

**FRENCH *DROIT D'AUTEUR*  
AND AMERICAN COPYRIGHT:  
PLURALISM AND INFLUENCES  
OF THE CULTURAL MODELS<sup>1</sup>**

**Alexandre ZOLLINGER**

Lecturer, University of Poitiers,  
CECOJI (FRE 3500)

**DERECHO DE AUTOR  
FRANCES Y COPYRIGHT  
NORTEAMERICANO:  
PLURALISMO E INFLUENCIA  
DE MODELOS CULTURALES<sup>1</sup>**

**Alexandre ZOLLINGER**

*Catedrático de la Universidad  
de Poitiers, CECOJI (FRE 3500)*

French *droit d'auteur* and American copyright, two literary and artistic property systems that are recognised as worldwide models, are famous for their rivalry. Yet is this antagonism between the models real or imagined, established or assumed? Should it be played down today or, on the contrary, defended and stressed? These questions appear crucial at a time when questions are being raised about the need for – or the dangers of – European integration in the field of copyright.

The history of the French and American laws, which will be recalled very succinctly here<sup>2</sup>, is decisive in understanding the subject. Indeed, a comparative analysis of them clearly reveals the existence of two different attitudes towards the necessary appropriation of intellectual works and towards the process of forming culture

*El derecho de autor francés y el copyright norteamericano, regímenes de propiedad literaria y artística, erigidos ambos al rango de modelos planetarios, son célebres por la rivalidad que los caracteriza. Ahora bien, este antagonismo entre ambos modelos ¿será real o quizá un fastasma, acaso fundado o supuesto? ¿Habrá que relativizarlo o, por el contrario, defenderlo y subrayarlo? Preguntas éstas que hoy son cruciales y que llevan a interrogarse acerca de la necesidad – o de los peligros, tal vez – de construir un derecho de autor comunitario.*

*La historia de las legislaciones francesa y norteamericana que trataremos aquí<sup>2</sup> suscintamente, es determinante para poder aprehender el tema; así es en efecto, llevar a cabo semejante análisis comparado se deriva de que existen dos visiones distintas en cuanto a la necesaria apropiación de las obras del espíritu y, en líneas más*

**DROIT D'AUTEUR FRANÇAIS ET COPYRIGHT AMÉRICAIN :  
PLURALISME ET INFLUENCES DES MODÈLES CULTURELS<sup>1</sup>**

**Alexandre ZOLLINGER**

Maître de conférences à l'Université de Poitiers,  
CECOJI (FRE 3500)

Le droit d'auteur français et le copyright américain, régimes de propriété littéraire et artistique érigés au rang de modèles planétaires, sont célèbres pour leur rivalité. Mais cet antagonisme des modèles est-il réel ou fantasmé, fondé ou supposé? Doit-il être aujourd'hui relativisé ou au contraire défendu et souligné? Ces questions apparaissent cruciales, à l'heure où l'on s'interroge sur la nécessité – ou les dangers – de la construction d'un droit d'auteur communautaire.

L'histoire des législations française et américaine, qui sera ici très succinctement rappelée<sup>2</sup>, est déterminante dans l'appréhension du sujet; en effet, une telle analyse comparée révèle bien l'existence de deux regards différents sur la nécessaire appropriation des œuvres de l'esprit, ou plus généralement sur le processus de formation de la culture. Consacrés tous

generally. French *droit d'auteur* and American copyright were both established at the end of the 18<sup>th</sup> century but even then, in the manner in which they were formulated, they showed specific features that are fairly indicative of their overall rationales.

In France, the person of the author, previously eclipsed by the bookseller (i.e. the publisher), gradually came to the fore from the end of the *Ancien Régime*. Already, in a letter written in 1776, Louis XVI<sup>B</sup> prophetically and boldly recognised the pre-eminence of the author's interests over those of booksellers. Later, the idea of the author's natural property in his creation was explicitly defended during the revolutionary period, notably by Le Chapelier and Lakanal, the reporters of the 1791 and 1793 decrees on authors' performance and reproduction rights. Thus Le Chapelier described the author's right in his work as "the most sacred, the most legitimate and, if I may say so, the most personal of all properties"<sup>4</sup> and Lakanal as the "least disputable" form of property. Their aim here was clearly rhetorical because they were seeking to convince a political assembly of the relevance of the proposed reform. Nevertheless, these declarations remain the expression of a strong line of thinking at the time, shared by many authors<sup>5</sup> and derived from the philosophy of natural law: the author can assert a natural property right in his work because of the primary and intimate role that he plays in its creation. The author's initial property, as defended at the time, differed from the monopolies of the *Ancien Régime* in that, rather than being intended exclusively to organise a market, it sought a basis in justice by establishing

*generales, del proceso de formación de la cultura. Estos dos derechos, el derecho de autor francés y el copyright norteamericano, consagrados a finales del sgo XVIII, presentan desde esa época en cuanto a la manera de formularlos unas especificidades bastante reveladoras de lo que son sus lógicas globales.*

*Por lo que a Francia se refiere, la figura del autor, antaño eclipsada por el librero (ej. por el editor) se ha ido afirmando progresivamente desde finales del Antiguo Régimen. En una carta fechada en 1776, Luis XVI<sup>B</sup> ya reconocía de manera profética y audaz la preeminencia de los intereses del autor sobre los intereses de los libreros. La idea sobre la propiedad natural del autor sobre su creación fue explícitamente defendida durante el período revolucionario, sobre todo por Chapelier y por Lakanal, portavoces de los decretos del 1791 y de 1793, relativos a los derechos de representación y de reproducción del autor. Asimismo, le Chapelier califica el derecho del autor sobre su obra como «la más sagrada, la más inatacable – y si puedo expresarme en estos términos – las más personal de todas las propiedades»<sup>4</sup>; Lakanal, por su parte, lo califica como la forma de propiedad «la menos capaz de discutirse». Evidentemente, el objetivo que persiguen con ésto es un objetivo retórico puesto que se trata de convencer a una asamblea de políticos de lo pertinente de la reforma a la que se aspira. Sin embargo, estas declaraciones no son sino la expresión de una fuerte corriente de opinión de la época, corriente heredada de la filosofía jusnaturalista y que compartían numerosos autores<sup>5</sup>: el autor puede prevalerse de un derecho natural de propiedad sobre sus obra en razón del primer e íntimo papel que desempeña en su creación. Esta*

deux à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le droit d'auteur français et le copyright américain présentent dès cette époque des spécificités de formulation assez révélatrices de leurs logiques d'ensemble.

En France, la figure de l'auteur, auparavant éclipsée par le libraire (i.e. l'éditeur), s'est progressivement affirmée dès la fin de l'Ancien Régime. Dans une lettre de 1776, Louis XVI<sup>3</sup> reconnaît déjà, de manière prophétique et audacieuse, la prééminence des intérêts de l'auteur sur ceux des libraires. L'idée d'une propriété naturelle de l'auteur sur sa création a ensuite été explicitement défendue durant la période révolutionnaire, notamment par Le Chapelier et Lakanal, rapporteurs des décrets de 1791 et 1793 relatifs aux droits de représentation et de reproduction de l'auteur. Le Chapelier qualifie ainsi le droit de l'auteur sur son œuvre comme «la plus sacrée, la plus inattaquable et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés»<sup>4</sup>, et Lakanal comme la forme de propriété «la moins susceptible de contestation». Ce faisant, ils poursuivent évidemment un objectif rhétorique, puisqu'il s'agit de convaincre une assemblée politique de la pertinence de la réforme envisagée. Néanmoins, ces déclarations restent l'expression d'un courant de pensée fort de l'époque, partagé par de nombreux auteurs<sup>5</sup> et héritier de la philosophie jusnaturaliste: l'auteur peut se prévaloir d'un droit naturel de propriété sur son œuvre en raison du rôle premier et intime qu'il joue dans sa création. Cette propriété initiale de l'auteur, telle qu'elle est à l'époque défendue, se distingue des monopoles

the key bond of creation. In the 19<sup>th</sup> century, the analysis of this personal relationship between the work and its author was refined and gradually led the courts to grant the author the various attributes of the moral right<sup>6</sup>. Finally, the law of 1957 consolidated in a coherent manner the two hundred-year process of building the French model of authors' rights, structured around the vital importance of the creator's role.

The history of American copyright is markedly different. The context in which the first American laws on the subject were framed may have played a decisive part. At the beginning of the 1780s, the United States faced serious education problems because of the glaring lack of school textbooks for children. In the view of Noah Webster, the leading lobbyist at the time on the question of copyright, this situation could be resolved only by establishing a literary and artistic property right which would encourage authors to write school books<sup>7</sup>. So copyright as championed at the time reflected two considerations or two facets: on the one hand, the author's natural right to the property of his work and, on the other, an incentive-creating monopoly based on the need to disseminate knowledge. However, the first perception, which was clearly similar to the French approach – soon lost influence. While certain State laws<sup>8</sup> adopted between 1783 and 1786 referred explicitly to the Lockean idea<sup>9</sup> of natural property in the fruits of creation, the United States

*propiedad inicial del autor tal como se defiende en la época, se distigue de los monopolios del Antiguo Régimen en que su vocación exclusiva no consiste en organizar un mercado sino antes bien busca un fundamento jurídico que consagre la relación inicial de la creación. En el siglo XIX, el análisis de esa relación personal que existe entre el autor y su obra se va precisando y progresivamente lleva al juez a reconocerle al autor los diversos atributos del derecho moral<sup>6</sup>. Finalmente, la ley de 1957 realiza la síntesis coherente de esos dos siglos de edificación del modelo francés del derecho de autor, derecho concebido sobre la importancia del papel primordial que desempeña el creador.*

*La historia del copyright norteamericano difiere sensiblemente. El contexto en el cual se elaboraron las primeras leyes norteamericanas en la materia tal vez desempeñó, efectivamente, un papel decisivo... Al iniciarse el año 1780, Estados Unidos tuvo que enfrentar serios problemas relacionados con la instrucción de los niños por la flagrante escasez de manuales escolares. Para Noah Webster, personaje principal de los lobbys de la época en cuestiones de copyright, la situación sólo podía arreglarse consagrando un derecho de propiedad literaria y artística que incitara a los autores a elaborar esos manuales<sup>7</sup>. El copyright que se defendía en aquella época respondía a dos consideraciones y presentaba dos caras: una era, la de la propiedad natural del autor sobre su obra; otra, la de un monopolio incitativo sometido al imperativo de difundir el saber. La primera consideración, claramente parecida a como se aborda en Francia, perdió no obstante su influencia rápidamente. Si es cierto que algunas leyes adoptadas en los Estados*

de l'Ancien Régime en ce qu'elle n'a pas pour vocation exclusive d'organiser un marché, mais cherche plutôt un fondement en justice par la consécration du rapport premier de création. Au XIX<sup>e</sup> siècle, l'analyse de cette relation personnelle existant entre l'œuvre et son auteur se précise, et conduit progressivement le juge à reconnaître à ce dernier les divers attributs du droit moral<sup>6</sup>. Enfin, la loi de 1957 fait la synthèse cohérente de ces deux siècles de construction du modèle français du droit d'auteur, d'un droit conçu au regard de l'importance primordiale du rôle du créateur.

