

**DRAWING
FROM THE SOURCE
OF AUTHORS' RIGHTS**

Valérie-Laure BENABOU

Professor,
University Louis-Lumière, Lyons 2

"I am pleased to have to conclude by expressing my approval of the system on which my country's legislation is based. People are all too readily inclined to find fault with the laws under which we live."

A.-C. Renouard, 1838.

Has copyright had its day? Are authors' rights dead? (1) Could we be, without knowing it, the last champions of a moribund system, the keepers of a sanctuary that now houses nothing but relics? At a time when copyright has never been so strong (2), so greatly in demand, so widely used, should we, as some suggest, sound its death knell to usher in a new era of access to knowledge? (3)

**EXCAVAR
EN LA FUENTE
DEL DERECHO DE AUTOR**

Valérie-Laure BENABOU

Profesorade la Universidad
Louis-Lumière, Lyon 2

"Me siento feliz diciendo como conclusión que apruebo el sistema sobre el que reposa la legislación de mi país. Los seres se inclinan con demasiada facilidad a censurar las leyes bajo las que vivimos."

A.-C. Renouard, 1838.

¿El Derecho de autor forma parte del pasado (1)? ¿El Derecho de autor ha muerto? ¿Y cabe pensar, que acaso seamos nosotros, sin saberlo, los postreros celadores de un santuario moribundo, los guardianes de un santuario que solamente alberga reliquias? ¿En un momento en que el Derecho de Autor nunca ha sido tan fuerte (2), tan acuciosamente reivindicado, tan extensamente empleado, habría que decir a voces, como incitan a hacerlo algunos, que se abre una nueva era para acceder al conocimiento (3)?

**PUISER À LA SOURCE
DU DROIT D'AUTEUR**

Valérie-Laure BENABOU

Professeur à l'Université Louis-Lumière,
Lyon 2

“Je suis heureux d'avoir à conclure par l'approbation du système sur lequel repose la législation de mon pays. Les esprits sont trop facilement enclins à blâmer les lois sous lesquelles nous vivons.”

A.-C. Renouard, 1838.

Le droit d'auteur a-t-il vécu ? Le droit d'auteur est-il mort (1) ? Et serions-nous, à notre insu, les derniers zéloteurs d'un système moribond, les cerbères d'un sanctuaire qui n'abriterait plus que des reliques ? A l'heure où jamais le droit d'auteur n'a été si fort (2), si hautement revendiqué, si largement employé, faudrait-il, comme y invitent certains, en sonner le glas pour ouvrir une nouvelle ère d'accès au savoir (3) ?

Authors' rights have become extremely controversial in recent times. The system's denigrators denounce "*its promotion [which] forms part of a concerted strategy by the publishing lobbies to justify rates of charges that bear no relation to real costs and give a purely commercial operation a façade of legitimacy*". (4) Again according to C. Vandendorpe, "*the symbolic capital associated with the notion of authorship... has proved to be a highly effective Trojan horse for the business world in its attempt to gain a stranglehold on culture*". Even Professor Gaudrat has criticised "*the eclipse of the creator [which] involves high stakes because intellectual property, under cover of an irrefutable logorrhoea falsely asserting the inalienable interests of creators, is becoming the universal tool of a neo-colonialism applied to intangible riches*" (5).

Authors' rights, it is thus asserted, have been diverted from their initial objectives and now serve the cause of the most cynical capitalist interests. They have become - what a paradox! - an impediment to the dissemination of knowledge and creation. In this change of perspective, infringement and "circumvention" become acts of citizenship, the only possible means of access to the knowledge monopolised by commercial interests.

In a forewarning that deserves to be recalled, A.-C. Renouard cautioned against the excesses that "overprotection" of perpetual authors' rights might generate: "*To pay authors a higher price, the influence of their service would be restricted; the fairness of their reward would lessen as the*

Desde hace algún tiempo, el Derecho de autor es objeto de vivas polémicas. Quienes denigran el sistema, denuncian que "ponerlo en evidencia es el resultado de una estrategia concertada por los cabildos (lobbies) de la edición, con el propósito de justificar unas escalas tarifarias que nada tienen que ver con los costes reales y darle así a una operación puramente comercial visos de legitimidad". (4) Más aun, en opinión de C. Vanderdorpe, "el capital simbólico asociado a la noción de autor... se revela para el mundo de los negocios, como el Caballo de Troya, fuerte y eficaz, en su intentona por echarle mano a la cultura". El mismo Profesor Gaudrat denuncia "el eclipse del creador (portador de considerables potencialidades), porque la propiedad intelectual, recurriendo a una logorrea inatacable que dice falaciosamente poner por encima de todo los intereses del creador, se convierte, en realidad, en la herramienta universal de un neo-colonialismo que viene también a aplicarse a las riquezas inmateriales" (5).

De esta manera, es como se ha desviado al Derecho de autor de sus objetivos primordiales para, ponerlo definitivamente al servicio de los más cínicos intereses capitalistas. Cuál no será la paradoja!, se ha convertido en un freno para la difusión del conocimiento y de la creación. Una vez así invertida la perspectiva, ésta hace que la imitación fraudulenta, "la desviación", se conviertan en actos de ciudadanía, la única vía de acceso posible que le dejan los mercaderes al conocimiento que ellos han monopolizado.

A.-C. Renouard, con un sentido premonitorio que merece ser traído a la memoria, puso en guardia contra los excesos que pudiese engendrar la "superprotección" de un Derecho de autor perenne: "para pagarle al autor un precio más elevado cabe que se limite la influencia de su aporte; cabe que al recurrir a la

Le droit d'auteur fait, depuis quelque temps, l'objet de vives polémiques. Les contempteurs du système dénoncent *“sa mise en avant (qui) relève d'une stratégie concertée des lobbies de l'édition pour justifier des grilles tarifaires sans commune mesure avec les coûts réels et donner une façade de légitimité à une opération purement commerciale”*. (4) Selon C. Vandendorpe encore, *“le capital symbolique associé à la notion d'auteur... se révèle ainsi pour le monde des affaires un fort efficace cheval de Troie dans sa tentative de mainmise sur la culture.”* Le professeur Gaudrat, lui-même, dénonce *“l'effacement du créateur [qui] est porteur d'enjeux considérables car la propriété intellectuelle, sous couvert d'une logorrhée inattaquable mettant fallacieusement en avant les intérêts inaliénables du créateur, devient l'outil universel d'un néo-colonialisme appliqué aux richesses immatérielles”*. (5)

Le droit d'auteur aurait ainsi été dévoyé de ses objectifs premiers et servirait désormais la cause des intérêts capitalistes les plus cyniques. Il serait devenu - quel paradoxe ! - un frein à la diffusion de la connaissance et de la création. Dans ce renversement de perspective, la contrefaçon, le “contournement” seraient des actes de citoyenneté, seule voie d'accès possible au savoir monopolisé par les marchands.

Dans un développement prémonitoire qui mérite d'être rappelé, A.-C. Renouard mettait déjà en garde contre les excès que pourrait engendrer la “surprotection” d'un droit d'auteur perpétuel : *“Pour payer un plus haut prix à l'auteur, on restreindrait l'influence de son service ; on diminuerait*

usefulness of their works declined; their claim on humanity would be weakened by the very measures that were taken to overstate their value. ... By exceeding the goal in this way, one would run the very great risk of missing it and of harming the very interests that one requirements and the need to disseminate good works would lead to a proliferation of unlawful copies which would become the only corrective to the perpetual monopoly; public connivance would excuse wrongdoings from which the public would benefit, even though such acts, like all other wrongdoings, cannot be tolerated without risk, and without accustoming public opinion to scorning the law." (6)

The product of a social balance, authors' rights reflect the meeting of society's and creators' interests which normally converge towards a better dissemination of creative works. However, the prevailing attitude (7) reflects an apparent disenchantment, a lack of consensus on the very usefulness of these rights as a stimulus to creation. Should we shrug off the criticisms being directed at copyright protection and stand on our offended dignity as keepers of a two centuries old tradition that has promoted the rights of authors to the highest rank? Contempt has never been a good answer (8) and the arguments that are being advanced warrant our attempting to reply to them. Accordingly, it is important to check that the foundations of authors' rights are not shaking under the tidal wave of globalisation and technology (9).

If authors' rights are sick, then an attempt should be made to diagnose the illness with which they are afflicted. A

utilidad de la obra se disminuya la justicia de la recompensa. se fragilice su título de acreencia sobre la humanidad, precisamente por las medidas que, en sí mismas, se tomen para exagerar el valor. (...) Al querer sobrepasar el objetivo se correría el gradísimo riesgo de pasarlo por alto y perjudicarlo así esos mismos intereses por cuya intención primera era servirlos; los imperativos del consumo general y la necesidad de difundir buenas obras conduciría a que se multiplicaran las imitaciones fraudulentas, que vendrían a ser los únicos correctivos al monopolio perpetuo; una complicidad pública excusaría un delito del cual se aprovecharía el público y que, no obstante, como los otros delitos, no puede tolerarse sin peligro y sin habituar a la opinión pública a saltarse las leyes" (6).

Producto de un equilibrio social, el Derecho de autor marca el encuentro de los intereses normalmente convergentes de la sociedad y de los creadores hacia una mejor difusión de la creación. Sin embargo, el discurso que vehicula el ambiente reinante (7) es el de un des-amor aparente, la falta de enseno en cuanto a su utilidad incluso como estímulo a la creación. ¿Habrà que despreciar las críticas de las que la protección es hoy el punto de mira y envolverse en la túnica de la dignidad ofendida en la que se arropan los gaurdianes de una tradición bisecular que promovió al más alto rango el derecho de los autores? El desdén nunca ha constituido la mejor respuesta (8) y vale la pena que intentemos dar una a los argumentos que se avanzan. A partir de abí, es importante verificar que los fundamentos del Derecho de autor no están vacilando frente a la avalancha desencadenada por la mundialización y la técnica (9).

Si el Derecho de autor está enfermo, hay que intentar diagnosticar cuál es el origen del mal que padece. "Volver a su

avec l'utilité de l'ouvrage, la justice de la récompense ; on affaiblirait son titre de créance sur l'humanité, par les mesures mêmes que l'on prendrait pour en exagérer la valeur... En dépassant ainsi le but, on courrait grandement le risque de le manquer et de nuire aux intérêts même que l'on aurait l'intention de servir ; les besoins de la consommation générale et la nécessité de la diffusion des bons ouvrages multiplieraient les contrefaçons, qui deviendraient le seul correctif au monopole perpétuel ; une connivence publique excuserait un délit dont le public profiterait, et qui cependant ne peut pas plus que les autres délits être toléré sans péril et sans habituer l'opinion au mépris des lois.” (6)

Le droit d'auteur, produit d'un équilibre social, marque la rencontre des intérêts normalement convergents de la société et des créateurs vers une meilleure diffusion de la création. Mais le discours ambiant (7) traduit un apparent désamour, une absence de consensus sur son utilité même en tant que stimulus de la création. Faut-il faire fi des critiques dont la protection est aujourd'hui la cible et se draper dans la dignité offensée des gardiens d'une tradition bi-séculaire qui a promu au plus haut rang le droit des auteurs ? Le mépris ne constitue jamais une bonne réponse (8) et les arguments avancés valent qu'on tente d'y répondre. Il importe dès lors de vérifier que les fondements du droit d'auteur ne sont pas en train de vaciller sous les raz-de-marée de la mondialisation et de la technique (9).

Si le droit d'auteur est malade, il faut tenter de diagnostiquer le mal dont il souffre. Un “retour aux sources” (10) permet, dans une première approche,

"return to basics" (10) will reveal, in a first approach, the symptoms of the illness in the physiognomy of the rights (11). We thus have to check whether the terms of the law reflect the ills of authors' rights. Indeed, the symptoms of the crisis that is said to be affecting them - an identity crisis and a functional crisis - are likely to emerge from a study of the formal sources of authors' rights. However, an analysis of the sources may not be sufficient in itself to determine any weaknesses in the system. To ensure that they are definitely identified, they require an ontological investigation of the source of the rights. Accordingly, it is also necessary to check that authors' rights in their new manifestations continue to fulfil the social function that was assigned to them.

I. THE MANIFESTATIONS OF AUTHORS' RIGHTS

The working hypothesis is to compare the sources of authors' rights with the system of authors' rights, the objective being to determine whether the criticisms directed at authors' rights can also be identified in the sources.

What is the criticism about? Some people claim that authors' rights are suffering from overprotection, an excess of law which diverts them from their purpose. Do the sources of authors' rights incur the same reproaches? In other words, is there a proliferation of the sources of authors' rights and is this abundance liable to reduce their usefulness.

It is not necessary to look very far back to gauge how much more diverse the sources of authors' rights have become in recent years. In France, for

fuerza" (10) permité entrar a conocer los síntomas de la enfermedad haciendo un primer análisis a través de las manifestaciones del Derecho (11). Se trata así de verificar que las palabras de la ley traducen los males que padece el Derecho de autor. Al estudiar las fuentes formales del Derecho de autor, cabe, en efecto, que salgan a la luz los síntomas de la crisis de la que se dice es víctima, crisis de identidad y crisis de función. Ahora bien, el análisis de las fuentes puede resultar insuficiente para circunscribir las fallas eventuales del sistema. Para identificarlas con toda precisión se requiere hacer una investigación ontológica de la fuente del Derecho. Por consecuencia habrá que verificar, igualmente, que el Derecho de autor, en sus nuevas manifestaciones, sigue respondiendo a la finalidad social que en su día se le asignara.

I. DE LAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE AUTOR

La hipótesis de trabajo consiste en confrontar a las fuentes del Derecho de autor con el sistema del Derecho de autor se trata de verificar que los reproches dirigidos contra el Derecho de Autor, se encuentran de nuevo en su fuente.

¿De qué se trata? Para algunos, el Derecho de autor sufre de una abundancia de protección, de un exceso de Derecho que lo desvía de lo que es su finalidad. ¿Afrontan los mismos reproches las fuentes del Derecho de autor? Dicho en otros términos, ¿hay acaso una multiplicación de fuentes del Derecho de autor y ésto capaz de mermar su utilidad?

No hay necesidad de dirigir la mirada hacia atrás e ir demasiado lejos para comprobar hasta qué punto se han ido diversificando las fuentes del Derecho

d'appréhender les manifestations du mal à travers les manifestations du droit (11). Il s'agit ainsi de vérifier que les mots de la loi traduisent les maux du droit d'auteur. D'une étude des sources formelles du droit d'auteur sont en effet susceptibles d'émerger les symptômes de la crise dont on le dit victime, crise d'identité et crise de fonction. Mais l'analyse des sources peut n'être qu'insuffisante pour circonscrire les éventuelles défaillances du système. Elles nécessitent, pour être à coup sûr identifiées, une recherche ontologique de la source du droit. Il faut donc également vérifier que le droit d'auteur dans ses nouvelles manifestations continue à répondre à la finalité sociale qui lui est assignée.

I. LES MANIFESTATIONS DU DROIT D'AUTEUR

L'hypothèse de travail consiste à confronter les sources du droit d'auteur au système du droit d'auteur. Il s'agit de vérifier que les griefs adressés au droit d'auteur se retrouvent également dans ses œuvres.

De quoi est-il question ? Pour certains, le droit d'auteur souffrirait d'une abondance de protection, d'un excès de droit qui le détournerait de sa finalité. Les sources du droit d'auteur encourent-elles les mêmes reproches ? En d'autres termes existe-t-il une multiplication des sources du droit d'auteur et cette abondance est-elle susceptible d'en diminuer l'utilité ?

Il n'est point besoin de regarder trop loin en arrière pour mesurer combien les sources du droit d'auteur se sont diversifiées ces dernières années.

example, the principles of the law of 1957 were for a long time the backbone of the system of authors' rights and the only one. The Berne Convention, which was largely based on the French model, was not likely to compete with the domestic sources. There was limited case law and the Court of Cassation fully fulfilled its unifying function. Legal literature centred around a few leading names; in universities the subject was viewed as a marginal one and its specialists were thought of in a way as the law's "artists"; RIDA and the journal Copyright virtually had a monopoly on legal discussion in this field. Lastly, authors' rights were confined essentially to the artistic sphere and the dissemination channels were in the hands of professionals: authors and disseminators were clearly identifiable? What is the position now?

A review of the recent development of the sources of authors' rights points to two "ominous" trends. We are witnessing a balkanisation of the sources of copyright law: its normative production is fragmented, case law is becoming decentralised and legal literature is being divided into allotments. This dispersion is giving rise to a loss of consistency of the sources: they no longer clearly reflect the expression of a prescriptiveness that they usually transmit. They are in a way diverted from their function.

A. From Profusion to Confusion: Loss of Clarity of the Sources

1. The sources of law are breaking up. The statute is no longer the only word of authors' rights: it is supplemented by

de autor en estos últimos años. En Francia, por ejemplo, durante largo tiempo los principios establecidos por la ley de 1957, le han servido al sistema del Derecho de autor de única columna vertebral. La Convención de Berna, ampliamente inspirada en el modelo francés, no tenía el carácter de competir con las fuentes internas. La jurisprudencia era poca y la Corte de Casación llenaba plenamente su cometido que consistía en unificar. La doctrina se articulaba en torno a algunos grandes nombres, la Universidad concebía la disciplina como disciplina marginal, ya que, en cierto modo, los especialistas pasaban por "artistas" del Derecho; La RIDA y la Revista Le Droit d'Auteur poseían el casi-monopolio de la discusión en este campo. En definitiva, el Derecho de autor se circunscribía esencialmente al ámbito artístico y los vectores de difusión estaban en manos de profesionales: autores y difusores eran claramente identificables. ¿Qué pasa de aquí en adelante?

Tras comprobar la evolución reciente de las fuentes del Derecho de autor, se pueden desprender dos tendencias "de peso". Asistimos a una balkanización de las fuentes del Derecho de autor, es decir que: la producción normativa se ha hecho añicos, la jurisprudencia se descentraliza y la doctrina se divide en parcelas. De esta desintegración surge la pérdida de consistencia de las fuentes, es decir: ya no siguen reflejando claramente la expresión de una normativa de la cual son simple y llanamente portadoras. En cierto modo, se han desviado de lo que es su función en sí misma.

A. De la profusión a la confusión: se ha perdido la posibilidad de leer en las fuentes

1. Las fuentes legales se atomizan. La ley ya no es la única palabra del Derecho de autor, se la completa con textos anexos

En France, par exemple, les principes de la loi de 1957 ont longtemps servi d'unique colonne vertébrale au système du droit d'auteur. La convention de Berne, qui s'inspirait largement du modèle français, n'était pas de nature à concurrencer les sources internes. La jurisprudence était peu nombreuse et la Cour de cassation remplissait pleinement son office d'unification. La doctrine s'articulait autour de quelques grands noms, l'Université concevait la matière comme marginale, les spécialistes passant en quelque sorte pour des "artistes" du droit ; la RIDA et la revue *Le Droit d'Auteur* détenaient un quasi-monopole sur la discussion en ce domaine. Enfin, le droit d'auteur se cantonnait essentiellement au domaine artistique et les vecteurs de diffusion étaient aux mains de professionnels : les auteurs, et les diffuseurs étaient clairement identifiables. Qu'en est-il désormais ?

Le constat de l'évolution récente des sources du droit d'auteur permet de dégager deux tendances "lourdes". On assiste à une balkanisation des sources du droit d'auteur : la production normative est éclatée, la jurisprudence se décentralise et la doctrine se parcellise. De cet émiettement ressort une perte de consistance des sources : elles ne reflètent plus clairement l'expression d'une normativité dont elles sont normalement porteuses. Elles sont en quelque sorte détournées de leur fonction.

A. De la profusion à la confusion : la perte de lisibilité des sources

1. Les sources légales s'atomisent. La loi n'est plus la seule parole du droit d'auteur : elle est complétée par des textes annexes, et parfois supplantée par

secondary texts and on occasion supplanted by rules of a higher order. The law of authors' rights is being produced to an ever greater extent on the fringe of Parliament. At domestic level, boards, committees and commissions are "taking charge" of it. Internationally, it is being invaded by a variety of norms endowed with a direct variable-geometry effect emanating from specialist or multi-purpose international organisations.

a. The legislature delegates part of its prerogatives to committees which either prepare or adopt measures. This phenomenon is growing in terms of both the number of these bodies and the extent of their prerogatives. The "administrative management of authors' rights" has now been established in a majority of States (12) but we shall illustrate this trend here by taking France as an example, a country in which such an approach has traditionally been unknown.

As an example of this new "committee" rationale, reference can be made to the recent establishment of a "royalty collection and distribution society control board" (13), chaired by a member of the *Cour des Comptes* (government audit office) the function of which is notably to ensure that there is an "extension of the conditions for the exercise of the internal democracy of the royalty collection and distribution societies by guaranteeing a right of access to documents". However, the trend is not limited to supervisory functions downstream of the legislation on authors' rights; it is also visible upstream in the drafting process.

With regard to the preparation of laws, an order of 10 July 2000 established a *Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique* (CSPLA) (14),

y con frecuencia se la suplanta por reglas superiores. El Derecho de autor se produce cada vez más al margen del Parlamento. En el plano interno, Consejos y Comisiones toman el "relevo". En el plano internacional, se ve invadido por múltiples normas, que emanan de organismos internacionales especializados o generalistas y cuyo efecto directo reviste el carácter de geometría variable.

a) El legislador delega parte de sus prerrogativas en provecho de Comisiones que o bien preparan medidas o bien las adoptan. Este fenómeno va en aumento tanto porque esas instancias se van multiplicando, cuanto porque sus prerrogativas van siendo cada vez mayores. Se generaliza la "gestión administrativa del Derecho de autor" en la mayoría de Estados (12), pero aquí lo ilustraremos solamente con el ejemplo francés, tradicionalmente reacio a esta manera de entender las cosas.

Para ilustrar esta nueva lógica que funciona "mediante la creación de comités" cabe señalar la reciente instalación de una Comisión para controlar a las sociedades de percepción y de reparto de los derechos (13), presidida por un miembro de la Cour des Comptes cuya misión consiste en garantizar la "extensión de las condiciones de ejercicio de la democracia interna de las sociedades de percepción y de reparto de los derechos, garantizando el derecho a tener acceso a los documentos". Empero, el fenómeno no se limita a la misión de controlar el curso de la legislación del Derecho de autor, también participa en su elaboración ad initium .

Por lo que a la preparación de las leyes se refiere, un decreto del 10 de julio de 2000, instituyó un Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística

des règles supérieures. Le droit d'auteur se produit toujours plus en marge du Parlement. Au plan interne, il est "relayé" par des conseils, commissions. Au plan international, il est envahi de normes multiples, émanant d'organisations internationales spécialisées ou généralistes, et revêtues d'un effet direct à géométrie variable.

a) Le législateur délègue une partie de ses prérogatives au profit de commissions qui soit préparent, soit adoptent des mesures. Ce phénomène va s'accroissant, tant par la multiplication de ces instances que par l'élargissement de leurs prérogatives. La "gestion administrative du droit d'auteur" se généralise dans la majeure partie des États (12) mais on l'illustrera ici par le seul exemple français traditionnellement étranger à une telle approche.

Au titre de cette nouvelle logique de "comitologie" peut être signalée la récente installation d'une commission de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits (13), présidée par un membre de la Cour des Comptes dont la mission est notamment d'assurer une "extension des conditions d'exercice de la démocratie interne des sociétés de perception et de répartition des droits en garantissant un droit d'accès aux documents". Mais le phénomène ne se limite pas à une mission de contrôle en aval de la législation du droit d'auteur, il participe en amont à son élaboration.

Quant à la préparation des lois, un arrêté du 10 juillet 2000 a instauré un Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) (14), chargé,

which has been entrusted for six years with the task of drawing up proposals and recommendations, possibly as a matter of course to the extent that they lie within its ambit, for submission to the minister. This Council also acts as an observatory to monitor the exercise of and compliance with authors' rights and neighbouring rights and the development of practices and markets.

As to normative production, reference should be made to the "private copying" committee (15) and the "phonograms" committee responsible for determining the rightholders' remuneration schemes for private copying and broadcasting of phonograms, the decisions of which are automatically enforceable.

b. In addition to the law, there are also international copyright rules. Indeed, Parliament is "overwhelmed" in its task by international organisations some of which have only recently assumed competence in this field. WIPO (16), the Council of Europe (17), the WTO (18) and the European Community (19) are all new legislators directly vying with national representation. Most of the newest laws in France, apart from the law of 1995 on reprography, have been enacted to implement directives (20).

Against this background, what is the role assigned to Parliament? Have national laws become useless (21) or are they just subsidiary in nature (22)?

One is obviously tempted to give a negative answer to this provocative question. In fact, there is no shortage of

(CSPLA) (14), que durante seis años está encargado de dirigirle proposiciones y recomendaciones al Ministro eventualmente de turno en el marco de lo que es de su competencia. Además, dicho Consejo desempeña una función de observador en cuanto al ejercicio y al respeto de los derechos de autor y de los derechos conexos y asimismo tiene a su cargo el seguimiento de como van evolucionando las prácticas y los mercados.

En cuanto a la producción normativa, debemos citar la Comisión denominada copia privada (15) y la Comisión fonogramas que se encargan de establecer las modalidades de remuneración de los derechohabientes respecto a la copia privada y a la radiodifusión de fonogramas, actos ejecutorios de derecho pleno.

b) Asimismo, se añaden a la ley reglas internacionales de Derecho de autor. En efecto, la labor del Parlamento se ve "desbordada" por los organismos internacionales que, de un tiempo a esta parte, se consideran competentes en el ámbito del Derecho de autor. El PMPI (16), el Consejo de Europa (17), la OMC (18), la Comunidad europea (19), se erigen en nuevos legisladores que vienen a hacerle la competencia directa a la representación nacional. Las últimas leyes adoptadas en Francia, fuera de la ley de 1995 sobre la reprografía, se originan en la transposición de Directrices (20).

En semejante contexto, ¿cuál es el papel que se le asigna al Parlamento? ¿Acaso, las legislaciones nacionales se han vuelto inútiles (21) o sencillamente subalternas (22)?

Es evidente, que vamos a intentar dar una respuesta negativa a preguntas tan provocativas. En realidad, no faltan

pour six ans, de dresser des propositions et recommandations à la ministre, éventuellement d'office dans le cadre de son domaine de compétence. Ce Conseil remplit en outre une fonction d'observatoire de l'exercice et du respect des droits d'auteur et droits voisins et de suivi de l'évolution des pratiques et des marchés.

Quant à la production normative, il faut citer la Commission dite copie privée (15) et la Commission phonogrammes qui sont chargées d'établir les modes de rémunération des ayants droit pour la copie privée et la radiodiffusion de phonogrammes, ces actes étant exécutoires de plein droit.

b) A la loi s'ajoutent également les règles internationales du droit d'auteur. Le Parlement est, en effet, "débordé" dans sa tâche par des organisations internationales dont certaines s'arrogent depuis peu une compétence dans ce domaine. L'OMPI (16), le Conseil de l'Europe (17), l'OMC (18), la Communauté européenne (19) sont autant de nouveaux législateurs qui viennent directement concurrencer la représentation nationale. La plupart des dernières lois adoptées, en France, hormis la loi sur la reprographie de 1995, sont issues de la transposition de directives (20).

Quel est, dans ce contexte, le rôle assigné au Parlement ? Les législations nationales sont-elles devenues inutiles (21) ou simplement subalternes (22) ?

On est évidemment tenté de répondre par la négative à cette question provocatrice. De fait, les arguments ne manquent pas et il suffit de pointer

arguments to support such an answer and one only has to point to the gaps in international law to reinstate the domestic legislator's role. The stratification of international sources creates complications and it becomes hard to determine how these separately originating rules link up together. The difficult coherence between the various non-discrimination rules in Community law and the TRIPS Agreement (23) or the Agreement's partial reference to the Berne Convention all illustrate this tendency.

Arguably, one of the tasks of the national legislator is thus to unravel the web of these interlinked texts and determine how to discharge the country's international obligations. Even then, national legislators do not have total sovereignty in doing so since, in Europe, the Community vies with them in assuming international competence in this regard. Thus the issue arose in connection with the ratification of the TRIPS Agreement (24). It was not even raised for the WIPO Treaties as the Member States had agreed to wait for the Community to ratify them before doing so in their turn. Moreover, the stated objective of the Directive of 22 May 2001 was to enable this operation to be carried out through the implementation of the international obligations arising from the Treaties (25).

Although the domestic legislation continues to be relevant due to the incomplete nature of international law, it has to be acknowledged that its role is interstitial.

This phenomenon is particularly apparent in connection with Community law. As the harmonisation directives are not required to be implemented

argumentos y baste con poner el dedo sobre las lagunas del derecho internacional para rehabilitar el papel que desempeña el legislador interno. La estratificación de las fuentes internacionales genera complicaciones y resulta delicado determinar cómo se articulan entre sí reglas que proceden de orígenes diversos. Como ilustración baste traer a colación la falta de coherencia de las diferentes reglas respecto a la no-discriminación, reglas que figuran en el Derecho comunitario y en los ADPIC (23) o, el hecho de remitir parcialmente estos Acuerdos a la Convención de Berna.

Una de las tareas del legislador interno sería por consecuencia la de desenredar el ovillo de esos textos inextricables y determinar la manera como responder de sus obligaciones internacionales. Ni siquiera él es totalmente soberano en Europa en cuanto a esta operación, puesto que la Comunidad le disputa la competencia internacional en la materia. De suerte que, se planteó el tema cuando se ratificaron los Acuerdos ADPIC (24). Pero ni siquiera se volvió a plantear para los Acuerdos OMPI, porque los Estados miembros aceptaron esperar que la Comunidad los ratificara a su vez. El objetivo manifiesto de la Directriz del 22 de junio de 2001, era permitir esta operación poniendo en obra las obligaciones internacionales generadas por esos Tratados (25).

Si bien es cierto que la legislación interna sigue siendo pertinente a causa de lo incompleto que es el Derecho internacional, no queda más remedio que reconocer que su acción se ejerce de manera intersticial.

Este fenómeno es particularmente visible cuando se trata del Derecho comunitario. Por lo que a las Directrices de armonización se refiere, no hay porqué

les lacunes du droit international pour réhabiliter le rôle du législateur interne. La stratification des sources internationales est cause de complications et il devient délicat de déterminer comment s'articulent entre elles ces règles aux origines diverses. La difficile cohérence des différentes règles de non-discrimination figurant en droit communautaire et dans les ADPIC (23), ou le renvoi partiel opéré par ces accords à la Convention de Berne en sont autant d'illustrations.

Une des tâches du législateur interne reviendrait dès lors à démêler l'écheveau de ces textes intriqués et à déterminer comment il doit s'acquitter de ses obligations internationales. Encore n'est-il pas totalement souverain dans cette opération puisque, en Europe, la Communauté lui dispute une compétence internationale en la matière. La question a ainsi été soulevée pour la ratification des accords ADPIC (24). Elle n'a même plus été posée pour les traités OMPI, les États membres ayant accepté d'attendre leur ratification par la Communauté pour ratifier à leur tour. La directive du 22 juin 2001 avait d'ailleurs l'objectif affiché de permettre cette opération, en mettant en œuvre les obligations internationales issues de ces traités (25).

Si la pertinence de la législation interne demeure en raison de l'incomplétude du droit international, force est de reconnaître que son action est interstitielle.

Le phénomène est particulièrement marqué s'agissant du droit communautaire. Quant aux directives d'harmonisation, il n'y a pas lieu de

"slavishly", with the directives' terms being reproduced word for word, the legislator normally has a free hand to draft the implementing text as he thinks fit, as long as it is consistent "overall" with the directive (26). Yet it emerges that this freedom is seldom used in practice. Although it allows the Member States to choose the means of implementing the directive, the latter is binding as to the result to be achieved. The national parliament has "tied" competence when implementing; the law's function is thus to write the Community-originated rules into domestic law.

The change of perspective wrought by the Information Society Directive which, for the first time, harmonises copyright transversally shows clearly that the legislator's competence in the Member States of the Community is becoming residual, even though the failure of the attempt to harmonise the limitations and exceptions means that national legislatures can still leave their stamp on the protection system. This may merely be a temporary reprieve for all the signs indicate that the Community institutions wish to increase their action in this area and leave the Member States with just a small slice. Although the spectre of a single code, like the Community trademark, seems to have been removed, the approximation of laws, if not their merger, continues to be an objective of the establishment of the single market.

Hence the statute is no longer the main source of authors' rights and even where the legal text takes the form of an act of parliament, its content is dictated more often than not by an international instrument. Finding out what is the applicable rule thus implies sifting through a pile of infra- or supra-legislative texts that co-exist as best they can.

transponerlas "al pie de la letra", siguiendo al dedillo palabra por palabra las fórmulas de la Directriz, el legislador tiene, por supuesto, las manos libres para redactarla como a él le parezca siempre y cuando el texto sea "globalmente" (26), conforme. Sin embargo, por lo que deja entrever la práctica, apenas se sirve de esta libertad. Aún a pesar de que la Directriz les deja a los Estados miembros la posibilidad de elegir los medios para transponerla, les impone el resultado que se busca obtener. El Parlamento tiene "competence ligada" cuando transpone; por consiguiente, la función que tiene la ley es consagrar las normas de origen comunitario en Derecho interno.

