n° 156.

65. «Sauf stipulation contraire: [...] 4°) L'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne comprend la distribution à des fins non commerciales de cette télédiffusion sur les réseaux internes aux immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation installés par leurs propriétaires ou copropriétaires, ou par les mandataires de ces derniers, à seule fin de permettre le raccordement de chaque logement de ces mêmes immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation à des dispositifs collectifs de réception des télédiffusions par voie hertzienne normalement reçues dans la zone».

66. Dir. (CE) n° 2001/29 du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, art. 3 et surtout considérant 23.

67. V.-L. Benabou, «De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques», *Propr. intell.* n° 25, oct. 2007, p. 429.

68. La disposition se termine désormais par les phrases suivantes: «L'institut exerce les droits d'exploitation mentionnés au présent paragraphe dans le respect des droits moraux et patrimoniaux des titulaires de droits d'auteurs ou de droits voisins du droit d'auteur, et de leurs ayants droit. Toutefois, par dérogation aux articles L. 212-3 et L. 212-4 du Code de la propriété intellectuelle, les conditions d'exploitation

conditions relating to the exploitation of performers' performances in the archives mentioned in this Article and the remuneration payable for such exploitation shall be governed by agreements concluded between the performers themselves or the employee organisations representing performers and the Institute. These agreements shall notably specify the remuneration schedule and the manner of payment of the remuneration."

69. Art. L. 331-5 *et seq.* for technological measures, Arts. L. 335-3-1 and L. 335-3-2 for independent circumvention (offence) and Art. R. 335-3 for assisted circumvention (minor offence).

70. Art. L. 336-3: "The person entitled to access online public communication services shall be under an obligation to ensure that such access is not used for the purpose of reproducing, performing, making available or communicating to the public works or subject matter protected by authors' rights or related rights without the authorisation of the holders of the rights provided for in Books I and II where it is required [...]."

71. Art. L. 331-29: "The High Authority shall be authorised to create automated processing of personal data concerning the persons subject to a procedure under this subsection [...]."

72. See notably P. Sirinelli, "La responsabilité des prestataires de l'internet : l'exemple des sites contributifs", in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens (...)*, *op. cit.*, no. 1645.

73. To this effect, A. and H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e ed., 2006, no. 980.

74. "The provisions of Articles 34 and 35 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States." Raising the question, T. Dreier, "Interopérabilité : la France, un exemple à suivre ? ", *Prop. intell.* no. 25, Oct. 2007, p. 419 *et seq.*, at p. 421.

75. D. Lefranc, "Le piratage déraciné ?", *D.* 2008, Point de vue, p. 2087.

76. See already V.-L. Benabou, "Droit d'auteur versus vie privée (et vice versa)", *Prop. intell.* no. 6, July 2005, p. 269.

propiedad intelectual, las condiciones de explotación de las prestaciones de los artistas intérpretes de los archivos mencionados en el presente artículo y las remuneraciones a que esta explotación da lugar están regidas por acuerdos firmados entre los mismos artistas intérpretes y las organizaciones de asalariados representativas de los artistas intérpretes y el instituto. Esos acuerdos deben en particular precisar el baremo de las remuneraciones y las modalidades de pago de esas remuneraciones.

69. Art. L. 331-5 y s. para las medidas técnicas, art. L. 335-3-1 y L. 335-3-2 para las violaciones autónomas (delito) y art. R. 335-3 para las ayudadas (multas).

70. Art. L. 336-3: "La persona titular del acceso a servicios de comunicación al público en línea tiene la obligación de velar para que ese acceso no sea objeto de una utilización con fines de reproducción, de representación, de puesta a disposición o de comunicación al público de una obra o de objetos protegidos por el derecho de autor o por un derecho afín sin la autorización de los titulares de derechos prevista en los libros I y II cuando ésta es obligatoria (...)."

71. Art. L. 331-29: "Está autorizada la creación, por la Alta Autoridad, de un procesamiento automatizado de datos de carácter personal relativo a las personas que son objeto de un procedimiento en el marco de la presente subsección (...)."

72. V. en particular P. Sirinelli, "La responsabilité des prestataires de l'internet: l'exemple des sites contributifs", in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens (...)*, referencias antes citadas, n° 1645.

73. En ese sentido, A. y H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e ed., 2006, n°980.

74. "Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no impiden las prohibiciones o restricciones de importación, de exportación o de tránsito, justificadas por razones de moralidad pública, de orden público, de seguridad pública, de protección de la salud y de la vida de las personas y de los animales o de preservación de los vegetales, de protección de los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico o de protección de la propiedad industrial y comercial. Sin embargo, esas prohibiciones o restricciones no deben constituir ni un medio de discriminación arbitrario ni una restricción encubierta en el comercio entre Estados miembros." – Planteando la cuestión, v. T. Dreier, "Interopérabilité: la France, un exemple à suivre?", *Prop. intell.* n° 25, octubre de 2007, p. 419 y s., especialmente p. 421.

75. D. Lefranc, "Le piratage déraciné?", *D.* 2008, Point de vue, p. 2087.

76. V. ya, V.-L. Benabou, "Droit d'auteur versus vie privée (et vice versa)", *Prop. intell.* n°6, julio de 2005, p. 269.

des prestations des artistes-interprètes des archives mentionnées au présent article et les rémunérations auxquelles cette exploitation donne lieu sont régies par des accords conclus entre les artistes-interprètes eux-mêmes ou les organisations de salariés représentatives des artistes-interprètes et l'institut. Ces accords doivent notamment préciser le barème des rémunérations et les modalités de versement de ces rémunérations».

69. Art. L. 331-5 s. pour les mesures techniques, art. L. 335-3-1 et L. 335-3-2 pour les contournements autonomes (délit) et art. R. 335-3 pour les contournements assistés (contraventions).

70. Art. L. 336-3: «La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise [...]».

71. Art. L. 331-29: «Est autorisée la création, par la Haute Autorité, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur les personnes faisant l'objet d'une procédure dans le cadre de la présente sous-section [...]».

72. V. notamment P. Sirinelli, «La responsabilité des prestataires de l'internet: l'exemple des sites contributifs», in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens [...]*, réf. précitées, n° 1645.

73. En ce sens, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 980.

74. «Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres». – Posant la question, T. Dreier, «Interopérabilité: la France, un exemple à suivre?», *Prop. intell.* n° 25, oct. 2007, p. 419 s., spéc. p. 421.

75. D. Lefranc, «Le piratage déraciné?», *D.* 2008, Point de vue, p. 2087.

76. V. déjà, V.-L. Benabou, «Droit d'auteur *versus* vie privée (et *vice versa*)», *Prop. intell.* n° 6, juill. 2005, p. 269.

77. To this effect, see CJEC, 29 Jan. 2008, *Promusicae*, CCE March 2008, comm. no. 32, note C. Caron; JCP 2008, II, 10099, note E. Derieux; *Légipresse* no. 250, April 2008, II, 57, note J. Lesueur. Comp. CJEC, 8th Ch., Order, 19 Feb. 2009, case C-557/07: the right to privacy does not provide grounds for opposing the right to obtain information in Article 8.3 of Directive 2004/48 on the enforcement of intellectual property rights. However the Court adds that "Community law nevertheless requires Member States to ensure that, when transposing into national law Directive 2000/31/EC of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market, Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, and Directives 2002/58 and 2004/48, they rely on an interpretation of those directives which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights involved. Moreover, when applying the measures transposing those directives, the authorities and courts of Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but must also make sure that they do not rely on an interpretation of those directives which would conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality".

78. Personal data in the view of the Senate (see information report made on behalf of the Constitutional Laws, Legislation, Universal Suffrage, Regulation and General Administration Committee by the working group on privacy in the age of digital memories, Senate, no. 441); a more confused status, but tending to consider that IP addresses are not personal data, in the view of the Court of Cassation (Crim., 13 Jan. 2009, CCE April 2009, comm. no. 31, note C. Caron).

79. See notably on the issue, taking a very critical view, N. Mallet-Poujol, "Big brother et Anastasie au chevet du droit d'auteur : réflexions sur le projet de loi 'Création et Internet'", *Légicom* no. 42, 2009/1, p. 85. Also, more nuanced, J.-M. Bruguière, *Prop. intell.* no. 29, Oct. 2008, p. 437.

80. Also Decree no. 2010-236 of 5 March 2010 on automated processing of personal data authorised by Article L. 331-29 IPC called "system of management of the measures for the protection of works on the Internet".