L'histoire du copyright américain diffère sensiblement. Le contexte de l'élaboration des premières lois américaines en la matière joua peut-être en effet un rôle décisif... Au début des années 1780, les États-Unis font face à de sérieux problèmes d'instruction des enfants en raison du manque flagrant de manuels scolaires. Pour Noah Webster, principal lobbyiste de l'époque sur la question du copyright, cette situation ne peut être réglée qu'en consacrant un droit de propriété littéraire et artistique qui inciterait les auteurs à élaborer de tels manuels<sup>7</sup>. Le copyright tel qu'il est à l'époque défendu répond alors à deux considérations, il présente un double visage: d'une part, propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre, d'autre part monopole incitatif soumis à l'impératif de diffusion du savoir. La première perception, clairement semblable à l'approche française, perd toutefois rapidement de l'influence. Si certaines lois adoptées entre 1783 et 1786 par les États fédérés<sup>8</sup> font explicitement référence à l'idée inspirée de John Locke<sup>9</sup> d'une propriété

Constitution<sup>10</sup> and the first Copyright Act of 1790<sup>11</sup> represented a turning point by affirming the essentially useful, indeed utilitarian, dimension of the right. The Supreme Court subsequently confirmed on numerous occasions, including in particular in the *Wheaton v. Peters* case<sup>12</sup>, that copyright appeared neither as a natural right nor as an imperative of common law but rather as a simple statutory monopoly. According to a majority approach which was never seriously challenged afterwards, copyright was merely an incentive to create and disseminate works, a monopoly subordinate to the aims of the advancement of knowledge and public instruction. Based on this conception, copyright was viewed as partly unnatural given that it is in the nature of works to be communicated. Therefore, after a fleeting period of convergence, French *droit d'auteur* and American copyright soon asserted their legal and ideological differences.

The fruit of two separate histories, these rights reflect two kinds of cultural differences. In the first place, they illustrate the fact that civil law and common law countries do not have the same legal culture or the same way of viewing and constructing the legal and particularly the written norm. But above all, they represent two different approaches to a right relating to culture; they are the fruit of two separate postulates concerning the process of

*federados<sup>8</sup> entre 1783 y 1786, son explicitas en cuanto a que hacen referencia a la idea inspirada en John Locke<sup>9</sup> de una propiedad natural de los frutos de la creación, la Constitución de Estados Unidos<sup>10</sup> y el primer Copyright Act de 1790<sup>11</sup> marcan un giro afirmando la dimensión esencialmente utilitaria y hasta utilitarista del derecho así consagrado. A continuación, la Corte suprema afirmó en múltiples ocasiones y sobre todo en relación con el asunto *Wheaton versus Peters*<sup>12</sup>, que el copyright no se presenta ni como un derecho natural, ni como un imperativo derivado de la Common Law, sino más bien como un simple monopolio legal. Es así como, el copyright, siguiendo mayoritariamente una concepción que a continuación ya no se discutirá seriamente, no es nada más que un mecanismo para incitar a la creación y a la difusión de las obras, un monopolio subordinado a hacer que progresen los conocimientos y la instrucción pública. De modo que, el copyright está considerado – según esta concepción – como parcialmente contra natura respecto a la vocación natural de las obras para ser comunicadas. Luego, tras un período de convergencia fugaz, el derecho de autor francés y el copyright norteamericano van afirmándose rápidamente en cuanto a sus diferencias jurídicas e ideológicas.*

*Por haberse gestado en el seno de dos historias distintas, estos derechos ponen de manifiesto dos órdenes de divergencias culturales. Para empezar, ilustran el hecho de que los países de la Civil Law y de la Commun Law no tienen la misma cultura acerca de lo que es el derecho, ni tienen la misma manera de pensar y de construir la norma jurídica, en particular, la norma escrita. Pero sobre todo, representan dos maneras diferentes de abordar un*

naturelle des fruits de la création, la Constitution des États-Unis<sup>10</sup> ainsi que le premier Copyright Act de 1790<sup>11</sup> marquent un tournant en affirmant la dimension essentiellement utilitaire, voire utilitariste, du droit ainsi consacré. La Cour Suprême a ensuite affirmé à de multiples reprises, notamment dans l'affaire *Wheaton vs. Peters*<sup>12</sup>, que le copyright ne se présente pas comme un droit naturel, ni comme un impératif résultant de la Common Law, mais plutôt comme un simple monopole légal. Suivant une conception majoritaire qui ne sera ensuite plus sérieusement remise en cause, le copyright ne constitue qu'une incitation à la création et à la diffusion des œuvres, un monopole subordonné aux fins de progrès des connaissances et de l'instruction publiques. Le copyright est ainsi considéré comme partiellement contre nature suivant cette conception, au regard de la vocation naturelle des œuvres à être communiquées. Ainsi, après une période fugace de convergence, droit d'auteur français et copyright américain se sont vite affirmés dans leurs différences juridiques et idéologiques.

Fruit de deux histoires distinctes, ces droits manifestent des divergences culturelles de deux ordres. Ils illustrent tout d'abord le fait que les pays de Civil Law et de Common Law n'ont pas la même culture du droit, la même manière de penser et de construire la norme juridique et particulièrement la norme écrite. Mais surtout, ils représentent deux approches différentes d'un droit afférent à la culture, ils sont le fruit de deux postulats distincts quant



forming literary and artistic culture. The plural nature of the models and the influences between models are thus revealed both in terms of legal culture (I) and in terms of cultural law (II).

### I – PLURALISM AND INFLUENCES OF THE MODELS IN LEGAL CULTURE

France and the United States (respectively representing civil law and common law countries) do not have the same legal culture. Apart from the fact that the two legal systems do not attach the same weight and the same role to written and judicial norms<sup>13</sup>, a tendency to develop law from different standpoints can be noted.

Indeed, there are two ways of approaching the rules of law both for judges and for legislators. In the first place, norms may be developed in the light of their foundations: from this perspective, the law has authority to govern society because of the values that it expresses. However, it is also possible to develop law in the light of its anticipated usefulness in a given context; in this case, it is society as imagined in the future that dictates what the rule should lay down. On the one hand, the law is underpinned and, on the other, it is simply justified by its expected results. Accordingly, a distinction can be made, to use the expressions employed by Professor Grua<sup>14</sup>, between “law that pushes” society and “results that pull” the legal norm. While these two standpoints –

*derecho aferente a la cultura, son el fruto de dos postulados distintos en cuanto al proceso de formación de la cultura literaria y artística. Lo plural de los dos modelos y las influencias entre ellos lógicamente se ponen de manifiesto por igual a nivel de la cultura del derecho (I) que al del derecho de la cultura (II).*

### I – PLURALISMO E INFLUENCIAS DE LOS MODELOS EN LA CULTURA DEL DERECHO

*Francia y Estados Unidos (respectivamente representativos de los países de Ley civil [Civil Law] y de Commun Law) no tienen la misma cultura del derecho. Por añadidura, estos dos sistemas jurídicos no colocan en el mismo lugar, ni le consagran el mismo papel a las normas escritas y jurisprudenciales<sup>13</sup>, se puede destacar una tendencia a concebir el derecho desde puntos de vista diferentes.*

*Efectivamente, hay dos maneras de abordar la regla de derecho, tanto para el juez como para el legislador. En primer lugar, la norma puede elaborarse respecto a lo que son sus fundamentos: bajo esta perspectiva, el derecho tiene por vocación regir la sociedad en razón de los valores que él expresa. Pero también es posible pensarlo respecto a la utilidad que de él se espera relacionándolo así con un contexto dado; en esta hipótesis, la que dicta qué es lo que la norma debe contemplar es la sociedad futura tal como a ésta se la representa (o se la presenta). Por un lado, el derecho está fundamentado, por el otro, el derecho está justificado simplemente por los resultados que de él se esperan. Podemos distinguir entonces, siguiendo las fórmulas del Profesor Grua<sup>14</sup>, el “derecho que empuja” la*

au processus de formation de la culture littéraire et artistique. La pluralité des modèles et les influences entre modèles se manifestent donc tant au niveau de la culture du droit (I) qu'à celui du droit de la culture (II)

## **I – PLURALISME ET INFLUENCES DES MODÈLES DANS LA CULTURE DU DROIT**

La France et les États-Unis (respectivement représentatifs des pays de Civil Law et de Common Law) n'ont pas la même culture du droit. Outre le fait que ces systèmes juridiques n'accordent pas la même place et le même rôle aux normes écrites et jurisprudentielles<sup>13</sup>, une tendance peut être remarquée à concevoir le droit de points de vue différents.

Il est en effet deux manières d'aborder la règle de droit, tant pour le juge que le législateur. La norme peut en premier lieu être élaborée au regard de ses fondements: dans cette perspective, le droit a vocation à régir la société en raison des valeurs qu'il exprime. Mais il est également possible de penser le droit au regard de son utilité espérée par rapport à un contexte donné; dans cette hypothèse, c'est la société future, telle qu'on se la représente, qui dicte ce que doit prévoir la norme. D'un côté, le droit est fondé, de l'autre il est simplement justifié par ses résultats espérés. On peut ainsi distinguer, suivant les formules du professeur Grua<sup>14</sup>, le «droit qui pousse» la société des «résultats qui tirent» la norme juridique. Si ces deux points de vue, en aucun cas exclusifs l'un de l'autre mais plutôt

which are by no means mutually exclusive but rather complementary – are present in both of the legal systems discussed here, a tendency can nevertheless be noted. It is the result of two factors.