El cambio de perspectiva operado por la Directriz de la denominada sociedad de la información, la cual, armoniza por primera vez de manera transversal el Derecho de Autor, demuestra a satisfacción que en los Estados miembros de la Comunidad la competencia del legislador se vuelve residual, incluso si el fracaso de la armonización de las excepciones le autoriza aún a marcar con su sello el régimen de protección. Esta moratoria puede que no sea más que temporal, porque todo indica que la voluntad de las instituciones comunitarias es reforzar su acción en este campo y dejarles a los Estados la porción cóngrua. Incluso, aunque parezca haberse descartado el espectro de un título único como distintivo comunitario, el objetivo para realizar el mercado único; sigue siendo asemejar las legislaciones e incluso fusionarlas.

De manera, que la ley ya no es la fuente magna del Derecho de autor e incluso aun cuando el texto adopte la forma de ley, lo más frecuente es que su contenido sea vea violentado por un texto internacional. Conocer la ley aplicable supone por lo tanto pasar revista a una retabla de textos infra o supra legislativos que cobabitán a regañadientes.

réaliser une transposition “à plat”, reprenant au mot près les formules de la directive et le législateur a donc normalement les mains libres pour rédiger comme il l'entend, dans la mesure où le texte est “globalement” conforme (26). Pourtant, il apparaît que cette liberté n'est que peu employée en pratique. Bien qu'elle laisse aux États membres le choix des moyens pour transposer, la directive les oblige quant au résultat à atteindre. Le parlement a “compétence liée” lorsqu'il transpose ; la loi a donc pour fonction de consacrer les règles d'origine communautaire en droit interne.

Le renversement de perspective opéré par la directive société de l'information qui, pour la première fois, harmonise de façon transversale le droit d'auteur, démontre à loisir que la compétence du législateur dans les États membres de la Communauté devient résiduelle, même si l'échec de l'harmonisation des exceptions l'autorise encore à marquer de son empreinte le régime de la protection. Ce sursis peut n'être que temporaire car tout indique la volonté des institutions communautaires de renforcer l'action en ce domaine et de laisser aux États la portion congrue. Même si le spectre d'un titre unique comme la marque communautaire semble écarté, le rapprochement des législations, voire leur fusion, reste un objectif de la réalisation du marché unique.

La loi n'est donc plus la source majeure du droit d'auteur et même lorsque le texte figure sous forme de loi, son contenu est, le plus souvent, contraint par un texte international. Connaître la règle applicable suppose donc de passer en revue une kyrielle de textes infra ou supra législatifs qui cohabitent tant bien que mal.

This dispersal proves impossible to canalise despite the commendable efforts of the French legislator to codify (27) the subject as the law stands in order to present an exhaustive picture. Apart from the general futility of such a project when dealing with a subject as changing as law, the refusal to include international sources in this work means that, here perhaps more than elsewhere, it is impossible to take in the compass of the provisions applicable in the sector. This finding is even more true in the case of customs (28) which continue to be an important source of copyright law, but one that is often underrated because of its lack of legibility. The codification endeavour is of no help in consolidating the law of authors' rights within a monolithic whole. Worse, by selecting, out of the laws that may apply, those which should be codified and those that are to remain outside the code, it actually goes some way to depriving the mass of people of knowledge of texts that continue to be applicable.

2. **Case law** too is imploding. Copyright is invading daily new sectors of the economy; legal disputes are constantly growing in number, importance and media coverage. This "proliferation" is further accentuated by the intervention of new copyright judges. The European Court of Justice in Luxembourg (29), the Commission in Brussels, the European Court of Human Rights (30) and more recently, the WTO's Dispute Settlement Body now all give rulings in this field. Litigants are thus spoilt for choice as to where to assert their claims: national courts, Community courts and, indirectly (31), the WTO's DSB. However, the possibilities do not end here.

Una diseminación así no se puede canalizar a pesar del loable esfuerzo del legislador francés (27) por codificar la materia en derecho constante, a fin de darle una visión exhaustiva. Más allá de la vanidad general de semejante proyecto, al tratarse de una materia movidiza como es la del derecho, negarse a incluir en ese trabajo las fuentes internacionales no permite -aquí menos quizá que en otro lugar- abarcar el campo de las disposiciones legales aplicables en este sector. Comprobarlo, vale, a fortiori, para los usos (28) que constituyen una fuente importante del Derecho de autor, fuente que a menudo se desconoce porque no puede leerse fácilmente. La codificación emprendida no ayuda para nada a la consolidación del Derecho de autor dentro de un conjunto monolítico. Peor aún, al seleccionar de entre las leyes que pueden aplicarse las que pueden codificarse y las que quedan por fuera del código, lo que se obtiene es disfrazar los textos que siguen siendo aplicables para evitar que lleguen al conocimiento de la mayoría.

2. **La jurisprudencia** también se hace añicos Día a día, el Derecho de autor invade nuevos sectores de la economía, los contenciosos se multiplican sin cesar tanto por lo que corresponde a su importancia como por lo que corresponde a la mediatización de que son objeto. Es más, la intervención de nuevos jueces ilustra aún esta "proliferación". La Corte de Justicia de Luxemburgo (29), la Comisión de Bruselas, la Corte europea de Derechos Humanos (30) y recientemente, el Organismo de regulación de diferendos (ORD) de la OMC son los que, a partir de ahora, rinden las sentencias en el campo del Derecho de autor. Los litigantes tienen ahora donde elegir para hacer valer sus pretensiones, a saber: jurisdicciones nacionales, jurisdicciones comunitarias et, indirectamente (31), la ORD de la OMC. Pero las posibilidades no terminan aquí.

Cette dissémination ne parvient pas à être canalisée en dépit du louable effort du législateur français pour codifier (27) la matière à droit constant, afin d'en donner une vision exhaustive. Au-delà de la vanité générale d'un tel projet s'agissant d'une matière mouvante comme le droit, le refus d'inclure les sources internationales dans ce travail ne permet pas, ici peut-être plus qu'ailleurs, d'embrasser le champ des dispositions applicables au secteur. Le constat vaut *a fortiori* pour les usages (28) qui constituent une source importante du droit d'auteur, source souvent méconnue en raison de son manque de lisibilité. L'entreprise de codification n'aide en rien à la consolidation du droit d'auteur au sein d'un ensemble monolithique. Pire, en sélectionnant, entre les lois susceptibles de s'appliquer, celles qui doivent être codifiées et celles qui restent en dehors du code, elle contribue à masquer à la connaissance du plus grand nombre des textes qui restent applicables.

2. **La jurisprudence** également impose. Le droit d'auteur envahit chaque jour de nouveaux pans de l'économie, les contentieux ne cessent de croître en nombre, en importance et en médiatisation. Cette "prolifération" s'illustre encore par l'intervention de nouveaux juges du droit d'auteur. La Cour de Justice de Luxembourg (29), la Commission de Bruxelles, la Cour européenne des droits de l'homme (30), et plus récemment, l'Organisme de règlement des différends de l'OMC statuent désormais dans ce domaine. Les plaideurs ont donc l'embaras du choix pour faire valoir leurs prétentions : juridictions nationales, juridictions communautaires et indirectement (31), ORD de l'OMC. Mais les possibilités ne s'arrêtent pas là.

As a result of the international nature of the networks, the rule of jurisdictional competence that designates the court of the place where the delict (tort) is committed provides opportunities for extensive forum shopping, at least until such time as harmonisation solutions are adopted, since the place where the harm occurred may be located just about anywhere in the world... Any national court that takes a broad view of its competence may take a stand on an issue the geographical scope of which was previously confined within the borders of a State. This potential jurisdiction of courts in neighbouring or far away countries doubtless explains the growing infatuation for foreign case law which is thus indirectly acceding to the rank of a source of law.

3. As to **legal literature and teaching**, it is no exaggeration to say that there is a real "boom". A growing interest in the subject can be seen among students in faculties of law, and moreover beyond. Several postgraduate courses are devoted either exclusively or mainly to intellectual property law. An increasing number of professors too are specialising in this field.

From legal treatises to texts accessible to the layman, specialist works on the subject are thriving. Accredited journals are growing in number. Copyright law is even venturing beyond its own territory and being given a place of honour in general law journals. Not a week passes but a substantial article is devoted to copyright matters in the press. Websites dedicated to or dealing with copyright abound (32) and are better and better informed. We are witnessing an unprecedented diversification of the sources of legal information which is particularly pronounced in the field of copyright.

Por el hecho de que las redes se han internacionalizado, la regla de competencia jurisdiccional mediante la cual se designa el Tribunal del lugar del delito, permite -en la espera de soluciones hacia la armonización- un "Tribunal comercial" (forum shopping) ampliado, ya que el lugar donde se produjo el daño puede localizarse en un punto cualquiera del planeta... Cualquier jurisdicción nacional que tenga una noción amplia de lo que es de su incumbencia, está en capacidad de pronunciarse sobre un litigio que antes habría quedado circunscrito a las fronteras de un Estado. Esta idoneidad potencial de los Jueces próximos o lejanos, es lo que sin duda explica la infatuación de la jurisprudencia foránea que se permite así acceder indirectamente al rango de fuente de Derecho.

3. *En cuanto a la doctrina, cabe hablar de un verdadero "bum". Se nota un interés creciente en la materia, no sólo en las aulas de las Facultades de derecho, sino también por fuera de ellas. Varios "tercer-ciclos" se consagran exclusivamente o principalmente a la propiedad intelectual. Incluso, el interés del Profesorado por esta materia va aumentando cada vez más.*

Florecen las obras especializadas que van del Tratado a las obras de vulgarización. Se multiplican las Revistas titularizadas. El Derecho de autor sale incluso de su dintel y toma un lugar de honor en las Revistas generales de Derecho. No pasa una semana sin que aparezca en la prensa un artículo substancial consagrado al tema. Los portales de Internet dedicados al Derecho de autor o que tratan de él son plétora (32) y están cada vez mejor informados. Asistimos a una diversificación sin precedentes de las fuentes sobre informaciones jurídicas, diversificación que se hace evidente en particular en el ámbito del Derecho de autor.

Du fait de l'internationalité des réseaux, la règle de compétence juridictionnelle qui désigne le tribunal du lieu du délit permet, dans l'attente de solutions d'harmonisation, un *forum shopping* étendu, le lieu du dommage pouvant se localiser en un point quelconque de la planète... Toute juridiction nationale est, moyennant une conception large de sa compétence, susceptible de se prononcer sur une question dont la portée géographique se serait auparavant cantonnée aux frontières d'un État. Cette compétence potentielle des juges voisins ou lointains explique sans doute un engouement pour la jurisprudence étrangère, qui accède ainsi indirectement au rang de source du droit.

3. **Quant à la doctrine**, il est permis de parler de véritable "boum". On note un intérêt croissant pour la matière sur les bancs des facultés de droit, et d'ailleurs au-delà. Plusieurs troisièmes cycles se consacrent exclusivement ou principalement à la propriété intellectuelle. Les professeurs, également, sont de plus en plus nombreux à s'intéresser à ce domaine.

Les ouvrages spécialisés fleurissent, en passant du traité aux ouvrages de vulgarisation. Les revues attitrées se multiplient. Le droit d'auteur sort même de ses plates-bandes et est mis à l'honneur dans les revues générales de droit. Il n'est pas une semaine sans qu'un article substantiel ne soit consacré à ces questions dans la presse. Les sites Internet dédiés au droit d'auteur ou en traitant sont pléthoriques (32) et de mieux en mieux informés. On assiste à une diversification sans précédent des sources d'informations juridiques, particulièrement saillante dans le domaine du droit d'auteur.

Provided that you know how to use search tools, it is possible at the click of a button to obtain detailed information without having to move an inch or pay a fee. Legal decisions are placed online within a few days of their adoption. Texts from around the world are accessible on official or private sites. Parliamentary reports, debates and other documents can be accessed in full, immediately and free of charge. The standard of commentaries is becoming higher and higher and penetrating analyses can now be found on the sites of several universities (33), enlightened professional organisations (34) and specialist bodies (35). Every collective management society has a well-documented site on which the ABC of copyright is outlined. But at the same time, a number of protest sites (36) fiercely attack the interests defended by copyright law.

One of the major consequences of this phenomenon is an apparently greater democratisation of access to specialist legal information. Copyright law is spilling beyond the circle of specialists. It is being discussed by "users". It is also extending beyond national scholars. Access to sources is available world-wide and, subject to command of the language, it is possible to read writings of every origin with incomparable speed and comfort.

The reactivity of criticism is sharpened as a result: it is now out of the question not to know about a decision that was issued a week ago, even if it was rendered by a foreign court! One only has to think back to the

Basta simplemente con pulsar una tecla para -sin autorización alguna- hacerse con las informaciones más especializadas, sin tener que desplazarse y sin incurrir en gastos, a condición desde luego, de saber utilizar los aparatos para buscarlas. Las decisiones de jurisprudencia se ponen en línea pocos días después de haberse adoptado. Los textos del mundo entero son accesibles a partir de portales oficiales o privados. Las labores parlamentarias, los debates preparatorios, los informes, etc. pueden ser abordados en su integralidad total y sin pagar un céntimo. En los portales de varias universidades (33) los comentarios son cada vez más exigentes y los análisis doctrinales cada vez más penetrantes (34) y esto mismo ocurre con los organismos especializados (35). Cada sociedad de gestión colectiva dispone de un portal muy bien documentado en el que se expone la pedagogía de Derecho de autor. Pero también, ciertos portales protestarios (36) lanzan en paralelo salvajes de cólera sobre los intereses que defiende el Derecho de autor.

Una de las consecuencias de mayor envergadura de este fenómeno es que va cobrando las apariencias de que el acceso a la información jurídica especializada se democratiza. El Derecho de autor desborda el círculo de los especialistas. Es objeto de polémicas entre cuantos lo "utilizan". Desborda asimismo la doctrina nacional. El acceso a las fuentes se realiza a escala planetaria y a reserva de dominar el idioma en el que aparecen dichas fuentes. Se ha hecho lícito conocer escritos de cualquier origen con una rapidez y una comodidad incomparables.

Se reactiva la crítica en forma aguda: ni hablar de descoocer hoy una decisión fallada la pasada semana, aun cuando la decisión emane de una jurisdicción foránea! Pensemos no más en épocas no tan lejanas en las que había que esperar

A condition de savoir se servir des outils de recherche, il est loisible d'avoir les renseignements les plus pointus en un quart de clic, sans aucun déplacement ni frais. Les décisions de jurisprudence sont mises en ligne dans les jours qui suivent leur adoption. Les textes du monde entier sont accessibles depuis les sites officiels ou privés. Les travaux parlementaires, débats préparatoires, rapports, etc. sont abordables intégralement, immédiatement et sans bourse délier. Les commentaires se font toujours plus exigeants et on trouve désormais des analyses doctrinales pénétrantes sur les sites de plusieurs universités (33), de professionnels éclairés (34) ou d'organes spécialisées (35). Chaque société de gestion collective dispose d'un site très documenté dans lequel est exposé la pédagogie du droit d'auteur. Mais parallèlement, certains sites protestataires (36) tirent à boulet rouge sur les intérêts défendus par le droit d'auteur.

Une des conséquences majeures de ce phénomène est une apparente démocratisation de l'accès à l'information juridique spécialisée. Le droit d'auteur déborde le cercle des spécialistes. Il fait l'objet de discussions entre "utilisateurs". Il déborde également la doctrine nationale. L'accès aux sources se fait sur une échelle planétaire, et sous réserve de la maîtrise de la langue, il est loisible de prendre connaissance des écrits de toutes origines, dans des conditions de rapidité et de confort incomparables.

La réactivité des critiques en est aiguïlée : il n'est plus question de méconnaître aujourd'hui une décision datant de la semaine dernière, même si cette décision émane d'une juridiction étrangère ! Que l'on songe aux temps

time in the not so distant past when one had to wait for six months or even a year for a note on a decision to be published to see how far we have come.

Yet this abundance of commentaries can be difficult to take in. More often than not, the use of search engines gives those who do not know exactly what they are looking for disappointing results. The number of matches for a query can sometimes discourage even the keenest researcher. Tracking down information on the Internet requires patient work of bookmarking favourites and compiling the most relevant links, thus, in short, building a personal database. The proliferation of analyses makes the processing task harder.

To sum up, wherever you look - statute law, case law, teachings - the sources of copyright law are becoming dispersed. This splintering makes it an increasingly complex business to access the law. However, this finding proves nothing in itself. In addition to this "quantitative" analysis, it is important to inquire into its "qualitative" impact for, like a sugar lump that is reduced to powder, the crumbling of sources may be a preliminary to their dilution.

B. From Profusion to Protest: Loss of Prescriptiveness of the Sources

Do the sources of copyright still assume the character of sources of law? The lack of cohesion of the rules and their ineffectiveness cast doubts on their prescriptiveness. At times, it is the legitimacy of the framer of the norm that is challenged.

seis meses o un año para ver aparecer una nota de jurisprudencia; luego, podemos calibrar el camino que se ha hecho.

Ahora bien, semejante abundancia de comentarios cabe que sea difícil absorberlos. Es frecuente, que quien no sabe con la suficiente precisión lo que busca, utilizar los motores de búsqueda no le aporta sino resultados decepcionantes. El número de ocurrencias que aparecen respecto a una requisitoria, a menudo desanima al que investigador más decidido. "Batir el monte" de la información que aparece en Internet requiere de un trabajo paciente, destinado a archivar los temas favoritos, a recopilar las uniones más pertinentes, en suma, a elaborar una base de datos personal. La multiplicación de datos conduce a que su tratamiento se vaya haciendo cada vez más difícil.

Para resumir, donde dirigamos nuestra mirada -a la ley, a la jurisprudencia, a la doctrina- las fuentes propias al Derecho de autor se van dispersando. Con su explosión crece la complejidad que lleva consigo acceder a él. No obstante con comprobalo no se prueba nada. Más allá de este análisis "cuantitativo" es importante preguntarse acerca del impacto "cualitativo", ya que, como un terrón de azúcar que redujéramos a polvo, la desintegración de las fuentes puede ser la antesala de su disolución.

B. De la profusión a la impugnación: pérdida de lo normativo de las fuentes

¿Las fuentes propias al Derecho de autor tienen acaso el carácter de fuentes del Derecho? El hecho de que las reglas carezcan de unidad y su falta de eficacia, inclina a dudar del carácter normativo que es el suyo. Lo que se pone a veces en tela de juicio es la legitimidad del autor de la norma en cuestión.

pas si lointains où il fallait attendre six mois, un an pour voir paraître une note de jurisprudence et l'on mesurera le chemin accompli.

Mais cette abondance de commentaires peut être difficile à appréhender. L'utilisation des moteurs de recherche ne donne, le plus souvent, que des résultats décevants à celui qui ne sait pas précisément ce qu'il cherche. Le nombre d'occurrences relevées pour une requête est parfois de nature à décourager le plus ardent chercheur. La traque de l'information sur Internet passe par un patient travail d'archivage de favoris, de compilation des liens les plus pertinents, en bref par l'élaboration d'une base de données personnelle. La multiplication des analyses en rend le traitement plus difficile.

En résumé, où que l'on porte le regard - loi, jurisprudence, doctrine -, les sources du droit d'auteur se dispersent. Leur éclatement entraîne une complexité croissante de l'accès au droit. Mais le constat ne prouve rien en soi. Au-delà de cette analyse "quantitative", il importe de s'interroger sur son impact "qualitatif", car tel un sucre que l'on réduirait en poudre, l'émiettement des sources peut constituer un préalable à leur dilution.

B. De la profusion à la contestation : la perte de normativité des sources

Les sources du droit d'auteur présentent-elles encore le caractère de sources du droit? L'absence d'unité des règles et leur défaut d'efficacité fait douter de leur normativité. Parfois, c'est la légitimité de l'auteur de la norme qui est en question.

1. The Lack of Effectiveness of the Sources

The distinguishing feature of a legal source is its ability to assume a prescriptive character. It is because they are designed to be generally applicable that the sources are perceived as such. Do the sources of copyright law fulfil this function?

The law is suffering today from the increasing influence of technological considerations. The emerging modes of dissemination raise the problem of the norm's adaptation. Henceforward, the effectiveness of the law is gauged by its ability to encompass these new phenomena. Increasingly, lawmakers want to be cautious and adopt rules "on a trial basis". They adopt their texts for a probationary period at the end of which they may be reviewed if they prove unsatisfactory. They surround their implementation with bodies responsible for assessing how effective they are by drawing up periodic reports. This logic is particularly prevalent in the European harmonisation directives (37).

The Directive of 22 May 2001 establishes in its Article 12 not only a deadline of 22 December 2004 for submission of the first of a thereafter three-yearly report on the directive's application but also a permanent contact committee the task of which is: (paragraph 4) "...(a) to examine the impact of this Directive on the functioning of the internal market, and to highlight any difficulties; (b) to organise consultations on all questions deriving from the application of this Directive; (c) to facilitate the exchange of

1. Acerca de la falta de eficacia de las fuentes

Lo que caracteriza a una fuente jurídica es su aptitud a servir de norma. Porque la vocación de las fuentes es la generalización, es por lo que se conciben como tales. ¿Llenan esta vocación las fuentes del Derecho de autor?

Hoy en día, la ley se pliega cada vez más al imperalismo de consideraciones técnicas. La modalidades de difusión que han ido emergiendo, plantean el problema de cómo adaptar la norma. Hoy se mide la eficacia de la ley según se la pueda integrar a esos nuevo fenómenos que produce la técnica. Cada día que pasa, el legislador hace gala de mayor prudencia y las normas que adopta son normas de "prueba". Le asigna al texto un período probatorio al término del cual interviene una posible revisión en caso de que la norma se considere inadaptable. Para ponerla en obra, la rodea de órganos a los que se les asigna la misión de realizar informes periódicos para establecer si es o no es eficaz Este tipo de lógica se aplica en una forma particularmente visible en los textos europeos que tienen que ver con la armonización (37).

La Directriz del 22 de mayo de 2001, en su artículo 12, no sólo instituye un plazo de vencimiento al 22 de diciembre de 2004 para rendir una primera relación trienal en cuanto a aplicarla, sino que además instituye un comité de contacto permanente cuya tarea es la siguiente: "Art. 14 parágrafo 4 (...): a) examinar los efectos que tiene la presente Directriz sobre la forma como funciona el mercado interno y destacar los problemas eventuales; b) organizar consultas sobre cualquier tema que se derive de la aplicación de la presente Directriz; c) facilitar el intercambio de

1. Le manque d'efficacité des sources

Ce qui distingue une source juridique, c'est son aptitude à la normativité. C'est parce qu'elles ont une vocation à la généralité que les sources sont appréhendées en tant que telles. Cette vocation est-elle remplie par les sources du droit d'auteur ?

La loi souffre aujourd'hui de l'emprise croissante des considérations techniques. Les modes de diffusion émergents posent le problème de l'adaptation de la norme. Désormais, l'effectivité de la loi se mesure à son aptitude à appréhender ces nouveaux phénomènes. De plus en plus, le législateur se veut prudent et adopte des règles "à l'essai". Il assigne à son texte une période probatoire à l'issue de laquelle interviendra une possible révision en cas d'inadaptation. Il entoure sa mise en œuvre d'organes chargés d'en évaluer l'efficacité, par l'établissement de rapports périodiques. Cette logique est particulièrement saillante dans les textes d'harmonisation européens (37).

La directive du 22 mai 2001, dans son article 12 instaure, non seulement une échéance au 22 décembre 2004 pour rendre un premier rapport triennal d'application, mais elle institue en outre un comité de contact permanent qui a pour tâche : "Art. 14 paragraphe 4 [...] : a) d'examiner les effets de la présente directive sur le fonctionnement du marché intérieur et de signaler les problèmes éventuels ; b) d'organiser des consultations sur toute question découlant de l'application de la présente directive ; c) de faciliter l'échange

information on relevant developments in legislation and case law, as well as relevant economic, social, cultural and technological developments; (d) to act as a forum for the assessment of the digital market in works and other items, including private copying and the use of technological measures." What is to be said about Article 11 of the Resale Right Directive which is quite simply entitled "Revision Clause"! The cautiousness of the Community institutions clearly reflects the lack of confidence in the adaptability of the text. It reinforces the impression of "disposable" legislation and does not help to establish its authority.

The question of the effectiveness of the sources arises even more acutely for legal literature and case law.

Legal literature is weakened by the multiplicity of its expressions. Foraging through documents enables the seeker to perceive an ever more voluminous stream of information, but it necessarily also leads to a compartmentalisation of discussion - how can you know everything? - which in turn leads to excessive specialisation.

Nor do discussions conducted through the new media always testify to the minimum requirements of durability and scientific authority that warrant their being raised to the rank of teachings. The means that this new literature uses to express itself are ephemeral; as a result, its coherence is lost and its impact weakened. How many times does it turn out that a site that you have not visited for some time can no longer be located at its old address either because it has simply "died" or because it has failed to

informaciones sobre cuales son las evoluciones pertinentes de la reglamentación y de la jurisprudencia y lo mismo cuenta en el ámbito económico, cultural, social y tecnológico; d) funcionar como un foro de evaluación del mercado único de obras y otros objetos, incluida la copia privada y la utilización de medidas técnicas. "Y, qué decir del Artículo 11 de la Directriz Derecho yacente titulado simple y llanamente "cláusula de revisión"! La prudencia de las instituciones comunitarias demuestra a saciedad la falta de confianza en la evolución del texto. Acredita el sentimiento reinante de que la legislación es "desechable" y no contribuye en nada a asentar la autoridad.

El tema de la eficacia de las fuentes se pone de manifiesto con mayor acuidad aún acerca de la doctrina y de la jurisprudencia.

Se fragiliza la doctrina al multiplicar sus expresiones. Esa bulimia documentalista permite captar un flujo de informaciones cada vez más denso, pero conduce necesariamente a hacer migas la capacidad de reflexionar, lo que desemboca en especializaciones excesivas -¿cómo se puede conocer todo?-.

Los elementos de reflexión que se diseminan a través de los nuevos medios de comunicación de masa tampoco presentan el carácter mínimo de perennidad y de autoridad científica que justifique elevarlos al rango de doctrina. Los medios de los que se vale este nuevo "sistema" para expresarse son volátiles, lo cual conduce a la pérdida de coherencia y disminuye su resonancia ¿Cuántas no son las veces que un portal que no se ha consultado durante algún tiempo, ya no responde a la dirección indicada; que haya "muerto" sencillamente o que no

d'informations sur les évolutions pertinentes de la réglementation et de la jurisprudence ainsi que dans le domaine économique, social, culturel et technologique ; d) de fonctionner comme un forum d'évaluation du marché numérique des œuvres et des autres objets, y compris la copie privée et l'usage de mesures techniques." Que dire de l'article 11 de la directive droit de suite, purement et simplement intitulé "clause de révision" ! La prudence des institutions communautaires démontre à loisir le manque de confiance dans l'évolutivité du texte. Elle accrédite le sentiment d'une législation "jetable" et ne contribue pas à en asseoir l'autorité.

La question de l'efficacité des sources se manifeste avec encore plus d'acuité pour la doctrine et la jurisprudence.

La doctrine est fragilisée par la multiplicité de ses expressions. Le butinage documentaire permet d'appréhender un flux d'informations toujours plus dense, mais il conduit, par nécessité - comment tout connaître ? -, à un émiettement de la réflexion conduisant à des spécialisations excessives.

Les éléments de réflexion disséminés à travers les nouveaux médias ne présentent pas non plus toujours les caractères minimaux de pérennité et d'autorité scientifique qui justifient qu'on les érige au rang de doctrine. Les moyens qu'utilise cette nouvelle "doctrine" pour s'exprimer sont volatiles, ce qui conduit à en perdre la cohérence et à diminuer le retentissement. Combien de fois arrive-t-il qu'un site que l'on n'a pas consulté depuis quelque temps ne réponde plus à l'adresse indiquée ; qu'il soit purement et simplement "mort",

indicate clearly enough its change of address?

Beyond the anecdotal aspect, this raises the question of the ability to trace legal discussion. It will be almost systematically possible to find again such and such an article dating from the 19th century in a dusty tome but it is sometimes already too late to find any trace of a commentary read only a few weeks ago on the Internet. The durability of the critical apparatus is undermined as a result. The footnotes referring to hypertext links may well turn out to be dead ends for readers who attempt to follow them a few years after they have been cited. At a more general level, the authoritative nature of the sources of information on the networks is questionable, both because it is hard to identify their origin and because of the uncertainty surrounding their fate.

The instability of the sources of information is matched by a certain instability of legal literature which, losing the unitary character that it was presumed to have (38), fulfils its role today less than ever before as a source of law. It is paradoxically at the very moment when discussions are particularly heated and reactions particularly sharp that it is becoming difficult to identify *the* teaching. When everyone develops their interpretation of the texts through the same universally accessible medium, a levelling effect between the various opinions expressed takes place. The authority attached to an article published in a recognised journal does not - yet - have its equivalent on the Internet. Those in the legal field who are seeking an

baya referenciado con la suficiente claridad que sus coordenadas han cambiado?

Fuera del carácter anecdótico que esto tiene, lo que se plantea es la trazabilidad de la reflexión jurídica. Es posible, casi sistemáticamente, volver a echar mano de un Artículo del siglo XIX que se encuentra en un compendio lleno de polvo, pero ya es muy tarde para encontrar cualquier traza de un comentario leído en Internet algunas semanas antes. Todo lo que tiene de perenne el aparato crítico, está tratado de mala manera. Las notas al pie de página que hacen referencia a las uniones hipertexto entrañan el riesgo de transformarse en un verdadero fiasco para el lector que trate de interrogarlas algunos años después de haberse citado. Por regla general, cabe dudar por igual de la fiabilidad de las fuentes de información de la red en cuanto a la dificultad que presenta indentificar su procedencia, que en cuanto a la incertidumbre que acompaña su destino.

A la inestabilidad de las fuentes de información corresponde una cierta inestabilidad de la doctrina, la cual, al perder su presunto carácter unitario (38), menos que nunca asume ahora su papel de fuente del Derecho. Paradójicamente, es en este momento en el que los debates son más vivos y las reacciones más aceradas cuando es difícil identificar la doctrina. Puesto que cada quien expone su interpretación de los textos a través del mismo medio de comunicación -accesible a todos- el efecto que se produce con, ésto es una nivelación de las opiniones emitidas. La autoridad inherente a una Revista reconocida de la que emana una publicación, no tiene aún su émulo en Internet. El profesional que busca a la zaga la interpretación de un texto, se va

ou qu'il n'ait pas suffisamment clairement référencé son changement de coordonnées ?

Au-delà du caractère anecdotique, se pose la question de la traçabilité de la réflexion juridique. Il sera presque systématiquement possible de remettre la main sur tel article du XIX^{ème} siècle dans de gros recueils poussiéreux mais il est déjà parfois trop tard pour retrouver une quelconque marque d'un commentaire lu quelques semaines auparavant sur Internet. La pérennité de l'appareil critique est alors mise à mal. Les notes de bas de page référençant des liens hypertextes risquent de se transformer en véritables fins de non-recevoir pour le lecteur qui tentera de les interroger quelques années après leur citation. Plus généralement, la fiabilité des sources d'information sur les réseaux est sujette à caution, tant par la difficulté d'identification de leur origine que par les incertitudes marquant leur destinée.

A l'instabilité des sources d'information correspond une certaine instabilité de la doctrine qui, perdant son caractère présumé unitaire (38), assure moins que jamais son rôle de source du droit. C'est paradoxalement au moment où les débats se font les plus vifs et les réactions les plus aiguisées qu'il devient difficile d'identifier *la* doctrine. Chacun développant son interprétation des textes sur le même média, accessible à tous, il s'opère un effet de nivellement entre les opinions émises. L'autorité attachée à la publication dans une revue reconnue n'a pas - encore - son pendant sur Internet. Le professionnel en quête d'interprétation sur un texte va se trouver face à des sources d'information multiples qu'il aura peine à "hiérarchiser". Il ne faut pas se

interpretation of a text are going to be confronted with a variety of sources of information which they will find hard to organise into a "hierarchy". Let there be no mistake. It is not being suggested that there is any drop in the standard of the analysis but rather that because of their profusion, conflicting commentaries reflect an unquestionable inability to establish a "prescriptive" interpretation of the rule of law (39) and to pin it down. Too many teachings kill teaching.

Case law is also a victim of the multitude of decisions. As the judicial time frame no longer seems to meet the needs of practice, the Court of Cassation is slow to do its job of settling the law, particularly in innovative sectors. The dangerous potential impact of transactions over the networks - speed, extensiveness - usually leads to decisions on crucial points of copyright law on the Internet, such as the notions of communication to the public and private use, being rendered in summary proceedings.