77. *En ese sentido, v. TJCE, 29 de enero de 2008, Promusicae, CCE marzo de 2008, com. n.º 32, nota C. Caron; JCP 2008, II, 10099, nota E. Derieux; Légipresse n.º 250, abril de 2008, II, 57, nota J. Lesueur. – Comp. TJCE, 8.ª sala, ord., 19 de febrero de 2009, pleito C-557/07: el derecho al respeto de la vida privada no permite oponerse al derecho de información del artículo 8.3 de la directiva comunitaria 2004/48 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, el Tribunal añade que «el derecho comunitario exige que los Estados miembros, al transponer las directivas 2000/31/CE del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, y en particular del comercio electrónico, en el mercado interior, 2001/29/CE del 22 de mayo de 2001 sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información, 2002/58 y 2002/48, velen para basarse en una interpretación de éstas que permita garantizar un justo equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales en presencia. Por otro lado, las autoridades así como las jurisdicciones de los Estados miembros deben, en la aplicación de las medidas de transposición de las directivas, no sólo interpretar su derecho nacional de un modo conforme con esta últimas, sino también velar para no basarse en una interpretación de esas directivas que entre en conflicto con los derechos fundamentales o con los demás principios generales del derecho comunitario, tales como el principio de proporcionalidad».*

78. *Dato de carácter personal para el Senado (v. Rapport d'information au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif au Respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques, Sénat, n.º 441), estatuto más confuso, pero que tiende a considerar que la dirección IP no es un dato de carácter personal, para el Tribunal Supremo (Crim., 13 de enero de 2009, CCE abril de 2009, com. n.º 31, nota C. Caron).*

79. *V. en particular, muy crítico sobre la cuestión, N. Mallet-Poujol, «Big brother et Anastasie au chevet du droit d'auteur: réflexions sur le projet de loi "Création et Internet"», Légicom n.º 42, 2009/1, p.85. – También, más matizado, J.-M. Bruguière, Prop. intell. n.º 29, octubre de 2008, p.437.*

80. *También, decreto n.º 2010-236 del 5 de marzo de 2010 relativo al procesado automático de datos de carácter personal autorizado por el artículo L. 331-29 del CPI denominado «sistema de gestión de las medidas para la protección de las obras en internet».*

77. En ce sens, v. CJCE, 29 janv. 2008, *Promusicae*, CCE mars 2008, comm. n° 32, note C. Caron; *JCP* 2008, II, 10099, note E. Derieux; *Légipresse* n° 250, avr. 2008, II, 57, note J. Lesueur. – Comp. CJCE, 8^e ch., ord., 19 févr. 2009, aff. C-557/07: le droit au respect de la vie privée ne permet pas de s'opposer au droit d'information de l'article 8.3 de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, la Cour ajoute que «le droit communautaire exige que les États membres, lors de la transposition des directives 2000/31/CE du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 2002/58 et 2004/48, veillent à se fonder sur une interprétation de celles-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux en présence. Par ailleurs, les autorités ainsi que les juridictions des États membres doivent, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition des directives, non seulement interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces dernières, mais également veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de ces directives qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité».

78. Donnée à caractère personnel pour le Sénat (v. rapport d'information au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif au *Respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques*, Sénat, n° 441), statut plus confus, mais tendant à considérer que l'adresse IP n'est pas une donnée à caractère personnel, pour la Cour de cassation (Crim., 13 janv. 2009, CCE avr. 2009, comm. n° 31, note C. Caron).

79. V. notamment, très critique sur la question, N. Mallet-Poujol, «Big brother et Anastasie au chevet du droit d'auteur: réflexions sur le projet de loi "Création et Internet"», *Légicom* n° 42, 2009/1, p. 85. – *Adde*, plus nuancé, J.-M. Bruguière, *Propr. intell.* n° 29, oct. 2008, p. 437.

80. *Adde* décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du CPI dénommé «système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet».

81. See paragraph 28: “[...] the processing of personal data by the aforementioned societies and bodies and the transfer of that data to the rights protection commission to carry out its missions form part of a process of referral to the competent courts”.

82. G. Cornu, “Rapport de synthèse”, in *Les mots de la loi*, edited by N. Molfessis, Economica, coll. *Études juridiques*, 1999, p. 99; and the author continues “But, depending on whether it is apt or inapt, the expression is capable of doing the intention such good or harm that it is worthwhile preventing it at least from doing harm”.

83. Is it not worth remembering that if the law of 1957 was such a success, it was because it was the fruit of the balanced reflection of specialists, under the leadership of Professor Escarra?

84. M. Vivant, “L’immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire”, *JCP* 2000, I, 193, at p. 12.

85. Cass. 1^{re} Civ., 13 Nov. 2008, *Bettina Rheims v. J. Gautel*, RIDA no. 219, Jan. 2009, p. 194, obs. P. Sirinelli; *CCE* Jan. 2009, comm. no. 1, note C. Caron; D. Galan, “L’accueil de l’œuvre ‘Paradis’ dans le cénacle du droit d’auteur ou l’enfer de ‘la nouvelle Ève’”, *RLDI* no. 45, Jan. 2009, no. 1473; *JCP* 2008, II, 10204, note G. Loiseau (“Protection par le droit d’auteur d’une œuvre conceptuelle”); E. Treppoz, “‘La nouvelle Ève’ au ‘Paradis’ du droit d’auteur, suite et fin !”, *D.* 2009, p. 266. Also N. Walravens-Mardaescu, “Conceptual Art as Creation and its Protection by Authors’ Rights”, *RIDA* no. 220, April 2009, p. 4, and P. Gaudrat, “From the Hell of Addiction to the Paradise of Toilets: Judicial Tribulations in the Purgatory of Authors’ Rights... Observations on 1^{re} Civ., 13 Nov. 2008”, *ibid.*, p. 80.

86. TGI Créteil, 4 May 1999, *RIDA* no. 182, Oct. 1999, p. 213. See also Cass. 1^{re} Civ., 15 Jan. 1974, *D.* 1974, p. 267.

87. 1^{re} Civ., 13 June 2006, *RIDA* no. 210, Oct. 2006, p. 202, obs. P. Sirinelli; *CCE* Sept. 2006, comm. no. 119, note C. Caron; *JCP* 2006, II, 10138, note F. Pollaud-Dulian; *Propr. intell.* no. 21, Oct. 2006, p. 442, obs. A. Lucas; *D.* 2006, p. 2470, note B. Edelman. *Com.*, 1 July 2008, *RIDA* no. 217, July 2008, p. 198, obs. P. Sirinelli; *CCE* Sept. 2008, comm. no. 100, note C. Caron; *Propr. intell.* no. 29, Oct. 2008, p. 419, obs. J.-M. Bruguière; *D.* 2009, p. 1182, note B. Edelman. 1^{re} Civ., 22 Jan. 2009, *RIDA* no. 219, Jan. 2009, p. 198, obs. P. Sirinelli.

88. J.-L. Bergel, “Différence de nature (égale) différence de régime”, *RTD civ.* 1984, p. 255.

81. V. cons. 28: «(...) los procesamientos de datos de carácter personal realizados por las sociedades y organismos antes citados así como la transmisión de esos datos a la comisión para la protección de los derechos para el ejercicio de sus misiones se inscriben en un proceso de apelación a las jurisdicciones competentes».

82. G. Cornu, «Rapport de synthèse», in *Les mots de la loi*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. *Études juridiques*, 1999, p. 99; y prosigue «Pero, según sea feliz o o inadecuada, la expresión es capaz de hacer tanto bien o mal a la intención, que vale la pena impedir por lo menos que perjudique».

83. ¿No puede recordarse que si la ley de 1957 ha tenido tal éxito, es porque fue el fruto de la reflexión ponderada de especialistas, conducidos por el profesor Escarra?

84. M. Vivant, «L’immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire», *JCP* 2000, I, 193, especialmente p. 12.

85. Civ. 1^{re}, 13 de noviembre de 2008, *Bettina Rheims c/ J. Gautel*, RIDA n° 219, enero de 2009, p. 194, obs. P. Sirinelli; *CCE* enero de 2009, com. n° 1, nota C. Caron; D. Galan, «L’accueil de l’œuvre “Paradis” dans le cénacle du droit d’auteur ou l’enfer de “la nouvelle Ève”», *RLDI* n° 45, enero de 2009, n° 1473; *JCP* 2008, II, 10204, nota G. Loiseau («Protection par le droit d’auteur d’une œuvre conceptuelle»); E. Treppoz, «“La nouvelle Ève” au “Paradis” du droit d’auteur, suite et fin!», *D.* 2009, p. 266. – También N. Walravens-Mardaescu, «De l’art conceptuel comme création et sa protection par le droit d’auteur», *RIDA* n° 220, abril de 2009, p. 4 y P. Gaudrat, «De l’enfer de l’addiction au paradis des toilettes: tribulations judiciaires au purgatoire du droit d’auteur... Observaciones sobre Civ. 1^{re} 13 de noviembre de 2008», *ibid.*, p. 80.

86. TGI Créteil, 4 de mayo de 1999, *RIDA* n° 182, octubre de 1999, p. 213. – V. también *Civ. 1^{re}*, 15 de enero de 1974, *D.* 1974, p. 267.

