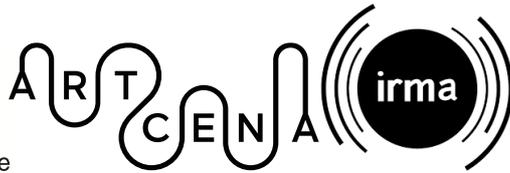




centre national  
de la chanson des  
variétés et du jazz

**CND**

Centre national de la danse



# **Droit d'auteur et liberté de création : quel équilibre trouver pour le spectacle vivant ?**

---

**Journée d'information juridique  
du 13 novembre 2017**

19ème journée d'information juridique des centres de ressources du spectacle vivant  
(CND, Artcena, CNV, Irma) proposée le 13 novembre 2017 à l'Alhambra (Paris)

## **Intervenants**

Maître Bruno Anatrella, avocat au barreau de Paris – BAGS Avocats

Valérie-Laure Bénabou, professeure à l'Université d'Aix-Marseille, auteure du rapport du  
CSPLA sur les œuvres transformatives

Antoine Defoort, artiste, co-fondateur de l'Amicale de production

Fred Gaudin, directeur juridique – Tôt ou tard, Lili Louise musique, Zouave

Alain Girardet, conseiller – 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation,  
professeur associé à la faculté de droit Paris-Est-Créteil

Alexis Kaufmann, fondateur de Framasoft, de Romaine Lubrique  
et du 1<sup>er</sup> festival du domaine public

Corine Klomp, autrice théâtre, radio et scénariste – 1<sup>ère</sup> vice-présidente de la SACD

Laurence Lehmann, conseillère – Cour d'appel de Paris

Antoine Zebra, musicien, DJ, auteur-compositeur-interprète, producteur et éditeur

## **Modération**

Raphaëlle Petitperrin, chargée de l'information juridique au Centre national de la danse et

Maître Bruno Anatrella

## **Droit d’auteur et liberté de création : quel équilibre trouver pour le spectacle vivant ?**

En droit français, les auteurs sont protégés par le droit d’auteur dont les règles sont fixées par le Code de la propriété intellectuelle. Une atteinte au droit d’auteur peut notamment être constituée lorsque que l’on reproduit tout ou partie d’une œuvre sans l’autorisation de l’auteur ou que l’on modifie la structure d’une œuvre. Toutefois, admettre trop facilement la violation des droits d’auteur revient parfois à brider la liberté d’expression, liberté fondamentale reconnue tant par des textes internationaux<sup>1</sup> que par la déclaration des droits de l’homme et du citoyen<sup>2</sup>.

Depuis quelques années, de nombreuses décisions mettent en balance le droit d’auteur et la liberté de création —corollaire de la liberté d’expression— l’un ne primant pas *de facto* sur l’autre.

Pour la première fois en droit interne français, la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l’architecture et au patrimoine reconnaît la liberté de création. Elle pose la liberté de création comme principe tout en défendant le droit d’auteur.

### **Dans quelle mesure ces deux aspects s’imbriquent ou s’opposent dans le cadre du spectacle vivant ?**

Pour apprécier l’équilibre entre liberté de création et droit d’auteur (II), il est nécessaire d’aborder dans un premier temps la notion de droit d’auteur et ses composantes (I).

---

<sup>1</sup> Article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales.

<sup>2</sup> Article 11 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen.