At the same time, the significant publicity that these decisions receive is doubtless excessive in view of the nature of the proceedings which necessarily confines the judge's assessment to a superficial analysis. Decisions which would have gone unnoticed earlier now receive a coverage that helps to increase, if not to distort, their impact. Pending a stand by the supreme court, such orders become case law... But can it still be referred to as case law when it involves only scattered, one-off decisions that are not intended to be transcendent?

a encontrar frente a una multiplicidad de informaciones que le costará "jerarquizar". No hay que equivocarse. No se trata de decir que hay una desperdición en cuanto a la calidad del análisis, sino que a causa de la profusión de éstos, los comentarios en sentido opuesto, expresan una verdadera falta de aptitud para fundar una interpretación "normativa" de la regla de derecho (39) y a fijar los contornos. Demasiada doctrina mata la doctrina.

Asimismo, la jurisprudencia también es víctima de esa cantidad de decisiones. La noción de tiempo judicial, no parece ya corresponder a lo que requiere la práctica, la Corte de Casación tarda en realizar su cometido que consiste en asentar el Derecho, sobre todo en sectores innovantes. Las potencialidades ciertamente riesgosas de las transacciones que se efectúan en la red -rapidez, extensión- conducen con la mayor frecuencia al Juez de urgencias a rendir sentencias respecto a puntos cruciales del Derecho de autor por lo que a Internet se refiere, tales como la noción de comunicación al público y el uso privado.

Ahora bien, el estruendoso eco que se le da a estas sentencias sin duda alguna es desmesurado, si se toma en consideración el marco en el que se desenvuelve el Juez encargado, el cual limita necesariamente su apreciación a un análisis "superficial". Decisiones que antes habrían pasado desapercibidas son hoy objeto de una difusión que contribuye a ampliar su impacto, a deformarlo incluso. En espera de que la alta jurisdicción se pronuncie, tal o cual ordenanza sienta jurisprudencia. Empero, ¿se puede seguir hablando de jurisprudencia cuando de lo que se trata únicamente es de sentencias dispersas, determinadas, sin vocación trascendental?

méprendre. Il ne s'agit pas de dire qu'il y a une déperdition de la qualité de l'analyse mais qu'en raison de leur profusion, les commentaires en sens opposés démontrent une inaptitude certaine à fonder une interprétation "normative" de la règle de droit (39), à en fixer les contours. Trop de doctrines tue *la* doctrine.

La jurisprudence est également victime de la multitude de décisions. Le temps judiciaire ne semblant plus répondre aux besoins de la pratique, la Cour de cassation tarde à faire son office de fixation du droit, particulièrement dans des secteurs innovants. Les potentialités dangereuses des transactions par les réseaux - rapidité, étendue - amènent le plus souvent le juge des référés à rendre des décisions sur des points cruciaux du droit d'auteur sur Internet tels que la notion de communication au public, l'usage privé.

Mais l'écho retentissant donné à ces arrêts est sans doute démesuré, eu égard au cadre de la saisine qui limite nécessairement l'appréciation du juge à une analyse "en surface." Des décisions qui seraient passées auparavant inaperçues reçoivent une diffusion qui contribue à étendre, voire à déformer leur impact. En attendant que la haute juridiction se prononce, une telle ordonnance fait jurisprudence... Mais peut-on encore parler de jurisprudence lorsqu'il ne s'agit plus que de décisions éparses, ponctuelles, sans vocation à la transcendance ?

Case law as a source of copyright law is also threatened by the lack of enforceability of certain decisions. While forum shopping is becoming commonplace, it nevertheless raises the question of the foreign decision's enforcement. A sentence in one State will not necessarily be implemented as a matter of course in the State from which the unlawful act was committed, especially if that act is not unlawful in the latter State. The application to enforce the foreign judgment may be rejected if the decision of the foreign court conflicts with the international public policy of the State in which enforcement is sought or if the court hearing the application considers that its foreign counterpart did not have a close enough nexus to the case to justify its jurisdiction (40).

The debate is less heated in the case of decisions issued by international or regional courts since the hierarchy of the norms would normally guarantee their implementation in domestic law (41). This is certainly so for the case law of the European Court of Justice the decisions of which, like the rest of Community law, have primacy.

If the national legislator rebels and insists, wrongly, that the national legal order is already consistent with the international or Community norm, the country may well face censure by a court (42). Thus France which relies on the theory of the "*droit de destination*" to assert that it meets its obligations concerning the rental and lending rights could be fined for non-compliance (43) if the Court found a manifest contradiction.

La jurisprudencia como fuente de Derecho de autor se ve también amenazada porque ciertas sentencias carecen de "justiciabilidad". Si bien es cierto que el "foro mercantil" (forum shopping) se generaliza, surge no obstante la cuestión de la aplicación de la decisión foránea. La condena emitida en un Estado, no llevará necesariamente a ponerla en obra en el Estado en el se se ha producido el acto delictivo, sobre todo, si en dicho Estado el acto no es vituperable. Se corre el riesgo de que se rechace el exequatur si es que el juez extranjero se pronuncia violando el orden público internacional del Estado donde tiene lugar la ejecución o, si es que el juez del exequatur considera que el lazo que liga a su homólogo extranjero al el litigio no es suficiente como para justificar su competencia (40).

El debate es menos intenso cuando se trata de decisiones que emanan de jurisdicciones internacionales o regionales, toda vez que es normal que la jerarquía de las normas hace que se apliquen en derecho interno (41). Es seguramente el caso de la jurisprudencia de la Corte de Justicia cuyas sentencias llevan el sello de la preeminencia, como todo el Derecho comunitario.

Si el legislador nacional se cierra de banda y tiende a considerar, erradamente, que su orden jurídica se conforma, de ahora en adelante, a la norma internacional o comunitaria, deberá temer que el juez (42) lo sancione. De tal modo, que es susceptible que Francia, por declarar que llena sus obligaciones relativas al derecho de alquiler y de préstamo, sea condenada por haber faltado (43), si es que la Corte viniere a considerar que la contradicción es manifiesta.

La jurisprudence comme source du droit d'auteur est encore menacée par le défaut de "justiciabilité" de certaines décisions. Si le *forum shopping* se généralise se pose toutefois la question de l'application de la décision étrangère. Une condamnation dans un État n'emportera pas nécessairement mise en œuvre dans l'État à partir duquel l'acte délictueux est opéré, surtout si dans ce dernier État, l'acte n'est pas répréhensible. L'*exequatur* risque d'être refusée si le juge étranger s'est prononcé en violation de l'ordre public international de l'État d'exécution ou si le juge de l'*exequatur* considère que son homologue étranger n'a pas de lien suffisant avec le litige pour justifier sa compétence (40).

Le débat est moins vif s'agissant des décisions émanant de juridictions internationales ou régionales, la hiérarchie des normes devant normalement assurer leur application en droit interne (41). C'est assurément le cas de la jurisprudence de la Cour de Justice, dont les décisions sont revêtues, comme le reste du droit communautaire, du sceau de la primauté.

Si le législateur national se cabre et tend à considérer, à tort, son ordre juridique comme étant d'ores et déjà conforme à la norme internationale ou communautaire, il doit craindre la sanction d'un juge (42). Ainsi, la France qui s'appuie sur la théorie du droit de destination pour déclarer remplir ses obligations relatives aux droits de location et de prêt est susceptible d'être condamnée en manquement (43) si la Cour venait à considérer la contradiction manifeste.

The solution is less clear-cut in the case of decisions issued by the WTO's DSB (44). The sanction determined by the DSB usually involves spontaneous implementation by the party in breach of its obligations (45). But what happens if the State in question does not comply?

The coercion mechanisms provided by the WTO are intrinsic (46) and do not imply the involvement of courts which, it follows, would not have the necessary means of enforcement. This raises the issue of the impact of the DSB's case law if its interpretation is ignored. The issue is a particularly sensitive one because the DSB has accepted that it is competent to interpret not only the TRIPS Agreement but also the Berne Convention to which the Agreement refers. Thus the panel report in the EC/USA dispute concluded that *"Article 13 of the TRIPS Agreement applies to Articles 11bis(1)(iii) and 11(1)(ii) of the Berne Convention (1971) as incorporated into the TRIPS Agreement, given that neither the express wording nor the context of Article 13 or any other provision of the TRIPS Agreement supports the interpretation that the scope of application of Article 13 is limited to the exclusive rights newly introduced under the TRIPS Agreement"* (paragraph 6.94). Accordingly, it is not merely for national courts to interpret the Berne Convention now; the WTO visits it too...

At a more general level, is WTO law likely to be applied in the Member States? In this regard, it is important to remember that the Court of Justice ruled

La solución es menos clara en tratándose de decisiones rendidas por la ORD (44) de la OMC. Aplicar la sanción determinada por la ORD pasa normalmente por una aplicación espontánea en cuanto a la parte ausente (45). Pero, ¿qué ocurre si el Estado condenado no obedece?

Los mecanismos de coercición previsto por la OMC son intrínsecos (46) y no presuponen la colaboración de los Jueces los cuales -en la hipótesis- no tendrían a su disposición los medios necesarios para poner en obra dichos medios de coercición. Por consiguiente, en este contexto, no queda sino interrogarse acerca del impacto de la jurisprudencia de la ORD cuando la interpretación a la que se haya llegado no tenga efecto Este asunto es tanto más sensible cuanto que le ORD no sólo se considera competente para interpretar los ADPIC sino para interpretar incluso la Convención de Berna a la que éstos remiten. Es así como el Informe especial rendido en el contencioso CE/USA concluye que "el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se aplica a los Artículos 11bis 1) 3º y 11 1) 2º de la Convención de Berna (1971), tal cual se han incorporado en el Acuerdo ADPIC, habida cuenta de que ni la redacción expresa ni el contexto del Artículo 13 o de cualquier otra disposición del Acuerdo sobre los ADPIC no sustentan la interpretación según la cual el campo de aplicación del Artículo 13 se limita a los derechos exclusivos introducidos recientemente en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC." (considerando n° 6.94). Por consiguiente, a partir de ahora, la Convención de Berna ya no se interpreta solamente en los pretorios nacionales, sino que también se visita en la OMC ...

En general ¿el derecho de la OMC, tiene posibilidades de ser aplicado en los Estados miembros? Respecto a esto, es importante no olvidar que la Corte de

La solution est moins nette s'agissant des décisions de l'ORD (44) de l'OMC. L'application de la sanction déterminée par l'ORD passe normalement par une application spontanée de la partie défaillante (45). Mais *quid* si l'État condamné n'obtempère pas ?

Les mécanismes de coercition prévus par l'OMC sont intrinsèques (46) et ne supposent pas la collaboration des juges qui, par hypothèse, ne disposeraient pas des moyens de mise en œuvre nécessaires. Il reste à s'interroger donc sur l'impact de la jurisprudence de l'ORD dans ce contexte, si l'interprétation dégagée n'est pas suivie d'effets. La question est d'autant plus sensible que l'ORD s'est reconnu compétent pour interpréter non seulement les ADPIC mais encore la Convention de Berne à laquelle ces derniers renvoient. Ainsi le rapport spécial rendu dans le contentieux CE/USA conclut que *"l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'applique aux articles 11 bis 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, étant donné que ni le libellé exprès ni le contexte de l'article 13 ou de toute autre disposition de l'Accord sur les ADPIC n'étaient l'interprétation selon laquelle le champ d'application de l'article 13 est limité aux droits exclusifs nouvellement introduits dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC."* (attendu n° 6.94). Désormais donc, la Convention de Berne ne s'interprète plus seulement dans les prétoires nationaux, elle se visite également à l'OMC...

Plus généralement, le droit de l'OMC a-t-il des chances d'être appliqué dans les États membres ? A cet égard, il importe de rappeler que la Cour de

out the TRIPS Agreement's direct application in Community law (47) and preferred to rely on the doctrine of consistent interpretation, which suggests that it would allow itself some latitude in the application of WTO law. More precisely, the Court's teachings are incorporated into and thus become part of Community law. But what would happen in the event of conflicting interpretations? What should a national court do if asked to interpret the Berne Convention: rely on the interpretation of its own supreme court, that of the Court of Justice or again the interpretation of the DSB?

Where is *the* case law? What decision or decisions may be used as a reference? The most recent one? The decision rendered by the highest court of law? The one that has the advantage of being a good solution, even if it was rendered outside the legal system applicable to the individual seeking an answer?

In point of fact, these questions bring us back to an even more crucial one which is that of the authority of the sources. The concept of source implies that the stated rule is intended to be generally applicable but it also includes the assumption that its origin is legitimate.

A rule that has no reason to apply in a particular jurisdiction because it has no authority is not a source of law since it is not perceived as such in that legal order. The application of a rule of law presupposes that its legitimacy is recognised, usually through the constitutional system in which it is incorporated. In democracies, such a system is based on the idea of expressing

Justicia descartó la aplicación directa de los Acuerdos ADPIC en Derecho comunitario (47) al preferir remitirse a la doctrina de la interpretación conforme, lo cual deja pensar que se autoriza un margen para maniobrar en cuanto a la aplicación del Derecho de la OMC. Para ser más precisos, incorpora su aprendizaje en Derecho comunitario para conferirle efectividad. Ahora bien, ¿qué pasa cuando las interpretaciones se contradicen? ¿Qué es lo que tendrá que hacer el Juez nacional encargado de una solicitud de interpretación de la Convención de Berna, es decir: ¿se remitirá a la interpretación de su Corte de Casación, a la de la Corte de Justicia o aún a la de la ORD?

¿Dónde está la jurisprudencia? ¿Qué decisión o qué decisiones pueden servir de referencia? ¿La última? ¿La que rindió la jurisdicción más alta? ¿Aquella cuyas ventajas aportan una buena solución, aun cuando sea una solución rendida por fuera del sistema jurídico del cual depende el individuo que busca obtener respuestas?

Estas preguntas nos conducen en realidad a un interrogante aún más crucial que es el de la autoridad de las fuentes. El concepto de fuente supone que la vocación de la regla enunciada sea la generalidad a lo que viene a sumarse igualmente lo legítimo de su origen.

No es fuente de Derecho la regla que no tiene por qué aplicarse en un espacio particular, puesto que no está revestida de ninguna autoridad y porque el orden jurídico no la aprehende como tal. La aplicación de la regla de Derecho supone que se le reconozca su carácter legítimo, reconocimiento que brota normalmente del sistema constitucional en el cual ella se integra, sistema éste que, en las

Justice a écarté l'application directe des accords ADPIC en droit communautaire (47), préférant s'en remettre à la doctrine de l'interprétation conforme, ce qui laisse penser qu'elle s'autorise une marge de manœuvre dans l'application du droit de l'OMC. Plus précisément, elle incorpore ses enseignements en droit communautaire pour leur conférer une effectivité. Mais que se passe-t-il si les interprétations se contredisent ? Que devra faire le juge national saisi d'une demande d'interprétation de la Convention de Berne : s'en remettre à l'interprétation de sa cour de cassation, à celle de la Cour de Justice, ou encore à celle de l'ORD ?

Où est *la* jurisprudence ? Quelle ou quelles décisions peuvent-elles servir de référence ? La dernière en date ? Celle rendue par la plus haute juridiction ? Celle qui présente les avantages d'une bonne solution, même si elle est rendue en dehors du système juridique dont dépend l'individu en quête de réponses ?

En réalité, ces questions renvoient à une interrogation plus cruciale encore qui est celle de l'autorité des sources. Le concept de source suppose que la règle énoncée ait une vocation à la généralité mais il subsume également que son origine soit légitime.

N'est pas une source de droit la règle qui n'a pas lieu de s'appliquer dans un espace particulier car elle n'est revêtue d'aucune autorité, car elle n'est pas appréhendée comme telle dans l'ordre juridique. L'application de la règle de droit suppose qu'on lui reconnaisse un caractère légitime, reconnaissance normalement issue du système constitutionnel dans lequel elle s'intègre, lequel

the national will. This is exactly what is wrong with copyright law today. It is not that the rule lacks legitimacy in the legal system but that it is perceived as doing so by certain citizens.

2. The question of the "representative" character of the sources

The need to increase the representative character of the bodies originating copyright law is currently being debated.

When the *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique* was formed, the Minister expressed what is supposed to be the underlying philosophy of the Council in the following terms (48): "the changing technological environment - digitisation and interconnecting networks - makes intellectual property law, which seemed restricted to professional bodies and specialists, a matter for *public debate*". This debate should be centred around two premises; firstly, "sustainable and thus remunerated creation should be the primary and permanent objective of intellectual property law" but, secondly, "freedom of access to works for every category of public should also guide the CSPLA's thoughts" (49).

The impact that the creation of the CSPLA had (50) shows in itself the relevance of such a discussion (51). What remains to be seen is under what auspices this discussion is organised, because the Council's general direction and responsibilities are not clearly defined. Thus the combination sought by the Minister, namely authors' rights and freedom of access (some would say a

democracias, reposa en la noción de expresión de la voluntad nacional. Sin embargo, es precisamente de éste de lo que sufre el Derecho de autor. No es que la regla carezca de legitimidad en el sistema jurídico, lo malo es que los ciudadanos la vean como ilegal.

2. Del tema acerca de lo "representativo" de las fuentes

La necesidad de que las instancias tengan una mayor representatividad en la fuente del Derecho de autor está actualmente en debate.

Quando se instaló el Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística, la Ministro expresó en los siguientes términos cual es la filosofía que inspira la instancia (48): "la novedad que supone del entorno técnico -la numerización y la interconexión de las redes- sitúa al Derecho de la propiedad intelectual en el debate público, el cual parecía quedar reservado solamente a profesionales y especialistas". Este debate debe articularse en torno a dos premisas; de una parte, "la creación duradera, luego remunerada, debe ser el objetivo primordial y permanente del Derecho de la Propiedad Intelectual", ahora bien, por otra parte, "la libertad de acceso a las obras para todos los públicos deberá constituir la segunda guía de reflexión del CSPLA" (49).

El clamor suscitado por la creación del CSPLA (50) es suficiente para demostrar la utilidad de una discusión (51) como ésta. Queda por saber, bajo qué auspicios se organiza esta reflexión, ya que, las orientaciones y las competencias del Consejo no están claramente definidas. Así, tal como proyecta la Ministra, conjugar el Derecho de autor con una libertad de acceso -algunos dirían con un derecho de

système repose, dans les démocraties, sur l'idée d'expression de la volonté nationale. Or, c'est justement ce dont souffre aujourd'hui le droit d'auteur. Non que la règle soit illégitime dans le système juridique mais qu'elle soit perçue comme telle par certains citoyens.

2. La question de la "représentativité" des sources

La nécessité d'une plus grande représentativité des instances à la source du droit d'auteur est actuellement débattue.

Lors de l'installation du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, la ministre exprimait en ces mots la philosophie qui est censée animer l'instance (48) : "le renouvellement de l'environnement technique - la numérisation et l'interconnexion des réseaux - place dans le *débat public* le droit de la propriété intellectuelle qui semblait réservé aux seuls professionnels et spécialistes". Ce débat doit s'articuler autour de deux prémisses ; d'une part "la création durable, donc rémunérée, doit constituer l'objectif premier et permanent du droit de la propriété intellectuelle" mais, d'autre part, "la liberté d'accès aux œuvres pour tous les publics devra être le second guide des réflexions du CSPLA" (49).

Le retentissement de la création CSPLA (50) suffit à démontrer l'utilité d'une telle discussion (51). Reste à savoir sous quels auspices cette réflexion s'organise. Car les orientations et les compétences du Conseil ne sont pas clairement définies. Ainsi la conjugaison visée par la ministre, du droit d'auteur avec une liberté d'accès - certains diraient un droit

right of access) for the public reflects a new approach to the challenges in this field.

However, it is justified to query whether the concern to achieve a balance of interests expressed in the Council's terms of reference is reflected in its composition (52). Indeed, out of the fifty members, there are, for example, only two representatives of consumers. The laudable effort to bring copyright issues into the centre of the public arena generates antagonistic claims, with each party wishing to put forward its views and each one fearing that it will not be sufficiently "represented". As a result, the impartiality of the body has been challenged. Some have suspected it of being in the pay of authors while others have accused it of being subservient to the interests of producers as against those of authors and so on.

Similarly, questions have been raised concerning the usefulness of such consultation and, in particular, the Council's relationship to other bodies such as the *Forum des droits de l'Internet* (53). Determining the respective roles of the CSPLA, the ministry responsible for framing legislation in this field and Parliament also raises difficulties. Which of these three will actually be responsible for drawing up the future principles of the law of authors' rights? Is the establishment of the CSPLA likely to challenge the government's work and the law's discussion in the National Assembly? Will this body's recommendations have to be followed up systematically, in which case the law would merely serve to endorse its options? Or, on the contrary, should Parliament consider that it remains fully in control of the legislative trends in this field, in which case the work of the Council, despite the

acceso- del público, dependen de una nueva manera de abordar lo que está sobre el tapete en este campo.

Sea como sea, es legítimo preguntarse si la preocupación por ponderar los intereses expresados en la misión del Consejo, se hace patente en la forma como está compuesto (52). Así es en efecto, de entre los cincuenta miembros por ejemplo, sólo se contabilizan dos consumidores. El esfuerzo loable por llevar los temas del Derecho de autor a la escena pública suscita pretensiones antagonistas, ya que cada quien quiere hacer valer su punto de vista y cada quien tiene el temor de no verse suficientemente "representado". De ahí, que se impugne lo imparcial de la instancia, sobre la que recae la sospecha de que, para algunos, está a sueldo de los autores y, para otros, está vendida a los intereses de los productores en contra los de los autores, etc.

Se denuncia asimismo la utilidad de tal concertación y, sobre todo, su articulación con las demás instancias como el Foro de los derechos de Internet (53). Repartir los papeles entre el CSPLA, el Ministerio encargado de los Proyectos de ley y el Parlamento también plantea dificultades. ¿De estas tres instancias, cuál de ellas se encargará efectivamente de elaborar los futuros principios del Derecho de autor? ¿La creación del CSPLA tiene el carácter de rivalizar con la labor del Gobierno y discutir la ley en la Asamblea? ¿Las recomendaciones que haga el CSPLA deberán seguirse de los correspondientes efectos, en cuyo caso la ley no serviría más que para darles su aval? O al contrario, ¿debe considerar el Parlamento que sigue siendo plenamente dueño de las orientaciones legislativas en este ámbito, en cuyo caso la labor del Consejo puede verse

d'accès - du public relève d'une nouvelle approche des enjeux dans ce domaine.

Toutefois, il est loisible de se demander si le souci de pondération des intérêts exprimé dans la mission du Conseil se retrouve dans sa composition (52). En effet, parmi ces cinquante membres, on ne comptabilise, par exemple, que deux représentants des consommateurs. L'effort louable de porter les questions du droit d'auteur sur le devant de la scène publique suscite des prétentions antagonistes, chacun voulant faire valoir son point de vue, et chacun redoutant de ne pas se voir suffisamment "représenté". D'où une contestation de l'impartialité de l'instance, suspectée d'être pour certains à la solde des auteurs, pour d'autres d'être inféodée aux intérêts des producteurs contre ceux des auteurs et ainsi de suite.

Est encore dénoncée l'utilité d'une telle concertation et notamment son articulation avec les autres instances comme le *Forum des droits de l'Internet* (53). La répartition respective des rôles entre le CSPLA, le ministère chargé des projets de loi et le Parlement n'est pas non plus sans poser de difficulté. Qui de ces trois instances aura effectivement la charge d'élaborer les futurs principes du droit d'auteur ? La création du CSPLA est-elle de nature à concurrencer le travail du gouvernement et la discussion de la loi à l'Assemblée ? Les recommandations émises par cette instance devront-elles être systématiquement suivies d'effet, auquel cas la loi ne servirait plus qu'à avaliser ses options ? Ou, au contraire, le Parlement doit-il considérer qu'il demeure pleinement maître des orientations législatives en ce domaine, et alors le travail

latter's expertise, might be disowned. Whatever the case, it raises the problem of the coherence of government action and the representation of divergent interests in the discussion.

This issue of representativeness arises even more acutely in connection with the "delegation of competence" for producing the rule. It is illustrated through the recent "resurrection" (54) of the so-called "Private Copying" Committee under Article L. 311-5 IPC as established by the law of 3 July 1985. With twenty-four appointed members, split equally between the representatives of the various categories of rightholders, on the one hand, and those of the organisations representing consumers and manufacturers and importers (55), on the other, it is responsible for determining the conditions governing the remuneration for private copying (56). At a time when this issue crystallises the negative reactions to the invasion of the private sphere by copyright law (57), the Committee adopted, on 4 January 2001 (58), an important decision extending the royalty to new removable digital recording media. This decision received strong criticism in the press (59).

Above all, a fierce controversy has flared up concerning the appropriateness of extending the remuneration to fixed media that are not specifically dedicated to private copying. The royalty basis might then be separated from the actual use of the medium to copy protected works. This issue even stirred up strong feelings in Parliament which has just received a report on private copying presented by Deputy Migaud (60). The latter considers that *"the levy is becoming farther and farther removed from private remuneration* (61) *and is*

desautorizada, a pesar de su pericia? Sea como sea, en cuanto a lo que al núcleo de la reflexión se refiere, se plantea el problema de la coherencia de la acción gubernamental y de la representación de intereses divergentes.

El tema de la representatividad se agudiza aún más respecto a la "delegación de competencia" relativa a producir la regla. Está se ilustra a través de la "reaparición" (54) reciente de la Comisión del Artículo L. 311-5 CPI, denominada "copia privada" e instituida por la ley del 3 de julio de 1985. Compuesta por tanto, de veinticuatro miembros designados por tanto, según la paridad entre los representantes de las distintas categorías de derechohabientes, de una parte y, de la otra parte, de las organizaciones que representan a consumidores, fabricantes y importadores (55), la Comisión tiene a su cargo determinar las condiciones en las que debe remunerarse la copia privada (56). A la hora en que este asunto cristaliza reacciones negativas sobre la invasión del Derecho de autor (57) en la esfera privada, la Comisión adoptó el 4 de enero de 2001 (58), una importante decisión que extiende el pago de la tasa a los nuevos soportes amovibles de grabación numérica, decisión que ha sido objeto de vivas críticas en la prensa (59).

La polémica es virulenta por lo que respecta sobre todo a la oportunidad de ampliar la base de la remuneración a los soportes fijos que no se especializan en la copia privada. La base de la tasa se disociaría entonces, eventualmente, de la utilización efectiva del soporte si se tratara de la copia de obras protegidas. Este tema ha conmovido incluso al Parlamento, el cual, por boca del diputado Migaud (60), acaba de rendir un Informe acerca de la copia privada. El diputado Migaud estima que, "la deducción se aparta cada vez más de lo que es la remuneración privada (61)

du Conseil risque, en dépit de son expertise, d'être désavoué. Se pose dans tous les cas le problème de la cohérence de l'action gouvernementale et de la représentation des intérêts divergents au sein de la réflexion.

Cette question de la représentativité est encore plus aiguë dans le cadre de la "délégation de compétence" relative à la production de la règle. Elle s'illustre à travers la récente "résurrection (54)" de la commission de l'article L. 311-5 CPI dite "copie privée" instituée par la loi du 3 juillet 1985. Composée de vingt-quatre membres désignés, pourtant à parité entre les représentants des différentes catégories d'ayants droit, d'une part et, d'autre part, des organisations représentatives des consommateurs et des fabricants et importateurs (55), elle est chargée de déterminer les conditions de la rémunération pour copie privée (56). A l'heure où cette question cristallise les réactions négatives sur l'envahissement de la sphère privée par le droit d'auteur (57), elle a adopté, le 4 janvier 2001 (58), une importante décision étendant la redevance sur de nouveaux supports amovibles d'enregistrement numérique, décision qui a fait l'objet de vives critiques dans la presse (59).

Surtout, la polémique fait rage à propos de l'opportunité d'élargir l'assiette de la rémunération sur des supports fixes non spécialement dédiés à la copie privée. L'assiette de la redevance serait alors éventuellement dissociée de l'utilisation effective du support à des fins de copie d'œuvres protégées. Cette question a même ému le Parlement qui vient, par la voix du député Migaud (60), de rendre un rapport sur la copie privée. Ce dernier estime que *"le prélèvement s'éloigne de plus en plus d'une rémunération privée (61) et*

increasingly resembling a specific tax falling within the category of taxes generally. Accordingly, while it is not illegitimate that a form of mutualisation of the remuneration should be imposed on users of recording media, the problem now lies above all in the legitimacy of the authority deciding on the obligations imposed on payers. From this perspective, the system of determination by an independent committee no longer appears to be very satisfactory" (62). This statement thus clearly raises the question of whether it is appropriate for the national representative body to delegate some of its normative competence to a specialist body (63) at a time when voices are being raised to challenge the validity of the system.

But, as the parliamentary reporter suggests, the desire to have responsibility for setting the remuneration for private copying reassigned to Parliament would have an impact on its legal nature. This shift of responsibility, despite its technical appearance, would actually commute "private remuneration" into a tax, the idea being that the burden of paying royalties would no longer be placed solely on users but would fall on the whole community. It will be noted, however, that, in connection with the remuneration determined by the "equitable remuneration" committee under Article L. 214-4 IPC (64) for the exploitation of commercial phonograms, the Council of State, in a decision of 13 September 2000 (65), rejected the "taxes generally" classification.

This debate provides a fairly good example of the close relationship existing between the form and the substance of law. Parliament's possible

y se asemeja más a lo que es un impuesto específico que entra en la categoría de toda índole de impuestos. De donde, no es ilegítimo imponerles a los utilizadores de soportes para grabar una forma de mutualización de la remuneración, donde se centra el problema, sobre todo, es qué autoridad tiene legitimidad para decidir cuales son las sujeciones que se imponen al deudor. En cuanto a este punto de vista, lo que parece es que no es mucho más satisfactorio el sistema de fijación por una Comisión independiente" (62). *La cuestión se plantea así con toda claridad en cuanto a saber si para la representación nacional es oportuno delegar una parte de la competencia normativa a una instancia especializada (63), a la hora en que se elevan voces para impugnar la bondad del sistema.*

Ahora bien, como lo sugiere el portavoz, la voluntad del Parlamento de retomar en sus manos las condiciones de fijación de la remuneración por copia privada, incidirá sobre su naturaleza jurídica. Esta modificación de competencia -bajo apariencias técnicas- equivaldría a conmutar "una remuneración privada" por un impuesto; la idea que hay detrás de esto es que el peso de los derechos de autor ya no recaería sobre los utilizadores solamente, sino sobre el conjunto de la colectividad. Habrá que destacar, no obstante, que en relación a la remuneración determinada por la Comisión sobre la remuneración equitativa prevista por el Artículo L. 214-4 CPI (64) y que se refiere a la explotación de los fonogramas del comercio, el Consejo de Estado, mediante una decisión del 13 de septiembre de 2000 (65), descartó la calificación de imposición de cualquier índole.

Este debate ilustra suficientemente, la estrecha relación que existe entre la forma del Derecho y el fondo. Transferir eventualmente de manos de la Comisión

ressemble davantage à une imposition spécifique entrant dans la catégorie des impositions de toute nature. Dès lors, s'il n'est pas illégitime qu'une forme de mutualisation de la rémunération soit imposée aux utilisateurs de supports d'enregistrement, le problème réside désormais surtout dans la légitimité de l'autorité décidant des contraintes imposées aux redevables. De ce point de vue, il apparaît que le système de fixation par une commission indépendante n'est plus guère satisfaisant" (62). Se trouve ainsi clairement posée la question de l'opportunité pour la représentation nationale de déléguer une partie de la compétence normative à une instance spécialisée (63), à l'heure où s'élèvent des voix pour contester le bien-fondé du système.

Mais, comme le suggère le rapporteur, la volonté de reprise en main des conditions de fixation de la rémunération pour copie privée par le Parlement ne serait pas sans incidence sur sa nature juridique. Cette modification de compétence, sous des allures techniques, reviendrait à commuer une "rémunération privée" en un impôt, l'idée étant que la charge des droits d'auteur ne reposerait plus sur les seuls utilisateurs mais sur l'ensemble de la collectivité. On remarquera toutefois que, relativement à la rémunération déterminée par la Commission de la rémunération équitable prévue par l'article L. 214-4 CPI (64) pour l'exploitation des phonogrammes du commerce, le Conseil d'État a, par une décision du 13 septembre 2000 (65), écarté la qualification d'imposition de toute nature.

Ce débat illustre assez la relation étroite qui existe entre la forme et le fond du droit. L'éventuel passage de la fixation de la rémunération pour

take-over of responsibility for setting the private copying remuneration from the committee would mean not only changing the competent authority but also completely altering its legal classification. But because there is a certain rejection of the remuneration for private copying by society generally, it is perhaps not inappropriate to restate its justification through the voice of the national legislator (66). The fragmentation of the sources should not call into question the legitimacy of the goal pursued.