87. Civ. 1^{re}, 13 de junio de 2006, *RIDA* n° 210, octubre de 2006, p. 202, obs. P. Sirinelli; *CCE* septiembre de 2006, com. n° 119, nota C. Caron; *JCP* 2006, II, 10138, nota F. Pollaud-Dulian; *Propr. intell.* n° 21, octubre de 2006, p. 442, obs. A. Lucas; *D.* 2006, p. 2470, nota B. Edelman. – *Com.*, 1 de julio de 2008, *RIDA* n° 217, julio de 2008, p. 198, obs. P. Sirinelli; *CCE* septiembre de 2008, com. n° 100, nota C. Caron; *Propr. intell.* n° 29, octubre de 2008, p. 419, obs. J.-M. Bruguière; *D.* 2009, p. 1182, nota B. Edelman. – *Civ. 1^{re}*, 22 de enero de 2009, *RIDA* n° 219, enero de 2009, p. 198, obs. P. Sirinelli.

88. J.-L. Bergel, «Différence de nature (égale) différence de régime», *RTD civ.* 1984, p. 255.

81. V. cons. 28: «[...] les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par les sociétés et organismes précités ainsi que la transmission de ces données à la commission de protection des droits pour l'exercice de ses missions s'inscrivent dans un processus de saisine des juridictions compétentes».

82. G. Cornu, «Rapport de synthèse», in *Les mots de la loi*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 99: et de poursuivre «Mais, selon qu'elle est heureuse ou malheureuse, l'expression est capable de faire tant de bien ou de mal à l'intention, qu'il vaut la peine de l'empêcher au moins de nuire».

83. Ne peut-on pas se souvenir que si la loi de 1957 a connu un tel succès, c'est parce qu'elle a été le fruit de la réflexion pondérée de spécialistes, conduits par le professeur Escarra?

84. M. Vivant, «L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire», *JCP* 2000, I, 193, spéc. p. 12.

85. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *Bettina Rbeims c/J. Gautel*, *RIDA* n° 219, janv. 2009, p. 195, obs. P. Sirinelli; *CCE* janv. 2009, comm. n° 1, note C. Caron; D. Galan, «L'accueil de l'œuvre "Paradis" dans le cénacle du droit d'auteur ou l'enfer de "la nouvelle Ève"», *RLDI* n° 45, janv. 2009, n° 1473; *JCP* 2008, II, 10204, note G. Loiseau («Protection par le droit d'auteur d'une œuvre conceptuelle»); E. Treppoz, «"La nouvelle Ève" au "Paradis" du droit d'auteur, suite et fin!», *D.* 2009, p. 266. – Adde N. Walravens-Mardaescu, «De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur», *RIDA* n° 220, avril 2009, p. 5 et P. Gaudrat, «De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes: tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... Observations sur Civ. 1^{re} 13 nov. 2008», *ibid.*, p. 81.

86. TGI Créteil, 4 mai 1999, *RIDA* n° 182, oct. 1999, p. 213. – V. aussi Civ. 1^{re}, 15 janv. 1974, *D.* 1974, p. 267.

87. Civ. 1^{re}, 13 juin 2006, *RIDA* n° 210, oct. 2006, p. 203, obs. P. Sirinelli; *CCE* sept. 2006, comm. n° 119, note C. Caron; *JCP* 2006, II, 10138, note F. Pollaud-Dulian; *Propr. intell.* n° 21, oct. 2006, p. 442, obs. A. Lucas; *D.* 2006, p. 2470, note B. Edelman. – Com., 1^{re} juill. 2008, *RIDA* n° 217, juill. 2008, p. 199, obs. P. Sirinelli; *CCE* sept. 2008, comm. n° 100, note C. Caron; *Propr. intell.* n° 29, oct. 2008, p. 419, obs. J.-M. Bruguière; *D.* 2009, p. 1182, note B. Edelman. – Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, *RIDA* n° 219, janv. 2009, p. 199, obs. P. Sirinelli.

88. J.-L. Bergel, «Différence de nature (égale) différence de régime», *RTD civ.* 1984, p. 255.

89. Plen. Ass., 7 March 1986, *JCP G* 1986, II, 20631, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié and M. Vivant; *JCP E* 1986, I, 15791, obs. M. Vivant and A. Lucas; *D.* 1986, p. 405, opinion Chabannes and note B. Edelman; *RIDA* no. 129, July 1986, p. 134, note A. Lucas; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. A. Françon.

90. G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 2nd ed., 2000, no. 20.

91. See A. Lucas and P. Sirinelli, "L'originalité en droit d'auteur", *JCP* 1993, I, 3681. Also P.-Y. Gautier, "Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français", *RIDC* 1994-2, p. 507.

92. M. Vivant, "Considérations au fil de la plume sur la norme subtile", in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1059, at no. 3.

93. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., no. 84 et seq.; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6th ed., 2007, nos. 35-36.

94. M. Vivant and J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, Précis, 2009, no. 221.

95. G. Cornu, "Le juste et le beau", in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, *Doctrine juridique*, 1998, p. 141.

96. C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981, p. 231.

97. CA Paris, 7 June 1990, *JurisData* no. 023045. See also CA Paris, 23 May 1991, *RIDA* no. 151, Jan. 1992, p. 313: on the subject of postcards which "deserve protection as graphic works".

98. For example, TGI Paris, interim order, 13 March 2009, *Propr. intell.* no. 32, July 2009, p. 260, obs. J.-M. Bruguière.

99. This balancing was developed in our thesis, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, 2008 (part 1, section 1).

100. Cass. 1^{re} Civ., 16 Dec. 1992, *Nortène*, *RIDA* no. 156, April 1993, p. 193, obs. P. Sirinelli: the case involved the author of a computer program not subject to the system of automatic devolution to the employer established by the law of 1985.

101. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 3rd ed., 1978, no. 166 and no. 173.

102. Art. L. 111-1, para. 3: "The existence or conclusion of a contract of hire of work or of service by the author of a work of the mind shall not imply any derogation from the enjoyment of the right granted in the first paragraph, subject to the exceptions provided for in this Code."

89. *Asamblea plenaria*, 7 de marzo de 1986, *JCP G* 1986, II, 20631, nota J.-M. Mousseron, B. Teyssié y M. Vivant; *JCP E* 1986, I, 15791, obs. M. Vivant y A. Lucas; *D.* 1986, p. 405, concl. Chabannes y nota B. Edelman; *RIDA* n° 129, julio de 1986, p. 134, nota A. Lucas; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. A. Françon.

90. G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 2^e ed., 2000, n°20.

91. V. A. Lucas y P. Sirinelli, "L'originalité en droit d'auteur", *JCP* 1993, I, 3681. – También P.-Y. Gautier, "Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français", *RIDC* 1994-2, p. 507.

92. M. Vivant, "Considérations au fil de la plume sur la norme subtile", in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1059, especialmente n° 3.

93. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 84 y s.; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e ed., 2007, n° 35-36.

94. M. Vivant y J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, Précis, 2009, n° 221.

95. G. Cornu, "Le juste et le beau", in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, *Doctrine juridique*, 1998, p. 141.

96. C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981, p. 231.

97. TA París, 7 de junio de 1990, *JurisData* n°023045. V. también TA París, 23 de mayo de 1991, *RIDA* n° 151, enero de 1992, p. 313: a propósito de tarjetas postales "que merecen la protección a título de obras gráficas".

98. Por ejemplo, TGI París, ord. de urgencia, 13 de marzo de 2009, *Propr. intell.* n° 32, julio de 2009, p. 260, obs. J.-M. Bruguière.

99. Este movimiento pendular ha sido desarrollado por la firmante en su tesis, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, 2008 (1^{re} parte, título 1).

100. Civ. 1^{re}, 16 de diciembre de 1992, *Nortène*, *RIDA* n° 156, abril de 1993, p. 193, obs. P. Sirinelli: se trataba en este caso del autor de un programa de ordenador no sometido al sistema de concesión automática al empleador previsto por la ley de 1985.

101. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, París, 3^e ed., 1978, n°166 y n°173.

102. Art. L. 111-1, pár. 3: "La existencia o la firma de un contrato de alquiler de obra o de servicio por el autor de una obra del ingenio no implica derogación del disfrute del derecho reconocido por el primer párrafo, a reserva de las excepciones previstas por el presente código."

89. Ass. plén., 7 mars 1986, *JCP G* 1986, II, 20631, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant; *JCP E* 1986, I, 15791, obs. M. Vivant et A. Lucas; *D.* 1986, p. 405, concl. Chabannes et note B. Edelman; *RIDA* n° 129, juill. 1986, p. 134, note A. Lucas; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. A. Françon.