Firstly, the weight that a system attaches to statute law, or the general and abstract written norm, necessarily leads to a certain difference in approach. Indeed, the requirement of a foundation seems particularly strong when the legislative text is important in defining the law. Hence France, a legislation-centred country, is necessarily obliged to think about the *raison d'être* of the proposed norm, failing which it may not be able to ensure minimum coherence between and within each elaborated corpus of rules. Written law – assuming crucial importance here – cannot merely be the sum of specific measures each one designed to respond to a particular problem or a particular interest. Through the status that they confer on case law and the limited role that they attach to statute law<sup>15</sup>, the common law systems are arguably not bound by this requirement to the same extent.

Secondly, the influence exerted by the economic analysis of law – a discipline derived from the Chicago School<sup>16</sup> – should be mentioned. This school of thought, which is very present in the United States, leads to the validity of law being assessed in the light of its efficiency or its economically measurable ability to produce the desired effects. Such an approach

*sociedad, del de los “resultados que tiran » de la norma jurídica. Si estos dos puntos de vista, que no se excluyen en absoluto uno al otro sino que son más bien complementarios, están presentes en los dos sistemas jurídicos estudiados, se puede comprobar, no obstante, una tendencia que es el resultado de dos factores.*

*El lugar que un sistema le concede a la ley, norma escrita, general y abstracta, es uno de los dos factores que hace que necesariamente se aborde de manera diferente. En efecto, la exigencia de fundamento parece ser tanto más fuerte cuanto que la ley es importante para definir el derecho. Así pues, Francia, país legicentrista, tiene que reflexionar imperativamente sobre cuál es la razón de la norma contemplada, so pena de no poder garantizar una mínima coherencia en el seno de cada cuerpo de reglas elaborado e igualmente en el cuerpo entre sí. El derecho escrito cuya importancia aquí es crucial, no puede limitarse a ser únicamente una suma de medidas puntuales cada una de ellas concebida para responder a un determinado problema, a tal o cual interés particular. Los sistemas de la *Commun Law*, en razón del estatuto que éstos le confieren a la jurisprudencia y del limitado papel que le reconocen a la ley<sup>15</sup>, aparentemente no se someten tanto a este imperativo.*

*Por otro lado, es importante destacar la influencia que ha ejercido la escuela de Chicago<sup>16</sup> en el análisis económico. Esta corriente de ideas, muy presente en Estados Unidos, conduce a apreciar la validez del derecho en relación a su eficacia, a su aptitud económica medible por lo que a los efectos propuestos se refiere. Necesariamente, abordarlo en esta*

complémentaires, sont présents dans les deux systèmes juridiques étudiés, une tendance peut toutefois être remarquée, résultat de deux facteurs.

D'une part, la place qu'un système accorde à la loi, norme écrite générale et abstraite, induit nécessairement une certaine différence d'approche. En effet, l'exigence de fondement semble d'autant plus forte que la loi a d'importance dans la définition du droit. Ainsi la France, légicentriste, doit impérativement réfléchir à la raison d'être de la norme envisagée sous peine de ne pouvoir assurer une cohérence minimale entre et au sein de chaque corps de règles élaboré. Le droit écrit, ici d'importance cruciale, ne peut se limiter à n'être qu'une somme de mesures ponctuelles conçues chacune pour répondre à tel problème défini, à tel intérêt particulier. Les systèmes de Common Law, par le statut qu'ils confèrent à la jurisprudence et le rôle restreint qu'ils reconnaissent à la loi<sup>15</sup>, ne sont vraisemblablement pas autant soumis à cet impératif.

D'autre part, l'influence exercée par l'analyse économique du droit, discipline issue de l'École de Chicago<sup>16</sup>, se doit d'être remarquée. Ce courant de pensée, très présent aux États-Unis, conduit à apprécier la validité du droit au regard de son efficacité, de son aptitude économiquement mesurable à produire les effets escomptés. Nécessairement, une telle approche

necessarily reflects the logic of the “results that pull” or the law’s justification and at the same time tends to play down the importance of the norm’s foundation.

These two factors thus lead us to defend the idea that France traditionally grants importance to the analysis of the foundations of law, whereas the United States seeks to a greater extent to justify the norm through its expected result. The foregoing literary and artistic property laws seem to corroborate this analysis. Indeed, French *droit d’auteur*, as it emerged at the end of the *Ancien Régime* and after the Revolution, provides a perfect example of the emphasis placed on the basis of the legal rule and the consideration of its *raison d’être*. By contrast, and equally indicative, American copyright is the fruit of a justificatory approach attaching central importance to the anticipated positive consequences of the norm.

However, this pluralism of legal cultures is tending to diminish today. In particular, the increased use of the economic analysis of law, favouring a utilitarian approach to the norm, can be noted in France<sup>17</sup> and elsewhere. In French *droit d’auteur*, this shift seems to have started in 1985, with significant reforms appearing since then to be justified primarily by their desired economic consequences and fitting less and less easily into an overall coherent pattern<sup>18</sup>. As a result, the French norm has lost some of its clarity, lying halfway between two lawmaking approaches.

*forma corresponde a la lógica de los «resultados que se obtienen», de la justificación del derecho y participa, en forma concomitante, en relativizar lo importante que es darle un fundamento a la norma.*

*Estos dos factores, llevan a defender la idea según la cual Francia lleva a cabo tradicionalmente un importante análisis de los fundamentos del derecho, mientras que Estados Unidos busca ante todo justificar la norma por el resultado obtenido. Las legislaciones sobre propiedad literaria y artística ya evocadas parecen corroborar esta hipótesis. El derecho de autor francés, tal como emergió a finales del Antiguo Régimen y tras la Revolución, ilustra en efecto, perfectamente, esa preocupación por reflexionar sobre la razón de ser de la regla de derecho para fundamentarla. Por el contrario y también de una manera reveladora el copyright norteamericano es fruto de una visión justificativa que conduce a darle una importancia central a las consecuencias positivas que se esperan de la norma.*

*Este dualismo acerca de la cultura del derecho tiende hoy en día a disminuir. Podemos comprobar en particular que en Francia<sup>17</sup> como en todas partes, se recurre cada vez más a analizar el derecho con un criterio económico, de ahí que la norma también se aborde con un criterio utilitario. En derecho de autor francés esta mutación parece haberse iniciado en 1985, fecha a partir de la cual las reformas importantes se presentan como estando esencialmente justificadas por lo que a sus esperadas consecuencias económicas se refiere, sin embargo es cada vez más difícil implementarlas dentro de un conjunto<sup>18</sup> coherente. De lo*

correspond à la logique des «résultats qui tirent», de la justification du droit, et participe concomitamment à relativiser l'importance du fondement de la norme.

Ces deux facteurs conduisent donc à défendre l'idée suivant laquelle la France accorde traditionnellement une importance à l'analyse des fondements du droit, alors que les États-Unis cherchent davantage à justifier la norme par son résultat escompté. Les législations sus-évoquées de propriété littéraire et artistique semblent corroborer une pareille hypothèse. Le droit d'auteur français, tel qu'il a émergé à la fin de l'Ancien Régime et après la Révolution, illustre en effet parfaitement ce souci de fondement et de réflexion sur la raison d'être de la règle de droit. Au contraire, et d'une manière également révélatrice, le copyright américain est le fruit d'une démarche justificative, en accordant une importance centrale aux conséquences positives espérées de la norme.

Ce pluralisme de culture du droit tend toutefois aujourd'hui à s'affaiblir. On peut notamment constater un recours amplifié, en France<sup>17</sup> comme ailleurs, à l'analyse économique du droit, ce qui favorise une approche utilitariste de la norme. En droit d'auteur français, cette mutation semble amorcée depuis 1985, date à partir de laquelle les réformes importantes apparaissent essentiellement justifiées au regard de leurs conséquences économiques espérées, mais s'inscrivent de plus en plus difficilement dans une cohérence d'ensemble<sup>18</sup>. En résulte une certaine perte de lisibilité de la norme française, à mi-chemin entre deux approches légistiques.

So here the two issues meet and the finding of differences and influences between the models concerns both the culture of the law and the substance of the law relating to culture.

## II – PLURALISM AND INFLUENCES OF THE MODELS IN CULTURAL LAW

To the extent that they determine the rights in intellectual works, the literary and artistic property systems are the expression of the way in which society perceives its own culture in general and the phenomenon of creation in particular. In this respect, American copyright and French *droit d'auteur* have been based since the outset on different postulates which have had an inevitable impact on the very system of rights that they introduced.

French *droit d'auteur* is first and foremost the right of the author-creator in his work. This initial property, of which the author never completely divests himself (if only in relation to the inalienable and imprescriptible moral attributes), is based on the idea that the work is the emanation of the personality of the author and would not exist without him. What characterises a work and gives it its own individuality is precisely this stamp of the personality, the impregnation of the author's very being in his creation which is an original form. It is easy to discredit this approach by calling it romantic and to

*que resulta una cierta pérdida en cuanto a la lectura de la norma francesa, a medio camino entre dos maneras legísticas de abordarla.*

*Aquí es entonces donde se encuentran las dos problemáticas y donde se constatan las divergencias y las influencias entre modelos que conciernen a la cultura de derecho y a la vez al contenido del derecho aferente a la cultura.*

## II – PLURALISMO E INFLUENCIAS DE LOS MODELOS EN EL DERECHO DE LA CULTURA

*Los regímenes de propiedad literaria y artística, por lo que determinan los derechos relativos a las obras del espíritu, son la expresión de la manera cómo una sociedad aprehende su propia cultura de forma general y, en particular, el fenómeno de creación. Ahora bien, el copyright norteamericano y el derecho de autor francés reposan desde sus orígenes sobre dos postulados diferentes que incidirán ineluctablemente en el propio régimen de los derechos instituidos.*

*El derecho de autor es antes que nada el derecho del autor, es el derecho del creador sobre su obra. Esta propiedad inicial, de la cual el autor jamás se deshace totalmente, (aunque sólo sea respecto a los atributos morales, inalienables e imprescriptibles) se apoya en la idea de que la obra es la emanación de la personalidad del autor, obra que sin él no existiría. Lo que caracteriza una obra y le confiere una individualidad propia es, precisamente, la huella de la personalidad del que la crea, ese impregnarse la obra del propio ser del autor al crearla, es en suma su forma original. Es fácil tasar de*

Ici, les deux problématiques se rencontrent donc, le constat de divergences et d'influences entre modèles concernant tout à la fois la culture du droit et le contenu du droit afférant à la culture.