However, are authors' rights themselves still legitimate? Do the weaknesses in the rules expressing them reveal weaknesses in the protection system? To answer these questions it is necessary to return to the source of authors' rights.

II. AUTHORS' RIGHTS AT THEIR SOURCE

What is the purpose of authors' rights? Are they still able to fulfil the functions that were assigned to them and do they still represent the values that they were supposed to reflect? Has the acculturation phenomenon arising from the fragmentation of the sources distorted the meaning of these rights?

Whatever the legal system from which they spring, authors' rights or copyrights are granted by the State to promote creation; that is their ultimate purpose. To return to the arguments of Renouard (67) who rejected the "property right" classification for authors' rights, it appears that copyright law is not a natural law (68) but rather a legal instrument to implement a political will to stimulate intellectual creation.

la fijación de la remuneración por copia privada a manos del Parlamento, fuera de que es un cambio de autoridad competente, constituiría una total modificación de su calificación jurídica. Ahora bien, puesto que la remuneración por copia privada es objeto de un cierto rechazo por parte del cuerpo social, es por lo que quizá no es inútil reafirmar que está justificada, justificación que debe transitar por la vía del legislador nacional (66). La desintegración de las fuentes no tiene porqué poner en tela de juicio que el propósito que se persigue es legítimo.

Sin embargo ¿el Derecho de autor en sí mismo, es aún legítimo? ¿El debilitamiento de las reglas que lo expresan son acaso reveladoras del debilitamiento de la protección? La respuesta supone ir basta la fuente del Derecho de autor.

II. DEL DERECHO DE AUTOR EN LA FUENTE

¿Para qué sirve el Derecho de autor? ¿Está en capacidad de responder a las funciones asignadas y corresponde aún a los valores reputados como suyos? ¿El fenómeno de aculturación surgido de la desintegración de las fuentes había desviado el sentido del Derecho? ¿que se del propósito a cambiar

Cualquiera que sea el sistema jurídico del cual brota, el Derecho de autor lo atribuye el Estado para promover la creación; es ésta su última finalidad. Tomando de nuevo los argumentos que desarrolla Renouard (67) que no acepta que se califique al Derecho de autor de Derecho de propiedad, parece ser que el Derecho de autor no es un Derecho natural (68), sino un instrumento jurídico capaz de poner en marcha una voluntad política dirigida a estimular la creación intelectual.

copie privée de la commission au Parlement constituerait, au-delà d'un changement de l'autorité compétente, une totale modification de sa qualification juridique. Mais parce que la rémunération pour copie privée fait l'objet d'un certain rejet du corps social, il n'est peut-être pas inutile de réaffirmer sa justification par la voix du législateur national (66). L'éclatement des sources ne doit pas remettre en question la légitimité du but poursuivi.

Mais le droit d'auteur lui-même est-il encore légitime ? Les faiblesses relatives aux règles qui l'expriment sont-elles révélatrices des faiblesses de la protection ? La réponse suppose de remonter à la source du droit d'auteur.

II. Le droit d'auteur à sa source

A quoi sert le droit d'auteur ? Est-il encore en mesure de répondre aux fonctions qui lui sont assignées et correspond-t-il encore aux valeurs qu'il est censé refléter ? Le phénomène d'acculturation issu de l'éclatement des sources a-t-il dévoyé le sens du droit ?

Quel que soit le système juridique dont il est issu, le droit d'auteur est attribué par l'État afin de promouvoir la création ; c'est sa finalité ultime. Reprenant les développements de Renouard (67) qui rejette la qualification de droit de propriété pour le droit d'auteur, il apparaît que le droit d'auteur n'est pas un droit naturel (68) mais un instrument juridique susceptible de mettre en œuvre une volonté politique de stimulation de la création intellectuelle.

The method adopted varies from State to State. Some place emphasis on rewarding authors (69), others prefer to favour investors; but the goal remains the same. Beyond the monopoly, authors' rights are supposed to represent the best way of fostering imagination - or even innovation - by guaranteeing the means of subsistence of creative individuals and, in the case of the moral rights, by ensuring that their contribution is treated with respect. From this perspective, the natural destination of the work is the public domain, the temporary monopoly being a parenthesis, a necessary ill because it is a precondition for achieving the initial objective.

Has the fragmentation of the sources challenged this premise? Have the present authors' rights lost their soul through acculturation? Have they been contaminated by conceptions that are alien to their very foundations?

For the fact is that the initial equation is being challenged; some claim that authors' rights are overprotective, others that they provide poor protection. According to the latter, technological developments have turned the protection system into a sieve which is now incapable of fulfilling its function of defending right owners. What is needed then is to plug the holes by strengthening the prerogatives of right owners, even if it means stepping beyond the rationale of authors' rights when it proves powerless. It is at this price that creation will be preserved. According to the former, the public's rights are denied; a tendency to over-reserve rights makes the protection system intolerable, covering the slightest intellectual construction and controlling every act of use to the point of abuse.

El metodo varía según los Estados. Este, se inclinará por recompensar a los autores (69), aquel, preferirá gratificar a los inversionistas; pero el objetivo sigue siendo el mismo. Fuera del monopolio, el Derecho de autor se reputa como el Derecho que representa la mejor manera de favorecer la imaginación -incluso la innovación- asegurando la subsistencia de las personas que las originan (una y otra) y, por lo que al derecho moral se refiere, rendirle un homenaje a su aporte. Bajo esta perspectiva, el destino natural de la obra es el dominio público, el monopolio temporal es sólo un paréntesis, un mal necesario, una condición sine qua non para cumplir con el objetivo primordial.

¿La desintegración de las fuentes, ha puesto en tela de juicio este postulado? ¿El Derecho de autor actual habría perdido su alma al aculturarse? ¿Conceptos venidos de afuera y que nada tienen que ver él, lo habría contagiado?

Porque, béteme aquí, que se impugna la ecuación del principio; para los unos, el Derecho de autor protegería demasiado, para los otros, el Derecho de autor protegería mal. Según estos últimos, las evoluciones técnicas han hecho de la protección un colador que ya no está en capacidad de llenar su función, es decir, defender a los derechohabientes. Por lo tanto habría que taponar las brechas reforzando las prerogativas de los titulares a despecho de franquear la lógica del Derecho de autor cuando resulta ompotente. A este precio es como se preservaría la creación. Para los primeros, habría que denegar los derechos del público; una tendencia a la surreservación haría intolerable la protección que cubriría a la mínima construcción intelectual al controlar abusivamente cualquier acto correspondiente al uso.

La méthode retenue varie selon les États. Qui mettra l'accent sur la récompense des auteurs (69), qui préférera gratifier les investisseurs ; mais le but reste le même. Au-delà du monopole, le droit d'auteur est censé représenter le meilleur moyen de favoriser l'imagination - voire l'innovation - en assurant la subsistance des personnes qui en sont à l'origine, et pour le droit moral, l'hommage rendu à leur contribution. Dans cette perspective, la destination naturelle de l'œuvre est le domaine public, le monopole temporaire une parenthèse, un mal nécessaire car une condition *sine qua non* de l'accomplissement de l'objectif premier.

L'éclatement des sources a-t-il remis en question ce postulat ? Le droit d'auteur actuel aurait-il perdu son âme en s'acculturant ? Aurait-il été contaminé par des conceptions étrangères à ses fondements mêmes ?

Car voilà que l'équation de départ est contestée ; pour certains le droit d'auteur protégerait trop, pour d'autres, le droit d'auteur protégerait mal. D'après les seconds, les évolutions techniques feraient de la protection une passoire qui n'est plus à même de remplir sa fonction de défense des ayants droit. Il faudrait donc colmater les brèches en renforçant les prérogatives des titulaires quitte à dépasser la logique du droit d'auteur quand elle s'avère impuissante. C'est à ce prix que la création serait préservée. Pour les premiers, les droits du public seraient niés ; une tendance à la surréservation rendrait la protection intolérable, couvrant la moindre construction intellectuelle et contrôlant abusivement tout acte d'usage.

Yet, as Renouard also said, "a law on the subject can be good only if it fulfils the two conditions of neither sacrificing the rights of authors for the sake of the public's right nor sacrificing the public's right for the sake of authors' rights" (70). It remains to be shown that the rules of authors' rights as they exist today are consistent with this postulate.

If one accepts the premise that a better dissemination of culture and knowledge presupposes a - direct or indirect - incentive for authors, then the inquiry should focus on whether authors' rights are consistent with this reward function. In particular, it is necessary to determine whether this privilege is proportionate to the general aim.

A. The Function of Rewarding Authors

Some critics of the system challenge the usefulness of an exclusive right to pay "society's debt" to authors for their creative output. "Copyleft" as opposed to "copyright", relinquishment of rights for a better circulation of knowledge, free software against "proprietary" systems, the dialectic may seem appealing. If the monopoly leads to restricting access to the culture that it was supposed to promote, then get rid of the monopoly! Certainly, but then what do you replace it with?

1. The alternatives to the Exclusive Right?

No-one dares to go so far as to deny the usefulness of rewarding those who create. The greatest idealists put forward the idea that the celebrity attached to the dissemination of their works could serve in part as such a

Luego, tal como decía aún Renouard, "en esta materia, una ley no puede ser buena más que a la doble condición de no sacrificar el derecho de los autores al público, ni el derecho del público al de los autores" (70). Queda por ver si las reglas del actual Derecho de autor son fieles a este postulado.

Si acatamos la premisa según la cual una mejor difusión de la cultura y del conocimiento presupone que se gratifique -directa o indirectamente- al autor, aparece de inmediato el interrogante acerca de si hay adecuación entre el Derecho de autor y esta función de recompensa. Lo que hay que saber en particular es si este privilegio está proporcionado al objetivo general que se persigue.

A. Sobre la función de recompensa del autor

Ciertos críticos del sistema discuten acerca de la utilidad de un derecho exclusivo para pagar la "deuda social" que se le adeuda al autor por su creación. "Copyleft" opuesto a copyright, es decir, se pone de lado los derechos en provecho de una mejor circulación del saber, lógico libre contra sistemas "propietarios". Esta dialéctica puede parecer seductora. Si el monopolio conduce a restringir el acceso a la cultura cuya promoción está a su cargo, entonces, suprimamos el monopolio! Bien, ¿pero entonces por qué se reemplaza?

1. ¿Alternativas al derecho exclusivo?

Nadie se aventura hasta llegar a negar la utilidad de una recompensa destinada al creador. Los más idealistas adelantan la idea de que la fama ligada a la difusión de sus obras podría en parte, hacer las veces de ese tributo (71). Los

Or, ainsi que le disait encore Renouard, *“une loi sur cette matière ne saurait être bonne qu’à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni le droit du public à celui des auteurs (70)”*. Reste à démontrer que les règles du droit d’auteur actuel sont fidèles à ce postulat.

Si l’on admet la prémisse selon laquelle une meilleure diffusion de la culture et de la connaissance suppose une gratification - directe ou indirecte - de l’auteur, il convient de s’interroger sur l’adéquation du droit d’auteur avec cette fonction de récompense. En particulier, il faut savoir si ce privilège est proportionné au but général poursuivi.

A. La fonction de récompense de l’auteur

Certains critiques du système remettent en question l’utilité d’un droit exclusif pour payer la “dette sociale” due à l’auteur en raison de sa création. “Copyleft” opposé à copyright, abandon des droits au profit d’une meilleure circulation du savoir, logiciel libre contre systèmes “propriétaires”, la dialectique peut paraître séduisante. Si le monopole conduit à restreindre l’accès à la culture qu’il était censé promouvoir, alors supprimons le monopole ! Certes, mais alors par quoi le remplacer ?

1. Les alternatives au droit exclusif ?

Personne n’ose aller jusqu’à nier l’utilité d’une récompense de celui qui est à l’origine de la création. Les plus idéalistes mettent en avant l’idée que la notoriété attachée à la diffusion de leurs œuvres pourrait en partie tenir lieu d’un

tribute (71). Creators would thus live happily on prestige and thin air (72)..., for although the proposal is not without relevance, it could not serve as a basis for a system in which creation is not financed upstream.

While it is possible to accept, in theory, that payment for use of the work has no *raison d'être* when the author has already been "paid" something for creating it, the futility of the result has to be acknowledged when the creation is not "sponsored". This rationale thus necessarily leads to the development of public or private patronage as this new system's keystone: it is what is called making new things out of old. There is nothing to prove, moreover, that the mechanism would produce the desired results for society. Just a few wealthy people and the State would hold the reins of creation and be able to decide, arbitrarily, who is "authorised" to make and disseminate an intellectual production. The rule would be profoundly unjust (73).

This temptation to negate authors' rights grips the educational and research communities, eager for learning, which call upon the State and the public bodies to guarantee their mission of disseminating knowledge. This pressure could thus lead the State to change the ownership rules for State employees and to provide that works of public servants do not give rise to an author's right. However, the problem would only be partially resolved given that intellectual production is not restricted to the State employees. It remains to be seen how private creation would be remunerated if authors were not given any bargaining power in the form of an exclusive right.

creadores se delectarían, por consecuencia, con el prestigio y vivirían del aire... (72). Auncuando la proposición no careciera de pertinencia, no podría servir de fundamento a un sistema en el que la creación no fuese financiada ad initium.

Si puede admitirse en teoría que retribuir pecuniariamente al autor de la obra no tiene razón de ser cuando ésta se explota y el autor ya ha "percibido" algo por su creación, forzosamente no queda sino comprobar lo hueco de esta teoría cuando la creación carece de un "mecenas". Por consecuencia, esta manera de razonar conduce necesariamente a erigir el mecenato -público o privado- en puntal de este nuevo sistema: es lo que se llama hacer nuevo de lo viejo. Por añadidura, nada deja suponer que este mecanismo produciría los resultados esperados para la sociedad. Únicamente algunas gentes adineradas y el Estado llevarían las riendas de la creación y decidirían, arbitrariamente, quien está "autorizado" a realizar y a difundir una producción intelectual. La norma sería eminentemente injusta (73).

Esta tentación de negar el Derecho de autor, habita los medios educacionales y de investigación, los cuales, ávidos de saber, apelan al Estado y a los organismos públicos para que les asegure su misión de difundir y dar a conocer su saber. Esta presión podría conducir al Estado a cambiar las normas de titularidad de los agentes públicos y a considerar que las obras de funcionarios no dan lugar a un derecho de autor. Sin embargo, así sólo se resolvería el problema parcialmente, puesto que la producción intelectual no está reservada a los funcionarios. Queda por saber, cómo se garantizaría la remuneración de la creación privada si se le retira al autor el poder para negociar al no conferirle un derecho exclusivo.

tel tribut (71). Ils se délecteraient donc de prestige et de l'air du temps (72)... Car si la proposition ne manque pas de pertinence, elle ne saurait servir de fondement à un système dans lequel la création n'est pas financée en amont.

Si l'on peut, théoriquement, admettre que la rétribution pécuniaire à raison de l'exploitation de l'œuvre n'a pas de raison d'être lorsque l'auteur a déjà "touché" quelque chose à raison de sa création, force est de constater l'inanité du résultat lorsque la création n'est pas "sponsorisée". Le raisonnement conduit donc nécessairement à ériger le mécénat, public ou privé, en clé de voûte de ce système nouveau : c'est ce que l'on appelle faire du neuf avec du vieux. Rien n'indique de surcroît que le mécanisme produirait les résultats escomptés pour la société. Seules quelques personnes argentées et l'État tiendraient les rênes de la création et décideraient arbitrairement qui est "autorisé" à réaliser et à diffuser une production intellectuelle. La règle serait profondément injuste (73).

Cette tentation de négation du droit d'auteur habite les milieux de l'éducation et de la recherche, avides de savoirs, qui en appellent à l'État et aux organismes publics pour assurer leur mission de diffusion de la connaissance. Cette pression pourrait ainsi conduire l'État à changer les règles de titularité des agents publics et à considérer que les œuvres de fonctionnaires ne donnent pas lieu à un droit d'auteur. Mais le problème ne serait que partiellement résolu car la production intellectuelle n'est pas réservée aux fonctionnaires. Reste à savoir comment serait assurée la rémunération de la création privée si on ne donne pas à l'auteur de pouvoir de négociation en lui confiant un droit exclusif.

Moreover, the criticism levelled at the exclusive right is not always coherent. The exclusive right is not the negation of use for free; it is a right to prohibit, but also and above all a right to authorise, without necessarily implying authorisation subject to payment. The spontaneous posting on the web without charge of thousands of works by authors, known and unknown, is evidence enough that the system is not as ossified as some would have us believe. Likewise the example of so-called "free" software does not really constitute an alternative system to the exclusive right: by subjecting the availability of the source codes to the condition that they are not reused in "proprietary" systems, the GNU public licence is nothing less than the exercise by the creator of a tentacular *droit de destination* in the software.

Another complaint made about the exclusive right concerns the risk of barring access to works. Granted, there is always a danger that right owners will develop exorbitant demands to authorise the use of creations. But this is not the exclusive prerogative of authors' rights. The risk is far greater in the case of the simple property right. The threat that hangs over the free use of "content" today doubtless comes from companies that are developing technological protection systems more than anything because the restriction is established *de facto* before being established *de jure*.

In other words, control of a technological tool and the initial physical ownership of the media confer a power on whoever possesses them that goes far beyond that of authors' rights. It matters little whether or not the content enjoys statutory protection since the technological protection concerns

Por lo demás, los reproches que se le hacen al derecho exclusivo no siempre son coherentes. El derecho exclusivo no niega el el concepto de carácter gratuito; es un derecho a prohibir, pero también y, sobre todo, a autorizar, sin que necesariamente haya que pagar la autorización. Poner en línea espontánea y gratuitamente miles de obras, cosa que hacen autores más o menos célebres, demuestra bien que el sistema no sufre esa esclerósisis que se le atribuye. Aún un ejemplo, el del logicial denominado "libre" que no constituye en verdad un sistema alternativo al derecho de monopolio, es decir: cuando la licencia GNU, pone como condición para poner a disposición los códigos fuente que no se vuelvan a utilizar en los sistemas "propietarios", no está realizando nada distinto de lo que hace el creador cuando ejerce un derecho de destino tentacular sobre el logicial.

Otro reproche que se le hace al derecho exclusivo es que existe el riesgo de que sea una barrera que no permita acceder a la obra. Desde luego que existe el peligro de que las pretensiones del titular para autorizar el uso de la creación sean exorbitantes. Pero esto no es lo propio del Derecho de autor. El riesgo es mucho mayor cuando se trata del simple derecho de propiedad. La amenaza que pesa hoy en día sobre la libre utilización de los contenidos, sin duda viene mucho más de las empresas que desarrollan los sistemas técnicos de protección, puesto que el bloqueo se realiza de facto antes de realizarse de jure.

Para expresarlo en otros términos, el dominio de la herramienta técnica, la propiedad material inicial de los soportes, le confieren al que los posee un poder que va bastante más allá del del Derecho de autor. Poco importa que el contenido esté o no esté legalmente protegido puesto que la protección técnica cubre el soporte o el

Les reproches adressés au droit exclusif ne sont d'ailleurs pas toujours cohérents. Le droit exclusif n'est pas la négation de la gratuité ; c'est un droit d'interdire mais aussi et surtout d'autoriser, sans que l'autorisation soit nécessairement payante. La mise en ligne spontanée et gratuite de milliers d'œuvres par des auteurs plus ou moins célèbres démontre assez que le système n'est pas aussi sclérosé que l'on veut bien le dire. Ainsi encore, l'exemple du logiciel dit "libre" ne constitue pas véritablement un système alternatif au monopole : la licence GNU, en soumettant la mise à disposition des codes sources à la condition qu'ils ne soient pas réutilisés dans des systèmes "propriétaires", ne réalise rien d'autre que l'exercice par le créateur d'un tentaculaire droit de destination sur le logiciel.

Un autre grief adressé au droit exclusif tient au risque de barrage à l'accès à l'œuvre. Certes, le danger existe de voir le titulaire développer des prétentions exorbitantes pour autoriser l'usage de la création. Mais il n'est pas l'apanage du droit d'auteur. Le risque est bien plus grand s'agissant du simple droit de propriété. La menace qui pèse aujourd'hui sur la libre utilisation des "contenus" vient sans doute davantage des entreprises qui développent des systèmes techniques de protection, car le blocage se réalise *de facto* avant de se réaliser *de jure*.

En d'autres termes, la maîtrise d'un outil technique, la propriété matérielle initiale des supports confèrent à celui qui les possède un pouvoir qui va bien au-delà de celui du droit d'auteur. Il importe peu que le contenu soit ou non légalement protégé puisque la protection technique frappe le support ou le

directly the medium or carrier. Keys, or digital locks, benefit first and foremost their originators, who are in a position to charge for access prior to any subsequent act of exploitation. Though giving rise to two layers of protection, the fact that this technological control comes on top of the author's monopoly does not make the statutory protection of the work less legitimate. To adopt a down-to-earth argument, the fact that the locksmith has to be paid for making a key has never had the effect of exempting the tenant from paying his or her rent...

Accordingly, the fact of removing the author's monopoly would still not free access to works; it would continue to be subject to the technological protection placed on the carriers by those who are in possession of them. Proof of this can be seen in the fact that access to a work in the public domain can nevertheless be prevented by the party that is the only dissemination source. The current debate on the protection of the image of property provides a good example of this trend (74).

Moreover, the rationale of authors' rights should provide a means of combating the excesses of over-restriction. Thus the effect of linking the protection of technological measures to the protection of authors' rights, as the Information Society Directive and the DMCA do, should normally be to join them together in the system of balancing the interests involved that inhabits the laws on authors' rights, without which the party in control of access would rely on a violation of the simple property right - or on a patent - which is not subject to any exceptions.

vector. Las claves, los candados numéricos a quienes aprovechan en primer lugar es a los promotores, los cuales están en posición de hacer pagar el acceso antes de cualquier acto de explotación subsiguiente. Que este dominio de la técnica venga a añadirse al monopolio del autor, aun cuando haga que las protecciones se superpongan, su carácter no es hacer que la protección legal de la obra sea menos legítima. Para pisar suelo, el hecho de pagar al cerrajero para que realice una llave no ha tenido nunca el efecto de exonerar al inquilino del pago del alquiler...

Luego, con suprimir el monopolio del autor no por ello se liberaría el acceso a las obras el cual seguiría dependiendo de las protecciones técnicas que despliegan en los soportes los que poseen dichas protecciones. La prueba está en que una obra caída en el dominio público puede hacerla igualmente accesible quien sea la única fuente de difusión. El debate actual sobre la protección de la imagen de los bienes ilustra a satisfacción esta deriva (74).

Aún más, la lógica del Derecho de autor debe permitir luchar contra los excesos de la surréservation. De ahí, que ligar la protección de las medidas técnicas a la protección del Derecho de autor como lo hace la Directriz sociedad denominada de la información o el DMCA tiene normalmente por efecto al de asociarlos al sistema de ponderación de los intereses al que la legislación sobre el Derecho de autor le ha abierto sus puertas; de no ser así el dueño del acceso se apoyaría en la violación del simple derecho de propiedad -o en la marca registrada- los cuales no sufren excepciones.

vecteur. Les clés, verrous numériques profitent en premier lieu à leurs promoteurs, qui sont en position de faire payer l'accès préalable à tout acte d'exploitation subséquent. Le fait que cette maîtrise technique s'ajoute au monopole de l'auteur, bien qu'elle occasionne une superposition de protections n'est pas de nature à rendre la protection légale de l'œuvre moins légitime. Pour raisonner de manière terre à terre, le fait de payer le serrurier pour réaliser une clé n'a jamais eu pour effet d'exonérer le locataire du paiement de son loyer...

Dès lors, supprimer le monopole de l'auteur ne libérerait pas pour autant l'accès aux œuvres qui resterait fonction des protections techniques déployées sur les supports par ceux qui en ont la possession. La preuve en est qu'une œuvre tombée dans le domaine public peut être rendue pareillement inaccessible par celui qui en est l'unique source de diffusion. Le débat actuel sur la protection de l'image des biens illustre à loisir cette dérive (74).

Bien plus, la logique du droit d'auteur doit permettre de lutter contre les excès de la surréservation. Ainsi, lier la protection des mesures techniques à la protection du droit d'auteur comme l'ont fait la directive société de l'information ou le *DMCA* a normalement pour effet de les associer au système de pondération des intérêts qui habite la législation sur le droit d'auteur, sans quoi le maître de l'accès s'appuierait sur la violation du simple droit de propriété - ou sur le brevet - qui ne souffre pas d'exceptions.

Lastly, one could conceive of a "right to remuneration" system. Access to works would be subject to payment but authors would no longer be able to prohibit it. Even then it would be necessary to determine the price to be paid. But who would make that assessment and how? The right owner? In this case, there would be a risk that excessive financial claims would effectively erect a barrier. The user? But on what basis then would users estimate the price that they see fit to pay? Statutory licensing systems are meaningful only if they accompany the exclusive right in certain limited cases because only the monopoly gives the right owner the necessary bargaining power to fix the work's value against market forces. It is the threat of total prohibition that prompts the other contracting party to negotiate the price for use. In the absence of such a system of reference, the remuneration to be paid for creation would rest on foundations that were totally unconnected with the reality of exploitation.

2. The Relevance of the Exclusive Right

Community law, which is particularly susceptible to the sirens' song of the market, has not failed to use competition law to make resistant right owners yield. The *Magill* ruling (75) thus ordered the owner to grant a compulsory licence to exploit the work and in doing so reduced the basic function of authors' rights to that of remunerating creative effort. At the same time, the ruling considered that such a licence should be introduced only in "exceptional circumstances" to censure abuse of a dominant position and to offer the public a work for which there was a potential demand.

Queda por imaginar el sistema acerca del derecho a remuneración. El acceso a la obra generaría un pago, pero el autor perdería la posibilidad de prohibirlo. Falta además determinar qué precio había que pagar por ello. Ahora bien ¿quién va a efectuar esa evaluación y cómo? ¿El titular? En este caso, cabe que las pretensiones pecuniarias, por ser excesivas, constituyan una barrera. Si quien paga es el utilizador, ¿cómo va a evaluar el precio que él considere que debe pagar y sobre qué base? Los sistemas de licencia legal no tienen ningún sentido si no van acompañados -en ciertos casos limitados- del derecho exclusivo, porque únicamente el monopolio le da al titular el poder para negociar que le permitirá fijar el valor de la obra frente a las presiones del mercado. Lo que lleva al cocontratante a negociar el precio que debe pagarse por la utilización es la amenaza que entraña la prohibición. Por carecer de referencias, la remuneración de la creación se haría sobre bases separadas totalmente de la realidad de la explotación.

2. De la utilidad del derecho exclusivo

El Derecho comunitario, particularmente sensible a los cantos de las sirenas del mercado, no han dejado pasar la oportunidad que les brinda el derecho de la competencia para hacer que el titular refractario se incline. De tal suerte, que la decisión Magill (75) le ordena al titular que otorgue una licencia obligatoria sobre la explotación de su obra, lo cual equivale a que la función esencial del Derecho de autor se reduzca únicamente a remunerar el esfuerzo creador. Considera Incluso, que esta licencia no debe intervenir más que en "circunstancias excepcionales" que sancionan el abuso de posición dominante y porque hay en el mercado una demanda potencial para la obra, el objetivo es ofrecérsela al público.

Reste à imaginer le système du droit à rémunération. L'accès à l'œuvre occasionnerait un paiement mais l'auteur ne pourrait plus l'interdire. Encore faut-il déterminer le prix à payer. Mais qui va opérer cette évaluation et comment? Le titulaire? Dans ce cas, le barrage est à redouter par l'excès des prétentions pécuniaires. L'utilisateur? Mais alors sur quelle base évaluera-t-il le prix qu'il juge bon de payer? Les systèmes de licence légale n'ont de sens que si elles accompagnent, dans certains cas limités, le droit exclusif, car seul le monopole donne au titulaire un pouvoir de négociation qui permet de fixer la valeur de l'œuvre contre les forces du marché. C'est la menace de l'interdiction qui pousse le cocontractant à négocier le prix de l'utilisation. A défaut d'un tel référentiel, la rémunération de la création se ferait sur des fondements totalement disjoints de la réalité de l'exploitation.

2. L'utilité du droit exclusif

Le droit communautaire, particulièrement sensible aux sirènes du marché n'a pas manqué d'utiliser le droit de la concurrence pour faire plier le titulaire réfractaire. L'arrêt Magill (75) a ainsi ordonné au titulaire d'octroyer une licence obligatoire sur l'exploitation de son œuvre, ce qui revient à réduire la fonction essentielle du droit d'auteur à la seule rémunération de l'effort créateur. Encore a-t-il considéré qu'une telle licence ne devait intervenir que dans des "circonstances exceptionnelles" venant sanctionner un abus de position dominante, et dans le but d'offrir au public une œuvre pour laquelle il existait une demande potentielle.

However, the sad effect of an extension of this purely economic rationale via the theory of basic facilities would be systematically to commute the exclusive right into a simple right to remuneration. Indeed, the Commission took a stand along these very lines in a regrettable decision of 3 July 2001 in the *IMS-Health* case (76). By accepting no exceptional circumstances and no higher general interest, such a solution would end up by discouraging investment in creation and thus creation itself, since the owner could not benefit from any competitive advantage. There is no point being creative; you might as well wait for others to be and then take advantage of their works, subject to what can only be arbitrary remuneration.

In spite of these unfortunate precedents, an interim decision in the same case gives reason to believe that Community law is nevertheless attached to the system of the exclusive right. Thus, in an appeal against the Commission's decision, the President of the Court of First Instance of the European Communities not only decided to suspend the provisional measure ordering a compulsory licence but also included in the order the following considerations which are worthwhile reproducing (77):

"The fundamental rationale of copyright is that it affords the creator of inventive and original works the exclusive right to exploit such works (Case 158/86 *Warner Brothers and Metronome Video v. Christiansen* [1988] ECR 2605, paragraph 13), thereby ensuring that there is a 'reward for the creative effort' (*RTE*, paragraph 71, *ITP*, paragraph 56). Copyright is of

Ampliar este tipo de lógica puramente comercial vía la teoría de facilitar esencialmente el acceso tendría el lamentable efecto de conmutar sistemáticamente el derecho exclusivo contra un simple derecho a remuneración. La Comisión se pronunció en este sentido al adoptar el 3 de julio de 2001 (76) la lamentable decisión IMS-Health. Al no retener ninguna circunstancia excepcional, sin caracterizar ningún interés general superior, adoptar esta solución conduce en un plazo determinado a disuadir a quienes invierten en la creación y de ahí a la creación en sí misma, puesto que el titular no podrá aprovechar de ninguna ventaja en cuanto a la competencia. De nada sirve ser creativo, basta esperar que otros lo sean para aprovecharse de sus obras mediante una remuneración que no puede ser más que arbitraria.

A pesar de precedentes tan desagradables, una sentencia rendida en urgencia en este mismo asunto, aporta argumentos para creer que el Derecho comunitario sigue apegado al sistema de derecho exclusivo. Así el Presidente del TPICE, encargado de tramitar un recurso contra la mencionada decisión de la Comisión, no sólo decidió suspender la medida provisional que ordenaba la licencia obligatoria, sino surtió su ordenanza de las siguientes consideraciones que merecen que las reproduzcamos (77):

"La razón de ser fundamental del Derecho de Autor conferir al creador de obras fruto de su inventiva y de originalidad, el derecho exclusivo de explotarlas (sentencia de la Corte del 17 de mayo de 1988, Warner Brothers et Metronome Video, 158/86, Rec. p. 2605, punto 13) velando, de hecho, por que exista una "contrapartida al esfuerzo creativo" (sentencia RTE, punto 71 y

Un élargissement de cette logique purement économique *via* la théorie des facilités essentielles aurait toutefois le triste effet de commuer systématiquement le droit exclusif en un simple droit à rémunération. C'est en ce sens que la Commission s'est prononcée dans une regrettable décision IMS-Health du 3 juillet 2001 (76). En ne retenant aucune circonstance exceptionnelle, en ne caractérisant aucun intérêt général supérieur, une telle solution conduit à terme à dissuader l'investissement dans la création, et partant la création elle-même, puisque le titulaire ne pourra profiter d'aucun avantage concurrentiel. Rien ne sert d'être créatif, il suffit d'attendre que les autres le soient pour profiter de leurs œuvres moyennant une rémunération qui ne peut qu'être arbitraire.