90. G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 2^e éd., 2000, n° 20.

91. V. A. Lucas et P. Sirinelli, «L'originalité en droit d'auteur», *JCP* 1993, I, 3681. – Adde P.-Y. Gautier, «Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français», *RIDC* 1994-2, p. 507.

92. M. Vivant, «Considérations au fil de la plume sur la norme subtile», in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1059, spéc. n° 3.

93. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 84 s.; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., 2007, n° 35-36.

94. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, Précis, 2009, n° 221.

95. G. Cornu, «Le juste et le beau», in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, Doctrine juridique, 1998, p. 141.

96. C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981, p. 231.

97. CA Paris, 7 juin 1990, *JurisData* n° 023045. V. aussi CA Paris, 23 mai 1991, *RIDA* n° 151, janv. 1992, p. 313: au sujet de cartes postales «qui méritent la protection au titre d'œuvres graphiques».

98. Par ex., TGI Paris, ord. réf., 13 mars 2009, *Propr. intell.* n° 32, juill. 2009, p. 260, obs. J.-M. Bruguière.

99. Ce balancement a été développé par la soussignée dans sa thèse, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, 2008 (1^{re} partie, titre 1).

100. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1992, *Nortène*, *RIDA* n° 156, avr. 1993, p. 193, obs. P. Sirinelli: il s'agissait, en l'espèce, de l'auteur d'un logiciel non soumis au système de dévolution automatique à l'employeur prévu par la loi de 1985.

101. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 1978, n° 166 et n° 173.

102. Art. L. 111-1, al. 3: «L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code».

103. L. Draï, "La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009", *CCE* Sept. 2009, study no. 18; T. Hassler, "Loi Hadopi et la cession légale des droits d'auteur des journalistes", *RLDI* no. 52, August-Sept. 2009, no. 1733.

104. See notably Cass. 1st Civ., 12 June 2001, *CCE* July-Aug. 2001, comm. no. 74, note C. Caron. On the subject of the re-exploitation of works on the Internet, see notably TGI Strasbourg, 3 Feb. 1998, *JCP* 1998, II, 10044, note E. Derieux.

105. Art. L. 121-8 of the IPC and Art. L. 7113-2 of the Labour Code have also been amended as a result.

106. Art. L. 132-36: "Subject to the provisions of Article L. 121-8, the agreement between a professional journalist [...] who contributes on a permanent or occasional basis to the production of a press title and the employer shall imply, unless otherwise stipulated, exclusive assignment to the employer of the exploitation rights in the journalist's works made for that title, whether they are published or not."

107. See *infra* no. 45.

108. Council of State (CE), opinion, 21 Nov. 1972, notably *Les grands avis du CE*, Dalloz, 2nd ed., 2002, p. 105, note G. Kuperfils.

109. "Subject to the same exceptions, there shall be no derogation from the enjoyment of that right when the author of the work of the mind is an employee of the State, a territorial authority, a public institution of an administrative nature, an independent administrative authority with legal status or the Bank of France."

110. The regime is described in Articles L. 131-3-1 to L. 131-3-3 IPC.

111. It is Article L. 121-7-1 that deals with this reduction.

112. "Transfer of the author's rights shall be subject to the condition that each of the transferred rights be separately mentioned in the instrument of transfer and that the field of exploitation of the transferred rights be delimited as to its extent and its purpose and as to the place and duration."

113. Cass. 1st Civ., 16 Dec. 1992, cited earlier: "Whereas the existence of an employment contract concluded by the author of a work implies no derogation from the enjoyment of the author's incorporeal property rights, the transfer of which is subject to the condition that the field of exploitation of the transferred rights be delimited as to its extent and its purpose and as to the place and duration."

114. To which must be added the audiovisual adaptation contract referred to in Article L. 131-3, para. 3 IPC.

103. L. Draï, "La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009", *CCE* septembre de 2009, estudio n°18; T. Hassler, "Loi Hadopi et la cession légale des droits d'auteur des journalistes", *RLDI* n° 52, agosto-septiembre de 2009, n° 1733.

104. V. en particular Civ. 1st, 12 de junio de 2001, *CCE* julio-agosto de 2001, com. n°74, nota C. Caron. – Sobre la reexplotación de las obras por Internet, v. en particular TGI Estrasburgo, 3 de febrero de 1998, *JCP* 1998, II, 10044, nota E. Derieux.

105. Los artículos L. 121-8 CPI y L. 7113-2 C. trav. han sido también modificados en consecuencia.

106. Art. L. 132-36: «A reserva de las disposiciones del artículo L. 121-8, el convenio que vincula a un periodista profesional (...) que contribuye, de forma permanente u ocasional, a la elaboración de un título de prensa, y el empleador implica, salvo que se estipule lo contrario, la cesión a título exclusivo al empleador de los derechos de explotación de las obras del periodista realizadas en el marco de ese título, sean publicadas o no».

107. V. *infra* n° 45.

108. CE, dictamen, 21 de noviembre de 1972, not. Les grands avis du CE, Dalloz, 2^e ed., 2002, p. 105, nota G. Kuperfils.

109. «Con las mismas reservas, no se deroga tampoco el disfrute de ese mismo derecho cuando el autor de la obra del ingenio es un agente del estado, de una colectividad territorial, de un establecimiento público de carácter administrativo, de una autoridad administrativa independiente dotada de la personalidad moral o del Banco de Francia».

110. El régimen está descrito en los artículos L. 131-3-1 a L. 131-3-3 CPI.

111. Es el artículo L. 121-7-1 el que se encarga de este arreglo.

112. «La transmisión de los derechos del autor está subordinada a la condición de que cada uno de los derechos cedidos sea objeto de una mención distinta en el acta de cesión y que el campo de explotación de los derechos cedidos esté delimitado en cuanto a su extensión y a su destino, en cuanto al lugar y en cuanto a la duración».

113. Civ. 1st, 16 de diciembre de 1992, antes citado: «Considerando que la existencia de un contrato de trabajo firmado por el autor de una obra no implica ninguna derogación del disfrute de sus derechos de propiedad incorpórea, cuya transmisión está subordinada a la condición de que el campo de explotación de los derechos cedidos esté delimitado en cuanto a su extensión y a su destino, en cuanto al lugar y a la duración».

114. Hay que añadir el contrato de adaptación audiovisual considerado en el artículo L. 131-3, párrafo 3, CPI.

103. L. Drai, «La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009», *CCE* sept. 2009, étude n° 18; T. Hassler, «"Loi Hadopi" et la cession légale des droits d'auteur des journalistes», *RLDI* n° 52, août-sept. 2009, n° 1733.

104. V. notamment Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, *CCE* juill.-août 2001, comm. n° 74, note C. Caron. – Au sujet de la réexploitation des œuvres sur l'Internet, v. notamment TGI Strasbourg, 3 févr. 1998, *JCP* 1998, II, 10044, note E. Derieux.

105. Les articles L. 121-8 CPI et L. 7113-2 C. trav. ont également été modifiés en conséquence.

106. Art. L. 132-36: «Sous réserve des dispositions de l'article L. 121-8, la convention liant un journaliste professionnel [...] qui contribue, de manière permanente ou occasionnelle, à l'élaboration d'un titre de presse, et l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées».

107. V. *infra* n° 45.

108. CE, avis, 21 nov. 1972, not. *Les grands avis du CE*, Dalloz, 2^e éd., 2002, p. 105, note G. Kuperfils.

109. «Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France».

110. Le régime est décrit aux articles L. 131-3-1 à L. 131-3-3 CPI.

111. C'est l'article L. 121-7-1 qui se charge de cet aménagement.

112. «La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée».

113. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1992, précité: «Attendu que l'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une œuvre n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle, dont la transmission est subordonnée à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés, soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et à la durée».

114. Il faut ajouter le contrat d'adaptation audiovisuelle visé à l'article L. 131-3, al. 3, CPI.

115. 1st Civ., 21 Nov. 2006, *D.* 2007, p. 316, note P. Allaëys; *CCE* Jan. 2007, comm. no. 3, note C. Caron; *Propr. intell.* no. 22, Jan. 2007, p. 93, obs. A. Lucas; *RTD com.* 2007, p. 363, obs. F. Pollaud-Dulian. Also G. Vercken, "Formalism in Authors' Contracts: An Assessment after the Court of Cassation's Decision of 21 November 2006", *RIDA* no. 219, Jan. 2009, p. 4.

116. M.-F. Marais, "Le droit d'auteur entre autres droits", in *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, edited by J.-M. Bruguière, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 131 *et seq.*

117. Cass. 1st Civ., 14 May 1991, *Chiavarino*, *RIDA* no. 151, Jan. 1992, p. 272, note P. Sirinelli; *D.* 1992, somm. p. 15, obs. C. Colombet; *RTD com.* 1991, p. 592, obs. A. Françon; *JCP* 1991, II, 21760, critical note F. Pollaud-Dulian. On the subject generally, see C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.