## **II – PLURALISME ET INFLUENCES DES MODÈLES DANS LE DROIT DE LA CULTURE**

Les régimes de propriété littéraire et artistique, en ce qu'ils déterminent les droits relatifs aux œuvres de l'esprit, sont l'expression de la manière dont une société appréhende sa propre culture, de manière générale, et le phénomène de création, en particulier. Or copyright américain et droit d'auteur français reposent dès leurs origines sur des postulats différents qui vont avoir des incidences inéluctables sur le régime même des droits institués.

Le droit d'auteur est avant tout le droit de l'auteur, du créateur sur son œuvre. Cette propriété initiale, dont l'auteur ne se défait jamais totalement (ne serait-ce qu'au regard des attributs moraux, inaliénables et imprescriptibles), repose sur l'idée suivant laquelle l'œuvre est l'émanation de la personnalité de l'auteur, qu'elle n'existerait pas sans lui. Ce qui caractérise une œuvre et lui confère une individualité propre tient justement en cette empreinte de la personnalité, en cette imprégnation de l'être même de l'auteur dans sa création, forme originale. Il est facile de galvauder cette



suppress the intimate relationship between the author and his work. Yet this form of transfer of the self – which admittedly may exist to different degrees – really does appear to be consubstantial with the phenomenon of creation. Consequently, or to present the question from another angle, it can be asserted that, in the chain of dissemination of culture through which the work and the public come into contact, the creator is the only essential and non-interchangeable player. His role in the cultural process is fundamental.

While French *droit d'auteur* focuses in this way on the origin of the work and of culture, American copyright has placed emphasis since the end of the 18<sup>th</sup> century on the end purpose of the work and the need to secure the public's access to it. This emphasis on the requirement of the public's access to works often goes hand in hand with a tendency to play down the creator's role. Indeed, according to this conception, far from being non-interchangeable, the creator basically confines himself to capturing and retransmitting the ideas that are in the air at a given moment in time. The outcome of laying stress in this way on those for whom the work is destined (the public) and of concomitantly playing down the importance of the creator has logically been to develop copyright legislation that clearly differs from French *droit d'auteur*, namely a copyright not conceived as property but rather as an incentive-creating

*romántica esta manera de abordarla, de callar esa relación íntima entre el autor y su obra; sin embargo esa transferencia del ser mismo [del autor] – que desde luego puede expresarse bajo diversos grados – es consubstancial al fenómeno creativo. De ahí, que (o para presentar la cosa bajo otro ángulo) podamos afirmar que en la cadena de difusión de la cultura mediante la cual se opera el contacto entre la obra y el público, el creador es el único interviniente esencial y no intercambiable; su papel es fundamental en el proceso cultural.*

*Al paso que el derecho de autor francés se focaliza así en el origen de la obra y de la cultura, el copyright norteamericano insiste, desde finales del siglo XVIII, en el destino de la obra, en que es necesario que el público tenga acceso a ella. Luego, poner el acento en la exigencia de que el público tiene que tener acceso a las obras, con frecuencia lleva a poner en causa el papel que desempeña el creador que – lejos de ser intercambiable – se contentaría esencialmente (siguiendo esta manera de concebirlo) con captar y transmitir las ideas que lleva el viento. Insistir así sobre el destino de la obra (el público) y simultáneamente relativizar la importancia de su creador, ha conducido lógicamente a concebir un copyright abiertamente diferente del derecho de autor francés: el de un copyright concebido como un monopolio cuya vocación solamente va enfocada al objetivo de que el público acceda al saber y no a la propiedad del autor y*

approche en la taxant de romantisme, de taire cette relation intime entre l'auteur et son œuvre; cette forme de transfert de soi – qui peut certes connaître des degrés divers – apparaît cependant bien comme consubstantielle au phénomène de création. Par voie de conséquence, ou pour présenter la question sous un autre angle, on peut alors affirmer que, dans la chaîne de diffusion de la culture permettant le contact entre l'œuvre et le public, le créateur est le seul intervenant essentiel, non interchangeable. Son rôle, dans le processus culturel, est fondamental.

Alors que le droit d'auteur français se focalise ainsi sur l'origine de l'œuvre et de la culture, le copyright américain insiste, depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, sur la destination de l'œuvre, sur la nécessité pour le public d'y avoir accès. Or cet accent mis sur l'exigence d'un accès du public aux œuvres s'accompagne fréquemment d'une remise en cause du rôle du créateur qui, loin de ne pas être interchangeable, se contenterait essentiellement, suivant cette conception, de capter et retransmettre les idées dans l'air du temps. Insister ainsi sur la destination de l'œuvre (le public) et relativiser concomitamment l'importance du créateur ont conduit logiquement à concevoir une législation du copyright clairement distincte du droit d'auteur français: un copyright conçu, non comme une propriété, mais comme un monopole à vocation incitative et soumis à l'objectif d'accès du public au savoir (mais l'art n'est-il question que de savoir?). Un copyright qui, donc,

monopoly subordinate to the objective of public access to knowledge (yet is art just a question of knowledge?). Therefore, it should be possible for such copyright to benefit exploiting intermediaries as directly as possible given that their function is precisely to secure the work's communication to the public.

However, at this stage of the reasoning process, an ambiguity appears in the justification for copyright. It takes the form of a rhetorical shift that consists in defending exploiting parties on the pretext of the public's interests<sup>19</sup>. The respective interests of the public and intermediaries are not necessarily convergent. So is the postulate of defending the public's cultural interests, mentioned in most of the laws relating to American copyright, totally sincere? Is it not a question rather of protecting the specific interests of exploiting parties as directly and effectively as possible? The latter explanation may seem more likely today.

Be that as it may, these two models – French and American – do indeed reflect in theory two different approaches to the cultural phenomenon, one centred on the origin and the other on the end purpose of works. Nevertheless, a certain influence exerted by the copyright model can be noted in France, not least because of the harmonisation moves initiated globally and at the European level. Since 1985, increasing consideration has been given to the economic interests of exploiting parties: in addition to the inclusion of computer programs within French *droit d'auteur*, reference could be made, for example, to the establishment of phonogram and videogram producers'

*¿acaso el arte no tiene nada que ver con el saber?. Un copyright del que deben aprovecharse lo más directamente posible los que explotan las obras cuya función es, precisamente, comunicarlas al público.*

*Aparece aquí, tras este razonamiento, una ambigüedad en cuanto a justificar el copyright, un desliz retórico que consiste en defender a todos aquellos que explotan las obras pretextando el interés del público<sup>19</sup>. El interés del público y el de los intermediarios no necesariamente convergen. Por esta razón habrá que preguntarse si el postulado expuesto para defender los intereses culturales del público, postulado evocado en la mayoría de leyes aferentes al copyright norteamericano, ¿será totalmente sincero? ¿No se tratará más bien de proteger lo más directa y eficazmente posible los intereses particulares de los que explotan las obras? Esta última explicación parece hoy la más probable.*

*Sea como sea, estos dos modelos – francés y norteamericano – traducen bien en teoría que existen dos maneras distintas de abordar el fenómeno cultural: una, centrada en el origen y la otra, centrada en el destino de las obras. No obstante, se puede comprobar en Francia, sobre todo a causa de las corrientes de armonización iniciadas a escala mundial y también comunitaria, que el modelo del copyright está ejerciendo una cierta influencia. Desde 1985, se van tomando cada vez más en consideración los intereses de todos los que explotan las obras. Además de haberse integrado el lógico en el seno del derecho de autor francés, podríamos evocar como ejemplo el haber instituido*

devait pouvoir profiter le plus directement possible aux exploitants dont la fonction est, justement, d'assurer la communication de l'œuvre au public.

À ce stade du raisonnement apparaît toutefois une ambiguïté dans la justification du copyright, un glissement rhétorique consistant à défendre les exploitants sous prétexte des intérêts du public<sup>19</sup>. L'intérêt du public et celui des intermédiaires ne convergent pas nécessairement. Dès lors, le postulat de défense des intérêts culturels du public, évoqué dans la plupart des lois afférentes au copyright américain, est-il pleinement sincère? Ne s'agit-il pas plutôt de protéger, le plus directement et efficacement possible, les intérêts particuliers des exploitants? Cette dernière explication peut sembler aujourd'hui plus probable.

Quoi qu'il en soit, ces deux modèles – français et américain – traduisent bien en théorie deux approches différentes du phénomène culturel, l'un centré sur l'origine, l'autre sur la destination des œuvres. En France, on peut toutefois constater, en raison notamment des mouvements d'harmonisation initiés à l'échelle mondiale et communautaire, une certaine influence exercée par le modèle du copyright. Depuis 1985, les intérêts économiques des exploitants sont ainsi de plus en plus considérés: outre l'intégration du logiciel au sein du droit d'auteur français, pourraient être par exemple évoqués l'instauration des droits voisins des producteurs de phonogrammes

related rights<sup>20</sup> and the recent European directive extending the duration of those rights<sup>21</sup>. The question could also be raised as to who – the author or the exploiting party – has real control over the technological protection measures introduced by the 2006 DADVSI law... Lastly, although these sources should be viewed with caution, disclosures by Wikileaks<sup>22</sup> clearly confirm the influence exerted by the American embassies and creative industries on certain European legislatures to get them to adopt new repressive mechanisms to combat piracy. However legitimate the aim behind them may be, such outside influences do not help to make for clear, well-founded and coherent new rules. Moreover, they play a part in promoting a legal and cultural model that is not entirely our own.