En dépit de ces malencontreux précédents, une décision de référé dans la même affaire donne des raisons de croire en l'attachement du droit communautaire au système du droit exclusif. Ainsi le président du TPICE, saisi d'un recours contre ladite décision de la Commission a, non seulement décidé de suspendre la mesure provisoire ordonnant la licence obligatoire, mais il a assorti son ordonnance des considérations suivantes qui valent qu'on les reproduise (77) :

“La raison d'être fondamentale du droit d'auteur est de conférer au créateur d'œuvres inventives et originales le droit exclusif d'exploiter ces œuvres (arrêt de la Cour du 17 mai 1988, Warner Brothers et Metronome Video, 158/86, Rec. p. 2605, point 13), en veillant de ce fait à l'existence d'une “contrepartie de l'effort créatif” (arrêt RTE, point 71, et arrêt ITP, point 56). *Le*

fundamental importance both for the individual owner of the right and for society generally (Opinion of Advocate General Gulmann in *Magill*, paragraph 11). *To reduce it to a purely economic right to receive royalties dilutes the essence of the right and is, in principle, likely to cause potentially serious and irreparable harm to the rightholder.*" (paragraph 125)

It is true that we must temper any excessive optimism and attempt not to make the mistake regretted earlier: the decision is only an interim one; it may be reversed on the merits; it is not *settled case law*. Nevertheless, the connection that it makes between the exclusive right and the general interest is quite remarkable. It is fully in line with the most classic authors' rights doctrine which postulates that the existence of a monopoly is the fair way of achieving enhanced dissemination of creative works. Moreover, the same can be said about the constant reassertion of the justice of the exclusive right in the harmonisation directives.

However, one last criticism of the exclusive right must still be mentioned. It is based on the argument that, at the end of the day, it is not creators who benefit from it but unscrupulous investors who do not "deserve" such a reward; and there is no better proof of this than the progressive elimination of the moral right. Here the arrow hits the heart of the French conception of authors' rights with its focus on the person. This acculturated (78), Americanised author's right has been diverted from its function as a reward that society grants to authors for their creative

sentencia ITP, punto 56). El Derecho de Autor reviste una importancia fundamental tanto por lo que al titular del derecho en particular se refiere, cuanto por lo que se refiere a la sociedad en general (conclusiones del abogado general M. Gulmann sobre la sentencia Margill, Rec. p. I-747, punto 11). Reducir este Derecho a un Derecho puramente económico que consiste en cobrar contribuciones, edulcora la esencia misma de este Derecho y, en principio, su índole es la de acarrearle un perjuicio potencialmente grave e irreparable al titular del derecho." (considerando 125).

Desde luego, hay que atemperar un optimismo excesivo e intentar no caer en los travers antes mencionados: La decisión no es más que una ordenanza fallada en urgencia, puede no ser considerada en la sentencia de fondo, no sienta jurisprudencia. Pero el lazo que se opera aquí entre el derecho exclusivo y el interés general es muy significativo. Se sitúa en la línea recta de la doctrina más clásica del Derecho de Autor que postula que el monopolio existe a la manera del medio más justo para difundir la creación lo mejor posible. La reafirmación constante de lo bueno que tiene el derecho exclusivo en las Directrices de armonización va, además, en el mismo sentido.

Pero hay que destacar aún un último reproche que le hace al derecho exclusivo. Se sustenta en que, en definitiva, quien se beneficia con él no es el creador sino inversionistas poco escrupulosos que están lejos de "merecer" "esta recompensa Prueba de ello es la desaparición del derecho moral. Aquí el dardo va directo al corazón de la concepción francesa, personalizada, del Derecho de Autor. Un Derecho de Autor acultural (78), americanizado, ha desviado de la función de tributo que merece el autor como contrapartida a su labor creativa. Es ésta la manera maniqueísta)

droit d'auteur revêt une importance fondamentale tant pour le titulaire particulier du droit que pour la société en général (conclusions de l'avocat général M. Gulmann sous l'arrêt Magill, Rec. p. I-747, point 11). *Réduire ce droit à un droit purement économique de percevoir des redevances édulcore l'essence de ce droit et est, en principe, de nature à entraîner un préjudice potentiellement grave et irréparable au titulaire du droit*" (attendu 125).

Certes, il faut tempérer un excessif optimisme et tenter de ne pas tomber dans le travers ci-dessus dénoncé : la décision n'est qu'une ordonnance de référé, elle peut être désavouée au fond, elle ne fait pas *jurisprudence*. Mais le lien opéré ici entre le droit exclusif et l'intérêt général est tout à fait remarquable. Il se situe en droite ligne de la doctrine la plus classique du droit d'auteur qui postule que l'existence d'un monopole est le juste moyen de parvenir à une meilleure diffusion de la création. La réaffirmation constante du bien-fondé du droit exclusif dans les directives d'harmonisation va d'ailleurs dans le même sens.

Mais un dernier reproche adressé au droit exclusif doit encore être levé. Il tient à ce que son bénéfice n'irait pas en définitive au créateur mais à des investisseurs sans scrupules qui ne "mériteraient" pas cette récompense. La meilleure preuve en serait l'effacement du droit moral. La flèche touche ici le cœur de la conception française, personnaliste, du droit d'auteur. Le droit d'auteur acculturé (78), américanisé, aurait été détourné de sa fonction de tribut social accordé à l'auteur en contrepartie de son travail créatif. C'est renvoyer

work. This is to dismiss equally "Authors' Rights" and "Copyright" in a Manichean way: the good and the bad copyright.

There is no question that the international rules rub off on the domestic ones (79). The combined working of these rules and the hierarchy of norms is tending progressively to replace domestic law with convention or Community principles inspired by economic considerations (80). This "importation" is particularly delicate because, unlike the position in the past, the domestic legislation no longer anticipates the rule appearing in the international instrument. It has ceased to act as a model, and this is especially true of the French legislation which played such a role for a long time. As the protection of the online dissemination of works requires a "universal" response, the norm is drawn up directly at supranational level. Moreover, this standardisation of law is the only effective answer to the present challenges (81) facing authors' rights which require a response that goes beyond the logic of territoriality. Therefore, ratification or implementation is not a mere formality; it implies a profound review of the principles of domestic law.

However, the examples of this invasion of domestic law by foreign rules cannot be reduced to the traditional clash between *droit d'auteur* and copyright (82). It would be simplistic to consider that the latter conception is exerting a unilateral influence on the former due to a certain "Americanisation" of the law. One only has to think of the profound changes that Community law has brought about in the United Kingdom legislation through the

de situar el Derecho de autor frente al Copyright: el bien y el mal personificados en el Derecho de Autor.

No se discute que las reglas internacionales destinen en las reglas internas (79). El juego combinado de estas reglas y de la jerarquía normativa tiende progresivamente a remplazar el derecho interno por principios convencionales o comunitarios inspirados por la economía (80). Esta "importación" aparece tanto más delicada cuanto que -al contrario de lo que antes prevalecía- la legislación interna ya no, se adelanta a la norma que se impone en el texto internacional. La legislación interna ha perdido su función de modelo y esto es válido especialmente por lo que a la legislación francesa se refiere la cual ha desempeñado este papel durante largo tiempo. Porque proteger la difusión de las obras en la red requiere una respuesta "universal" es por lo que la norma se elabora a nivel supra-nacional. Esta uniformización del Derecho es, por otro lado, la única respuesta eficaz frente a las actuales apuestas por el Derecho de Autor (81) las cuales suponen franquear las fronteras de la territorialidad. Por lo tanto, las ratificaciones o las transposiciones no son más que puros ejercicios de estilo y conducen a revisar profundamente los principios del Derecho interno.

Ahora bien, los ejemplos de esta invasión que sufre el derecho interno debida a reglas de origen extranjero, no se reducen a la tradicional oposición Derecho de Autor/Copyright (82). Resultaría simplista considerar que la concepción del segundo ejerce una influencia unilateral sobre el primero a causa de una "americanización" del Derecho. No hay sino tomar en consideración los estragos inducidos por la armonización de la titularidad de los

de façon manichéenne dos à dos le droit d'auteur et le *copyright* : le bon et le méchant droit d'auteur.

Il n'est pas discuté que les règles internationales déteignent sur les règles internes (79). Le jeu combiné de ces règles et de la hiérarchie des normes tend progressivement à remplacer le droit interne par des principes conventionnels ou communautaires, d'inspiration économique (80). Cette "importation" s'avère d'autant plus délicate que, contrairement à ce qui prévalait auparavant, la législation interne ne devance plus la règle figurant dans le texte international. Elle a perdu sa fonction de modèle, et ceci est particulièrement vrai de la législation française qui a pendant longtemps rempli ce rôle. La protection de la diffusion des œuvres en réseau appelant une réponse "universelle", la norme est directement élaborée au niveau supranational. Cette uniformisation du droit est d'ailleurs la seule réponse efficace aux enjeux actuels (81) du droit d'auteur qui supposent le dépassement de la logique de territorialité. La ratification ou la transposition ne sont donc pas de purs exercices de style et conduisent à revoir profondément les principes du droit interne.

Mais les exemples de cet envahissement du droit interne par des règles allochtones ne se réduisent pas à la traditionnelle opposition droit d'auteur/*copyright* (82). Il serait simpliste de considérer que s'exerce une influence unilatérale de la seconde conception sur la première au motif d'une certaine "américanisation" du droit. Il n'est que de considérer les bouleversements sur la législation britannique communautaire induits par

harmonisation of the ownership of rights in films and the resale right, or again the abandonment of the copyright notice requirement in the United States for foreign works following the latter's accession to the Berne Convention, to realise that this contamination is mutual.

At the same time, attention has rightly been drawn to the existence of a new dimension of authors' rights in connection with the TRIPS Agreement which erases any reference to the moral right (83). The same remark also applies to Community law which is very reluctant to do any harmonising in an area that is a priori non-economic and regarded as being a sensitive one. However, silence is sometimes preferable to action and therefore, in theory, France can retain the moral right to which it is so deeply attached.

Nevertheless, it is fair to wonder whether the moral right will withstand, in practice, the application of Community law and in particular the principle of the exhaustion of rights (84) given that its exercise may clash head-on with the free movement of goods. Thus the definition of the moral right given by the Court of Justice, where it ventures into this territory, differs from the French conception even if it does not necessarily censure it. According to the - certainly edifying - *Magill* ruling (85), "the essential function [of copyright] ... was to protect the moral rights in the *work* (sic) and ensure a reward for the creative effort, while respecting the aims of, in particular, Article 86 [of the Treaty, now Article 82]". From this perspective, the moral right would arguably be limited, therefore, to protecting the work - doubtless through the right of integrity - and would not extend to the author's interests - the right of attribution, the

derechos sobre la película o sobre el derecho yacente en la legislación británica comunitaria o aún que Estados Unidos haya abandonado la mención de reserva por lo que corresponde a las obras extranjeras a raíz de su adhesión a la Convención de Berna para comprender que el fenómeno de contagio es recíproco.

Sin embargo, se ha subrayado con razón, que existe una dimensión nueva del Derecho de Autor a propósito de los ADPIC, que borran toda referencia al derecho moral (83). La observación se aplica por igual al derecho comunitario, muy reticente a la idea de armonizar (las reglas?) en un ámbito -a priori- no económico y considerado como sensible. Ahora bien, a veces es preferible callar que actuar y consecuentemente, Francia puede, en teoría, conservar el derecho moral al que está tan profundamente apegada.

No obstante, es legítimo preguntarse si el derecho moral resistiría a la aplicación del Derecho comunitario y sobre todo, al principio del agotamiento de los derechos (84) toda vez que la situación es tal, que ejercerlo puede chocar de frente con la libre circulación de mercancías. La definición que da del derecho moral la Corte de Justicia -cuando se atreve a hacerlo- se aleja así de la concepción francesa, aun cuando no la condane necesariamente. Según reza la decisión Magill (85), decididamente rica de enseñanzas, "la función esencial (del Derecho de áutro) ... es la de garantizar la protección moral de la obra (sic) y la de remunerar el esfuerzo creador, dentro del respeto de las metas fijadas en particular por el Artículo 86 del Tratado (convertido en Artículo 82)". Ante esta perspectiva, consecuentemente el derecho moral se limitaría a la defensa de la obra -sin duda a través del derecho al respeto y a la integridad de la obra- y no abarcaría los

l'harmonisation de la titularité des droits sur le film ou du droit de suite, ou encore l'abandon de la mention de réserve aux États-Unis pour les œuvres étrangères suite à leur adhésion à la Convention de Berne pour comprendre que le phénomène de contamination est mutuel.

On a, cependant, à juste titre, souligné l'existence d'une dimension nouvelle du droit d'auteur à propos des ADPIC, lesquels gomment toute référence au droit moral (83). La remarque s'applique également pour le droit communautaire, très réticent à harmoniser dans un domaine *a priori* non économique et réputé sensible. Mais le silence est parfois préférable à l'action et la France peut donc, en théorie, conserver le droit moral auquel elle est si profondément attachée.

Toutefois, il est loisible de se demander si le droit moral résisterait en réalité à l'application du droit communautaire et particulièrement, au principe de l'épuisement des droits (84) tant son exercice est susceptible de heurter de plein fouet la libre circulation des marchandises. Lorsqu'elle s'y risque, la définition donnée du droit moral par la Cour de Justice s'éloigne ainsi de la conception française, même si elle ne la condamne pas nécessairement. Selon l'arrêt Magill (85), décidément riche d'enseignements, "la fonction essentielle [du droit d'auteur]... est d'assurer la protection morale de l'œuvre (sic) et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86 du traité [devenu 82]". Dans cette perspective, le droit moral se limiterait donc à la défense de l'œuvre - sans doute par le droit au respect et à l'intégrité - et n'embrasserait pas les intérêts de l'auteur - droit à

right of disclosure and the right to reconsider and withdraw. To reduce the moral rights in this way to the lowest common denominator between the Member States would ultimately have a lethal effect on these prerogatives.

It has to be acknowledged that the criticism hits home. The moral right is fading and with it, the preponderance of the author. Other signs of this "decline" of the beneficiaries exist: the transferable nature of the prerogatives, the introduction of neighbouring rights and even a *sui generis* right, a conception of originality (86) that is becoming increasingly objective (87) and the development of compulsory collective management.

Nevertheless, the opposition between authors and investors or intermediaries should not be exaggerated. The collective management societies act for authors and thus represent their interests. If they take advantage of this position to impose excessive terms and conditions, the instruments of competition law can correct the tendency; it does not call into question the system of authors' rights itself.

As to investors, it is true that their interests may differ from those of authors. Yet it is difficult to deny the necessary character of investment to support creation. The transfer of the author's rights to the transferee - which is not alien to French law as far as the economic rights are concerned - does not benefit exclusively the transferee and leave the author destitute. This possibility of transferring rights is often even essential to creation. Where the right is granted directly to the "producer" of the work, the creator is almost totally

intereses del autor -derecho a la paternidad, derecho de divulgación, derecho de retiro y de arrepentimiento. que los Estados miembros reduzcan así el derecho moral al mínimo común denominador, tendría a la larga para estas prerrogativas un efecto letal.

No queda más remedio que comprobar que la crítica se abre camino. El derecho moral se esfuma y con él se esfuma la preponderancia del autor. Existen otros signos de como se "deslizan" los beneficiarios: el carácter cesible de las prerrogativas, el reconocimiento de los derechos conexos, incluso hasta del derecho sui generis, un concepto de la originalidad (86) cada vez más objetivo (87), el desarrollo de la gestión colectiva obligatoria.

Sin embargo tampoco hay que exagerar acerca de la oposición entre inversores e intermediarios. La sociedades de gestión colectiva son las mandatarias de los autores y por lo tanto representan sus intereses. Si aprovechan de su posición para imponer condiciones excesivas, los instrumentos del derecho de la competencia pueden corregir la tendencia; esto no pone en tela de juicio el sistema en sí mismo del Derecho de Autor.

Por lo que a los inversionistas se refiere, es cierto que sus intereses pueden ser divergentes que los de los autores. Pero no es difícil negar el carácter necesario de la inversión como sostén de la creación. La transmisión del derecho de autor al cesionario -que el Derecho francés no desconoce por lo que concierne a los derechos pecuniarios- no despoja al primero en beneficio del segundo. A menudo, esta posibilidad de cesión es incluso la condición sine qua non de la creación. Cuando el derecho se le reconoce directamente al "productor" de la obra, la desaparición del

la paternité, droit de divulgation, droit au retrait et au repentir. Réduire ainsi le droit moral au plus petit commun dénominateur entre les États membres aurait à terme un effet létal pour ces prérogatives.

Force est de constater que la critique porte. Le droit moral s'estompe et avec lui, la prépondérance de l'auteur. D'autres signes de ce "glissement" de bénéficiaires existent : le caractère cessible des prérogatives, la reconnaissance des droits voisins, voire de droit *sui generis*, une conception de l'originalité (86) toujours plus objective (87), le développement de la gestion collective obligatoire.

Mais l'opposition entre auteurs et investisseurs ou intermédiaires ne doit pas être exagérée. Les sociétés de gestion collective sont les mandataires des auteurs et en représentent donc les intérêts. Si elles profitent de cette position pour imposer des conditions excessives, les instruments du droit de la concurrence peuvent corriger la tendance ; cela ne remet pas en cause le système même du droit d'auteur.

Quant aux investisseurs, il est vrai que leurs intérêts peuvent diverger de ceux des auteurs. Mais il est difficile de nier le caractère nécessaire de l'investissement comme soutien de la création. La transmission du droit d'auteur au cessionnaire - qui n'est pas étrangère au droit français pour les droits pécuniaires - ne laisse pas le premier démuné au profit du second. Cette possibilité de cession est même souvent la condition *sine qua non* de la création. Lorsque le droit est reconnu directement au "producteur" de l'œuvre,

obliterated. The creator's remuneration ceases to be linked to the exploitation of the work that he or she authored or co-authored; it is drawn from the creator's salary. However, this salary is paid by the party enjoying the copyright with the proceeds from the work's exploitation. Although it is true that the investor absorbs most of the reward, the latter does redistribute part of it to the work's originator, for otherwise talent would look elsewhere. The function of rewarding the author, albeit terribly watered down, nevertheless remains. It would only be by proving that the foregoing economic circulation is not effective and does not benefit creators even indirectly, or at least not enough, that the foundations of the protection system could be called into question.

If the principle of the exclusive right is not a priori invalidated in terms of its function of rewarding creative work, what still needs to be assessed is whether the present conditions still meet the requirement of disseminating creation.

B. The Extent to which the Protection is Proportional to the Objective of Disseminating Creation

In point of fact, the attacks on authors' rights focus for the most part on the question of the balance (88) between the owner's right and the public's right. Even the terminology is controversial. There are some who would say that the French conception of authors' rights conflicts with the idea of the public's right, with the rationale of balancing interests (89). Yet Renouard readily accepted such a right when he wrote: *"the first of all the conditions that must apply to justify the author's payment is*

creador es casi total. Su remuneración se disocia de de la explotación de la obra de la que es él, el primer elemento importante; la remuneración entonces se extrae de su sueldo. Pero el sueldo que recibe el creador, el que goza del derecho de autor lo paga con el producto de la explotación. Desde luego, que el inversionista absorbe la mayor parte de la recompensa de la que distribuye una parte al que ha creado la obra, de otra forma se queda sin el talento. A pesar de estar tremendamente edulcorada, la noción de recompensa y su función siguen perdurando. No será sino probando que el circuito económico del que hemos hablado abundantemente no es eficaz y que no va en beneficio o no lo suficientemente, indirectamente incluso, de los creadores, se podrá entrar a discutir de los fundamentos de la protección.

Consecuentemente, si la función de recompensar la labor del creador, principio éste del derecho exclusivo, queda por ponderar si las modalidades actuales responden aún al imperativo de la difusión de la creación.

B. Sobre si la protección está proporcionada al propósito de difundir la creación

En realidad, los ataques dirigidos al Derecho de autor conciernen, por lo esencial, al tema acerca del equilibrio (88) entre derecho del titular y derecho del público. Incluso los términos son de por sí polémicos. Para algunos, el concepto francés del Derecho de Autor constituiría una antinomia con el concepto del derecho del público, con la lógica de ponderación de los intereses (89). Por tanto, Renouard no duda en reconocer esos derechos cuando escribe: la primera entre todas las condiciones que debe poner la justicia en

l'effacement du créateur est à peu près total. Sa rémunération est dissociée de l'exploitation de l'œuvre à la création de laquelle il a participé ; elle est tirée de son salaire. Mais ce salaire est payé par celui qui jouit du droit d'auteur avec le produit de l'exploitation. Certes, l'investisseur absorbe la majeure partie de la récompense mais il en redistribue une partie à celui qui est à l'origine de l'œuvre, à peine sinon de voir partir le talent. La fonction de récompense de l'auteur, bien que terriblement édulcorée, perdure néanmoins. Ce n'est qu'en prouvant que le circuit économique précité n'est pas efficace et qu'il ne bénéficie pas, ou pas assez, même indirectement, aux créateurs, que l'on peut remettre en cause les fondements de la protection.

Si donc le principe du droit exclusif n'est pas invalidé *a priori* dans sa fonction de récompense du travail de création, il reste à mesurer si ces modalités actuelles sont telles qu'elles répondent encore à l'impératif de diffusion de la création.

B. La proportionnalité de la protection à l'objectif de diffusion de la création

En réalité, l'essentiel des attaques adressées au droit d'auteur se concentrent sur la question de l'équilibre (88) entre droit du titulaire et droit du public. La terminologie même est polémique. Pour certains, la conception française du droit d'auteur serait antinomique avec l'idée de droit du public, avec la logique de pondération des intérêts (89). Pourtant Renouard n'hésitait pas à reconnaître de tels droits lorsqu'il écrivait : *“la première de toutes les conditions qu'il faut poser pour la justice du paiement de l'auteur, la nécessité*

the need, when rewarding his work, to leave society's rights in the enjoyment of ideas intact, for the greater glory of the author and the very fulfilment of his work's purpose." (90)

If therefore we break the taboo and accept that the public's interest is the ultimate purpose of authors' rights, then we must ask whether they are capable of achieving this. It is a huge question and a thorough analysis of it would take too long here. We shall thus confine ourselves to suggesting a few lines of inquiry.

The two major interest-balancing factors in copyright law are the term of protection and the exceptions. They represent the two facets of the public domain (91). As it happens, copyright protection is reproached precisely for progressively shrinking away the public domain by extending the duration of the monopoly indiscriminately and padlocking the exceptions.

Again, the criticism hits home. There seems to be no stop to the bidding that the extension of the term of protection prompts. Fifty, seventy, eighty-five, any higher bids? By raising the term of protection to seventy years *post mortem*, even for computer software, the Community was really only seeking to satisfy the requirements of legal certainty through harmonisation. It is not certain that it intended at the time to reduce the public domain or was even aware (92) of doing so, and yet that was the result of its action which, in turn, prompted the American reaction. It is easy then for the system's detractors to point to this race which verges on the

cuanto al pago del autor es la necesidad de recompensar su trabajo para mantener intactos los derechos de la sociedad a disfrutar de las ideas para la mayor gloria del autor e incluso para el cumplimiento de su obra" (90).

De manera, que si se acaba con el tabú y se reconoce que el fin último del Derecho de Autor es el interés del público, será bueno preguntarse acerca de su aptitud a realizarlo. El interrogante es enorme y analizarlo a fondo requeriría desarrollar el tema a lo largo y a lo ancho. De manera que habrá que contentarse con sugerir algunas pistas para reflexionar.

Los dos elementos mayores para ponderar los intereses en la legislación sobre Derecho de Autor son la duración de la protección y las excepciones al derecho. Ellas representan las dos facetas del dominio público (91). Luego, lo que precisamente se le reprocha a la protección del Derecho de Autor es ir reduciendo progresivamente el dominio público a una piel de zapa prolongando en forma desconsiderada la duración del monopolio y poniendo un candado a las excepciones.

Aquí también la crítica se abre camino. La puja a la que da lugar la prolongación de la duración de protección no parece terminarse. Cincuenta, setenta, ochenta y cinco años: ¿Quién da más? Al llevar la duración de protección a setenta años post mortem, inclusive para el logicial, lo que en realidad busca la Comunidad es satisfacer las exigencias de seguridad jurídica ligadas a la armonización. No es muy seguro que en aquel momento hubiese tenido la intención, digamos basta la conciencia (92) de reducir el dominio público, sin embargo es este el resultado de su acción que, en cascada, vino a suscitar la reacción norteamericana. Desde entonces, los detractores del sistema tienen buenas razones

en récompensant son travail, de maintenir intact les droits de la société sur la jouissance des idées, pour la plus grande gloire de l'auteur et pour l'accomplissement même de son œuvre" (90).

Si donc on lève le tabou et que l'on reconnaît que l'intérêt du public est l'ultime finalité du droit d'auteur, il convient de s'interroger sur son aptitude à la réaliser. La question est immense et une analyse complète nécessiterait de trop longs développements. On se contentera donc de suggérer quelques pistes de réflexion.

Les deux éléments majeurs de pondération des intérêts dans la législation sur le droit d'auteur sont la durée de protection et les exceptions au droit. Ils représentent les deux facettes du domaine public (91). Or, il est précisément reproché à la protection du droit d'auteur de réduire progressivement le domaine public à une peau de chagrin en allongeant inconsidérément la durée du monopole et en cadenassant les exceptions.

Là encore la critique porte. La surenchère à laquelle donne lieu l'allongement de la durée de protection ne semble avoir de cesse. Cinquante, soixante dix, quatre-vingt cinq : qui dit mieux ? En portant la durée de protection à soixante-dix ans *post mortem*, et ce même pour le logiciel, la Communauté ne recherchait en réalité qu'à satisfaire les exigences de sécurité juridique liées à l'harmonisation. Il n'est pas certain qu'elle eût à ce moment l'intention voire la conscience (92) de réduire le domaine public, mais c'est pourtant le résultat de son action, qui, en cascade, a suscité la réaction américaine. Les détracteurs du système ont dès lors beau jeu de souligner cette

absurd since there is no denying that to protect a computer program for more than twenty years seems ludicrous...

Apart from being pointless for most works, the extension of the term also tends to discredit copyright by approximating it a little more to a right of property. The propensity to move towards perpetual protection substantiates the unpopular idea of a secure income which has lost its link with the author of the work who gave rise to the income in the first place or even to the need to secure a return on investments. An adjustment of the term might be enough, without harming the protection at all, to enhance the perception of copyright. In this way its social purpose would be reaffirmed.

The exceptions in the copyright legislation are steadily shrinking. Private copying is no longer accepted for computer software and electronic databases. Short quotation, in French law, has not withstood the assaults of case law (93). Above all, they no longer truly reflect the balances sought within a given national law. Yet the exceptions to the right are, above all else, the reflection of each State's cultural choices. Moreover, it was this attachment to legal traditions that contributed to the partial failure of the harmonisation of the limitations and exceptions in the Directive of 22 May 2001.

Nevertheless, the Directive did not miss its target in every respect. The reference in Article 5 to the three-step test may introduce a "gauge of the harmfulness" of a given exception for authors' rights on top of the justifications specific to each legislation. The

para poner de manifiesto esta carrera que lleva a lo absurdo, porque, la verdad sea dicha, proteger un logicial durante más de veinte años es una necesidad...

No solamente es inútil prolongar la duración de protección para la mayor parte de las obras, sino más aún, ello tiende a desacreditar el Derecho de Autor asemejándolo cada vez algo más de un derecho de propiedad. La propensión a la perpetuidad acredita la idea, impopular, de que se trata de una renta de situación que ya no guarda ningún lazo con el autor del trabajo que originó la renta, ni siquiera lo guarda con las necesidad de amortizar las inversiones. Un mejor análisis del Derecho de Autor, sin perjuicio de la protección, podría ser modular su duración. Se reafirmaría así la finalidad social.

Las excepciones en la legislación del Derecho de autor son siempre más reducidas. Ya no se admite la copia privada para el logicial o para la base de datos electrónica. En Derecho francés la cita corta no ha resistido los embates de la jurisprudencia (93). Sobre todo, ya no reflejan verdaderamente el equilibrio deseado en el seno de una legislación particular. Luego, las excepciones al derecho son la manifestación, por excelencia, de elecciones culturales propias a cada estado. Por lo demás, este apego a la tradición jurídica es lo que favorecido, en parte, el fracaso de la armonización de las excepciones en la Directriz del 22 de mayo de 2001.

De cualquier manera, la Directriz no siempre ha pasado por alto su objetivo. La referencia del Artículo 5 parágrafo 5 al triple control cabe que introduzca para el Derecho de Autor un "censeur de nocivité" de la excepción, fuera de las justificaciones propias a cada legislación. Lo pertinente

course en avant qui confine à l'absurde, tant il est vrai que protéger un logiciel plus de vingt ans tient de l'ineptie...

Non seulement l'allongement de la durée est, pour la majeure partie des œuvres, inutile mais encore elle tend à discréditer le droit d'auteur en le rapprochant un peu plus d'un droit de propriété. La propension à la perpétuité accrédite l'idée, peu populaire, d'une rente de situation, sans plus de lien avec l'auteur du travail qui est à l'origine des recettes, ni même avec les besoins de retour sur investissement. Une meilleure perception du droit d'auteur pourrait, sans dommage pour la protection, s'accommoder d'une modulation de la durée. En serait ainsi réaffirmée la finalité sociale.

Les exceptions dans la législation du droit d'auteur sont toujours plus réduites. La copie privée n'est plus admise pour le logiciel ou la base de données électronique. La courte citation, en droit français, n'a pas résisté aux assauts de la jurisprudence (93). Surtout, elles ne reflètent plus véritablement les équilibres souhaités au sein d'une législation nationale particulière. Or les exceptions au droit constituent, par excellence, la manifestation de choix culturels propres à chaque État. C'est d'ailleurs cet attachement à la tradition juridique qui a favorisé l'échec partiel de l'harmonisation des exceptions dans la directive du 22 mai 2001.

Toutefois, la directive n'a pas en tous points manqué son objectif. La référence de l'article 5 paragraphe 5 au triple test est susceptible d'introduire un " curseur de nocivité " de l'exception pour le droit d'auteur en dehors des justifications propres à chaque législation. La pertinence de l'exception sera

relevance of the exception will thus be measured by the yardstick of criteria that are unconnected with the will of the national legislator. Lawmakers and (or?) (94) national courts should thus normally comply with the interpretation given by the Court of Justice which, in turn, will follow the DSB's reading (95) of the three-step test contained in Article 13 of the TRIPS Agreement (96). The freedom that the public is given to use works will be determined at the end of the day by a body which has no time for the cultural dimension of authors' rights. The objective of redistributing creation to the public could be compromised.

Correctives exist. Reference has already been made to competition law which may restore a "right of access" to works. Likewise, the harm that this system could cause if it were applied too abruptly has already been mentioned. The rationale of human rights may also be used in support of an exception. Hence copyright, the human right (97), must compromise with other human rights of equal value. So it is that some specialists put forward the idea that authors' rights can be asserted only within the framework of the right to information protected under Article 10 of the ECHR (98). In particular, authors' rights would be considered to be a legitimate restriction to this right only if they met the conditions laid down in paragraph 2, that is "to the extent that it can be shown that such a restriction fulfils a social need and that the restriction is proportional" (99).

A French decision, albeit an isolated one, ruled along these lines (100). Some commentators view this mechanism as a possible threat (101) to authors' rights. Moreover, the

de la excepción se medirá por lo tanto según criterios exteriores y no según la voluntad del legislador nacional. Este último y el Juez nacional (¿quizá el Juez?) (94) deberán entonces someterse normalmente a la interpretación que dé la Corte de Justicia, que se remitirá a su vez a la lectura que dé la ORD (95) del triple control que aparece en el Artículo 13 de los Acuerdos ADPIC (96). La libertad de utilización que se le deje al público la determinará en fin de cuentas una instancia a la cual poco le importa la dimensión cultural del Derecho de Autor. Se corre el riesgo de que el propósito de redistribuir la creación entre el público se pignore.

Existen correctivos; Ya hemos evocado el derecho de la competencia que viene a restablecer un "derecho de acceso" a la obra. Ya hemos hablado del daño que este sistema podría causar si se aplicase en una forma demasiado abrupta. La lógica que conllevan los Derechos Humanos también podría servir a sostener una excepción. El derecho de autor-derecho del hombre (97) debe así compaginarse con otros derechos del hombre de igual valor. Es así como algunos especialistas adelantan la idea de que el Derecho de autor no puede desplegar velas más que en el marco del derecho a la información, derecho protegido por el Artículo 10 de la CEDH (98). En particular, el Derecho de autor sólo constituiría una restricción legítima a ese derecho si llenara las condiciones previstas en el parágrafo 2, es decir "siempre y cuando que pueda demostrarse que una restricción semejante responde a una necesidad social y que la restricción sea proporcional" (99).

Una decisión francesa, desde luego aislada, falló en este sentido (100). Algunos comentaristas ven en este mecanismo una amenaza eventual (101) para el Derecho de Autor. La tendencia ha hacer que

donc mesurée à l'aune de critères extérieurs à la volonté du législateur national. Ce dernier et (ou ?) (94) le juge national devront donc normalement se soumettre à l'interprétation donnée par la Cour de Justice, laquelle va, à son tour, s'en remettre à lecture donnée par l'ORD (95) du triple test qui figure à l'article 13 des accords ADPIC (96). La liberté d'utilisation laissée au public sera en fin de compte déterminée par une instance qui n'a que faire de la dimension culturelle du droit d'auteur. L'objectif de redistribution de la création au public risque d'être obéré.