118. Cass. 1st Civ., 15 May 2002, *Propr. intell.* no. 4, July 2002, p. 58, obs. P. Sirinelli; *CCE* July-August 2002, comm. no. 94, note C. Caron; *Légipresse* no. 194, Sept. 2002, III, p. 139, note C. Bigot; *RIDA* no. 195, Jan. 2003, p. 286, obs. A. Kéréver: "the contractual prohibition of the advertising use of a photograph, the reproduction right in which had been acquired to illustrate the cover of a magazine, does not extend to its public exhibition where the latter is to promote sales of the magazine, in view of the effect that practice gives to the obligation according to its nature and unless the contract contains a specific provision to the contrary, which was not found in this case."

119. E. Derieux, "L'avenir du droit d'auteur?", *LPA* 28 June 2006, no. 128, p. 14.

120. TGI Paris, 3rd Ch., 1st Sect., 18 Nov. 2003, cited by G. Vercken, "Formalism in Authors' Contracts (...)", *loc. cit.*, note 29.

121. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, *Cah. IRPI*, no. 5, 2004, no. 82 *et seq.*

122. A. Lucas-Schloetter, "La création salariée et le droit contractuel d'auteur. Étude de droit comparé", *Revista de propiedad intelectual*, no. 21, 2005, p. 15 *et seq.*, at pp. 63-64.

123. On the subject, see notably A. Latreille, "L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur", *Droit et patrimoine* no. 162, Sept. 2007, p. 28.

124. Cass. 1st Civ., 28 Feb. 2006, V.-L. Benabou, "Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée", *Légipresse* no. 231, May 2006, III, p. 71; *Propr. intell.* no. 19, April 2006, obs. A. Lucas; *CCE* April 2006, comm. no. 56, note C. Caron; *D.* 2006, pan. p. 2997, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian.

115. *Civ. 1st*, 21 de noviembre de 2006, *D.* 2007, p. 316, nota P. Allaëys; *CCE enero de 2007*, com. n^o 3, nota C. Caron; *Propr.intell.* n^o 22, enero de 2007, p. 93, obs. A. Lucas; *RTD com.* 2007, p. 363, obs. F. Pollaud-Dulian. – También G. Vercken, "Le formalisme dans les contrats d'auteurs: un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006", *RIDA* n^o 219, enero de 2009, p. 4.

116. M.-F. Marais, "Le droit d'auteur entre autres droits", in *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, dir. J.-M. Bruguière, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 131 y s.

117. *Civ. 1st*, 14 de mayo de 1991, Chiavarino, *RIDA* n^o 151, enero de 1992, p. 272, nota P. Sirinelli; *D.* 1992, som. p. 15, obs. C. Colombet; *RTD com.* 1991, p. 592, obs. A. Françon; *JCP* 1991, II, 21760, nota crit. F. Pollaud-Dulian. – Sobre el tema en general, v. C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.

118. *Civ. 1st*, 15 de mayo de 2002, *Propr. intell.* n^o 4, julio de 2002, p. 58, obs. P. Sirinelli; *CCE julio-agosto de 2002*, com. n^o 94, nota C. Caron; *Légipresse* n^o 194, septiembre de 2002, III, p. 139, nota C. Bigot; *RIDA* n^o 195, enero de 2003, p. 286, obs. A. Kéréver: "la prohibición contractual de la utilización publicitaria de un cliché cuyo derecho de reproducción había sido adquirido para ilustrar la cubierta de una revista no se extiende, considerando la continuación que la costumbre da a la obligación según su naturaleza y salvo cláusula contraria especial que no se observa en este caso, a la exposición pública de la fotografía cuando se hace para promover las ventas de esa revista".

119. E. Derieux, "L'avenir du droit d'auteur?", *LPA* 28 junio de 2006, n^o 128, p. 14.

120. TGI París, 3^o sala, 1^o sec., 18 de noviembre de 2003, citado por G. Vercken, "Le formalisme dans les contrats d'auteurs (...)", *loc. cit.*, nota 29.

121. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, *Cah. IRPI*, n^o 5, 2004, n^o 82 y s.

122. A. Lucas-Schloetter, "La création salariée et le droit contractuel d'auteur. Etude de droit comparé", *Revista de propiedad intelectual*, n^o 21, 2005, p. 15 y s., especialmente p. 63-64.

123. Sobre este punto, v. en particular A. Latreille, "L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur", *Droit et patrimoine* n^o 162, septembre de 2007, p. 28.

124. *Civ. 1st*, 28 de febrero de 2006, V.-L. Benabou, "Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée", *Légipresse* n^o 231, mayo de 2006, III, p. 71; *Propr. intell.* n^o 19, abril de 2006, obs. A. Lucas; *CCE* abril de 2006, com. n^o 56, nota C. Caron; *D.* 2006, pan. p. 2997, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian.

115. Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, *D.* 2007, p. 316, note P. Allaey; *CCE* janv. 2007, comm. n° 3, note C. Caron; *Propr. intell.* n° 22, janv. 2007, p. 93, obs. A. Lucas; *RTD com.* 2007, p. 363, obs. F. Pollaud-Dulian. – Adde G. Vercken, «Le formalisme dans les contrats d'auteurs: un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006», *RIDA* n° 219, janv. 2009, p. 5.

116. M.-F. Marais, «Le droit d'auteur entre autres droits», in *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, dir. J.-M. Bruguière, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 131 s.

117. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *Chiavarino*, *RIDA* n° 151, janv. 1992, p. 272, note P. Sirinelli; *D.* 1992, somm. p. 15, obs. C. Colombet; *RTD com.* 1991, p. 592, obs. A. Françon; *JCP* 1991, II, 21760, note crit. F. Pollaud-Dulian. – Sur le sujet en général, v. C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.

118. Civ. 1^{re}, 15 mai 2002, *Propr. intell.* n° 4, juill. 2002, p. 58, obs. P. Sirinelli; *CCE* juill.-août 2002, comm. n° 94, note C. Caron; *Légipresse* n° 194, sept. 2002, III, p. 139, note C. Bigot; *RIDA* n° 195, janv. 2003, p. 287, obs. A. Kéréver: «la prohibition contractuelle de l'emploi publicitaire d'un cliché dont le droit de reproduction avait été acquis pour illustrer la couverture d'un magazine ne s'étend pas, eu égard à la suite que l'usage donne à l'obligation d'après sa nature et sauf clause contraire spéciale non relevée en l'espèce, à l'exposition publique de celle-là lorsqu'elle est faite pour la promotion des ventes de celui-ci».

119. E. Derieux, «L'avenir du droit d'auteur?», *LPA* 28 juin 2006, n° 128, p. 14.

120. TGI Paris, 3^e ch., 1^{er} sect., 18 nov. 2003, cité par G. Vercken, «Le formalisme dans les contrats d'auteurs [...]», *loc. cit.*, note 29.

121. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, *Cab. IRPI*, n° 5, 2004, n° 82 s.

122. A. Lucas-Schloetter, «La création salariée et le droit contractuel d'auteur. Étude de droit comparé», *Revista de propiedad intelectual*, n° 21, 2005, p. 15 s., spéc. p. 63-64.

123. Sur ce point, v. notamment A. Latreille, «L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur», *Droit et patrimoine* n° 162, sept. 2007, p. 28.

124. Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, V.-L. Benabou, «Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée», *Légipresse* n° 231, mai 2006, III, p. 71; *Propr. intell.* n° 19, avr. 2006, obs. A. Lucas; *CCE* avr. 2006, comm. n° 56, note C. Caron; *D.* 2006, pan. p. 2997, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian.

125. H. Desbois, *Traité, op. cit.*, nos. 249 and 250. Also C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, Précis, 9^e ed., 1999, no. 229 and no. 230; A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, Les Cours de droit, 1999, p. 244.

126. Notably C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, no. 370; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, no. 353 et seq.; A. and H.-J. Lucas, *Traité, op. cit.*, no. 396. Also M. Vivant, "Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur", *JCP* 1989, I, 3372.

127. Cass. 1^e Civ., 14 June 2005, *CCE* Sept. 2005, comm. no. 132, note C. Caron; *Propr. intell.* no. 17, Oct. 2005, p. 438, obs. A. Lucas (field of related rights to authors' rights).

128. Cass. Plén. Ass., 5 Nov. 1993, *JCP* 1994, II, 22201, note A. Françon; *D.* 1994, jurispr. p. 481, note T. Foyard. Cass. 1^e Civ., 4 July 1995, *JCP* 1995, II, 22486, note J.-C. Galloux.

129. 1^e Civ., 22 Jan. 2009, *CCE* April 2009, comm. no. 33, note C. Caron.