Of course, the situation must not be caricatured; the aim of these remarks is not to question the interests of intermediaries, which must be fully taken into consideration. It would be false and artificial to set them against the interests of creators. Nevertheless, it would be equally incorrect to treat them as totally the same. Recent developments in the law and the debates to which each reform has given rise illustrate at one and the same time a certain change of paradigm, a shift in *droit d'auteur's* centre of gravity and the counterproductive effects of such changes. For example, the legislature's concern to tackle infringement has led it in recent years to increase the weapons at the disposal of rightholders and to reinforce literary and artistic

*derechos conexos para los productores de fonogramas y de videogramas<sup>20</sup> o también la reciente directriz europea que prolonga la duración de esos derechos<sup>21</sup>. Asimismo, cabe preguntarse ¿quién domina realmente las medidas técnicas de protección previstas en la ley DADVSI de 2006... el autor o el que explota sus obras? En fin, a pesar de que las fuentes hay que aprehenderlas con toda prudencia, las revelaciones de Wikileaks<sup>22</sup> vienen a confirmar claramente la influencia que ejercen las industrias culturales y a la par las embajadas norteamericanas sobre algunos legisladores europeos para que estos últimos adopten nuevos dispositivos de represión para luchar contra la piratería. Cualquiera que sea la legitimidad del objetivo que se persigue, estas intervenciones, venidas del exterior, no ayudan a concebir nuevas reglas, claras, bien fundamentadas y coherentes. Por añadidura, contribuyen a promover un modelo jurídico y cultural que en nada se parece al nuestro.*

*No cabe duda de que debe evitarse la caricatura, nuestro propósito no tiene por objeto poner en tela de juicio los intereses de los que explotan las obras los cuales deben tomarse en consideración. Sería equivocado y artificial oponer los intereses de los creadores a los intereses de quienes explotan sus obras. Ahora bien, asimilarlos a estos últimos sería también inexacto. Las recientes evoluciones del derecho de autor y los debates a los que ha dado lugar cada reforma, ilustran a la vez el cambio de paradigma, el desplazamiento del centro de gravedad del derecho de autor y los efectos contraproducentes de esas mutaciones. La preocupación por luchar contra la falsificación ha conducido en estos últimos años a mutiplicar las armas que*

et de vidéogrammes<sup>20</sup> ou la récente directive européenne prolongeant la durée de ces droits<sup>21</sup>. On pourrait également se demander qui de l'auteur ou de l'exploitant a la véritable maîtrise des mesures techniques de protection prévues par la loi DADVSI de 2006... Enfin, bien qu'il faille appréhender ces sources avec une prudence certaine, des révélations de Wikileaks<sup>22</sup> viennent clairement confirmer l'influence exercée par les industries culturelles et ambassades américaines sur certains législateurs européens, afin que ces derniers adoptent de nouveaux dispositifs répressifs de lutte contre le piratage. Quelle que soit la légitimité de l'objectif poursuivi, de telles interventions extérieures n'aident pas à concevoir de nouvelles règles claires, fondées et cohérentes. Elles participent par ailleurs à promouvoir un modèle juridique et culturel qui n'est pas entièrement le notre.

La caricature doit être évidemment évitée: ainsi, l'objet du propos n'est pas de contester les intérêts des exploitants, qui doivent être pleinement pris en considération. Il serait faux et artificiel d'opposer ces derniers aux intérêts des créateurs. Toutefois, les assimiler totalement se révélerait tout aussi inexact. Les évolutions récentes du droit d'auteur et les débats auxquels chaque réforme a donné lieu illustrent tout à la fois un certain changement de paradigme, un déplacement du centre de gravité du droit d'auteur et les effets contreproductifs de ces mutations. Le souci de lutte contre la contrefaçon a ainsi conduit à multiplier ces dernières années les armes à la disposition des ayants droit, à renforcer par tout moyen la propriété littéraire

property by any means in order notably to protect endangered industries. While the cause is legitimate, the method reveals its limits. Apart from the fact that they contribute to the phenomenon of legislative inflation, the three laws<sup>23</sup> passed recently (all of them through an accelerated emergency procedure...) introduced several regrettable ambiguities<sup>24</sup> in French law and some provisions were even censured by the Constitutional Council<sup>25</sup>. Such deficiencies, combined with the feeling that intellectual works are subject to over-reservation, raises a major question: Is there not a risk that these reforms, which are supposed to improve the effectiveness of literary and artistic property, will, on the contrary, increase the lack of understanding of this right within society, which already tends to see it as a freedom-curtailing economic monopoly rather than a culture-protecting right? Force and effectiveness do not necessarily go hand in hand and, in order to be coherent and persuasive, it may prove necessary to place the creator at the centre of *droit d'auteur* again and, in so doing, return to the sources of this right.

Influences between cultural models should not be rejected outright; nevertheless, inspirations should not lead to acculturation. Of course, a concern to consider the foundation of a norm is by no means incompatible with the need to consider its efficiency. However, the idea that law should be determined and assessed by the yardstick of its usefulness alone appears not only narrow but also contrary to our legal tradition. Similarly, while everyone's interests should be taken

*están a disposición de los derechos habientes, a proteger por todos los medios la propiedad literaria y artística pero ésto se ha hecho, sobre todo, con el propósito de proteger a las industrias en peligro. Si la causa es legítima en sí misma, el procedimiento pone al descubierto los límites. Las tres leyes<sup>23</sup> votadas recientemente (siguiendo las tres el procedimiento de urgencia...), fuera de que participan de la inflación legislativa han introducido en derecho francés diversas ambigüedades que son lamentables<sup>24</sup> y ciertas disposiciones han sido incluso censuradas por el Consejo constitucional<sup>25</sup>. Semejantes lagunas conjudas con el sentimiento de una superreserva de las obras del espíritu plantean un interrogante de talla: estas reformas, destinadas a mejorar la efectividad de la propiedad literaria y artística, ¿no entrañarán a lo mejor el peligro de aumentar la incomprensión que de este derecho tiene el cuerpo social cuya tendencia es entenderlo como un monopolio económico liberticida y no como un derecho protector de la cultura? Fuerza y efectividad no pegan necesariamente y, de ahí, que con un propósito coherente y pedagógico sería necesario volver a situar al creador en el eje central del derecho de autor y haciéndolo así se volvería a la fuente de este derecho.*

*Las influencias entre modelos culturales no deben rechazarse como tales; pero inspirarse en esas influencias tampoco debe conducir a la aculturización, o sea a despojarse de su propia cultura. La preocupación por fundamentar la norma no es desde luego, en absoluto, incompatible con la necesidad de reflexionar sobre cuál va a ser su eficacia. Sin embargo, pensar el derecho y apreciarlo tomando como medida su sola utilidad no sólo es reductor sino además contrario a*

et artistique dans le but notamment de protéger des industries en péril. Si la cause est légitime, le procédé montre ses limites. Outre le fait qu'elles participent au phénomène d'inflation législative, les 3 lois<sup>23</sup> récemment votées (toutes suivant une procédure d'urgence...) ont introduit plusieurs ambiguïtés regrettables<sup>24</sup> en droit français, certaines dispositions ayant même été censurées par le Conseil constitutionnel<sup>25</sup>. De telles lacunes, conjuguées au sentiment d'une surréservation des œuvres de l'esprit, soulèvent une interrogation de taille: ces réformes, destinées à améliorer l'effectivité de la propriété littéraire et artistique, ne risquent-elles pas au contraire d'accroître l'incompréhension de ce droit par le corps social, qui a déjà tendance à la percevoir, non comme un droit protecteur de la culture, mais comme un monopole économique liberticide? Force et effectivité ne vont pas nécessairement de pair et, dans un but de cohérence et de pédagogie, il pourrait s'avérer ainsi nécessaire de replacer pleinement le créateur au centre du droit d'auteur, de revenir ce faisant aux sources de ce droit.

Les influences entre modèles culturels ne sont pas à rejeter en tant que telles; mais les inspirations ne doivent toutefois pas conduire à une acculturation. Le souci de fonder la norme n'est pas du tout incompatible avec la nécessité de réfléchir à son efficacité, bien sûr. Toutefois, penser et apprécier le droit à l'aune de sa seule utilité apparaît non seulement réducteur, mais aussi contraire à notre tradition juridique. De même, s'il convient de prendre en considération les intérêts de tous, il faut aussi veiller



into consideration, it is also necessary to ensure that *droit d'auteur* remains first and foremost a right of the author and to reaffirm fully the specificity of the French model. There is no doubt, in our view, that the creator continues to be the only non-interchangeable player, whose role is vital for the development of culture. The creator's well-understood interest converges both with the public's interest and that of intermediaries. The stratification of the technical and legal mechanisms created in recent years with a view to combating piracy has obscured that reality and gives the impression of a regrettable split between rightholders and the public. By contrast, the reaffirmation of the French *droit d'auteur* model around the creator could be a factor conducive to cohesion, to acceptance of the norm and thus perhaps to its effectiveness.

(English translation by  
Margaret PLATT-HOMMEL)

*nuestra tradición jurídica. Asimismo, si conviene tomar en consideración los intereses de todos, también hay que velar, antes que nada, por que el derecho de autor siga perdurando como el derecho del autor y para que siga reafirmando plenamente lo que tiene de específico el modelo francés. A nuestro juicio, el autor sigue siendo el único interviniente no-intercambiable y primordial para desarrollar la cultura. El interés del autor, bien entendido, converge con el interés del público y con el interés de los intermediarios. Con la estratificación de los dispositivos técnicos y jurídicos que se han creado en estos últimos años para luchar contra la piratería, ha perdido de vista esta realidad y da la impresión de que se está consagrando una ruptura lamentable entre los derechohabientes y el público. En cambio, reafirmar el modelo francés del derecho de autor en torno al creador podría ser un factor de cohesión, de adhesión a la norma y, por consiguiente, tal vez de efectividad.*

Traducción española de  
Jeanne MARTINEZ-ARRETZ

## NOTES

1. This article is the development of a talk given on 3 February 2011 at the study day on "cultural intelligence, a new territory of economic intelligence" organised by the Association Internationale Francophone d'Intelligence Économique (AIFIE) at UNESCO, Paris.

2. For a more detailed historical presentation, see notably A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, Paris: L.G.D.J., 2008, pp. 46-66.

3. "The book selling privilege [...] is a grace founded in justice; for an author, it is the reward for his labour; for the bookseller, it is the guarantee of his advances. But the difference in grounds must naturally determine the difference in the

## NOTAS

1. El presente artículo relata el desarrollo de una Conferencia sostenida el 3 de febrero de 2011, en el marco de la jornada de estudio sobre La inteligencia cultural, nuevo territorio de la inteligencia económica, organizada por la Asociación Internacional Francófona de Inteligencia Económica (AIFIE) en París, UNESCO.

2. Para una presentación histórica más detallada ver, en particular A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, París: L.G.D.J., 2008, pp. 46-66.