Des correctifs existent. On a déjà évoqué le droit de la concurrence qui vient rétablir un "droit d'accès" à l'œuvre. On a déjà dit aussi le mal que pouvait causer ce système s'il était appliqué de manière trop abrupte. La logique des droits de l'homme également peut servir de soutien à une exception. Le droit d'auteur-droit de l'homme (97) doit ainsi composer avec d'autres droits de l'homme de valeur égale. Ainsi, certains spécialistes avancent l'idée que le droit d'auteur ne peut se déployer que dans le cadre du droit à l'information protégé par l'article 10 de la CEDH (98). En particulier, le droit d'auteur ne constituerait une restriction légitime à ce droit que s'il remplit les conditions prévues à l'alinéa 2, c'est-à-dire *"pour autant qu'il puisse être démontré qu'une telle restriction réponde à une nécessité sociale et que la restriction soit proportionnelle"* (99).

Une décision française, certes isolée, a statué en ce sens (100). Certains commentateurs voient dans ce mécanisme, une éventuelle menace (101) pour le droit d'auteur. La tendance à faire prévaloir la liberté d'expression sur le

tendency to give freedom of expression precedence over authors' rights can also be seen in the United States where the First Amendment is frequently invoked against the DMCA, notably in disputes concerning the disclosure of means of hacking into technological protection systems (102).

Freedom of expression is just one example; authors' rights are not autarchic. A recent ALAI Congress (103) devoted part of its discussions to the frontiers of copyright outside copyright law, thus showing that the exceptions to authors' rights were not confined to the specific laws on copyright. Nevertheless, the end result is a certain loss of coherence in the applicable rules. For example, what is the point of drawing up an exhaustive list of exceptions to copyright in the Information Society Directive if competition law or human rights may introduce further ones? Such restrictions outside copyright law will presumably not follow the logic of its system: they will not be subject, for example, to the three-step test. They introduce a foreign body in the system with the subsequent risk of disintegration.

If the exceptions provided for in the legislation on authors' rights do not give users enough freedom, if they cease to constitute adequate safety valves, it is logical that users will seek other pockets of tolerance elsewhere. If the copyright corset becomes too stifling, if it does not fulfil its ultimate function, it will lead to reactions of rejection. But then there will be a great risk of weakening the whole edifice because an exception to the right could lead to a negation of the right.

prevalezca la libertad de expresión sobre el Derecho de autor se ilustra igualmente en Estados Unidos en donde la primera enmienda se invoca regularmente contra el DMCA, sobre todo en los contenciosos relativos a revelar dispositivos de como quitar los precintos de los sistemas técnicos de protección (102).

La libertad de expresión no es sino un ejemplo; el Derecho de Autor no es autárquico. Un reciente Congreso de la ALAI (103) consagró una parte de sus análisis a las fronteras del Derecho de Autor fuera de éste, demostrando así que las excepciones del Derecho de Autor no estaban circunscritas a las legislaciones específicas únicamente. No obstante, resulta de esto una cierta pérdida de coherencia en las reglas aplicables. Por ejemplo, ¿para qué sirve hacer una lista exhaustiva de excepciones al Derecho de Autor en la Directriz sociedad denominada de la información, si el derecho de la competencia o los derechos humanos son susceptibles de introducir nuevas excepciones? Luego, esas hipotéticas restricciones por fuera del Derecho de Autor no obedecerán a la lógica de su sistema: por ejemplo no quedarán sometidas al triple control. Esto viene a ser algo así como introducir en el sistema un cuerpo extraño con el peligro de las consiguientes desagregaciones.

Si las excepciones previstas en la legislación sobre Derecho de Autor no les dan a los utilizadores bastante libertad, si ya no constituyen válvulas suficientes, es lógico que los utilizadores vayan a buscar por fuera huecos de tolerancia. Si el corset del Derecho de Autor aprieta demasiado, si no responde a su postrer finalidad, habrá reacciones de rechazo. Pero entonces, existe el grave peligro de fragilizar el conjunto del edificio, ya que la excepción al derecho podrá conducir a negar el derecho.

droit d'auteur s'illustre d'ailleurs également aux États-Unis où le premier amendement est régulièrement invoqué contre le *DMCA*, notamment dans les contentieux relatifs à la révélation des dispositifs de déplombage des systèmes techniques de protection (102).

La liberté d'expression n'est qu'un exemple ; le droit d'auteur n'est pas autarcique. Un récent congrès de l'ALAI (103) a consacré une partie de ses réflexions aux frontières du droit d'auteur en dehors du droit d'auteur, démontrant ainsi que les exceptions du droit d'auteur ne se trouvaient pas cantonnées aux seules législations spécifiques. Il en résulte néanmoins une certaine perte de cohérence dans les règles applicables. A quoi sert, par exemple, de faire une liste exhaustive d'exceptions au droit d'auteur au sein de la directive société de l'information si le droit de la concurrence ou les droits de l'homme sont susceptibles d'en introduire de nouvelles ? Or, ces restrictions hors du droit d'auteur n'obéiront pas, par hypothèse, à la logique de son système : elles ne seront, par exemple, pas soumises au triple test. C'est introduire un corps étranger dans le système avec les risques de désagrégation subséquents.

Si les exceptions prévues dans la législation sur le droit d'auteur ne donnent pas assez de liberté aux utilisateurs, si elles ne constituent plus des soupapes suffisantes, il est logique qu'ils aillent chercher ailleurs ces poches de tolérance. Si le corset du droit d'auteur devient trop étouffant, s'il ne répond pas à sa finalité ultime, il conduira à des réactions de rejet. Mais le danger est grand alors de fragiliser l'ensemble de l'édifice car l'exception au droit pourra conduire à une négation du droit.

At the end of this clinical examination, it emerges that, while authors' rights are not dead, the germs of opposition are likely to weaken them (104). Nevertheless, the harm is not ineluctable; it can be avoided if authors' rights develop a "mithridatism", that is to say an "immunity to a poison acquired by taking gradually increasing doses of it". It is through their ability to adapt to the venom of technology that they have demonstrated their strength for rightholders; it is through their capacity to imbibe a dose of the "poison" of freedom that they will succeed in silencing their detractors.

(English translation by
Margaret PLATT-HOMMEL)

Al término de este examen clínico, lo que aparece es que si el Derecho de Autor no está muerto, los gérmenes de la impugnación cabe que lo debiliten (104). Pero la enfermedad no es ineluctable y puede evitarse si el Derecho de Autor desarrolla anticuerpos a través de una "mitridatización", es decir ejerciendo una tolerancia acerca de esa substancia tóxica adquirida por haber ingerido progresivamente dosis cada vez mayores de dicha substancia". Es debido a su aptitud a adaptarse a los venenos de la técnica que el Derecho de Autor ha afirmado su fuerza en cuanto a los titulares; es por su capacidad de introducir en sus entrañas una dosis del "veneno" de la libertad que hará que sus detractores callen.

(Traducción española de
Jeanne MARTÍNEZ-ARREZ)

NOTES

(1) P. Sirinelli, *Le droit d'auteur à l'aube du troisième millénaire*, JCP éd. G, 2000, I, 194.

(2) M. Vivant, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles?*, *Mélanges Mouly*, Litec 1998, p. 441.

(3) See Ph. Quéau, *Intérêt général et propriété intellectuelle*, in *Vers un domaine public mondial de l'information* (paper given at the 63rd general conference of the IFLA, Copenhagen, 31 August to 5 September 1997: "The problem of intellectual property must be restated on the basis of completely different premises, taking into account the gradual emergence of the virtual civilisation. It is doubtless time to invent a new legislative model or, even better, a new practice. New ways of remunerating inventive activity must be found; an effort must be made to determine more discriminatingly the responsibilities with regard to the protection of true creators and to ensure that undue benefits are not cornered by already over-powerful operators who, if we do not watch out, could acquire unacceptable power."; see also the experiences of Open Source in the academic sector,

NOTAS

(1) P. Sirinelli, *Le droit d'auteur à l'aube du troisième millénaire*, JCP éd. G 2000, I, 194.

(2) M. Vivant, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles?*, *Mélanges Mouly*, Litec 1998, p. 441.

(3) Véase, Ph. Quéau, *Intérêt général et propriété intellectuelle*, en *Vers un domaine public mondial de l'information* (Intervención en la 63ava. Conferencia general del IFLA, Copenhague, 31 de agosto - 5 de septiembre de 1997: "Es menester plantear el problema de la propiedad intelectual según premisas totalmente diferentes, tomando en cuenta la emergencia progresiva de la civilización virtual. Sin duda, ha llegado la hora de inventar un nuevo modelo de legislación y mejor aún, una nueva práctica. Hay que encontrar nuevas formas de retribuir la actividad creadora, de invención, hay que esforzarse por determinar afinándolas, las responsabilidades respecto a la protección de los verdaderos creadores y evitar que los ya todopoderosos operadores se acaparen de ventajas indebidas que podrían -si seguimos descuidándonos- adquirir poderes inaceptables."; Véase también, las experiencias del Open Source en el ámbito universitario,

Au terme de cet examen clinique, il ressort que si le droit d'auteur n'est pas mort, les germes de la contestation sont susceptibles de le fragiliser (104). Mais le mal n'est pas inéluctable, il peut être évité si le droit d'auteur développe une "mithridatisation", c'est-à-dire une "tolérance à l'égard d'une substance toxique, acquise par une ingestion de doses progressivement croissantes de cette substance". C'est par son aptitude à s'adapter aux venins de la technique qu'il a affirmé sa force pour les titulaires ; c'est par sa capacité d'instiller en son sein une dose du "poison" de la liberté qu'il parviendra à faire taire ses détracteurs.

NOTES

(1) P. Sirinelli, *Le droit d'auteur à l'aube du troisième millénaire*, JCP, éd. G, 2000, I, 194.

(2) M. Vivant, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, *Mélanges Mouly*, Litec 1998, p. 441.

(3) Voir Ph. Quéau, *Intérêt général et propriété intellectuelle*, in *Vers un domaine public mondial de l'information* (Intervention à la 63ème Conférence générale de l'IFLA, Copenhague, 31 août-5 septembre 1997) : "Il faut poser le problème de la propriété intellectuelle selon des prémisses complètement différentes, tenant compte de l'émergence progressive de la civilisation du virtuel. Il est sans doute temps d'inventer un nouveau modèle de législation, et mieux : une nouvelle pratique. Il faut trouver de nouvelles manières de rétribuer l'activité inventive, il faut s'efforcer de déterminer de manière plus fine les responsabilités quant à la protection des véritables créateurs, et éviter que des avantages indus soient accaparés par des opérateurs déjà surpuissants, et qui pourraient, si l'on n'y prend garde, acquérir des pouvoirs inacceptables." ; voir encore, les expériences de l'Open Source dans le domaine universitaire, plus particulièrement le projet

and in particular the HyperNietzsche project, for a press review: <http://www.hypernietzsche.org/presentation/english/presse.html>.

(4) C. Vandendorpe, Pour une bibliothèque virtuelle universelle, *Le débat*, December 2001, p. 40.

(5) Ph. Gaudrat, La mondialisation: quel risque pour le droit d'auteur communautaire? Study Day of 17 October 2001, Authors' Rights and Globalisation, not published.

(6) A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, J. Renouard, Paris, 1838, pp. 467-468.

(7) For example, <http://www.uzine.net/article158.html>, Pirates, éditeurs, même combat!, Tuesday, 26 September 2000; La musique en ligne? Un service public! Pour l'accès de tous à la zique sans passer par Napster ou quelque start-up, A. Kyrou.

(8) See the caustic exchange of views between E. Pierrat and C. Vandendorpe in *Le débat*, December 2001, *op. cit.*; E. Pierrat, Une utopie en forme de négation du droit d'auteur, p. 49: "it is simplistic to say the least to reduce literary and artistic property to a new form of increasing the value of conglomerates. The matter is subtler than that and its analysis does not admit of simplistic fantasies about a global-liberal plot supplanting arts and letters", and C. Vandendorpe's reply, Contre les nouveaux féodalismes, p. 53. See also in a less polemical tone, P.-Y. Gautier, La liberté qui opprime et la loi qui affranchit, p. 44.

(9) J. Corbet, Does Technological Development Imply a Change in the Notion of Author?, *RIDA* no. 148, April 1991, p. 58.

(10) We cite here the title of and some of the ideas in an article by W. Dross, Retour aux sources, not published.

(11) Ph. Jestaz, La jurisprudence: réflexion sur un malentendu, *D.* 1987, chr. p. 11.

(12) See in this regard the symposium organised on 11 and 12 October by the public law research institute of the University of Montreal's Faculty of Law and devoted to copyright administrative institutions, with particular reference to the role of the Canadian Copyright Board, not published.

(13) This board is provided for in Article L. 321-13 of the Intellectual Property Code as amended by the law of 1 August 2000. It was established by a decree issued on 17 April 2001.

(14) Order of 10 July 2000 creating the *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique*, O.J. no. 217 of 19 September 2000, p. 14634.

(15) See *infra*.

(16) Apart from the Berne Convention, reference can be made to the WIPO treaties of 20 December 1996, which were the first to have

en particular el proyecto HyperNietzsche, para una revista de prensa: <http://www.Hypernietzsche.org/presentation/english/presse.html>.

(4) C. Vandendorpe, Pour une bibliothèque universelle, *Le débat*, diciembre 2001, p. 40.

(5) Ph. Gaudrat, La mondialisation : quel risque pour le droit d'auteur communautaire ?, *Jornadas de estudio del 17 de octubre 2001, El Derecho de autor y la mundialización*, no publicado.

(6) A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, J. Renouard, Paris 1838, p. 467-468.

(7) Por ejemplo: <http://www.uzine.net/article158.html>, *Piratas, editores, el mismo combate!*, martes 26 de septiembre 2000; *La música en línea? Un servicio público! Para que todos accedan a la zique sin pasar por Napster o por cualquier start up*, A. Kyrou.

(8) Véase, los intercambios acerbos de E. Pierrat y C. Vandendorpe en la Revista *Le débat*, diciembre 2001, antes citada; E. Pierrat, *Une utopie en forme de négation du droit d'auteur*, p. 49: "resulta por lo menos simplista reducir la propiedad literaria y artística a una nueva manera de valorizar los conglomerados. La cosa es más sutil que eso y analizarla no es producto de fantasmagorías simplistas sobre un complot mundialo-liberal que pone la bota sobre las artes y las letras.", a lo que Vandendorpe contesta: *Contre les nouveaux féodalismes*, p. 53. Véase también en un tono menos polémico, P.-Y. Gautier, *La liberté qui opprime et la loi qui affranchit*, p. 44.

(9) J. Corbet, *Le développement technique conduit-il à un changement de la notion de auteur ?*, *RIDA* 148, abril 1991, p. 59.

(10) Tomamos aquí de nuevo el título y algunas ideas de un artículo de W. Dross, *Retour aux sources*, no publicado.

(11) Ph. Jestaz, *La jurisprudence: réflexion sur un malentendu*, *D.* 1987, chr. p. 11.

(12) A este respecto, véase el coloquio del Centre de Recherche en Droit Public (sostenido los días 11 y 12 de octubre en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, consagrado a las instituciones administrativas del Derecho de autor, que se apoyó sobre todo en el papel que desempeña la Comisión del Derecho de autor canadiense, no publicado.

(13) El artículo L. 321-13 del Código de la Propiedad Intelectual modificado por la ley del 1 de agosto de 2000, tiene prevista esta Comisión. Se estableció por decreto publicado el 17 de abril de 2001.

(14) Decreto del 10 de julio de 2000, que crea el Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística, B.O. Número 217 del 19 de septiembre de 2000, p. 14634.

(15) Véase *infra*.

(16) Fuera de la Convención de Berna, pensamos en los Tratados OMPI del 20 de diciembre de 1996, que son los primeros textos que han hecho

HyperNietzsche, pour une revue de presse : <http://www.hypernietzsche.org/presentation/english/presse.html>.

(4) C. Vandendorpe, Pour une bibliothèque universelle, *Le débat*, décembre 2001, p. 40.

(5) Ph. Gaudrat, La mondialisation : quel risque pour le droit d'auteur communautaire ?, Journées d'études du 17 octobre 2001, le droit d'auteur et la mondialisation, non publié.

(6) A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, J. Renouard, Paris, 1838, p. 467-468.

(7) Par exemple, <http://www.uzine.net/article158.html>, Pirates, éditeurs, même combat !, mardi 26 septembre 2000 ; La musique en ligne ? Un service public ! Pour l'accès de tous à la zique sans passer par Napster ou quelque start up, A. Kyrrou.

(8) Voir les échanges acerbes de E. Pierrat et C. Vandendorpe dans la revue *Le débat*, déc. 2001, préc. ; E. Pierrat, Une utopie en forme de négation du droit d'auteur, p. 49 : "il est pour le moins simpliste de réduire la propriété littéraire et artistique à une nouvelle forme de valorisation des conglomerats. La chose est plus subtile et son analyse ne souffre pas de fantasmes simplistes sur un complot mondial-libéral prenant le pas sur les arts et lettres." et réponse C. Vandendorpe, Contre les nouveaux féodalismes, p. 53. Voir également sur un ton moins polémique, P.-Y. Gautier, La liberté qui opprime et la loi qui affranchit, p. 44.

(9) J. Corbet, Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ?, *RIDA* 148, avril 1991, p. 59.

(10) Nous reprenons ici l'intitulé ainsi que certaines idées d'un article de W. Dross, Retour aux sources, non publié.

(11) Ph. Jestaz, La jurisprudence : réflexion sur un malentendu, *D.* 1987, chr. p. 11.

(12) Voir, à ce propos, le colloque tenu les 11 et 12 octobre par le Centre de Recherche en Droit Public de la faculté de droit de l'université de Montréal consacré aux institutions administratives du droit d'auteur, prenant notamment pour appui le rôle de la Commission du droit d'auteur canadienne, non publié.

(13) Cette commission est prévue par l'article L. 321-13 CPI modifié par la loi du 1er août 2000. Elle a été mise en place par un décret publié le 17 avril 2001.

(14) Arrêté du 10 juillet 2000 portant création du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, JO Numéro 217 du 19 septembre 2000 page 14634.

(15) Voir *infra*.

(16) Outre la Convention de Berne, on pense aux traités OMPI du 20 décembre 1996, qui sont les premiers textes à avoir appréhendés les actes de communication sur les réseaux ouverts. Voir à ce sujet,

addressed the matter of acts of communication on open networks. See, in this regard, J.-L. Goutal, *The WIPO Treaty of 20 December 1996 and the French Conception of Authors' Rights*, *RIDA* no. 187, January 2001, p. 66.

(17) Historically, the Council of Europe had broad competence in the field of authors' rights which has gradually been eclipsed somewhat by the European Community. See, however, *inter alia*, the recent convention on cyber-criminality adopted on 8 November in Strasbourg at the 109th session of the Committee of Foreign Affairs Ministers, open to signature as of 23 November in Budapest, which may have an impact on authors' rights.

(18) TRIPS Agreement annexed to the Marrakech Agreement establishing the WTO; A. Kéréver, *Le GATT et le droit d'auteur international: l'accord ADPIC*, *RTDCom.* 1994, p. 629; J. Ingber, *Droit d'auteur et OMC: de l'exception culturelle à l'actualité juridique*, *Légicom*, no. 25, 2001, p. 47.

(19) No less than seven directives have been adopted in eleven years covering, in order, computer programs, the rental and lending rights and related rights, satellite broadcasting and cable retransmission, the term of protection, databases, copyright in the information society and the resale right; on European harmonisation see notably V.-L. Benabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*. Bruylant, Brussels, 1997.

(20) Law no. 94-361 on the legal protection of computer programs, law no. 97-283 of 27 March 1997 implementing Directives 93/83, satellite-cable, and 93/98, term of protection; law no. 98-536 concerning the implementation of Directive 96/9, databases.

(21) See, for a negative answer to this question, J. Ginsburg, *La place de la législation nationale en droit d'auteur dans l'ère des règles internationales de droit d'auteur*, in *Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, ALAI, Berlin Congress June 1999, Munich 2000, p. 231 *et seq.*

(22) For a presentation of national legislation as an extension of international law, J. Ginsburg, *op. cit.*, p. 255 "International copyright law is said to be more akin today to a giant squid whose tentacles represent the numerous national laws and whose body represents the set of international norms." (translated from the French)

(23) A. Kéréver, *op. cit.*, p. 642.

(24) ECJ, 15 November 1994, Opinion 1/94 ECR I-5267; *RTDEur* 1995, no. 2, J. Auvret-Finck note, p. 322.

(25) Explanatory Memorandum to the Proposal for a Directive, paragraphs 4 and 5, Doc. PE 298.368, see on this question V.-L. Benabou, *La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information: valse à trois temps avec l'acquis communautaire*, *Com. Elect.*, chron. no. 23, p. 9.

stuyos los actos de comunicación sobre las redes abiertas. Véase al respecto, J.-L. Goutal, *Traité OMPI del 20 de diciembre de 1996 et conception française du droit d'auteur*, *RIDA* 187, Enero 2001, p. 67.

(17) *El Consejo de Europa tenía históricamente una amplia competencia en el ámbito del Derecho de autor, competencia que poco a poco ha usurpado la Comunidad europea. Véase no obstante, sobre todo, la reciente Convención sobre la cibercriminalidad, adoptada el 8 de noviembre en Estrasburgo cuando tuvo lugar la Sesión 109 del Comité de Ministros de Asuntos Exteriores, abierta a la firma el 23 de noviembre en Budapest y susceptible de ejercer una influencia sobre el Derecho de autor.*

(18) *Acuerdos ADPIC, anexados a los acuerdos de Marrakech y que crean la OMC; A. Kéréver, Le GATT et le droit d'auteur international: el Acuerdo ADPIC*, *RTDcom.* 1994, p. 629; J. Ingber, *Droit d'auteur et OMC: de l'exception culturelle à l'actualité juridique*, *Légicom*, n° 25, 2001, p. 47.

(19) *En once años se han adoptado no menos de siete Directivas, que cubren, por orden: los programas para computadora, los derechos de alquiler y de préstamo y los derechos conexos, la radiodifusión por satélite y por cable, la duración, las bases de datos, el Derecho de autor en la denominada sociedad de la información, el derecho yacente, en relación con la armonización europea, véase, en particular, V.-L. Benabou, Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire, Bruylant, Bruselas, 1997.*

(20) *Ley n° 94-361 sobre la protección jurídica de las computadoras, ley n° 97-283 del 27 de marzo de 1997, que transpone las Directivas 93/83 satélite-cable y 93/98 duración; ley n° 98/536 relativa a la transposición de la Directiva n° 96/9 base de datos.*

(21) *Sobre una respuesta negativa a esta pregunta, véase J. Ginsburg, La place de la législation nationale en Droit d'auteur dan l'ère des règles internationales de Droit d'auteur, in Le rôle de la législation nationale en Droit d'auteur, ALAI, Congreso de Berlín, junio 1999, Munich 2000, p. 231 y sgts.*

(22) *Para una presentación de la legislación nacional como prolongamiento del Derecho internacional, véase J. Ginsburg, op. cit., p. 255: "Hoy, el Derecho de autor internacional se parecería más bien a un pulpo gigante cuyos tentáculos representarían las múltiples leyes nacionales y el cuerpo el conjunto de normas internacionales."*

(23) A. Kéréver, *antes citado*, p. 642.

(24) *CJCE, 15 de noviembre de 1994, Avis 1/94, Rec. p. I-5267; RTDEur 1995, n° 2, nota J. Auvret-Finck, p. 322.*

(25) *Exposición de motivos de la Directiva § 4 y § 15, Doc PE 298.368, sobre esto véase, V.-L. Benabou, La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information: valse à trois temps avec l'acquis communautaire Com. Com. Elect. chron n° 23, p. 9.*

J.-L. Goutal, *Traité OMPI* du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur, *RIDA* n° 187, janvier 2001, p. 67.

(17) Le Conseil de l'Europe avait historiquement une large compétence dans le domaine du droit d'auteur qui a été peu à peu concurrencée par la Communauté européenne. Voir cependant, notamment la récente convention sur la cybercriminalité, adoptée le 8 novembre à Strasbourg lors de la 109^{ème} session du Comité des ministres des affaires étrangères, ouverte à la signature le 23 novembre à Budapest, susceptible d'influer sur le droit d'auteur.

(18) Accords ADPIC, annexés aux accords de Marrakech créant l'OMC ; A. Kéréver, Le GATT et le droit d'auteur international : l'accord ADPIC, *RTD Com.* 1994, p. 629 ; J. Ingber, Droit d'auteur et OMC : de l'exception culturelle à l'actualité juridique, *Légicom*, n° 25, 2001, p. 47.

(19) Non moins de sept directives ont été adoptées en onze ans, couvrant dans l'ordre, les programmes d'ordinateurs, les droits de location et de prêt et les droits voisins, la radiodiffusion par satellite et par câble, la durée, les bases de données, le droit d'auteur dans la société de l'information, le droit de suite ; sur l'harmonisation européenne v. notamment, V.-L. Benabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

(20) Loi n° 94-361 sur la protection juridique des ordinateurs, loi n° 97-283 du 27 mars 1997 portant transposition des directives 93/83 satellite-câble et 93/98 durée ; loi n° 98-536 relative à la transposition de la directive n° 96/9 base de données.

(21) Voir pour une réponse négative à cette question, J. Ginsburg, La place de la législation nationale en droit d'auteur dans l'ère des règles internationales de droit d'auteur, in *Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, ALAI, Congrès de Berlin juin 1999, Munich 2000, p. 231 et suiv.

(22) Pour une présentation de la législation nationale comme prolongement du droit international, J. Ginsburg, op. cit., p. 255 : "Le droit d'auteur international ressemblerait plutôt aujourd'hui à un calamar géant dont les tentacules représenteraient les multiples lois nationales et dont le corps représenterait l'ensemble des normes internationales."

(23) A. Kéréver, préc., p. 642.

(24) CJCE 15 novembre 1994, Avis 1/94, Rec. p. I-5267 ; *RTD Eur.* 1995, n° 2, note J. Auvret-Finck, p. 322.

(25) Exposé des motifs de la directive, § 4 et § 15, Doc PE 298.368, v. sur cette question, V.-L. Benabou, La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire, *Com. Com. Elect.*, chron n° 23, p. 9.

(26) Some scholars wonder whether the spirit of the directive of 22 May 2001 on copyright and related rights in the information society does not require a literal reproduction of its provisions, which would mean notably having to rewrite the existing exceptions: P.-Y. Gautier, *De la transposition des exceptions: à propos de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information"*, *Com. Com. Elec.* 2001, chron. 24, no. 2; C. Caron, *Les exceptions. L'impact sur le droit français*, *Propriétés Intellectuelles*, no. 2, p. 25.

(27) On these questions, see V.-L. Benabou, V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, La documentation française, Paris, 1998.

(28) The question of customs as a source of copyright law warrants in itself a lengthy analysis which could not be conducted in this article. See, for example, Dossier: L'édition littéraire. Pratiques contractuelles et usages, *Légicom* no. 24, 01/2001, p. 165.

(29) See V.-L. Benabou, *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, Fasc. Droit d'auteur. On the whole issue, see A. and H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 2000, p. 723-1034.

(30) V. Castille, *La relation entre la liberté d'expression et d'information et le droit d'auteur*, *IRDI* 2000, p. 164: the author cites the two cases in which the European Court of Human Rights has taken a stand on copyright.

(31) The dispute settlement procedure concerns only Member States but there is nothing to prevent individuals from alerting their authorities and urging them to initiate a procedure. This was what happened in the *USA/EC* case. The matter was raised originally by the representatives of the group U2.

(32) See, for a clear idea, the site of IPPPI, the international intellectual property portal, accessible from <http://www.ccip.fr/irpi>; <http://www.ipppi.net>.

(33) With regard to French language sites, reference can be made, *inter alia*, to the University of Namur's site: <http://www.droit.fundp.ac.be>.

(34) <http://www.droit-technologie.org>; <http://www.juriscom.net>; <http://www.legalis.net>.

(35) <http://www.ccip.fr/irpi>; <http://www.foruminternet.org>.

(36) See, for example, uzine.net, cited earlier.

(37) See Directive 93/83 on satellite broadcasting and cable retransmission, OJEC no. L 248 of 6/10/1993, p. 15: Article 14, paragraph 3: "Not later than 1 January 2000, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee a report on the application of this Directive and, if necessary, make

(26) Algunos autores se preguntan si el espíritu de la Directriz del 22 de junio de 2001, relativa al Derecho de autor y a los derechos conexos en la denominada sociedad de la información no ordena que sus disposiciones se vuelvan a tomar literalmente, lo que obligaría sobre todo a volver a redactar las excepciones existentes, P.-Y. Gautier, *De la transposition des exceptions: a propósito de la Directriz "Derecho de autor en la denominada sociedad de la información"*, *Com.Com. Elec.*, 2001, chron. 24, n° 2; C. Caron, *Les exceptions. L'impact sur le Droit français*, *Propriétés Intellectuelles*, n° 2, p. 25.

(27) Sobre estos temas, véase V.-L. Benabou, V. Varet, *La codificación de la propiedad intelectual*, la documentación francesa, Paris, 1998.

(28) El tema de los usos como fuente del Derecho de autor merecería por sí solo desarrollarlo ampliamente, cosa que no podemos hacer en el marco de este artículo. Véase, por ejemplo, Dossier: L'édition littéraire. Pratiques contractuelles et usages, *Legicom* n° 24, 01/2001, 165 p.

(29) V. V.-L. Benabou, *Encyclopédie Dalloz Derecho comunitario*, Fasc. Droit d'auteur. Sobre la cuestión global, véase A. y H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 2000, p. 723-1034.

(30) Véase Castille, *La relation entre la liberté d'expression et d'information et le droit d'auteur*, *IRDI* 2000, p. 164; se citan los dos casos en los que la Comisión europea de Derechos Humanos se pronunció sobre el Derecho de Autor.

(31) El procedimiento para resolver los diferendos no concierne más que a los Estados que forman parte, pero nada impide a un particular alertar a sus autoridades para incitarlas a entablar el proceso. Así ocurrió con *US/CE*, la cuestión la iniciaron los representantes del grupo U2.

(32) Para tener una idea precisa, véase, el portal del IPPPI, portal internacional de la Propiedad Intelectual, accesible a partir de <http://www.ccip.fr/irpi>; <http://www.ipppi.net>.

(33) En cuanto a los portales francófonos, referirse sobre todo al espacio de la Universidad de Namur: <http://www.droit.fundp.ac.be>.

(34) <http://www.droit-technologie.org>; <http://www.juriscom.net>; <http://www.legalis.net>.

(35) <http://www.ccip.fr/irpi>; <http://www.foruminternet.org>.

(36) Véase, por ejemplo, uzine.net, antes citado.

(37) Véase Directriz satélite-cable 93/83, relativa a la radiodifusión por satélite y a la retransmisión por cable, JOCE n° 248 del 6/10/1993, p. 15: art. 14 párr. 3: La Comisión presenta un Informe al Parlamento, al Consejo y al Comité económico y social, a más tardar el 1 de enero de 2000, sobre la aplicación de la presente Directriz y, dado el caso, hace nuevas propuestas para

(26) Certains auteurs se demandent si l'esprit de la directive du 22 juin 2001 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information ne commande pas une reprise littérale de ses dispositions, ce qui obligerait notamment à une réécriture des exceptions existantes P.-Y. Gautier, De la transposition des exceptions : à propos de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information", *Com. Com. Elect.*, 2001, chron. 24, n° 2 ; C. Caron, Les exceptions. L'impact sur le droit français, *Propriétés Intellectuelles*, n° 2, p. 25.

(27) Sur ces questions, v. V.-L. Benabou, V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, La documentation française, Paris, 1998.

(28) La question des usages comme source du droit d'auteur mériterait à elle seule de longs développements qui ne sauraient être faits dans le cadre du présent article. V, par exemple, Dossier : L'édition littéraire. Pratiques contractuelles et usages, *Légicom* n° 24, 01/2001, 165 p.

(29) V. V.-L. Benabou, *Encyclopédie Dalloz* Droit communautaire, Fasc. Droit d'auteur. Sur l'ensemble de la question, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2000, p. 723-1034.

(30) V. Castille, La relation entre la liberté d'expression et d'information et le droit d'auteur, *IRDI* 2000, p. 164 : sont citées les deux affaires dans lesquelles la Commission européenne des droits de l'homme s'était prononcée sur le droit d'auteur.

(31) La procédure de règlement des différends ne concerne que les États parties mais rien n'empêche un particulier d'alerter ses autorités pour les inciter à enclencher la procédure. Ce fut le cas dans l'affaire US/CE, la question ayant été initiée par les représentants du groupe U2.