130. On the issue of transitional law, the provision was not applicable to the dispute.

131. See our article, "La loi du 1^{er} août 2006: nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur", *loc. cit.*

132. On the subject, see notably G. Kostic, "La représentation de l'œuvre d'un tiers dans une publicité", *D.* 1999, chron. p. 503.

133. Cass. 1^e Civ., 15 March 2005, *Place des Terreaux, D.* 2005, AJ, p. 1026, obs. J. Daleau, somm. p. 1482, obs. P. Sirinelli and jurispr. p. 1645, note P. Allaëys; *Propr. intell.* no. 15, April 2005, p. 165, obs. P. Sirinelli; *CCE* May 2005, comm. no. 78, note C. Caron; C. Geiger, "L'arrêt 'Buren', une libération?", *RLDI* no. 5, May 2005, no. 134; *RIDA* no. 205, July 2005, p. 316, obs. A. Kéréver.

134. CA Paris, 12 Sept. 2008, *RIDA* no. 219, Jan. 2009, p. 236, obs. P. Sirinelli; *Propr. intell.* no. 30, Jan. 2009, p. 53, obs. A. Lucas and p. 56, obs. J.-M. Bruguière; *Légipresse* no. 257, Dec. 2008, III, p. 238, note P. Boiron and E. Murat. Also P.-Y. Gautier, "Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan", *CCE* Nov. 2008, study no. 23.

135. See *supra* no. 12.

136. See notably V. Varet, "Droit d'auteur : la nouvelle exception à fin d'information", *Légipresse* no. 237, Dec. 2006, II, p. 145.

137. Cass. 1^e Civ., 13 Nov. 2003 cited earlier.

138. M. Vivant, "Prendre la contrefaçon au sérieux", *D.* 2009, p. 1839.

125. H. Desbois, *Traité antes citado, n° 249 y 250*. – También C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Dalloz, Précis, 9^e ed., 1999, n°229 y n°230*; A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Litec, Les Cours de droit, 1999, p. 244*.

126. En particular C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit., n° 370*; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique, op. cit., n°353 y s.*; A. et H.-J. Lucas, *Traité antes citado, n° 396*. – También M. Vivant, "Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur", *JCP 1989, I, 3372*.

127. *Civ. 1^e, 14 de junio de 2005, CCE septiembre de 2005, com. n°132, nota C. Caron; Propr. intell. n° 17, octubre de 2005, p. 438, obs. A. Lucas (campo de los derechos afines al derecho de autor)*.

128. *Asamblea plenaria, 5 de noviembre de 1993, JCP 1994, II, 22201, nota A. Françon; D. 1994, jurisprud. p. 481, nota T. Foyard. – Civ. 1^e, 4 de julio de 1995, JCP 1995, II, 22486, nota J.-C. Galloux*.

129. *Civ. 1^e, 22 de enero de 2009, CCE abril de 2009, com. n° 33, nota C. Caron*.

130. *Sobre el punto del derecho transitorio, la disposición no era aplicable al litigio*.

131. *V. por la firmante, "La loi du 1^{er} août 2006: nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur", loc. cit.*

132. *Sobre el tema, v. en particular G. Kostic, "La représentation de l'œuvre d'un tiers dans une publicité", D. 1999, crón. p. 503*.

133. *Civ. 1^e, 15 de marzo de 2005, Place des Terreaux, D. 2005, AJ, p. 1026, obs. J. Daleau, som. p. 1482, obs. P. Sirinelli y jurisprud. p. 1645, nota P. Allaëys; Propr. intell. n° 15, abril de 2005, p. 165, obs. P. Sirinelli; CCE mayo de 2005, com. n° 78, nota C. Caron; C. Geiger, "L'arrêt "Buren", une libération?", RLDI n° 5, mayo de 2005, n° 134; RIDA n° 205, julio de 2005, p. 316, obs. A. Kéréver*.

134. *TA París, 12 de septiembre de 2008, RIDA n° 219, enero de 2009, p. 236, obs. P. Sirinelli; Propr. intell. n° 30, enero de 2009, p. 53, obs. A. Lucas y p. 56, obs. J.-M. Bruguière; Légipresse n° 257, diciembre de 2008, III, p. 238, nota P. Boiron et E. Murat. – También P.-Y. Gautier, "Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan", CCE noviembre de 2008, estudio n°23*.

135. *V. supra n° 12*.

136. *V. en particular V. Varet, "Droit d'auteur: la nouvelle exception à fin d'information", Légipresse n°237, diciembre de 2006, II, p. 145*.

137. *Civ. 1^e, 13 de noviembre de 2003, antes citado*.

138. *M. Vivant, "Prendre la contrefaçon au sérieux", D. 2009, p. 1839*.

125. H. Desbois, *Traité* précité, n° 249 et 250. – *Adde* C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, Précis, 9^e éd., 1999, n° 229 et n° 230; A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, Les Cours de droit, 1999, p. 244.

126. Notamment C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 370; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 353 s.; A. et H.-J. Lucas, *Traité* précité, n° 396. – *Adde* M. Vivant, «Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur», *JCP* 1989, I, 3372.

127. Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, *CCE* sept. 2005, comm. n° 132, note C. Caron; *Propr. intell.* n° 17, oct. 2005, p. 438, obs. A. Lucas (domaine des droits voisins du droit d'auteur).

128. Ass. plén., 5 nov. 1993, *JCP* 1994, II, 22201, note A. Françon; *D.* 1994, jurisp. p. 481, note T. Foyard. – Civ. 1^{re}, 4 juill. 1995, *JCP* 1995, II, 22486, note J.-C. Galloux.

129. Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, *CCE* avr. 2009, comm. n° 33, note C. Caron.

130. Sur le point du droit transitoire, la disposition n'était pas applicable au litige.

131. V. par la soussignée, «La loi du 1^{er} août 2006: nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur», *loc. cit.*

132. Sur le sujet, v. notamment G. Kostic, «La représentation de l'œuvre d'un tiers dans une publicité», *D.* 1999, chron. p. 503.

133. Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, *Place des Terreaux*, *D.* 2005, AJ, p. 1026, obs. J. Daleau, somm. p. 1482, obs. P. Sirinelli et jurisp. p. 1645, note P. Allaëys; *Propr. intell.* n° 15, avr. 2005, p. 165, obs. P. Sirinelli; *CCE* mai 2005, comm. n° 78, note C. Caron; C. Geiger, «L'arrêt "Buren", une libération?», *RLDI* n° 5, mai 2005, n° 134; *RIDA* n° 202, juill. 2005, p. 317, obs. A. Kéréver.

134. CA Paris, 12 sept. 2008, *RIDA* n° 219, janv. 2009, p. 237, obs. P. Sirinelli; *Propr. intell.* n° 30, janv. 2009, p. 53, obs. A. Lucas et p. 56, obs. J.-M. Bruguière; *Légipresse* n° 257, déc. 2008, III, p. 238, note P. Boiron et E. Murat. – *Adde* P.-Y. Gautier, «Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan», *CCE* nov. 2008, étude n° 23.

135. V. *supra* n° 12.

136. V. notamment V. Varet, «Droit d'auteur: la nouvelle exception à fin d'information», *Légipresse* n° 237, déc. 2006, II, p. 145.

137. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2003, précité.

138. M. Vivant, «Prendre la contrefaçon au sérieux», *D.* 2009, p. 1839.

139. C. Caron, "En guise de conclusions", Symposium, University of Paris 12, on "L'évaluation du préjudice de la contrefaçon", *Cab. dr. entr.* July 2007, dossier 28.

140. See notably G. Viney, "Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile", *D.* 2009, p. 2944 (I). On the issue in the field of authors' rights, P. Kamina, "Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon", *Cab. dr. entr.* July 2007, dossier 23.

141. T. Azzi, "La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon", *D.* 2008, p. 700. See also P.-Y. Gautier, "Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent", *D.* 2008, p. 727; C. Caron, "La loi du 29 octobre 2007 dite "de lutte contre la contrefaçon", *JCP* 2007, I, 205.

142. T. Azzi, "La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon", *loc. cit.*, at no. 35.

143. In actual fact, it was a question of substitution rather than creation because the TM Regulatory Authority disappeared.

144. C. Bernault *et al.*, "DADVSI 2, HADOPI...", *loc. cit.*

145. However, the suspension measure for which responsibility was given to the HADOPI could be analysed as a punishment, or a "criminal charge" within the meaning of Article 6.1 of the ECHR. See B. Dreyfus, "Quelle est la nature de la mesure de suspension de l'accès à l'internet prévue par le projet "Création et internet", *RLDI* no. 49, May 2009, no. 1627; J.-M. Bruguière, "Loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet. La "petite loi" qui aurait pu être grande", *JCP E* 2009, 1759, at no. 17.