3. «El privilegio de librería [...] es una merced fundamentada en la justicia; para el autor es el premio a su trabajo; para el librero es la garantía de lo que ha avanzado. Pero lo que debe regular la importancia del privilegio es la diferencia de la

à ce que le droit d'auteur reste avant tout un droit de l'auteur, et de réaffirmer pleinement la spécificité du modèle français. Le créateur reste bien, à notre sens, le seul intervenant non-interchangeable, primordial pour le développement de la culture. Son intérêt bien compris converge tout à la fois avec celui du public et celui des intermédiaires. La stratification des dispositifs techniques et juridiques créés ces dernières années en vue de lutter contre le piratage fait perdre de vue cette réalité et donne l'impression de consacrer une regrettable rupture entre ayants droit et public; réaffirmer le modèle français du droit d'auteur autour du créateur pourrait au contraire être facteur de cohésion, d'adhésion à la norme et donc peut-être d'effectivité.

## NOTES

1. Le présent article constitue le développement d'une conférence tenue le 3 février 2011 dans le cadre de la journée d'étude sur *L'intelligence culturelle, nouveau territoire de l'intelligence économique* organisée par l'Association Internationale Francophone d'Intelligence Économique (AIFIE), à Paris, UNESCO.

2. Pour une présentation historique plus détaillée, v. notamment A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, Paris: L.G.D.J, 2008, p. 46-66.

3. «Le privilège de librairie [...] est une grâce fondée en justice; pour un auteur, elle est le prix de son travail; pour le libraire, elle est la garantie de ses avances. Mais la différence de motif doit naturellement régler la différence d'importance du privilège. L'auteur doit avoir le pas et pourvu que le libraire reçoive un

significance of the privilege. The author must rank first, and provided that the bookseller receives an advantage proportionate to his costs and a legitimate profit, he cannot have any cause for complaint": see notably on this question, M.-C. DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, thesis, Paris: L.G.D.J., 1963, p. 127.

4. However, the next part of Le Chapelier's declaration referring to the transfer of the author's property to the public is far more equivocal. See, in this regard, A. ZOLLINGER, *op. cit.*, p. 50.

5. See notably C. de BEAUMARCHAIS, "Petition to the National Assembly against the usurpation of authors' property by theatre directors", 23 December 1791, in *Le combat du droit d'auteur*, anthology presented by J. BAETENS, Paris: Les impressions nouvelles, 2001, p. 55: "It is, one may say, very strange that a specific law was needed to confirm to the whole of France that the property of a dramatic author belongs to him; that no one has the right to take possession of it. This principle, drawn from the first Human Rights, was so self-evident for all human property acquired by labour, gift, sale or inheritance that one would have thought it quite ridiculous that it should be necessary to establish it in law. Only my property, as a dramatic author, more sacred than all the others, [...] needed a law to declare that it is mine and secure me its possession".

6. Cf., establishing the right to respect for the work and the right of paternity, Civ. Ct. Seine, 17 August 1814; concerning the right of disclosure: CA Paris, 11 January 1828, S. 1828-1830, 2, p. 5.

7. See N. WEBSTER, *A collection of papers on political, literary and moral subjects*, New York, 1843, cited by J.C. GINSBURG, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America", *RIDA* no. 147, Jan. 1991, p. 143; see also L.Y. NGOMBE, "Natural Law, French *Droit d'Auteur* and American Copyright: A Retrospective and Prospective Survey", *RIDA* no. 194, Oct. 2002, pp. 6 *et seq.*

8. On these laws, see notably A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, thesis, Brussels: Bruylant / Paris: L.G.D.J., 1993, p. 117.

9. See John Locke's *Treatise of Civil Government*: J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690, Paris: Flammarion, 1992.

10. Article 1, section 8, clause 8 of the United States Constitution provides: "*The Congress shall have Power [...] to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right*

*motivación de cada uno. Es el autor quien debe marcar el paso y, siempre que el librero reciba una ventaja proporcionada a sus gastos y una ganancia legítima, no tiene ninguna razón para quejarse: Sobre este asunto ver, en particular, M.-C. DOCK, Étude sur le droit d'auteur, tesis, París: L.G.D.J., 1963, p. 127.*

4. *La continuación de la declaración de Le Chapelier, en la que evoca una transmisión de la propiedad del autor al público es, no obstante, bastante más equívoca. Ver a este respecto A. ZOLLINGER, op. cit., p. 50.*

5. *Ver, en particular C. de BEAUMARCHAIS, «Petición a la Asamblea nacional contra la usurpación de las propiedades de los autores por parte de los directores de espectáculos», 23 de diciembre de 1791, en Le combat du droit d'auteur, antología presentada por J. BAETENS, París: Les impressions nouvelles, 2001, p. 55: «Se dice, que es bien extraño que haya sido necesario promulgar una ley expresa para atestar en toda Francia que la propiedad de un autor dramático le pertenece, que nadie tiene derecho a hacerse con ella. Este principio sacado de los primeros Derechos Humanos, era tan conveniente – sin decirlo – para todo lo que es propiedad del ser humano por su trabajo, por donación, por venta o bien por herencia, que hubiéramos creído irrisorio tener que dictar una ley. Sólo mi propiedad como autor dramático, más sagrada que cualquier otra [...] ha tenido que recurrir a la ley para dictar que es mía y para garantizarme su posesión».*

6. *Cf., consagrando el derecho al respeto de la obra y al derecho de paternidad, Tribunal civ. Seine, 17 de agosto de 1814; en lo concerniente al derecho de divulgación: CA Paris, 11 de enero de 1828, S. 1828-1830, 2, p. 5.*

7. *Ver, N. WEBSTER, A collection of papers on political, literary and moral subjects, New York, 1843, citado por J. C. GINSBURG, «A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and América», RIDA n° 147, enero de 1991, p. 142; ver también, L. Y. NGOMBE, «Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain: rétrospective et prospective», RIDA n° 194, octubre de 2002, pp. 7 et s.*

8. *Sobre esta leyes, ver, en particular A. STROWEL, Droit d'auteur et copyright, thesis, Bruselas: Bruylant / París: L.G.D.J., 1993, p. 117.*

9. *Ver, J. LOCKE, Traité du gouvernement civil, 1690, Paris: Flammarion, 1992.*

10. *En su Artículo 1 sección 8 cláusula 8, la Constitución norteamericana contempla que: «El Congreso tiene poder [...] para promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizándoles a los autores y a los inventores*

avantage proportionné à ses frais et un gain légitime, il ne peut avoir à se plaindre»: v. notamment sur cette question M.-C. DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, thèse, Paris: LGDJ, 1963, p. 127.

4. La suite de la déclaration de Le Chapelier, évoquant une transmission de la propriété de l'auteur au public, est toutefois bien plus équivoque. V. à ce sujet A. ZOLLINGER, *op. cit.*, p. 50.

5. V. notamment C. de BEAUMARCHAIS, «Pétition à l'Assemblée nationale contre l'usurpation des propriétés des auteurs par des directeurs de spectacles», 23 décembre 1791, in *Le combat du droit d'auteur*, anthologie présentée par J. BAETENS, Paris: Les impressions nouvelles, 2001, p. 55: «Il est, dit-on, bien étrange qu'il ait fallu une loi expresse pour attester à toute la France que la propriété d'un auteur dramatique lui appartient; que nul n'a droit de s'en emparer. Ce principe, tiré des premiers droits de l'Homme, allait tellement sans le dire pour toutes propriétés des hommes acquises par le travail, le don, la vente, ou bien l'hérédité, qu'on aurait cru très dérisoire d'être obligé de l'établir en loi. Ma propriété seule, comme auteur dramatique, plus sacrée que toutes les autres, [...] a eu besoin qu'une loi prononçât qu'elle est à moi, m'en assurât la possession».

6. Cf., consacrant le droit au respect de l'œuvre et le droit de paternité, T. civ. Seine, 17 août 1814; concernant le droit de divulgation: CA Paris, 11 janvier 1828, S. 1828-1830, 2, p. 5.

7. V. N. WEBSTER, *A collection of papers on political, literary and moral subjects*, New York, 1843, cité par J. C. GINSBURG, «A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America», *RIDA* n° 147, janv. 1991, p. 142; v. également L. Y. NGOMBE, «Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain: rétrospective et prospective», *RIDA* n° 194, oct. 2002, p. 7 et s.

8. Au sujet de ces lois, v. notamment A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, thèse, Bruxelles: Bruylant/Paris: L.G.D.J., 1993, p. 117.

9. V. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1690, Paris: Flammarion, 1992.

10. En son article 1 section 8 clause 8, la Constitution américaine prévoit que: «*Le Congrès a le pouvoir [...] de promouvoir le progrès de la science et des arts utiles, en garantissant pour un temps limité aux auteurs et aux inventeurs un droit exclusif sur leurs écrits et découvertes respectifs*». Cette garantie d'un droit exclusif

to their respective Writings and Discoveries". This guarantee of an exclusive right for a limited time is, through its minimalist definition, more akin to a monopoly granted by the government than to property recognised by it.

11. The same minimalist approach as that described in the previous note can be observed in the very title of the law: "*An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned*".

12. 33 U.S. (8 Pet.) 591, 660-663 (1834); the following extract from the decision is indicative of its stance: "Congress, by the Act of 1790, instead of sanctioning an existing perpetual right [...], created the right [...]. The right [...] does not exist by the common law [...]; it originated under the acts of Congress".

13. See notably in this regard, R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, Paris: Litec, 2<sup>nd</sup> edition, 2008.

14. F. GRUA, "La fée et l'horloge", *RTD civ.* 2001, p. 319.

15. It should be noted, however, that the United States does not have a "pure" common law system but one that can be likened to a mixed system. The written norm (whether the Constitution, federal laws or state laws) thus plays a far more important role in the U.S. than in other Anglo-Saxon countries, like Great Britain. See notably, stressing the originality of U.S. law within the common law system, R. LEGEAIS, *op. cit.*, pp. 117 *et seq.*

16. On the subject, see notably A. BERNARD, "Law and Economics, une science idiote?", *D.* 2008, p. 2806; M.-A. FRISON-ROCHE, "L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit", *Petites affiches*, 19 May 2005 no. 99, p. 15; S. ROUSSEAU, "L'analyse économique du droit", *D.* 2009 p. 352.