(32) Voir pour une idée précise le site de l'IPPI, portail international de la propriété intellectuelle, accessible depuis <http://www.ccip.fr/irpi> ; <http://www.ipppi.net>

(33) Quant aux sites francophones, on se référera notamment au site de l'université de Namur : <http://www.droit.fundp.ac.be>.

(34) <http://www.droit-technologie.org> ; <http://www.juriscom.net> ; <http://www.legalis.net>.

(35) <http://www.ccip.fr/irpi> ; <http://www.foruminternet.org>.

(36) V., par exemple, *uzine.net*, déjà cité.

(37) Voir Directive satellite-câble 93/83 relative à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, JOCE n° L 248 du 6 octobre 1993 p. 15 : art. 14 al. 3 : La Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social, au plus tard le 1er janvier 2000, un rapport sur l'application de la présente directive et fait, le cas échéant, de nouvelles propositions pour l'adapter à l'évolution de la situation

further proposals to adapt it to developments in the audio and audiovisual sector"; Directive 9/96 on the protection of databases, Article 16, paragraph 3: "Not later than at the end of the third year after the date referred to in paragraph 1, and every three years thereafter, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee a report on the application of this Directive, in which, *inter alia* on the basis of specific information supplied by the Member States, [...] Where necessary, it shall submit proposals for adjustment of this Directive in line with developments in the area of databases."

(38) On this stormy issue, see Ph. Jestaz and C. Jamin, *L'entité doctrinale française*, *D.* 1997, chr. p. 167; L. Aynès, P.-Y. Gautier, F. Terré, *Antithèse de l'entité...*, *D.* 1997, chr. p. 229.

(39) To this effect, F. Zenati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, *D.* 2002, doctr., p. 15. "The sharing of teaching power favours the emancipation of those over whom it was exerted until now. The ascendancy of legal scholars is declining and their structural stewardship is now encountering reactions of intolerance", p. 20.

(40) See, on the issue of freedom of expression, the *Yahoo* case which is symbolic of the present "construction" of case law in connection with violations committed on the networks: a succession of interim orders, a broad assessment of the court's jurisdiction, a refusal to order enforcement, most recently *Yahoo! Inc. v. Licra*, US District Court, Northern District of California, San Jose division, 7 November 2001, case 00-21275JF, http://www.droit-technologie.org/fr/0_4_1.asp?motcle=yahoo&type_recherche=jurisprudence.

(41) The eternal issue of monism or dualism in constitutional law, see in this regard the *Sarran* EC ruling, 30 October 1998, *AJDA* 1998, p. 1039.

(42) Moreover, such an attitude is becoming increasingly difficult to justify at political level. Indeed, although the little co-operation between Community authorities and national parliaments sometimes gave the impression that the supposedly "Eurocratic" directives lacked legitimacy, the revision of the adoption procedures for Community instruments under the Treaty of Maastricht has more than made up the frequently denounced democratic deficit. The last three directives were adopted jointly by the European Parliament and the Council, thus enabling representatives elected by universal suffrage to have a say. In this context, any move by members of the national parliament to "take in hand" the copyright law would amount to a violation of a constitutional, or even a supra-constitutional obligation.

(43) http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/intprop/news/02-191.htm: the Commission thus decided to take action against Belgium and Denmark for failing to implement fully

adaptarla a la evolución de la situación en los sectores de la radiodifusión y de la teledifusión; Directriz 9/96 bases de datos, art. 16 párr. 3: A más tardar a finales del tercer año que sigue a la fecha apuntada en el párrafo 1 y, ulteriormente cada tres años, la Comisión transmite al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité económico y social un Informe sobre la aplicación de la presente Directriz, en particular sobre la base de informaciones específicas suministradas por los Estados miembros (...). Presenta, dado el caso, propuestas enfocadas a adaptar la presente Directriz a la evolución del sector de las bases de datos.

(38) *Acerca de este agitado tema, véase Ph. Jestaz y C. Jamin, L'entité doctrinale française, D. 1997, cr. p. 167; L. Aynès, P.-Y. Gautier, F. Terré, Antithèse de l'entité ..., D. 1997, cr. p. 229.*

(39) *En este sentido, F. Zenati, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, D. 2002, doctr., p. 15. "Repartir el poder doctrinal favorece la emancipación de aquellos sobre los que se ejerce hasta el presente; La ascendencia de los doctos del derecho se agrieta y su tutela estructural choca ahora con reacciones de intolerancia", p. 20.*

(40) *Véase sobre el tema de la libertad de expresión el caso Yahoo, caso emblemático de la "construcción" jurisprudencial actual relativa a las infracciones que se cometen en las redes: sucesiones de ordenanzas de urgencia, amplia apreciación de la competencia jurisdiccional, rechazo de ejecución, últimamente Yahoo Inc. versus Licra, US District Court, Northern district of California, San Jose division, 7 de noviembre de 2001, caso 00-21275, http://www.droit-technologie.org/fr/0_4_1.asp?motcle=yahoo&type_recherche=jurisprudence.*

(41) *El eterno tema del monismo o del dualismo en derecho constitucional, véase, acerca de esto, CE decisión Sarran, octubre 30 de 1998, AJDA 1998, p. 1039.*

(42) *Por añadidura se hace de más en más difícil justificarla en el plano político. Efectivamente, si la fragilidad en cuanto a la colaboración entre las instancias comunitarias y parlamentos nacionales se ha sacado la impresión de que hay un defecto de legitimidad de las Directrices tildadas de "eurocráticas", la revisión operada por el Tratado de Maastricht de los procedimientos de adopción de los textos comunitarios, ha colmado netamente el déficit democrático denunciado regularmente. Las tres últimas Directrices las adoptaron conjuntamente el Parlamento europeo y el Consejo, lo que permitió expresarse a representantes electos por sufragio universal. En este contexto, si los parlamentarios nacionales vinieren a "tomar en sus manos" la legislación del Derecho de Autor, estarían violando una obligación constitucional, véase supra-constitucional (41).*

(43) http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/intprop/news/02-191.htm: *De tal modo, que la Comisión decidió proseguir procedimientos de infracción contra Bélgica y Dinamarca por*

dans le secteur de la radiodiffusion et de la télédiffusion ; Directive 9/96 bases de données, art. 16 al. 3 : Au plus tard à la fin de la troisième année suivant la date visée au paragraphe 1, et ultérieurement tous les trois ans, la Commission transmet au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport sur l'application de la présente directive, dans lequel, en particulier sur la base d'informations spécifiques fournies par les États membres, [...] Elle présente, le cas échéant, des propositions visant à adapter la présente directive à l'évolution du secteur des bases de données.

(38) Sur cette question houleuse, V. Ph. Jestaz et C. Jamin, *L'entité doctrinale française*, D. 1997, chr. p. 167 ; L. Aynès, P.-Y. Gautier, F. Terré, *Antithèse de l'entité...*, D. 1997, chr. p. 229.

(39) En ce sens, F. Zenati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, D. 2002, doctr., p. 15. "Le partage du pouvoir doctrinal favorise l'émancipation de ceux sur lesquels il s'exerçait jusqu'à présent. L'ascendant des savants du droit s'effrite et leur tutelle structurelle se heurte désormais à des réactions d'intolérance.", p. 20.

(40) Voir sur la question de la liberté d'expression l'affaire Yahoo, emblématique de la "construction" jurisprudentielle actuelle relative aux infractions commises sur les réseaux : successions d'ordonnances de référé, appréciation large de la compétence juridictionnelle, refus d'exécution, dernièrement *Yahoo! Inc. c/Licra*, US District Court, Northern district of California, San Jose division, 7 novembre 2001, case 00-21275JF. [http://www.droit-technologie.org/fr/0_4_1.asp? motcle = yahoo & type_recherche = jurisprudence](http://www.droit-technologie.org/fr/0_4_1.asp?motcle=yahoo&type_recherche=jurisprudence)

(41) Éternelle question du monisme ou du dualisme en droit constitutionnel, v. sur cette question, CE arrêt Sarran. 30 octobre 1998, *AJDA* 1998, p. 1039.

(42) Cette attitude devient de surcroît de plus en plus difficile à justifier sur le plan politique. En effet, si de la faiblesse de la collaboration entre instances communautaires et parlements nationaux est parfois ressortie l'impression d'un défaut de légitimité des directives réputées "eurocratiques", la révision des procédures d'adoption des textes communautaires par le traité de Maastricht a nettement comblé le déficit démocratique régulièrement dénoncé. Les trois dernières directives ont été adoptées conjointement par le Parlement européen et le Conseil, permettant ainsi l'expression de représentants élus au suffrage universel. Dans ce cadre, une "reprise en main" de la législation du droit d'auteur par les parlementaires nationaux reviendrait à la violation d'une obligation constitutionnelle, voire supra-constitutionnelle.

(43) http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/intprop/news/02-191.htm : la Commission a ainsi décidé de poursuivre des procédures d'infraction à l'encontre de la Belgique et du Danemark pour

Directive 92/100 on the rental and lending right and certain related rights to copyright.

(44) J. Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-step Test" for Copyright Exceptions*, RIDA no. 187, January 2001; A. Françon, *RTDCom* 2001, no. 2, chron.; Y. Gaubiac, *Les exceptions au droit d'auteur: un nouvel avenir*, *Com. Com. Elec.* No. 6, June 2001, chron. 15.

(45) In the EC/USA dispute concerning exemptions under the Copyright Act, the United States did not implement the decision and asked for the deadline for amending the legislation to be extended; the United States was moving towards a negotiated solution with the EC. The DSB authorised the United States to exceed the deadline of 27 July 2001 which had been set for complying with the decision.

(46) System of crossed retaliation.

(47) ECJ, 23 November 1999, *Portugal v. Council*, case C-149/96; ECR I. 8395 for the WTO; ECJ, 14 December 2000, *Dior*, joined cases C-300/98 and C-392/98, ECR I-11307, C. Caron, *Valse-hésitation à propos du rôle du droit communautaire de la propriété intellectuelle dans l'application des accords ADPIC*, *Com. Com. Elec.* no. 10, Oct. 2001, p. 96.

(48) Address by C. Tasca, 11 May 2000.

(49) Address by C. Tasca, 11 May 2000: "But citizens - like authors and artists, as long as they receive remuneration - want works to circulate and be accessible. This is quite a new subject for which proposals are required that achieve a balance between economic interests, producers' rights and freedoms. These cannot be based purely on technological feats; they must be founded on democratic choices that are respectful of rights."

(50) See notably the reaction of journalists fearing for their copyrights: <http://www.humanite.presse.fr/journal/2001/2001-11/2001-11-23/2001-11-23-039.html>; http://freelens.france.free.fr/comptes_rendus/21.htm.

(51) At its session of 20 December 2001, the *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique* adopted opinion 2001-1, expressed by Professor A. Lucas, concerning works created by public employees. This opinion concerns only authors' rights and not neighbouring rights.

(52) Article 4. "The *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique* shall consist of one chairperson who shall be a Councillor of State and one deputy chairperson who shall be a Judge of the Court of Cassation. [...] In addition, it shall consist of: 10 *ex officio* members. [...] Eight persons with specialist knowledge of the field of literary and artistic

transposición incompleta de la Directriz 92/100 sobre el derecho de alquiler, de préstamo y ciertos derechos conexos del Derecho de Autor.

(44) J. Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? the WTO Panel Decision and "Three-step Test" for Copyright Exceptions*, RIDA n° 187, enero 2001; A. Françon, *RTDCom* 2001, n° 2, cron.; Y. Gaubiac, *Les exceptions au Droit d'auteur: un nouvel avenir*, *Com. Com. Elec.* n° 6 junio 2001, cron. 15.

(45) *En el contencioso CE/US sobre el Copyright Act, Estados Unidos tardó en poner en obra la decisión, porque pidió que se reportara la fecha límite de modificación de su legislación y la solución se orienta hacia una negociación con la Comunidad. La ORD autorizó a Estados Unidos a sobrepasar la fecha del 27 de julio de 2001 fijada para conformarse a la decisión.*

(46) *Sistema de retorsión cruzada.*

(47) *CJCE 23 de noviembre de 1999, Portugal contra Consejo, asunto C-149/96, Rec. I.8395 para la OMC; CJCE 14 de diciembre de 2000, Dior, asunto Juntas C-300/98 y C-392/98, Rec I-11307, C. Caron, Valseo a propósito del papel desempeñado por el Derecho comunitario de la propiedad intelectual en la aplicación de los Acuerdos ADPIC, Com. Com. Elec. n° 10, oct.2001, p. 96.*

(48) *Alocución de C. Tasca, el 11 de mayo de 2000.*

(49) *Alocución de C. Tasca, el 11 de mayo de 2000: "Pero los ciudadanos, al igual que los autores y los artistas, desde el momento en que están remunerados, desean que las obras circulen y sean accesibles. Es este un tema bastante nuevo que debe ser objeto de proposiciones equilibradas entre intereses económicos, derechos de los productores y libertades. No pueden depender únicamente de proezas técnicas sino de elecciones democráticas que respeten los derechos."*

(50) *Véase, sobre todo la reacción de los periodistas que temen por sus derechos de autor: http://www.humanite.presse.fr/journal/2001/2001-11/2001-11-23/2001-11-23-039.html; http://freelens.france.free.fr/comptes_rendus/21.htm.*

(51) *Cuando tuvo lugar su sesión del 20 de diciembre de 2001, el Consejo superior de la propiedad literaria y artística adoptó la opinión 2001-1, relativa a la creación de agentes públicos, opinión emitida por el Profesor A. Lucas. La opinión no se refiere sino al Derecho de Autor y no a los derechos conexos.*

(52) *Art. 4. El Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística, comprende: 1º un Consejero de Estado, presidente y un Consejero en la Corte de Casación, vice-presidente. (...) Comprende entre otros miembros: 10 Miembros de derecho. (...); 2º Ocho personalidades calificadas en materia de propiedad literaria y artística nombradas por decreto por la*

transposition incomplète de la Directive 92/100 sur le droit de location, de prêt et certains droits voisins du droit d'auteur.

(44) J. Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? the WTO Panel Decision and "Three-step Test" for Copyright Exceptions*, *RIDA* n° 187, janvier 2001 ; A. Françon, *RTD Com* 2001, n° 2, chron. ; Y. Gaubiac, *Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir*, *Com. Com. Elect.* n° 6, juin 2001, chron 15.

(45) Dans le contentieux CE/US sur le Copyright Act, la mise en œuvre de la décision par les États-Unis a tardé à intervenir, ces derniers ayant demandé le report de la date limite de modification de leur législation et la solution s'oriente vers une négociation avec la Communauté. L'ORD a autorisé les États-Unis à dépasser la date du 27 juillet 2001 qui avait été fixée pour se conformer à sa décision.

(46) Système de rétorsion croisée.

(47) CJCE 23 novembre 1999, Portugal contre Conseil, aff. C-149/96, Rec. I. 8395 pour l'OMC ; CJCE 14 décembre 2000, Dior, aff. jointes C-300/98 et C-392/98, Rec. I-11307, C. Caron, *Valse-hésitation à propos du rôle du droit communautaire de la propriété intellectuelle dans l'application des accords ADPIC*, *Com. Com. Elect.* n° 10, oct. 2001, p. 96.

(48) Allocution de C. Tasca, le 11 mai 2000.

(49) Allocution de C. Tasca, le 11 mai 2000 : "Mais les citoyens, comme les auteurs et les artistes, dès lors qu'ils sont rémunérés, souhaitent que les œuvres circulent et soient accessibles. C'est un sujet assez nouveau qui doit faire l'objet de propositions équilibrées entre intérêts économiques, droits des producteurs et libertés. Elles ne peuvent être fonction de seules prouesses techniques mais de choix démocratiques respectueux des droits."

(50) Voir, notamment la réaction des journalistes qui craignent pour leurs droits d'auteur : <http://www.humanite.presse.fr/journal/2001/2001-11/2001-11-23/2001-11-23-039.html> ; <http://freelens.france.free.fr/comptesrendus/21.htm>.

(51) Lors de sa séance du 20 décembre 2001, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a adopté l'avis 2001-1 relatif à la création des agents publics, émis par le professeur A. Lucas. Cet avis ne porte que sur les droits d'auteur, et non sur les droits voisins.

(52) Art. 4. - Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique comprend un conseiller d'État, président, ainsi qu'un conseiller à la Cour de cassation, vice-président. [...] Il comprend en outre : 1° Membres de droit. [...] 2° Huit personnalités qualifiées en matière de propriété littéraire et artistique nommées par arrêté de la ministre de la culture et de la communication pour une durée de trois ans renouvelable, dont trois

property appointed by order of the Minister of Culture and Communication for a renewable term of three years, three of whom shall be university professors and two of whom shall be practising lawyers. Thirty-two members representing members of the profession appointed by order of the Minister of Culture and Communication for a renewable term of three years, made up as follows: ten representatives of authors; two representatives of authors and publishers of computer programs and databases; two representatives of performers; two representatives of producers of phonograms; two representatives of newspaper publishers; two representatives of book publishers; two representatives of audio-visual producers; two representatives of film producers; two representatives of radio broadcasters; two representatives of television broadcasters; two representatives of online service publishers; two representatives of consumers."

(53) <http://www.uzine.net/article854.html>.

(54) After adopting a decision on 30 June 1986 that it would not hold any further meetings, the Committee was reformed by an order of the Minister of Culture and Communication dated 13 March 2000.

(55) The order was amended on 5 December 2000 so as to include a representative of the information technologies industry federation which represents members of the IT and office automation industries.

(56) C. Caron, *Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée*, D. 2001, doctr., p. 3421.

(57) The remuneration for private copying was extended to authors and publishers of works fixed on any other medium under law no. 2001-624 of 17 July 2001 laying down various provisions of a social, educational and cultural nature (new Article L. 311-1, paragraph 2).

(58) The decision came into force a fortnight after its publication, i.e. on Monday, 22 January 2001. The Committee adopted the rates of remuneration for removable media (notably digital ones) after increasing by 25% to bring them up to date the basic hourly rates set in 1986 for analogue audio media (which were raised from FF 1.50 to FF 1.87 an hour) and analogue video media (raised from FF 2.25 to FF 2.81 an hour) and setting the basic hourly rates of remuneration payable on digital media: FF 3 an hour for audio and FF 8.25 an hour for video. However, it did not set any remuneration for media embodied in recording equipment except for handheld (walkman-type) MP3 recording devices (like "Rio") set at the rate of FF 2.20 for 32 Mo.

(59) *Le Monde* of 17 January 2001, page 34, "Catherine Tasca's proposal to tax computers embarrasses Lionel Jospin"; *Le Figaro économie* of 15 January 2001, page VIII, "Computers taxed"; see

Ministra de Cultura y de Comunicación y por un período de tres años renovable, entre los que se encuentran tres profesores universitarios y dos abogados de ma Corte, 39 Treinta y dos miembros que representan a los profesionales, nombrados también por la Ministra de la Cultura y de la Comunicación, por un período de tres años renovables y repartidos como sigue: diez representantes de los autores; dos representantes de autores y editores de lógicas y de bases de datos; dos representantes de artistas-intérpretes; dos representantes de productores de fonogramas; dos representantes de editores de prensa; dos representantes de editores de libros; dos representantes de productores audiovisuales; dos representantes de productores cinematográficos; dos representantes de radiodifusores; dos representantes de teledifusores; dos representantes de editores de servicios en línea; dos representantes de los consumidores.

(53) <http://www.uzine.net/article854.html>.

(54) *Tras haber tomado la decisión el 30 de junio de 1986, para no volverse a reunir, un decreto del 13 de marzo de 2000 de la Ministra de Cultura y de Comunicación, la reconstituyó nuevamente.*

(55) *Decreto modificado el 5 de diciembre de 2000, para integrar un representante del sindicato de la industria de tecnologías de la información, que agrupa a los industriales de la informática y de la bureautique.*

(56) C. Caron, *Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée*, D. 2001, doctr., p. 3421.

(57) *La remuneración por copia privada se ha hecho extensiva, mediante una ley n 2001-624, del 17 de julio de 2001 y que conlleva diversas disposiciones de orden social, educativo y cultural (nuevo Artículo L. 311-1, párr. 2) a los autores y a los editores de obras fijadas sobre cualquier otro soporte.*

(58) *Decisión aplicable quince días después de su publicación, o sea, el lunes 22 de enero de 2001. La Comisión adoptó las tasas de remuneración concernientes a los soportes amovibles, en particular numéricos, tras haber actualizado en un 25 % las tasas horarias de base establecidas en 1986 para los soportes analógicos audio (tasas que pasan de 1,50F a 1,87 F por hora) y video (que pasan de 2,25 F a 2,81 F por hora) y, tras haber fijado las tasas horarias de base aplicables a la remuneración exigible sobre los soportes numéricos que se establecen en: 3 F por hora para los soportes audio y 8,25 F por hora para los soportes video. Sin embargo no fijó remuneración por concepto de soportes integrados a los materiales para grabar, exceptuando los aparatos de bolsillo grabadores en formato MP 3 (de tipo "Rio"), fijados para éstos en 2,20 F por 32Mo.*

(59) *Le Monde* del 17 de enero de 2001, página 34, *La propuesta de Catherine Tasca concerniente a tasar las computadoras pone a Lionel Jospin en una situación embarazosa; Le Figaro económico* del 15 de

professeurs d'université et deux avocats à la cour. 3° Trente-deux membres représentant les professionnels nommés par arrêté de la ministre de la culture et de la communication pour une durée de trois ans renouvelable et ainsi répartis : dix représentants des auteurs ; deux représentants des auteurs et éditeurs de logiciels et bases de données ; deux représentants des artistes-interprètes ; deux représentants des producteurs de phonogrammes ; deux représentants des éditeurs de presse ; deux représentants des éditeurs de livres ; deux représentants des producteurs audiovisuels ; deux représentants des producteurs de cinéma ; deux représentants des radiodiffuseurs ; deux représentants des télédiffuseurs ; deux représentants des éditeurs de services en ligne ; deux représentants des consommateurs.

(53) <http://www.uzine.net/article854.html>

(54) Après avoir pris une décision le 30 juin 1986, pour ne plus être réunie par la suite, elle a été reconstituée par un arrêté de la ministre de la culture et de la communication du 13 mars 2000.

(55) Arrêté modifié le 5 décembre 2000 pour intégrer un représentant du syndicat de l'industrie des technologies de l'information, qui regroupe les industriels de l'informatique et de la bureautique.

(56) C. Caron, Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée, *D.* 2001, doctr., p. 3421.

(57) La rémunération pour copie privée a été étendue par une loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel (nouvel article L. 311-1 alinéa 2) aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support.

(58) Décision applicable quinze jours après sa publication, soit le lundi 22 janvier 2001. La commission a adopté les taux de rémunération concernant les supports amovibles, notamment numériques, après avoir actualisé de 25 % les taux horaires de base fixés en 1986 pour les supports analogiques audio (qui passent de 1,50 F à 1,87 F par heure) et vidéo (qui passent de 2,25 F à 2,81 F par heure), et fixé les taux horaires de base applicables à la rémunération exigible sur les supports numériques : à 3 F par heure pour l'audio et à 8,25 F par heure pour la vidéo. Elle n'a toutefois pas fixé de rémunération au titre des supports intégrés à des matériels d'enregistrement, à l'exception des baladeurs enregistreurs en format MP 3 (type "Rio"), fixée en l'espèce à 2,20 F pour 32 Mo.

(59) *Le Monde du 17 janvier 2001, page 34*, La proposition de Catherine Tasca de taxer les ordinateurs embarrasse Lionel Jospin ; *Le Figaro économie du 15 janvier 2001, page VIII*, Les ordinateurs taxés, voir plus

even more recently, "Madame Taxa, taxing computers, paying for private copying", Saturday 15 December 2001, by *OOdr*.

(60) Informational report no. 3466 on the remuneration for private copying from the Finance, Economy and Planning Committee presented to the National Assembly by Deputy D. Migaud on 13 December 2001 (available on the National Assembly's site). See the commentaries, <http://interactif.lemonde.fr>; <http://www.01net.com>.

(61) To this effect, cited in the Migaud report, a note supplied by the electronic audio-visual equipment industries federation stating as follows: *"the category of 'remuneration under private law' is unsatisfactory, especially in view of the fact that the decisions of the Committee provided for in Article L. 311-5 IPC are automatically enforceable, the minister of culture having no power to approve or veto them, and that they are administrative instruments under the jurisdiction of the Council of State for the purpose of any appeals against them for abuse of power. It will be acknowledged that this is a lot for 'remuneration under private law'".*

(62) Migaud report, *op. cit.*: "Firstly, the composition of the committee, which no longer fulfils the requirement of a balanced representation of the various parties, and the non-existence of its own means of assessment have considerably undermined its credibility. Its ability to take rapid decisions that have obtained sufficient support is now in question". The Committee responded to the first criticism by issuing opinion 2001-2 of 20 December 2001 adapting the composition of the committee provided for in Article L. 311-5 IPC by allocating two of the seats currently held by rightholders to two management societies representing respectively authors and publishers of written works and works of visual art.

(63) The Minister had already sought the opinion of the Council of State *inter alia* on the question whether **"the insufficiently representative character of the organisations determined by the Minister of Culture to nominate the members of the Committee may affect the legality of the Committee's decisions"**, which, on the subject, sent this assessment to the author of the question. Answer in the opinion of 10 October 2000 (opinion no. 365310), not published, which validated the decision of 4 January 2001 having found, firstly that the decision to take account of the compression rates in calculating the remuneration was justified and that there was nothing to prevent the remuneration from being extended to non-dedicated media: "the 'media' mentioned in the first paragraph of Article L. 311-4 above are not limited to media that are removable in relation to the recording equipment using them, but also include media incorporated in such equipment and inseparable from them".

enero de 2001, página VIII, *Les ordinateurs taxés, voir artículo más recientes como "Madame Taxa, taxer les ordinateurs, payer la copie privée"*, sábado 15 de diciembre de 2001, por *OOdr*.

(60) *Informe acerca de la remuneración por copia privada producido por la Comisión de hacienda, de economía y de la planificación, Informe n° 3466, presentado en la Asamblea nacional por el Diputado D. Migaud, el 13 de diciembre de 2001 (disponible en el portal de la asamblea). Véanse los comentarios en, <http://interactif.lemonde.fr>; <http://www.01net.com>.*

(61) *Según esto y citado por el Informe Migaud, una nota producida por el Sindicato de industriales de materiales audiovisuales electrónicos indica que "la categoría en cuanto a la remuneración de derecho privado" no puede ser satisfactoria. Tanto más cuanto que las decisiones de la Comisión del Artículo L. 311-5 del CIP son ejecutorias de derecho pleno, toda vez que el insitro de Cultura no tiene poder para admitir o para reprobar y que éstos son actos administrativos que dependen de la competencia del Consejo de Estado por lo que a posibles recursos por exceso de poder se refiere. Hay que reconocer que para una 'remuneración de derecho privado' supone demasiado".*

(62) *Informe Migaud, antes citado: "De una parte, la forma como está compuesta la Comisión, la cual ya no está adecuada a lo que exige una representación equilibrada de las distintas partes y el hecho de que no tenga medios propios que le permitan hacer una evaluación, han erosionado fuertemente su credibilidad. Se discute hoy su capacidad para tomar decisiones rápidas que reúnan una adhesión suficiente". La respuesta de la Comisión a la primera crítica fue la opinión 2001-2, del 20 de diciembre de 2001, que adaptaba la composición de la Comisión prevista en el Artículo L. 311-5 CPI, atribuyendo dos de los puestos ocupados por los derechohabientes actuales a dos sociedades de gestión que representan, por una parte, a autores y editores de obras escritas y, por otra parte, a los autores de obras plásticas y visuales.*

(63) *La Ministra ya había solicitado la opinión del Consejo de Estado, sobre todo por lo que respecta a saber si "el carácter no lo suficientemente representativo que revisten las organizaciones determinadas por la Ministra encargada de la Cultura y llamadas a designar los miembros de la Comisión tiene el cariz de teñir de ilegales las decisiones adoptadas por ella", apreciación que el Consejo de Estado remite al autor del tema en cuestión. Como respuesta, la opinión del 10 de octubre de 2000 (opinión n° 365310), no publicada, que validó la decisión del 4 de enero de 2001, al estimar, por una parte, que tomar en cuenta las tasas de compresión para calcular la remuneración se basaba en que no hay nada que obstaculice extender la remuneración sobre los soportes no dedicados: "los soportes" mencionados en el primer párrafo del Artículo L. 311-4 antes citado no se limitan a los soportes amovibles en comparación a los materiales para grabar que sirven para utilizarlos, sino que también incluyen los soportes integrados a estos materiales y que son indisolubles de ellos".*

récemment encore, "Madame Taxa, taxer les ordinateurs, payer la copie privée", samedi 15 décembre 2001, *par Oodr*.

(60) Rapport d'information sur la rémunération pour copie privée, de la Commission des finances, de l'économie et du plan, n° 3466, présenté à l'Assemblée nationale par M. le député D. Migaud le 13 décembre 2001 (disponible sur le site de l'Assemblée). Voir les commentaires, <http://interactif.lemonde.fr> ; <http://www.01net.com>.

(61) En ce sens, cité par le rapport Migaud, une note fournie par le Syndicat des industries de matériels audiovisuels électroniques indique ainsi que *la catégorie de "rémunération de droit privé" ne peut satisfaire. D'autant plus que les décisions de la Commission de l'article L. 311-5 du CPI sont exécutoires de plein droit, le ministre de la culture n'ayant pas de pouvoir d'agrément ou d'empêchement, et que ce sont des actes administratifs relevant de la compétence du Conseil d'État pour ce qui concerne d'éventuels recours en excès de pouvoir. On avouera que cela fait beaucoup pour une "rémunération de droit privé"*.

(62) Rapport Migaud, préc. : "D'une part, la composition de la commission, qui n'est plus en adéquation avec l'exigence d'une représentation équilibrée des diverses parties, et l'inexistence de ses moyens propres d'évaluation ont fortement érodé sa crédibilité. Sa capacité à prendre des décisions rapides et emportant une adhésion suffisante est désormais en question". A la première critique, la Commission a répondu par un avis 2001-2 du 20 décembre 2001 adaptant la composition de la commission prévue à l'article L. 311-5 CPI, en attribuant deux des sièges occupés par les ayants droit actuels à deux sociétés de gestion représentant les auteurs et éditeurs des œuvres écrites, d'une part, des œuvres plastiques et visuelles, d'autre part.

(63) La ministre avait déjà sollicité l'avis du Conseil d'État notamment sur la question de savoir si **"le caractère insuffisamment représentatif des organisations déterminées par le ministre chargé de la Culture et appelées à désigner les membres de la commission est de nature à entacher la légalité des décisions prises par celle-ci"**, lequel a, sur cette question renvoyé cette appréciation à l'auteur de la question. Réponse dans l'avis du 10 octobre 2000 (avis n° 365310), non publié, qui avait validé la décision du 4 janvier 2001 en estimant d'une part que la prise en compte des taux de compression dans le calcul de la rémunération était fondé et que rien ne fait obstacle à l'extension de la rémunération sur les supports non dédiés : "les 'supports' mentionnés au premier alinéa de l'article L. 311-4 précité ne se limitent pas aux supports amovibles par rapport aux matériels d'enregistrement qui servent à les utiliser mais incluent également les supports intégrés à ces matériels et indissociables de ceux-ci".

(64) The independent committee provided for in Article L. 214-4 of the Intellectual Property Code consists of representatives of the rightholders concerned (performers and producers of phonograms), on the one hand, and representatives of the users of phonograms for communication in a public place by broadcasting or simultaneous, unabridged cable distribution, on the other. The remuneration, based on the revenue from exploitation, or, failing that, estimated on a lump-sum basis, is determined by the Committee, its decisions being enforceable one month after their publication in the Official Journal. The remuneration is shared equally between performers and producers of phonograms.

(65) Council of State, *Syndicat national des discothèques et lieux de loisirs*, 13 September 2000: On the question whether this remuneration constituted a turnover tax, the Council of State held that "from the inquiry, it emerges that this remuneration constitutes a charge for users of phonograms levied at one stage only and based on their gross receipts, without their being able to deduct the charges that they themselves have borne upstream: accordingly, it cannot be regarded as a turnover tax within the meaning of the provisions of Article 33 of the directive of 17 May 1977".

(66) A. Gitton, *La copie privée numérique: vers une licence d'édition privée*, *Légicom*, no. 25, 2001, p. 65: "As matters stand, anyone would seem to be able to plead the illegality of the collection of remuneration based on media that were not intended to be used to copy works, phonograms or videograms."

(67) Renouard, *op. cit.*, p. 441 *et seq.*, paragraph headed "The reproduction of intellectual works does not form a subject of property".

(68) For an analysis of this question, P.-Y. Gautier, *L'art et le droit naturel, Droit et Esthétique*, Archives de philosophie du droit, vol. 40, p. 206.

(69) Renouard, *op. cit.*, p. 460 and the famous: "Reward authors, pay them society's debt!"

(70) *Id.*, p. 437.