## Sommaire

Droit d'auteur et liberté de création : quel équilibre trouver pour le spectacle vivant ? .....	3
<b>I. Le droit d'auteur .....</b>	<b>5</b>
A. Notion d'œuvre de l'esprit .....	3
1. Conditions de protection .....	3
a) <i>La formalisation</i> .....	5
b) <i>L'originalité</i> .....	5
2. Appréciation des juges sur l'originalité .....	6
B. Titularité des droits d'auteur .....	6
1. Présomption de la qualité d'auteur.....	6
2. L'importance du choix de l'intitulé des postes.....	6
C. Le contenu des droits d'auteur .....	7
1. Les droits moraux .....	7
a) <i>Le droit de divulgation</i> .....	7
b) <i>Le droit de retrait ou de repentir</i> .....	8
c) <i>Le droit au respect du nom (ou droit de paternité)</i> .....	8
d) <i>Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre</i> .....	8
e) <i>Le droit de synchronisation</i> .....	8
2. Les droits patrimoniaux .....	9
a) <i>Caractéristiques des droits patrimoniaux</i> .....	9
b) <i>Le principe de la rémunération proportionnelle</i> .....	10
c) <i>L'exception de la rémunération forfaitaire</i> .....	10
d) <i>La gestion des droits patrimoniaux</i> .....	10
D. Les exceptions en droit d'auteur.....	11
1. L'exception de la courte citation .....	11
2. L'exception de la parodie/pastiche/caricature .....	12
3. La théorie de l'élément accessoire.....	12
E. Les sanctions du non-respect des droits d'auteur .....	13
En conclusion .....	14
<b>II. La nécessité d'une conciliation du droit d'auteur avec la liberté de création.....</b>	<b>14</b>
A. Le domaine public (dans l'intérêt de la liberté de création).....	15
B. Le rôle des organismes de gestion collective .....	16
C. Le droit moral face à la liberté de création (exemples jurisprudentiels).....	17
D. Le cas des œuvres transformatives et multiformes.....	18
Conclusion .....	20

# I. Le droit d'auteur

## A. Notion d'œuvre de l'esprit

Le droit d'auteur protège les œuvres de l'esprit. Pour autant, la loi ne définit pas ce qu'est une œuvre de l'esprit. C'est la jurisprudence qui a dégagé deux conditions pour qu'une création soit qualifiée d'œuvre de l'esprit : il faut être en présence d'une création de forme originale.

### 1. Conditions de protection

#### a) *La formalisation*

Pour être protégeable, l'œuvre doit en premier lieu être formalisée, matérialisée, c'est-à-dire être perceptible par les sens. En conséquence, les idées ne sont pas protégeables par le droit d'auteur. Toute la difficulté consiste alors à déterminer si l'auteur auquel on reproche une contrefaçon s'est seulement inspiré d'une idée ou s'il a emprunté à un autre auteur une partie de sa création.

#### b) *L'originalité*

L'œuvre doit également être originale pour être protégeable. Ce sont les juges qui sont venus poser les caractéristiques de cette notion d'originalité. La création doit porter l'empreinte de la personnalité de son auteur.

Selon une définition plus moderne et pragmatique de la jurisprudence, il s'agit de démontrer les choix arbitraires et personnels de l'auteur : celui-ci a-t-il simplement reproduit des choix préexistants, ou ces choix ont-ils été dictés par des impératifs techniques ?

La notion d'originalité n'est liée ni à la notion de nouveauté, ni à la notoriété de l'auteur. Par exemple, les juges ont refusé de reconnaître la qualité d'œuvre de l'esprit à un morceau de papier sur lequel Michel Houellebecq avait inscrit « *je suis innocent* » qui avait été publié par un journal.

L'originalité est une notion de droit que seul un juge peut apprécier. Par exemple, lorsqu'il est fait appel à un expert judiciaire, ce dernier ne pourra pas se prononcer sur l'originalité de l'œuvre. Il pourra cependant fournir des éléments permettant au juge de se prononcer.

L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». Il n'y a donc aucune formalité (comme le dépôt) à

effectuer pour qu'une œuvre soit protégée. De même, le mérite d'une œuvre, sa forme, son genre, sont des éléments indifférents. Il faut simplement que l'originalité soit démontrée.

## **2. Appréciation des juges sur l'originalité**

Laurence Lehmann, conseillère à la Cour d'appel de Paris, remarque qu'il y a très peu d'affaires relatives au spectacle vivant portées devant le juge, et ceci pour deux raisons :

- il y a généralement peu de contestation sur le caractère d'œuvre d'un spectacle. Les questions portent davantage sur l'identité de l'auteur ;
- un procès a un coût non négligeable pour des enjeux qui ne sont pas nécessairement majeurs.

Dans le spectacle vivant, les affaires portées devant le juge concernent pour l'essentiel les conflits entre co-auteurs (qui a pris le plus la plume ? Est-ce une œuvre de collaboration ?).

Pour Alain Girardet, conseiller à la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation, « *si le droit d'auteur est parfois trop critiqué pour son emprise, c'est peut-être parce que trop d'œuvres prétendent à sa protection* ».