146. Art. L. 331-17 IPC: "The Rights Protection Commission shall be responsible for taking the measures provided for in Article L. 331-25. – It shall be composed of three members, including the chair, appointed for a period of six years by decree: (1) One serving member of the Council of State designated by the Vice-President of the Council of State; (2) One serving member of the Court of Cassation designated by the First President of the Court of Cassation; (3) One serving member of the Court of Audit designated by the First President of the Court of Audit [...]."

147. Art. D. 211-6-1 of the Code on the Organisation of the Judiciary (COJ) and annex table VI (Decree no. 2009-1205 of 9 October 2009).

148. Cass. 1st Civ., 6 June 1990, *JCP E* 1991, II, 151, note G. Parléani; 1st Civ., 29 May 2001 and 1st Civ., 26 June 2001, *CCE* June 2002, comm. no. 81, note C. Caron; 1st Civ., 3 Dec. 2002, *PI* no. 6, Jan. 2003, p. 54, obs. P. Sirinelli.

139. V. C. Caron, "En guise de conclusions", *coloquio de la Universidad Paris 12 sobre "L'évaluation du préjudice de la contrefaçon"*, *Cah. dr. entr.* julio de 2007, dossier 28.

140. V. en particular G. Viney, "Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile", *D.* 2009, p. 2944 (I). – *Sobre la cuestión en derecho de autor*, P. Kamina, "Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon", *Cah. dr. entr.* julio de 2007, dossier 23.

141. T. Azzi, "La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon", *D.* 2008, p. 700. – V. también P.-Y. Gautier, "Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent", *D.* 2008, p. 727; C. Caron, "La loi du 29 octobre 2007 dite "de lutte contre la contrefaçon", *JCP* 2007, I, 205.

142. T. Azzi, "La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon", *loc. cit.*, especialmente n°35.

143. En realidad, no hay creación, sino innovación, puesto que la ARMT desaparece.

144. C. Bernault et alii, "DADVSI 2, HADOPI...", *loc. cit.*

145. La medida de suspensión que se había confiado a la HADOPI podía analizarse sin embargo como una pena, una "acusación en materia penal", en el sentido del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. – V. B. Dreyfus, "Quelle est la nature de la mesure de suspension de l'accès à l'internet prévue par le projet "Création et internet", *RLDI* n° 49, mayo de 2009, n° 1627; J.-M. Bruguière, "Loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet. La "petite loi" qui aurait pu être grande", *JCP E* 2009, 1759, especialmente n° 17.

146. Art. L. 331-17 CPI: "La comisión de protección de los derechos está encargada de adoptar las medidas previstas en el artículo L. 331-25. – Está compuesta por tres miembros, incluido el presidente, nombrados por un periodo de seis años por decreto: 1° Un miembro en actividad del Consejo de Estado designado por el vicepresidente del Consejo de Estado; 2° Un miembro en actividad del Tribunal Supremo nombrado por el primer presidente del Tribunal Supremo; 3° Un miembro en actividad del Tribunal de Cuentas designado por el primer presidente del Tribunal de Cuentas (...)."

147. Art. D. 211-6-1 COJ y anexo cuadro VI (Decreto n° 2009-1205 del 9 de octubre de 2009).

148. Civ. 1^a, 6 de junio de 1990, *JCP E* 1991, II, 151, nota G. Parléani; Civ. 1^a, 29 de mayo de 2001 y Civ. 1^a, 26 de junio de 2001, *CCE* junio de 2002, com. n° 81, nota C. Caron; Civ. 1^a, 3 de diciembre de 2002, *PI* n° 6, enero de 2003, p. 54, obs. P. Sirinelli.

139. V. C. Caron, «En guise de conclusions», colloque de l'Université Paris 12 sur «L'évaluation du préjudice de la contrefaçon», *Cab. dr. entr.* juill. 2007, dossier 28.

140. V. notamment G. Viney, «Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile», *D.* 2009, p. 2944 (D). – Sur la question en droit d'auteur, P. Kamina, «Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon», *Cab. dr. entr.* juill. 2007, dossier 23.

141. T. Azzi, «La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon», *D.* 2008, p. 700. – V. aussi P.-Y. Gautier, «Fonction normative de la responsabilité: le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent», *D.* 2008, p. 727; C. Caron, «La loi du 29 octobre 2007 dite "de lutte contre la contrefaçon"», *JCP* 2007, I, 205.

142. T. Azzi, «La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon», *loc. cit.*, spéc. n° 35.

143. En réalité, il n'y a pas création, mais novation, puisque l'ARMT disparaît.

144. C. Bernault *et alii*, «DADVSI 2, HADOPI...», *loc. cit.*

145. La mesure de suspension qui avait été confiée à l'HADOPI pouvait cependant s'analyser comme une peine, une «accusation en matière pénale», au sens de l'art. 6.1 de la Conv. EDH. – V. B. Dreyfus, «Quelle est la nature de la mesure de suspension de l'accès à l'internet prévue par le projet "Création et internet"», *RLDI* n° 49, mai 2009, n° 1627; J.-M. Bruguière, «Loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet. La "petite loi" qui aurait pu être grande», *JCP E* 2009, 1759, spéc. n° 17.

146. Art. L. 331-17 CPI: «La commission de protection des droits est chargée de prendre les mesures prévues à l'article L. 331-25. – Elle est composée de trois membres, dont le président, nommés pour une durée de six ans par décret: 1° Un membre en activité du Conseil d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État; 2° Un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation; 3° Un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes [...]».

147. Art. D. 211-6-1 COJ et annexe tableau VI (Décret n° 2009-1205 du 9 octobre 2009).

148. Civ. 1^{re}, 6 juin 1990, *JCP E* 1991, II, 151, note G. Parléani; Civ. 1^{re}, 29 mai 2001 et Civ. 1^{re}, 26 juin 2001, *CCE* juin 2002, comm. n° 81, note C. Caron; Civ. 1^{re}, 3 déc. 2002, *PI* n° 6, janv. 2003, p. 54, obs. P. Sirinelli.

149. P.-Y. Gautier, "L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon", *Propr. intell.* no. 3, April 2002, p. 28.

150. Art. 6.2 (forced communication of banking, financial or commercial documents), Art. 8.1 (right of information) or Art. 9.2 (precautionary seizure of the infringer's movable and immovable property, including the blocking of bank accounts, if there are circumstances likely to endanger the recovery of damages by the injured party).

151. Recital 14. Nevertheless the legislator had the choice of applying these measures to acts that were not committed on a commercial scale, the more so as, under Article 2 of the Directive, Member States may grant stronger protection than what is proposed by the European text.

152. C. Caron, "La loi du 29 octobre 2007 dite 'de lutte contre la contrefaçon'", *loc. cit.*, at no. 1; T. Azzi, "La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon", *loc. cit.*, no. 28.

153. See notably P. Sirinelli, obs. on 1st Civ., 29 May 2000, *Propr. intell.* no. 1, Oct. 2001, p. 71; E. Dreyer, *JCl. PLA*, fasc.1610, "Procédures et sanctions", 2006, no. 165 *et seq.*

154. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 304.

155. E. Hirsoux, "La défense judiciaire des droits", in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens*, Symposium to mark the 20th Anniversary of the Cerdi and Master D12C, RLDI, ref. cited earlier, no. 1632, at p. 16.

156. DC no. 2006-540, 27 July 2006. See notably J.-E. Schoettl, *LPA* 14 Aug. 2006, p. 4 and 15-16 Aug. 2006, p. 3; V.-L. Benabou, "Patatras! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006", *Propr. intell.* no. 20, July 2006, p. 240; C. Castets-Renard, "La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006", *D.* 2006, p. 2157; C. Caron, "La loi nouvelle sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel", *CCE* Oct. 2006, comm. no. 140.

157. To this effect, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, no. 783.

158. On the question, see E. Hirsoux, "La défense judiciaire des droits", *loc. cit.*, p. 17.

159. This presumption dates back to the *Aréo* ruling: Cass. 1st Civ., 24 March 1993, *RTD com.* 1995, p. 418, obs. A. Françon; *JCP* 1993, II, 22085, note F. Greffe; *RIDA* no. 158, Oct. 1993, p. 191, obs. Kéréver. The rule was then taken up in an annulment ruling, rendered by reference to Art. L. 113-5 IPC, in which, based on an authoritative ground, the Court of Cassation solemnly stated its doctrine: "in the absence of any claim on the part of the natural person or persons who made the work, the acts of possession of the legal entity which exploits it under its name create a

149. P.-Y. Gautier, "L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon", *Propr. intell.* n° 3, abril de 2002, p. 28.

150. Art. 6.2 (comunicación forzada de elementos de prueba, tales como los documentos bancarios, financieros o comerciales), art. 8.1 (derecho de información) o art. 9.2 (secuestro cautelar de bienes mobiliarios e inmobiliarios del autor del fraude, incluyendo el bloqueo de cuentas bancarias, cuando el cobro de la indemnización por la parte perjudicada es inseguro).