17. See, for example, J.-L. WARSMANN, *Rapport sur la qualité et la simplification du droit*, 2008, and the numerous references in the report to the economic tools advocated by the economic analysis of law.

18. See, for example, the way in which the idea of remuneration for private copying was justified by referring to the drop in the sales of the creative industries without seriously seeking any legal foundation. Cf., testifying to this, the report on behalf of the law commission presenting the bill on authors' rights and the rights of performers, phonogram and videogram producers and audiovisual communication companies: A. RICHARD, "Rapport fait au nom de la Commission

durante un tiempo limitado un derecho exclusivo sobre sus escritos y sobre sus descubrimientos respectivos. Esta garantía de un derecho exclusivo durante un tiempo limitado se parece más, por su definición minimalista, a un monopolio otorgado por el Poder que a una propiedad reconocida por este último.

11. *Idéntico enunciado minimalista que el descrito en la nota anterior puede ser destacado en el propio título de la ley: «Ley para incentivar el saber, en previsión de que los ejemplares de mapas geográficos, mapas marinos y libros, pertenezcan a sus autores y a los que detentan los dichos ejemplares durante las duración mencionada en el presente texto».*

12. 33 U.S. (8 Pet.) 591, 660-663 (1834); *traducción aproximativa de un extracto revelador del decreto: «El Congreso, [mediante la adopción de la ley de 1790 sobre el copyright], en lugar de reconocer un derecho preexistente, más bien lo ha creado. [...] Este derecho no existe en derecho común – su fuente brota íntegramente de los actos del Congreso».*

13. *Ver, en particular sobre este asunto R. LEGEAIS, Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative, Paris: Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2008.*

14. F. GRUA, "La fée et l'horloge", *RTD civ.* 2001, p. 319.

15. *Hay que destacar que Estados Unidos no respresenta un sistema «puro» de Common Law, antes bien se emparenta más con un sistema mixto. La norma escrita (así se trate de la Constitución, de leyes federales o de leyes nacionales) desempeña así un papel bastante más importante que en otros países anglosajones, como en Gran Bretaña. Ver, en particular, subrayando la originalidad del derecho de Estados Unidos en el seno del sistema de Common Law, R. LEGEAIS, op. cit., pp. 117 et s.*

16. *Sobre el tema, ver, en particular A. BERNARD, «Law and Economics, ¿una idiotez como ciencia?», D. 2008, p. 2806; M.-A. FRISON-ROCHE, «L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit», Petites affiches, 19 de mayo de 2005 n° 99, p. 15; S. ROUSSEAU, «L'analyse économique du droit», D. 2009 p. 352.*

17. *Ver, por ejemplo J.-L. WARSMANN, Rapport sur la qualité et la simplification du droit, 2008, y las numerosas referencias que se hacen en dicho informe a las berramientas económicas preconizadas por la AED.*

18. *Ver, por ejemplo, la manera cómo ha podido defenderse la idea de una remuneración por copia privada, justificándola con la disminución de la cifra de negocios de las industrias culturales sin preocuparse en buscar ninguna base jurídica seria para hacerlo. Cf., atestándolo, A. RICHARD, «Informe realizado en nombre de la Comisión de leyes constitucionales de la Legislación y de la Administración general de la República sobre el proyecto de ley relativo a los derechos de autor y a*

pour un temps limité s'apparente davantage, par sa définition minimaliste, à un monopole octroyé par le Pouvoir qu'à une propriété reconnue par ce dernier.

11. La même approche minimaliste que celle décrite à la note précédente peut être remarquée dès le titre même de la loi: «*Loi pour l'encouragement du savoir, en prévoyant que les exemplaires de cartes géographiques, de cartes marines et de livres appartiendront aux auteurs et aux détenteurs desdits exemplaires pendant les durées mentionnées dans le présent texte*».

12. 33 U.S. (8 Pet.) 591, 660-663 (1834); traduction approximative d'un extrait révélateur de l'arrêt: «Le Congrès, [par l'adoption de la loi de 1790 sur le copyright], au lieu de reconnaître un droit préexistant, l'a plutôt créé. [...] Ce droit [...] n'existe pas en droit commun – il prit intégralement sa source dans les actes du Congrès».

13. V. notamment sur la question R. LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, Paris: Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2008.

14. F. GRUA, «La fée et l'horloge», *RTD civ.* 2001, p. 319.

15. Il est toutefois à remarquer que les États-Unis ne constituent pas un système «pur» de Common Law, mais s'apparentent plutôt à un système mixte. La norme écrite (qu'il s'agisse de la Constitution, de lois fédérales ou nationales) y joue ainsi un rôle bien plus important que dans d'autres pays anglo-saxons, comme la Grande-Bretagne. V. notamment, soulignant l'originalité du droit des États-Unis au sein du système de Common Law, R. LEGAIS, *op. cit.*, p. 117 et s.

16. Sur le sujet, v. notamment A. BERNARD, «*Law and Economics, une science idiote?*», *D.* 2008, p. 2806; M.-A. FRISON-ROCHE, «L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit», *Petites affiches*, 19 mai 2005 n° 99, p. 15; S. ROUSSEAU, «L'analyse économique du droit», *D.* 2009 p. 352...

17. V. par exemple J.-L. WARSMANN, *Rapport sur la qualité et la simplification du droit*, 2008, et les nombreuses références faites par ledit rapport aux outils économiques préconisés par l'AED.

18. V. par exemple la manière donc a pu être défendue l'idée d'une rémunération pour copie privée, justifiée par les baisses de chiffre d'affaires des industries culturelles sans qu'aucun fondement juridique n'ait été sérieusement recherché. Cf., en attestant, A. RICHARD, «Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles de la Législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de loi relatif aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de

des lois constitutionnelles de la Législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de loi relatif aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle”, *RIDA* no. 127, Jan. 1986, p. 180. Similar remarks could also be made concerning, *inter alia*, the inclusion of computer programs in French *droit d'auteur*. On the question of the remuneration for private copying and its impact on the definition of the very subject matter of *droit d'auteur*, see A. ZOLLINGER, “L'adaptation du droit d'auteur français à l'univers numérique: quels risques pour les droits de l'Homme?”, in *Technique et droits humains*, Paris: Montchrestien, p. 283.

19. A comparable rhetorical shift exists in the *droit d'auteur* model to the extent that the publisher has always stood in the creator's shadow: one of the reasons for defending the idea of authors' rights is in fact to enable exploiting parties to benefit from them through transfer. This double meaning can be seen notably in certain declarations by Diderot and Louis d'Héricourt; see, for example, D. DIDEROT, “Lettre historique et politique sur le commerce de la librairie”, 1763, in *Le combat du droit d'auteur*, anthology presented by J. BAETENS, Paris: Les impressions nouvelles, 2001, p. 28. However, the fact of granting certain inalienable prerogatives to authors shows that their own interests really are taken into account in the *droit d'auteur* model. References to the public's interest – i.e. that of an indeterminate group – in the copyright systems seem to offer even more scope for twisting the norm. Similarly, references to the interest of “everyone”, which nobody would dare to criticise openly, seem like a way of playing down the real interest of “some”, i.e. creators, while implicitly defending the underlying idea that intermediaries play a social role.

20. See, notably, questioning the necessity and the basis of such rights, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Paris: Economica, 2005, p. 964: “we are not convinced that these provisions are legitimate or that related rights should be introduced in favour of producers and broadcasting organisations generally or again that the amalgamation introduced in this way between performers and producers is relevant”. See also P. GAUDRAT and M. VIVANT, “Marchandisation”, in *Propriété intellectuelle et mondialisation – La propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, edited by M. VIVANT, Paris: Dalloz, 2004, p. 39, and on producers' “usurped status”, P. GAUDRAT, *Rép. civ. Dalloz, V. Propriété littéraire et artistique (2. Droits des exploitants)*, 2007, nos. 269 *et seq.*

*los derechos de los artistas-intérpretes, de los productores de fonogramas y de las empresas de comunicación audiovisual*”, *RIDA* n° 127, enero de 1986, p. 180. Se podrían establecer constancias similares en cuanto al hecho de haberse incluido el *logicial en derecho de autor francés. Por lo que a la remuneración por copia privada y sus incidencias sobre la definición del objeto mismo del derecho de autor ver, A. ZOLLINGER, «L'adaptation du droit d'auteur français à l'univers numérique: quels risques pour les droits de l'Homme?», in Technique et droits humains, Paris: Montchrestien, p. 283.*

19. Existe un desliz retórico comparable en el modelo del derecho de autor, porque el editor está siempre a la sombra del creador: defender la idea de un derecho de autor, es permitirle efectivamente a quien explota la obra que saque un beneficio de ella por la vía de la cesión. Este doble sentido se observa en particular en algunos de los discursos pronunciados por Diderot y por Louis d'Héricourt a favor del derecho de autor; ver, D. DIDEROT, “Carta histórica y política sobre el comercio de librería”, 1763, en *Le combat du droit d'auteur, antología presentada por J. BAETENS, Paris: Les impressions nouvelles, 2001, p. 28. De todos modos, otorgarle al creador ciertas prerrogativas inalienables prueba que realmente se ha tomado en cuenta su propio interés en el modelo del derecho de autor. Venir a invocar en los sistemas del copyright el interés del público como conjunto indeterminado, parece ser aún, ser más capaz de saltarse la norma. Invocar el interés de «todos» que nadie se atrevería a combatir abiertamente, aparece como un medio que se presta a relativizar el interés real de «algunos», o sea el de los creadores, todo y defendiendo de manera implícita y soto capa la idea del papel social que desempeña el intermediario.*

20. Ver, en particular, discutiendo lo necesario y lo fundamental de estos derechos, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, Paris: Economica, 2005, p. 964: «por nuestra parte, no estamos persuadidos ni de la legitimidad de estas disposiciones y, en líneas más generales, de la consagración de los derechos conexos en provecho de los productores y de los organismos de radiodifusión, ni tampoco de que sea pertinente operar una amalgama entre intérpretes y productores». Ver, también P. GAUDRAT et M. VIVANT, «Marchandisation», in *Propriété intellectuelle et mondialisation – La propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, bajo la dirección de M. VIVANT, Paris: Dalloz, 2004, p. 39, o aún, sobre el «estatuto usurpado» en provecho de los productores, P. GAUDRAT, *Rép. civ. Dalloz, V° Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants)*, 2007, n° 269 *et s.**

vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle», *RIDA* n° 127, janv. 1986, p. 180. Des constats similaires pourraient être faits concernant, notamment, l'inclusion du logiciel en droit d'auteur français. Sur la question de la rémunération pour copie privée et ses incidences sur la définition de l'objet même du droit d'auteur, v. A. ZOLLINGER, «L'adaptation du droit d'auteur français à l'univers numérique: quels risques pour les droits de l'Homme?», in *Technique et droits humains*, Paris: Montchrestien, p. 283.