(71) C. Vandendorpe, *Pour une bibliothèque virtuelle universelle*, *op. cit.*

(72) E. Pierrat, *Une utopie en forme de négation du droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 51.

(73) A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, J. Renouard, Paris, 1838, p. 462, wrote, on the subject of subsidised creation, "with such forms of salary, distributive justice would be impossible" and, on the possibility of purchase that would take the form of expropriation for public purposes, he added "who would declare such purposes and assess the work involved? Who would calm the rivalry?"

(64) *La Comisión independiente prevista en el Artículo L. 214-4 del Código de la Propiedad Intelectual, comprende, de una parte, a los representantes de los titulares (artistas intérpretes y productores de fonogramas) y, de otra parte, a los contribuyentes que representan a los que explotan fonogramas para comunicarlos en un lugar público, por radiodifusión o distribución simultánea e integral por cable. La remuneración, basada en lo recaudado durante la explotación o, en su defecto, evaluada a forcé, la decide la Comisión por deliberación ejecutoria en el plazo de un mes contado a partir de su publicación en el Boletín Oficial. Se reparte por mitad entre artistas e intérpretes y productores de fonogramas.*

(65) *CE, Sindicato nacional de discotecas y lugares de distracción, 13 de septiembre de 2000: Interrogado en cuanto a saber si esta remuneración constituía una tasa sobre la cifra de negocios, el Consejo de Estado estimó que "lo que resulta de la instrucción del expediente es que esa remuneración es un cargo que les imputa a los que utilizan los fonogramas, basado en los ingresos brutos y que se cobra una vez, sin que exista ninguna posibilidad para los dichos utilizadores de deducirla de los cargos que soportan en la fuente; que, en estas condiciones, no puede considerarse como un impuesto sobre la cifra de negocios en el sentido bajo el cual lo entienden las disposiciones del Artículo 33 de la Directriz del 17 de mayo de 1977".*

(66) *A. Gitton, La copie privée numérique: vers une licence d'édition privée, Legicom, n° 25, 2001, p. 65: "Tal cual, cada quien parece poder quedar exempto de lo ilegal en percibir una remuneración basada en soportes que no estuvieren destinado a copiar obras, fonogramas o videogramas."*

(67) *Renouard, op.cit., p. 44 y sgts. parágrafo titulado: La reproduction des ouvrages de l'esprit n'est point un objet de propriété.*

(68) *Para efectuar un análisis sobre el tema, véase P.-Y. Gautier, L'art et le droit nature, Droit et Esthétique, Archives de philosophie du droit, tomo 40, p. 206.*

(69) *Renouard, op. cit., p. 460 y el famoso: "Recompensar a los autores, pagadles la deuda social!"*

(70) *Idem, p. 437.*

(71) *C. Vandendorpe, Pour une bibliothèque virtuelle universelle, op. cit.*

(72) *E. Pierrat, Une utopie en forme de négation du droit d'auteur, op. cit. p. 51.*

(73) *En A.-C. Renouard, Traité des droits d'auteur, J. Renouard, Paris, 1838, p. 462, a propósito de la creación subvencionada escribe: "con tales formas de sueldo, sería imposible la justicia distributiva" y, sobre la posibilidad de compra, que cobraría la forma de una expropiación por causa de utilidad pública, añade: "¿quién declararía la utilidad y apreciaría la labor? ¿Qué baría justicia en cuanto a la mediocridad?"*

(64) La commission indépendante prévue à l'article L. 214-4 du code de la propriété intellectuelle comprend d'une part, les représentants des titulaires (artistes interprètes et producteurs de phonogrammes) et, d'autre part, les redevables représentants des exploitants des phonogrammes pour la communication dans un lieu public, par radiodiffusion ou distribution simultanée et intégrale par câble. La rémunération assise sur les recettes d'exploitation, ou à défaut, évaluée forfaitairement est décidée par la commission par délibération exécutoire dans un délai d'un mois à compter de sa publication au Journal officiel. Elle est répartie pour moitié entre artistes et interprètes et producteurs de phonogrammes.

(65) CE, *Syndicat national des discothèques et lieux de loisirs*, 13 septembre 2000 : interrogé sur le fait de savoir si cette rémunération constituait une taxe sur le chiffre d'affaires, le Conseil d'État a estimé qu' "*il résulte de l'instruction que cette rémunération constitue une charge pour les utilisateurs de phonogrammes, prélevée à un seul stade et assise sur leurs recettes brutes, sans aucune déduction possible par ceux-ci des charges qu'ils ont eux-mêmes supportées en amont ; que, dans ces conditions, elle ne peut être regardée comme une taxe sur le chiffre d'affaires au sens des dispositions de l'article 33 de la directive du 17 mai 1977*".

(66) A. Gitton, *La copie privée numérique : vers une licence d'édition privée*, *Légicom*, n° 25, 2001, p. 65 : "En l'état, chacun semble pouvoir exciper de l'illégalité de la perception d'une rémunération assise sur des supports qui ne seraient pas destinés à copier des œuvres, des phonogrammes ou des vidéogrammes."

(67) Renouard, *op. cit.*, p. 441 et suiv. paragraphe intitulé "La reproduction des ouvrages de l'esprit n'est point un objet de propriété".

(68) Pour une analyse de cette question, P.-Y. Gautier, *L'art et le droit naturel, Droit et Esthétique*, *Archives de philosophie du droit*, tome 40, p. 206.

(69) Renouard, *op. cit.*, p. 460 et le fameux : "Récompensez les auteurs, payez-leur la dette sociale !".

(70) *Id.*, p. 437.

(71) C. Vandendorpe, *Pour une bibliothèque virtuelle universelle*, *op. cit.*

(72) E. Pierrat, *Une utopie en forme de négation du droit d'auteur*, *op. cit.* p. 51.

(73) A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, J. Renouard, Paris, 1838, p. 462, à propos de la création subventionnée écrit, "avec de telles formes de salaire, la justice distributive serait impossible", et sur la possibilité d'un achat qui prendrait la forme d'expropriation pour cause d'utilité publique, il ajoute "qui... déclarerait cette

Who would challenge mediocrity? Would you give the government authority to value works to be purchased in the public interest?"

(74) C. Cass. 10 March 1999 *Gondrée*, and the following decisions. C. Aleaume, *Droit à l'image des biens: dissidence de la Cour d'appel de Paris*, *Légipresse*, no. 173, July-August 2000, p. 118; V.-L. Benabou, *La propriété schizophrène*, *Droit et Patrimoine*, April 2001; C. Caron, *Les virtualités dangereuses du droit de propriété*, *Rep. Defresnois* 1999, 15 September 1999, p. 897; M. Cornu, *Le droit culturel des biens*, Bruylant, Brussels, 1996, notably p. 514; P.-Y. Gautier, *Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation a créé de la para-propriété intellectuelle*, *JCP E* 1999 II 10078; P. Kayser, *L'image des biens*, *D. 1995 chron.*, p. 291; F. Zenati, *RTDCiv* 1999, no. 4, *chron.*, p. 866.

(75) Court of First Instance of the EC, 10 July 1991, *Magill*, joined cases T-69/89, 70/89, ECR II-485.

(76) Decision of the Commission, 3 July 2001, COMP D3/38.044 CE NDC IMS HEALTH: Interim measures, <http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38044/en.pdf>

(77) President of the Court of First Instance of the EC, interim order, 26 October 2001, case T-184/01 R, *IMS Health Inc. v. Commission of the European Communities, AzylX, NDC Health Corporation, NDC Health GmbH & Co.*, not reported; see G. Bonet, V.-L. Benabou, *Chronique de droit communautaire, Propriétés Intellectuelles*, no. 3, April 2002.

(78) An illustration of the phenomenon of "standardisation" of authors' rights/copyright doubtless stems from the technical constraints surrounding it. If the challenges facing copyright protection are the same everywhere because access to works is global, is it appropriate to provide different responses?

(79) J.-L. Goutal, *The WIPO Treaty and the French Conception of Authors' Rights*, *op. cit.* p. 72, who, using a gastronomic analogy, provides a colourful illustration of this acculturation phenomenon in connection with the WIPO treaties of December 1996. He considers that these treaties draw authors' rights "a bit closer to the big European and global melting pot in which is bubbling a sauce that does not taste exactly like French cuisine."

(80) F. Pollaud-Dulian, *L'évolution récente du droit d'auteur en France*, *Légipresse*, 1995/1, no. 118, 2: this recognition of the economic importance of copyright explains why it is now covered not only by legislation and the international conventions on literary and artistic property but also by authorities and instruments that are essentially economic in nature, particularly the Treaty of Rome and the GATT.

(81) Does this idea not already underlie the Berne Convention?

¿Atribuiríats al Gobierno la capacidad de estimar qué obras hay que comprar en interés del público?"

(74) *Corte de Casación, 10 de marzo de 1999, Gondrée y las siguientes decisiones. C. Aleaume, Droit à l'image des biens: dissidence de la Corte de Apelación de Paris, Légipresse, n° 173, julio-agosto de 2000, p. 118; V.-L. Benabou, La propriété schizophrène, Droit et Patrimoine, abril 2001; C. Caron, Les virtualités dangereuses du droit de propriété, Rep. Defresnois 1999, 15 de septiembre de 1999, p. 897; M. Cornu, Le droit culturel des biens, Bruylant, Bruselas, 1996, en particular p. 514; P.-Y. Gautier, Le droit subjectif sur l'image d'un bien ou comment la Cour de Cassation crée de la para-propriété intellectuelle, JCP E 1999 II 10078; P. Kayser, L'image des biens, D. 1995 chron. p. 291; F. Zenati, RTDCiv 1999, n° 4, chron. p. 866.*

(75) *TPIC 10 de julio de 1991, Magill, asunto jointes T-69/89, 70/89, Rec. p. II-485.*

(76) *Decisión de la Comisión, 3 de julio de 2001, COMP D3/38.044 OE NDC IMS HEALTH: Interim measures, <http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38044/en.pdf>.*

(77) *Presidente del TPICE, ordenanza de urgencia, 26 de octubre de 2001, asunto T-184/01 R. IMS Health Inc. versus Commission of the European Communities, AzylX, NDC Health Corporation, NDC Health Gmmmbh & Co., no publicado, véase G. Bonet, V.-L. Benabou, Chronique de droit communautaire, Propriétés Intellectuelles, n° 3, abril 2002.*

(78) *Una ilustración del fenómeno de "estandarización" del Derecho de Autor viene sin duda de las presiones técnicas que giran entorno. ¿Si lo que está sobre el tapete en cuanto a la protección es igual en todas partes, puesto que el acceso a la obra es universal, es oportuno aportar respuestas distintas?*

(79) *J.-L. Goutal, Tratado OMPI et conception françaises du droit d'auteur, antes citado, p. 73, que ofrece una truculenta ilustración de este fenómeno de aculturación en términos gastronómicos, a propósito de los Acuerdos OMPI de diciembre de 1996. Estima pues, que estos Acuerdos arrastran al derecho de autor "cada vez un poco más hacia ese gran homillo europeo-mundialista donde se cuece una salsa cuyo sabor no es del todo el de la cocina francesa."*

(80) *F. Pollaud-Dulian, L'évolution récente du droit d'auteur en France, Légipresse, 1995/1, n° 118, 2: este reconocimiento de lo importante que es económicamente el Derecho de Autor, explica que a partir de ahora no sólo sea la la legislación y las Convenciones internacionales sobre la propiedad literaria y artística las que lo haga suyo, sino también las instancias y los textos con carácter esencialmente económico, sobre todo el Tratado de Roma y el GATT (OMC).*

(81) *¿No es esta idea la base de la Convención de Berna?*

utilité et apprécierait les travaux? Qui calmerait les rivalités? Qui ferait justice de la médiocrité? Attribueriez-vous au gouvernement l'estimation des ouvrages à acheter dans l'intérêt public?.

(74) C. Cass. 10 mars 1999 Gondrée, et les décisions suivantes. C. Aleaume, Droit à l'image des biens : dissidence de la Cour d'appel de Paris, *Légipresse*, n° 173, juillet-août 2000, p. 118 ; V.-L. Benabou, La propriété schizophrène, *Droit et Patrimoine*, avril 2001 ; C. Caron, Les virtualités dangereuses du droit de propriété, *Rep. Defresnois* 1999, 15 septembre 1999, p. 897 ; M. Cornu, *Le droit culturel des biens*, Bruylant, Bruxelles, 1996, notamment p. 514 ; P.-Y. Gautier, Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation créé de la para-propriété intellectuelle, *JCP E* 1999 II 10078 ; P. Kayser, L'image des biens, *D.* 1995 chron., p. 291 ; F. Zenati, *RTD Civ.* 1999, n° 4, chron. p. 866.

(75) TPICE 10 juillet 1991, Magill, aff. jointes T-69/89, 70/89, Rec. p. II-485.

(76) Décision de la Commission, 3 juillet 2001, COMP D3/38.044 CE NDC IMS HEALTH : Interim measures, (<http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38044/en.pdf>).

(77) Président du TPICE, ordonnance de référé, 26 octobre 2001, aff. T-184/01 R, IMS Health Inc., v. Commission of the European Communities, AzyX, NDC Health Corporation, NDC Health GmbH & Co., non publiée, v. G. Bonet, V.-L. Benabou, *Chronique de droit communautaire, Propriétés Intellectuelles*, n° 3, avril 2002.

(78) Une illustration du phénomène de "standardisation" du droit d'auteur vient sans doute des contraintes techniques qui l'entourent. Si les enjeux de la protection sont les mêmes partout car l'accès à l'œuvre est universel est-il opportun d'apporter des réponses différentes ?

(79) J.-L. Goutal, *Traité OMPI et conception française du droit d'auteur*, préc., p. 73., qui offre une truculente illustration de ce phénomène d'acculturation en des termes gastronomiques, à propos des accords OMPI de décembre 1996. Il estime ainsi que ces accords tirent le droit d'auteur "*un peu plus vers le grand chaudron euro-péo-mondialiste, dans lequel bouillonne une sauce dont le goût n'est pas tout à fait celui de la cuisine française*".

(80) F. Pollaud-Dulian, L'évolution récente du droit d'auteur en France, *Légipresse*, 1995/1, n° 118, 2 : cette reconnaissance de l'importance économique du droit d'auteur explique qu'il soit désormais appréhendé non seulement par la législation et les conventions internationales sur la propriété littéraire et artistique, mais aussi par des instances et des textes à caractère essentiellement économique, spécialement le traité de Rome et le GATT.

(81) Cette idée n'est-elle pas déjà à la base de la Convention de Berne ?

(82) For example, the wording of the database directive is inspired to a large extent by German law, while the rules on satellite broadcasting and cable retransmission, with the concept of extended collective agreements, owe a lot to the Nordic laws.

(83) Y. Gaubiac, *A New International Dimension of Copyright: The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, RIDA* no. 166, October 1995, p. 6: "The human dimension, which is primordial in traditional literary and artistic property law... is not present in the TRIPS Agreement. A new dimension of copyright is introduced in the international legal norms alongside the norms established by the Berne Convention and the Universal Copyright Convention."

(84) Along these lines, see the ECJ's decision of 22 January 1981, *Dansk Imerco*, case 58/80, ECR 181, and more recently its decision of 4 November 1997, *Dior/Evora*, case C-33/95, ECR I-6013, which seemed to set little store by the moral prerogatives of authors when protection under trademark law was also involved, see A. Françon, *Le droit d'auteur, aspects internationaux et comparatifs*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 1992, p. 107; V.-L. Benabou, *Epuisement des droits, épauements des droits: une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible?*, *Légicom*, no. 25, 2001, pp. 124-125.

(85) Court of First Instance of the EC, 10 July 1991, *Magill*, joined cases T-69/89, 70/89, ECR p. II-485.

(86) G. Karnell, *European Originality: A Copyright Chimera*, in *Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, 1998.

(87) A. Lucas, P. Sirinelli, *L'originalité en droit d'auteur*, *JCP* ed. G. 1993, I, no. 3681. Under the computer program and database directives, the work must constitute "the author's own intellectual creation". Such a definition combines requirements of creativity and the author's personal stamp with a very pragmatic approach in which originality is to be presumed from the absence of copying and the author's authorship. It reflects a compromise between the French approach and the Anglo-Saxon "copyright" tradition.

(88) J. Laddie, *Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-rated*, *EIPR* 1996/5, p. 256.

(89) J.-L. Goutal, *op. cit.*, p. 102.

(90) Renouard, *op. cit.*, p. 472.

(91) Or the common heritage depending on whether the common heritage is considered to be distinct from the public domain or not.

(92) The debates that accompanied the process of drafting the directive focused mainly on the practical implementation of the alignment.

(82) *Como ocurre con la Directriz base de datos, muy inspirada en el Derecho alemán y con las reglas relativas a la difusión por satélite y por cable y con la noción de Acuerdos colectivos ampliados, tomados esta vez de los derechos nórdicos, etc.*

(83) Y. Gaubiac, *Une discussion internationale nouvelle du droit d'auteur, l'Accord sur les aspects droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, *RIDA* 166, octobre 1995, p. 7: *La dimensión humana, primordial en el derecho de la propiedad literaria y artística tradicional ... no está presente en los ADPIC. En las normas jurídicas internacionales se está introduciendo una dimensión nueva del Derecho de Autor que compete con las normas instauradas por la Convención de Berna y la Convención universal sobre Derecho de Autor.*

(84) *Véase en este mismo sentido, las decisiones CJCE del 22 de enero de 1981, Dansk Imerco, asunto 58/90, Rec. p. 191 y recientemente CJCE de 4 de noviembre de 1997, Dior/Evora, asunto C-33/95, Rec. p. I-6013, que parecían no hacer ningún caso de las prerrogativas morales del autor cuando también estaba en juego la protección del derecho de marcas, véase, A. Françon, Le droit d'auteur, aspects internationaux et comparatifs, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 1992, p. 107; V.-L. Benabou, Epuisement des droits, épauements des droits: une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible? Légicom, n° 25, 2001, p. 124-125.*

(85) *TPICE 10 de julio de 1991, Magill, asunto jointes T-69/89, 70/89, Rec. p. II-485.*

(86) G. Karnell, *European Originality: A Copyright Chimera*, in *Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, 1998.

(87) A. Lucas, P. Sirinelli, *L'originalité en droit d'auteur*, *JCP* ed. G. 1993, I, n° 3681. *Según las Directrices programa para computadora y base de datos, la obra debe constituir una creación intelectual propia de su autor. Una definición así es la garantía de que debe combinarse el requisito de creatividad, la huella personal del autor con una visión muy pragmática en la que la paternidad del autor y que no baya copia presuponen la originalidad. Se trata de un compromiso entre la forma de ver francesa y la tradición anglosajona del copyright.*

(88) J. Laddie, *Copyright: Over-strength, Over-rated*, *EIPR* 1996/5, p. 256.

(89) J.-L. Goutal, *op. cit.* p. 103.

(90) Renouard, *op. cit.* p. 472.

(91) *O del fondo común según se estime que el fondo común es o no distinto del dominio público.*

(92) *Los debates que acompañaron la redacción de la Directriz se concentraban sobre todo en como poner en obra, en la práctica, el alineamiento.*

(82) Ainsi de la rédaction de la directive base de données, très inspirée par le droit allemand, ainsi des règles relatives à la diffusion par satellite et par câble et la notion d'accords collectifs élargis empruntés aux droits nordiques, etc.

(83) Y. Gaubiac, Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *RIDA* 166, octobre 1995, p. 7 : La dimension humaine, primordiale dans le droit de la propriété littéraire et artistique traditionnelle... n'est pas présente dans les ADPIC. Une dimension nouvelle du droit d'auteur est introduite dans les normes juridiques internationales concurremment aux normes qu'ont instaurées la Convention de Berne et la Convention Universelle sur le droit d'auteur.

(84) En ce sens, voir les décisions CJCE 22 janvier 1981, Dansk Imerco, aff. 58/80, Rec. p. 181 et plus récemment CJCE 4 novembre 1997, Dior/Evora, aff. C-33/95, Rec. p. I-6013 qui semblaient faire peu de cas des prérogatives morales de l'auteur lorsque était également en jeu la protection du droit des marques, voir A. Françon, *Le droit d'auteur, aspects internationaux et comparatifs*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 1992, p. 107 ; V.-L. Benabou, Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ?, *Légicom*, n° 25, 2001, p. 124-125.

(85) TPICE 10 juillet 1991, Magill, aff. jointes T-69/89, 70/89, Rec. p. II-485.

(86) G. Karnell, European Originality : A Copyright Chimera, in *Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, 1998.

(87) A. Lucas, P. Sirinelli, L'originalité en droit d'auteur, *JCP* éd. G. 1993, I, n° 3681. Selon les directives programme d'ordinateur et base de données, l'œuvre doit constituer une *création intellectuelle propre à son auteur*. Une telle définition assure la combinaison d'exigences de créativité, d'empreinte personnelle de l'auteur, avec une vision très pragmatique dans laquelle l'absence de copie et la paternité de l'auteur présument de l'originalité. Elle tient du compromis entre approche française et tradition anglo-saxonne du *copyright*.

(88) J. Laddie, Copyright : Over-strenght, Over-regulated, Over-rated, *EIPR* 1996/5, p. 256.

(89) J. L. Goutal, op. cit., p. 103.

(90) Renouard, op. cit., p. 472.

(91) Ou du fonds commun selon que l'on estime que le fonds commun est ou non distinct du domaine public.

(92) Les débats qui ont accompagné l'élaboration de la directive se concentraient surtout sur la mise en œuvre pratique de l'alignement.

(93) The showing on television of mural paintings in a theatre, even if only fleetingly, is subject to the author's monopoly to the extent that the representation of a work in full, whatever its form and duration, cannot be analysed as a short quotation, Cass. 1st Civ., 4 July 1995, *RIDA* no. 167, January 1996, p. 263; *Légicom*, no. 8, p. 159, C. Caron note. The same holds for partial reproduction even in a reduced format: Cass. 1st Civ., 10 February 1998, *D. aff.* 1998, p. 430.

(94) On this question, Y. Gaubiac, *Les exceptions, la méthode poursuivie et les résultats obtenus*, *Propriétés Intellectuelles*, January 2002, no. 2, p. 17; C. Caron, *Les exceptions, impact sur le droit français*, *Propriétés Intellectuelles*, January 2002, no. 2, p. 25.

(95) On 27 July 2000, the WTO's Dispute Settlement Body adopted the report of the WTO panel censuring Section 110, paragraph 5(B) of the U.S. Copyright Act which allows commercial establishments, like bars, shops and restaurants, which do not exceed a given surface area (2,000 to 3,750 square feet) or which satisfy certain requirements concerning the equipment used, to play music through a radio or television set without having to pay any royalties to the collecting societies.

(96) J. Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-step Test" for Copyright Exceptions*, *RIDA* no. 187, January 2001; A. Françon, *RTDCom* 2001, no. 2, chron.; Y. Gaubiac, *Les exceptions au droit d'auteur: un nouvel avenir*, *Com. Com. Elec.* no. 6, June 2001, chron. 15.

(97) F. Dessemontet, *Copyright and Human Rights*, in *Essays in Honour of Herman Cohen Jeboram*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p. 113; M. Vivant, *Authors' Rights, Human Rights?*, *RIDA* no. 174, October 1997, p. 60.

(98) See, to this effect, V. Castille, *La relation entre la liberté d'expression et d'information et le droit d'auteur*, *I.R.D.I.* 2000, p. 155, who provides a very comprehensive bibliography on the question; P. Kamina, *Droit d'auteur et article 10 de la convention européenne des droits de l'homme*, *Légicom*, no. 25, 2001, p. 7.

(99) D. Voorhoof, *La parodie et les droits moraux. Le droit au respect de l'auteur d'une bande dessinée: un obstacle insurmontable pour la parodie?* in *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruylant, Brussels, p. 244.

(100) TGI Paris, 23 February 1999, *RIDA* 184, April 2000, p. 374, A. Kéréver note: *Le droit d'auteur à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme*; P. Kamina, *Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur?* *D.* 1999, chron., p. 582.

(93) *La representación televisiva, incluso fugaz, de pinturas murales realizadas en un teatro, no puede escapar al monopolio del autor, en la medida en que la representación integral de una obra fueren cuales fueren forma y duración, no pueden analizarse en una cita corta, Sala 1a. en lo Civil, 14 de julio de 1995, RIDA 167, enero 1996, p. 263; Légicom. n° 8, p. 159, nota C. Caron. Lo mismo reza para una reproducción parcial a formato reducido. Sala 1a. en lo Civil, 10 de febrero de 1998, D. asunto 1998, p. 430.*

(94) *Sobre este tema, Y. Gaubiac, Les exceptions, la méthode poursuivie et les résultats obtenus, Propriétés Intellectuelles, enero de 2002, n° 2, p. 17; C. Caron, Les exceptions, impact sur le droit français, Propriétés Intellectuelles, enero de 2002, n° 2, p. 25, binación ard, op. cit., p. 472.*

(95) *El 27 de julio de 2000, el órgano que reglamenta los diferendos de la OMC que condenó la sección 110, parágrafo 5, punto B) de la ley norteamericana sobre los derechos de autor, la cual dispone que los establecimientos comerciales como: bares, tiendas, restaurantes que no exceden más de una cierta superficie (2.000 a 3.750 pies cuadrados) o que respetan ciertas exigencias relativas a los equipos, puede difundir música a partir de un aparato de radio o de televisión sin deberles nada a las sociedades que perciben derechos.*

(96) *J. Ginsburg, Toward Supranational Copyright Law? the WTO Panel Decision and "Three-step Test" for Copyright Exceptions, RIDA n° 187, enero 2001; A. Françon, RTDCom 2001, n° 2 chron.; Y. Gaubiac, Les exceptions au droit d'auteur: un nouvel avenir, Com. Com. Elec. n° 6, junio de 2001, chron 15.*

(97) *F. Dessemontet, Copyright and Human Rights, en Essays in Honour of Herman Cohen Jeroham, Kluwer Law International, La Haya 1998, p. 113; M. Vivant, Le droit d'auteur, un droit de l'homme, RIDA 174, octubre 1997, p. 61.*

(98) *Véase en este mismo sentido, V. Castille, La relation entre la liberté d'expression et d'information et le droit d'auteur, I.R.D.I. 2000, p. 155 que ofrece sobre todo una bibliografía muy precisa sobre el tema; P. Kamina, Droit d'auteur et article 10 de la convention européenne des droits de l'homme, Légicom, n° 25, 2001, p. 7.*

(99) *D. Voorhoof, La parodie et les droits moraux. Le droit au respect de l'auteur d'une bande dessinée: un obstacle insurmontable pour la parodie? en Droit d'auteur et bande dessinée, Bruylant, Bruxelles, p. 244.*

(100) *TGI Paris, 23 de febrero de 1999, RIDA 184, abril 2000, p. 374, nota Kéréver, Le droit d'auteur à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme; P. Kamina, Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur? D. 1999, chron., p. 582.*

(93) La représentation télévisuelle, même fugace de peintures murales réalisées dans un théâtre ne peut échapper au monopole de l'auteur, dans la mesure où la représentation intégrale d'une œuvre quelles que soient la forme et sa durée, ne peut s'analyser en une courte citation, Civ. 1ère, 4 juillet 1995, RIDA, janvier 1996, p. 263 ; *Legicom*, n° 8, p. 159, note C. Caron. Il en va de même pour une reproduction partielle même en format réduit : Civ. 1ère, 10 février 1998, *D. aff.* 1998, p. 430.

(94) Sur cette question, Y. Gaubiac, Les exceptions, la méthode poursuivie et les résultats obtenus, *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2002, n° 2, p. 17 ; C. Caron, Les exceptions, impact sur le droit français, *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2002, n° 2, p. 25.

(95) Le 27 juillet 2000, l'organe de règlement des différends de l'OMC a adopté le rapport d'un groupe spécial de l'OMC condamnant la section 110, paragraphe 5, point B) de la loi américaine sur les droits d'auteur, qui dispose que les établissements commerciaux comme les bars, les magasins et les restaurants qui n'excèdent pas une certaine superficie (2 000 à 3 750 pieds carrés) ou respectent certaines exigences relatives aux équipements, peuvent diffuser de la musique au moyen d'un poste de radio ou de télévision sans rien devoir aux sociétés de perception des droits

(96) J. Ginsburg, Toward Supranational Copyright Law? the WTO Panel Decision and "Three-step Test" for Copyright Exceptions, *RIDA* n° 187, janvier 2001 ; A. Françon, *RTD Com* 2001, n° 2, chron. ; Y. Gaubiac, Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir, *Com. Com. Elect.* N° 6, juin 2001, chron. 15.

(97) F. Dessemontet, Copyright and Human Rights, in *Essays in Honour of Herman Cohen Jeboram*, Kluwer Law International, La Haye, 1998, p. 113 ; M. Vivant, Le droit d'auteur, un droit de l'homme?, *RIDA* 174, octobre 1997, p. 61.

(98) V. en ce sens, V. Castille, La relation entre la liberté d'expression et d'information et le droit d'auteur, *IRDI* 2000, p. 155 qui offre notamment une bibliographie très fouillée sur la question ; P. Kamina, Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Legicom*, n° 25, 2001, p. 7.

(99) D. Voorhoof, La parodie et les droits moraux. Le droit au respect de l'auteur d'une bande dessinée : un obstacle insurmontable pour la parodie? in *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruylant, Bruxelles, p. 244.

(100) TGI Paris, 23 février 1999, *RIDA* 184, avril 2000, p. 374, note A. Kéréver, Le droit d'auteur à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme ; P. Kamina, Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur? *D.* 1999, chron., p. 582.

(101) C. Caron, *La convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public: une menace pour le droit d'auteur?* *Com. Com. Elec.*, chron. no. 1, Oct. 1999.

(102) On this question, see the commentary by Séverine Dusollier, http://www.droit-technologie.org/fr/1_2.asp?actu_id=482. In the *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* case, 2000 WL 48514 *2 (S.D.N.Y. 2000), the following balance of interests was made: "*Indeed, the Supreme Court has made clear that copyright protection itself is 'the engine of free expression'. That substantial interest, moreover, is unrelated to the suppression of particular views expressed in copyrighted works. Nor is the incidental restraint on protected expression - the prohibition of trafficking in means that would circumvent controls limiting access to unprotected materials or to copyrighted materials for non-infringing purposes - broader than is necessary to accomplish Congress' goals of preventing infringement and promoting the availability of content in digital form.*"

(103) *The Frontiers of Copyright*, Cambridge Study Days, 14-17 September 1998, Australian Copyright Council, 1999, particularly L. Guibault, *Limitations Found Outside Copyright Law*, p. 42.

(104) E. Jooris, *La cible, Auteurs et Médias*, 2001, p. 195.

(101) C. Caron, *La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public: une menace pour le droit d'auteur?* *Com. Com. Elec.*, chron., n° 1, octobre 1999.

(102) *Sobre este tema, véase el comentario de Séverine Dusollier, http://www.droit-technologie.org/fr/1_2.asp?actu_id=482. En un caso Universal City Studios, Inc. versus Reimerdes, 2000 WL 48514 *2 (S.D.N.Y. 2000), se procedió así a balancear los intereses: *Indeed, the Supreme Court has made clear that copyright protection itself is "the engine of free expression". That substantial interest, moreover, is unrelated to the suppression of particular views expressed copyright works. Nor is the incidental restraint on protected expression - the prohibition of trafficking in means that would circumvent controls limiting acces to unprotected materials or to copyright materials for noninfringin purposes - broader than is necessary to accomplish Congress3 goals of preventing infringement and promoting the availability of content in digital form.**

(103) *Las fronteras del Derecho de Autor, Jornadas de estudio de Cambridge del 14 al 17 de septiembre de 1998, Australian Copyright Council, 1999, en particular L. Guibault, Limitations Found Outside Copyright Law, p. 42.*

(104) E. Jooris, *La cible, Auteurs et Médias*, 2001, p. 195.

(101) C. Caron, La convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur? *Com. Com. Elect.*, chron. n° 1, oct. 1999.

(102) Sur cette question, v. le commentaire de Séverine Dusollier, http://www.droit-technologie.org/fr/1_2.asp?actu_id=482. Dans une affaire *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 2000 WL 48514 *2 (SDNY 2000) avait ainsi procédé à la balance d'intérêts suivante : *Indeed, the Supreme Court has made clear that copyright protection itself is "the engine of free expression." That substantial interest, moreover, is unrelated to the suppression of particular views expressed copyrighted works. Nor is the incidental restraint on protected expression the prohibition of trafficking in means that would circumvent controls limiting access to unprotected materials or to copyrighted materials for noninfringing purposes - broader than is necessary to accomplish Congress' goals of preventing infringement and promoting the availability of content in digital form.*

(103) *Les frontières du droit d'auteur*, Journées d'études de Cambridge du 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, notamment, L. Guibault, *Limitations Found Outside Copyright Law*, p. 42.

(104) E. Jooris, La cible, *Auteurs et Médias*, 2001, p. 195.