151. Cons. 14. – El legislador tenía sin embargo la posibilidad de aplicar esas medidas a los actos que no se habrían cometido a escala comercial, tanto más cuanto el artículo 2 de la directiva deja a los Estados la posibilidad de ser aún más protectores que lo que propone el texto comunitario.

152. C. Caron, "La loi du 29 octobre 2007 dite 'de lutte contre la contrefaçon'", *loc. cit.*, especialmente n° 1; T. Azzi, "La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon", *loc. cit.*, n° 28.

153. V. en particular P. Sirinelli, obs. sobre Civ. 1st, 29 de mayo de 2000, *Propr. intell.* n° 1, octubre de 2001, p. 71; E. Dreyer, *JCl. PLA*, fasc.1610, "Procédures et sanctions", 2006, n° 165 y s.

154. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 304.

155. E. Hirsoux, "La défense judiciaire des droits", in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens*, À l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master D12C, RLDI, *referencias antes citadas*, n° 1632, especialmente p. 16.

156. DC n° 2006-540, 27 de julio de 2006. – V. en particular J.-E. Schoettl, *LPA* 14 de agosto de 2006, p. 4 y 15-16 de agosto de 2006, p. 3; V.-L. Benabou, "Patatras! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006", *Propr. intell.* n° 20, julio de 2006, p. 240; C. Castets-Renard, "La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006", *D.* 2006, p. 2157; C. Caron, "La loi nouvelle sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel", *CCE* octobre de 2006, com. n° 140.

157. En ese sentido, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 783.

158. Sobre la cuestión, v. E. Hirsoux, "La défense judiciaire des droits", *loc. cit.*, p. 17.

159. El nacimiento de esta presunción remonta a la sentencia *Aréo*: *Civ. 1st*, 24 de marzo de 1993, *RTD com.* 1995, p. 418, obs. A. Françon; *JCP* 1993, II, 22085, nota F. Greffe; *RIDA* n° 158, octubre de 1993, p. 191, obs. Kéréver. – La regla fue después adoptada en una sentencia de casación, dictada a la vista del art. L. 113-5 CPI, en el que, en un considerando de principio, el Alto Tribunal enuncia solemnemente su doctrina: "a defecto de cualquier reivindicación por parte de la o de las personas físicas que han realizado la obra, los actos de posesión de la persona moral que la

149. P.-Y. Gautier, «L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon», *Propr. intell.* n° 3, avr. 2002, p. 28.

150. Art. 6.2 (communication forcée d'éléments de preuve, tels les documents bancaires, financiers ou commerciaux), art. 8.1 (droit d'information) ou art. 9.2 (saisie conservatoire des biens mobiliers et immobiliers du contrefacteur, y compris le blocage des comptes bancaires, lorsque le recouvrement des dommages-intérêts par la partie lésée se trouve compromis).

151. Cons. 14. – Le législateur avait néanmoins le choix d'appliquer ces mesures aux actes qui ne seraient pas commis à l'échelle commerciale, d'autant que l'article 2 de la directive laisse aux États la possibilité d'être plus protecteurs encore que ce que propose le texte communautaire.

152. C. Caron, «La loi du 29 octobre 2007 dite "de lutte contre la contrefaçon"», *loc. cit.*, spéc. n° 1; T. Azzi, «La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon», *loc. cit.*, n° 28.

153. V. notamment P. Sirinelli, obs. sur Civ. 1^{re}, 29 mai 2000, *Propr. intell.* n° 1, oct. 2001, p. 71; E. Dreyer, *JCl. PLA*, fasc.1610, «Procédures et sanctions», 2006, n° 165 s.

154. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 304.

155. E. Hirsoux, «La défense judiciaire des droits», in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens, À l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C, RLDI*, réf. précitées, n° 1632, spéc. p. 16.

156. DC n° 2006-540, 27 juill. 2006. – V. notamment J.-E. Schoettl, *LPA* 14 août 2006, p. 4 et 15-16 août 2006, p. 3; V.-L. Benabou, «Patatras! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006», *Propr. intell.* n° 20, juill. 2006, p. 240; C. Castets-Renard, «La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006», *D.* 2006, p. 2157; C. Caron, «La loi nouvelle sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel», *CCE* oct. 2006, comm. n° 140.

157. En ce sens, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 783.

158. Sur la question, v. E. Hirsoux, «La défense judiciaire des droits», *loc. cit.*, p. 17.

159. La naissance de cette présomption remonte à l'arrêt *Aréo*: Civ. 1^{re}, 24 mars 1993, *RTD com.* 1995, p. 418, obs. A. Françon; *JCP* 1993, II, 22085, note F. Greffe; *RIDA* n° 158, oct. 1993, p. 191, obs. Kéréver. – La règle a ensuite été reprise, dans un arrêt de cassation, rendu au visa de l'art. L. 113-5 CPI, dans lequel, par un attendu de principe, la Haute juridiction énonce solennellement sa doctrine: «en l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques ayant réalisé l'œuvre, les actes de possession de la personne morale qui l'exploite sous son nom font présumer, à l'égard des tiers contrefacteurs, que cette

presumption, as far as third-party infringers are concerned, that this entity is the holder of the author's incorporeal property right in the work, whatever its classification" (1st Civ., 9 Jan. 1996, RIDA no. 169, July 1996, p. 340; D. 1996, somm. p. 285, obs. J.-J. Burst; JCP 1996, II, 2643, note X. Daverat).

160. M. Vivant, "Quand le mot recouvre le réel. Glissement de sens inaperçu et changement subreptice de topos", *Propr. intell.* no. 15, April 2005, p. 231.

161. J. Escarra, The French Bill on Literary and Artistic Property, RIDA no. 5, Oct. 1954, p. 2 *et seq.*, at p. 32.

162. In addition to the national legislator, reference should be made not only to WIPO, the WTO and the EU, but also to various committees and independent administrative authorities.

163. The domestic courts are now just one voice among others, notably the CJEU, the ECHR and the DSB. However, it should be noted that, in France, literary and artistic property rights now come under the exclusive jurisdiction at first instance of nine appointed *tribunaux de grande instance*. Moreover, this restriction of the voices is regrettable, in our view, insofar as it is not necessarily to the advantage of persons seeking justice and paves the way for out-and-out specialisation.

explota bajo su nombre bacen presuponer, con respecto a terceros autores de fraude, que esa persona es titular sobre la obra, sea cual sea su calificación, del derecho de propiedad incorpórea del autor" (Civ. 1^a, 9 de enero de 1996, RIDA n° 169, julio de 1996, p. 340; D. 1996, somm. p. 285, obs. J.-J. Burst; JCP 1996, II, 2643, nota X. Daverat).

160. M. Vivant, "Quand le mot recouvre le réel. Glissement de sens inaperçu et changement subreptice de topos", *Propr. intell.* n° 15, avril de 2005, p. 231.

161. J. Escarra, "Le projet de loi français sur la propriété littéraire et artistique", RIDA n° 5, octobre de 1954, p. 2 y s., especialmente p. 33.

162. Además del legislador interno, hay que pensar en la OMPI, la OMC, la UE, y también en las diversas comisiones y autoridades administrativas independientes.

163. El juez interno ya no es más que un interlocutor entre otros, en particular el TJUE, el TEDH, el ORD. Hay que señalar sin embargo que en Francia, el derecho de autor tiene ahora una competencia de atribución, habiendo sido designados nueve tribunales de gran instancia. Esta restricción de las voces nos parece por otro lado deplorable en la medida en que no beneficia forzosamente al acusado y abre el camino a una especialización a ultranza.

personne est titulaire sur l'œuvre, quelle que soit sa qualification, du droit de propriété incorporelle de l'auteur» (Civ. 1^{re}, 9 janv. 1996, *RIDA* n° 169, juill. 1996, p. 341; *D.* 1996, somm. p. 285, obs. J.-J. Burst; *JCP* 1996, II, 2643, note X. Daverat).

160. M. Vivant, «Quand le mot recouvre le réel. Glissement de sens inaperçu et changement subreptice de topos», *Propri. intell.* n° 15, avr. 2005, p. 231.

161. J. Escarra, «Le projet de loi français sur la propriété littéraire et artistique», *RIDA* n° 5, oct. 1954, p. 3 s., spéc. p. 33.

162. En plus du législateur interne, il faut penser à l'OMPI, l'OMC, l'UE, mais aussi aux diverses commissions et aux autorités administratives indépendantes.

163. Le juge interne n'est plus qu'un interlocuteur parmi d'autres, notamment la CJUE, la CEDH, l'ORD. Il faut cependant signaler qu'en France, le droit d'auteur connaît désormais une compétence d'attribution, neuf TGI ayant été désignés. Cette restriction des voix nous semble d'ailleurs regrettable dans la mesure où elle ne profite pas nécessairement au justiciable et ouvre la voie à une spécialisation à tous crins.