19. Un glissement rhétorique comparable existe dans le modèle du droit d'auteur, l'éditeur s'étant toujours trouvé dans l'ombre du créateur: défendre l'idée d'un droit d'auteur, c'est en effet permettre à l'exploitant d'en bénéficier par voie de cession. Ce double sens de certains discours prononcés en faveur de l'auteur s'observe notamment chez Diderot et Louis d'Héricourt; v. notamment D. DIDEROT, «Lettre historique et politique sur le commerce de la librairie», 1763, in *Le combat du droit d'auteur*, anthologie présentée par J. BAETENS, Paris: Les impressions nouvelles, 2001, p. 28. Toutefois, l'octroi au créateur de certaines prérogatives inaliénables atteste de la prise en compte réelle de son intérêt propre dans le modèle du droit d'auteur. L'invocation, dans les systèmes de copyright, de l'intérêt du public, ensemble indéterminé, semble plus susceptible encore de permettre un détournement de la norme. L'invocation de l'intérêt de «tous», que nul n'oserait combattre ouvertement, apparaît ainsi comme un moyen de relativiser l'intérêt réel de «certains», les créateurs, tout en défendant de manière implicite et sous-jacente l'idée d'un rôle social de l'intermédiaire.

20. V. notamment, contestant la nécessité et le fondement de tels droits, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Paris: Economica, 2005, p. 964: «nous ne sommes persuadés ni de la légitimité de ces dispositions et, plus généralement, de la consécration de droits voisins au profit des producteurs et organismes de radiodiffusion, ni de la pertinence de l'amalgame opéré ainsi entre interprètes et producteurs». V. également P. GAUDRAT et M. VIVANT, «Marchandisation», in *Propriété intellectuelle et mondialisation – La propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, sous la direction de M. VIVANT, Paris: Dalloz, 2004, p. 39, ou encore, sur le «statut usurpé» au profit des producteurs, P. GAUDRAT, *Rép. civ. Dalloz, V° Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants)*, 2007, n°s 269 et s.



21. Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights. The Directive appropriately develops performers' rights following a deeply-argued analysis showing – at last – true consideration of the creative and personal dimension of a performer's activity. However, the depth of the justification of the extension of performers' rights contrasts with the weakness of the arguments put forward in support of the concomitant extension of the rights of phonogram and videogram producers. In the latter case, the state of the market seems to be the only thing justifying the extension. As such, the Directive is a perfect example of the distinction referred to earlier between a norm's foundation and its mere justification and thus between "law that pushes" and "results that pull". The Directive makes an effort to provide the basis for the extension of performers' rights but confines itself – for want of being able to do any better – to justifying the extension of the other related rights. See, on the subject of this Directive, Ch. GEIGER, J. PASSA and M. VIVANT, "La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins – Une remise en cause injustifiée du domaine public", *JCP G* 2009, act. 46.

22. See, in this regard, Y. EUDES, "WikiLeaks: la HADOPI intéresse au plus haut point Washington", *Le Monde*, 4 December 2010.

23. Only the DADVSI law of 1 August 2006 and the two HADOPI laws of 12 June and 28 October 2009 are referred to here. Other laws have since been enacted in this field but with more limited scope, namely the law of 20 December 2011 concerning the remuneration for private copying (on the legal decisions behind the law and the questions that this remuneration mechanism with its uncertain foundation still raises today, see notably *JCP E* 2012, 1126, § 7) and the law of 1 March 2012 concerning the digital exploitation of unavailable 20<sup>th</sup> century books. The latter law, which was also passed using the accelerated emergency procedure, raises numerous issues in that it appears to introduce a form of expropriation of authors under cover of fostering access to works.

24. Of these, the superfluous introduction of the "three-step test" in domestic law appears clearly questionable. See notably in this regard, V.-L. BENABOU, "Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée", *Légipresse* May 2006, no. 231, p. 71; C. VILMART, "Copie privée: il faut raison garder et appliquer la Loi!", *JCP E* 2006, act. 148.

21. *Directriz 2011/77/UE del Parlamento europeo y del Consejo, del 27 de septiembre de 2011, que modifica la Directriz 2006/116/CE relativa a la duración de protección del derecho de autor y de algunos derechos conexos. La Directriz desarrolla oportunamente los derechos de los artistas-intérpretes tras una recapacitación muy argumentada que marca – por fin – el hecho de que se toma en consideración la dimensión creativa y personal de la actividad de intérprete. No obstante, el contraste es grande entre justificar ampliamente esa extensión y lo débiles que son los argumentos evocados para sostener la otra extensión concomitante de los derechos de los productores de fonogramas y de videogramas... Sobre este último punto, el estado del mercado parece justificarlo todo. En este sentido, la Directriz es la perfecta ilustración de la diferencia que hay entre el fundamento y la simple justificación, entre «derecho que empuja» y «resultados que arrastran». La Directriz se propone fundamentar la extensión de los derechos del artista-intérprete, pero se contenta – a falta de poder hacer algo mejor – justificando la extensión de los otros derechos conexos. Ver respeto a esta Directriz, Ch. GEIGER, J. PASSA et M. VIVANT, «La proposition de Directriz sobre extender la duración de ciertos derechos conexos – Un encausamiento injustificado del dominio público», *JCP G* 2009, act. 46.*

22. *Ver en cuanto a ésto, Y. EUDES, «WikiLeaks: a Washington le interesa al máximo nivel la HADOPI», Le Monde, 4 de diciembre de 2010.*

23. *Sólo se enfoca aquí a la ley DADVSI del 1º de agosto de 2006 y a las leyes HADOPI del 12 de junio y del 28 de septiembre de 2009. Desde entonces otras leyes han intervenido en la materia, pero lo han hecho en un ámbito más restrictivo: la ley del 20 de diciembre de 2001, relativa a la remuneración por copia privada, (sobre las decisiones jurídicas que han inspirado dicha ley y sobre los temas que plantea aún hoy este mecanismo de remuneración cuyo fundamento es dudoso, ver, en particular *JCP E* 2012, 1126, §7 y la ley del 1º de marzo de 2012 relativa a la explotación numérica de los libros indisponibles del siglo XX. Esta última, igualmente votada siguiendo el procedimiento de urgencia, plantea numerosos interrogantes por cuanto parece instituir una forma de expropiar al autor ocultando que lo que se está haciendo es favorecer el acceso a las obras.*

24. *Entre éstas, la instauración superflua del «triple test» en derecho interno parece claramente discutible. Ver, al respecto, V.-L. BENABOU, «Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée», *Légipresse* Mayo 2006, n° 231, p. 71; C. VILMART, «Copie privée: il faut raison garder et appliquer la Loi!», *JCP E* 2006, act. 148.*

21. Directive 2011/77/UE du Parlement Européen et du Conseil du 27 septembre 2011, modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins. La directive développe opportunément les droits des artistes-interprètes suite à une réflexion très argumentée marquant – enfin – une véritable prise en considération de la dimension créative et personnelle de l'activité d'interprète. Toutefois, l'ampleur de la justification de cette extension contraste avec la faiblesse des arguments évoqués au soutien de l'extension concomitante des droits des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes... Sur ce dernier point, l'état du marché semble à lui seul tout justifier. En ce sens, la directive est une parfaite illustration de la distinction présentée plus haut entre fondement et simple justification, entre «droit qui pousse» et «résultats qui tirent». La directive entreprend de fonder l'extension des droits de l'artiste-interprète, mais se contente, faute de pouvoir mieux, de justifier celle des autres droits voisins. V. au sujet de cette directive Ch. GEIGER, J. PASSA et M. VIVANT, «La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins — Une remise en cause injustifiée du domaine public», *JCP G* 2009, act. 46.

22. V. à ce sujet Y. EUDES, «WikiLeaks: la HADOPI intéresse au plus haut point Washington», *Le Monde*, 4 décembre 2010.

23. Sont ici seulement visées la loi DADVSI du 1<sup>er</sup> août 2006 et les lois HADOPI des 12 juin et 28 octobre 2009. D'autres lois sont intervenues depuis en la matière, au champ plus restreint toutefois: la loi du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée (sur les décisions de justice ayant inspiré ladite loi et sur les questions que soulève aujourd'hui encore ce mécanisme de rémunération au fondement incertain, v. notamment *JCP E* 2012, 1126, § 7) et la loi du 1<sup>er</sup> mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du xx<sup>e</sup> siècle. Cette dernière, votée également suivant la procédure d'urgence, soulève de nombreuses questions en ce qu'elle semble instituer une forme d'expropriation de l'auteur sous couvert de favoriser l'accès aux œuvres.

24. Parmi celles-ci, l'instauration superflue du «triple test» en droit interne apparaît clairement contestable. V. notamment à ce sujet V.-L. BENABOU, «Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée», *Légipresse* Mai 2006, n° 231, p. 71; C. VILMART, «Copie privée: il faut raison garder et appliquer la Loi!», *JCP E* 2006, act. 148...

25. The most significant setback concerned the HADOPI law; indeed, the Constitutional Council held that the provisions on the sanctions that could be ordered under the “graduated response” mechanism were contrary to freedom of expression and the presumption of innocence (Const. Council, 10 June 2009, no. 2009-580 DC, *JCP E* 2009, 1918, § 9).

*25. El fracaso más significativo ha concernido a la ley HADOPI; El Consejo constitucional ha juzgado que, en efecto, las modalidades de las sanciones pronunciables a título de la «réplica graduada» son contrarias a la libertad de expresión y a la presunción de inocencia (Cons. const., 10 de junio de 2009, n° 2009-580 DC, JCP E 2009, 1918, § 9).*

25. Le revers le plus significatif a concerné la loi HADOPI; les modalités des sanctions prononçables au titre de la « riposte graduée » ont en effet été jugées contraires à la liberté d'expression et à la présomption d'innocence par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *JCP E* 2009, 1918, § 9).