## **B. Titularité des droits d'auteur**

### **1. Présomption de la qualité d'auteur**

Le titulaire des droits d'auteur est celui qui a créé l'œuvre. L'article L. 113-1 du CPI dispose que « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Par conséquent, la présomption joue au profit de tous les auteurs dont le nom a été porté à la connaissance du public. Toutefois, cette présomption légale est une présomption simple pouvant être renversée par toute preuve contraire.

### **2. L'importance du choix de l'intitulé des postes**

L'intitulé du poste sur un contrat de travail ou encore les mentions figurants sur les documents de communication (affiche, feuille de salle, dossier de spectacle) sont des éléments qui peuvent renforcer la présomption légale de la qualité d'auteur.

A titre d'exemple, les mentions « réalisateur audiovisuel » ou « créateur lumière » peuvent renforcer cette présomption dans la mesure où les termes de « réalisateur » ou « créateur » sont des indices supplémentaires pour prouver la qualité d'auteur.

Maître Bruno Anatrella souligne que les conséquences de l'intitulé des postes ne sont pas sans importance par rapport au droit moral de l'auteur : « *Si vous attribuez la qualité d'auteur à un contributeur pour un spectacle, il est de facto titulaire d'un droit moral, ce qui signifie qu'il sera plus difficile d'apporter des modifications sur sa création sans accord préalable, sous peine de vous exposer à des risques judiciaires.* »

Selon Fred Gaudin, directeur juridique de Tôt ou tard, Lili Louise musique et Zouave, « *le producteur doit analyser l'originalité pour déterminer dans quel type de contrat s'inscrit sa collaboration avec les personnes qui contribuent à créer le spectacle* ».

De son point de vue, « *il est parfois nécessaire de requalifier l'auteur en exécutant technique afin d'éviter la conclusion systématique de contrats de cession de droits d'auteur avec tous les contributeurs d'un spectacle, et ce afin d'éviter une banalisation de la qualité d'auteur à des personnes qui ne revendiquent parfois pas cette qualité* ».

## **C. Le contenu des droits d'auteur**

### **1. Les droits moraux**

Les droits moraux sont incessibles, inaliénables, et imprescriptibles. Ils sont aussi transmissibles aux héritiers, soit par décès, soit par testament. Enfin, ils sont perpétuels, c'est la raison pour laquelle en droit d'auteur, l'expression « libre de droits » n'a pas de sens car une œuvre de l'esprit implique toujours des droits moraux, même lorsque l'œuvre est tombée dans le domaine public.

Le caractère perpétuel est parfois complexe à gérer par rapport à deux types de risques : le risque juridique et le risque judiciaire. La notion de risque juridique est liée à la conformité ou non à la règle de droit. La notion de risque judiciaire est liée à la possibilité d'une action en justice lorsque la non-conformité est avérée. Par exemple, lorsqu'une œuvre est ancienne, il est difficile de trouver les ayants-droits, ce qui explique que le risque judiciaire s'amenuise et que les contentieux se font rares par rapport au droit moral.

Il existe quatre droits moraux :

#### **a) Le droit de divulgation**

Le droit de divulgation implique que seul l'auteur peut autoriser ou interdire la première rencontre de son œuvre avec le public.

### ***b) Le droit de retrait ou de repentir***

Le droit de retrait ou de repentir est le pendant du droit de divulgation. Il est rarement mis en œuvre et peu sollicité en pratique. Pour retirer l'autorisation d'exploiter une œuvre alors qu'elle avait été consentie, trois conditions sont requises :

- justifier d'intérêts moraux et les motiver ;
- indemniser le dernier exploitant du manque à gagner ;
- respecter un droit de préférence au dernier exploitant pour remettre l'œuvre en exploitation.

### ***c) Le droit au respect du nom (ou droit de paternité)***

Le droit au respect du nom permet à l'auteur de révéler ou de ne pas révéler son nom au public. A chaque utilisation d'une œuvre, il faut créditer tous les auteurs qui ont contribué à la création (par exemple sur la feuille de salle).

### ***d) Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre***

Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre interdit toute altération, tant sur la forme que sur l'esprit, qui pourrait dénaturer l'œuvre.

Selon Maître Bruno Anatrella, le droit au respect du nom et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre sont des droits pour lesquels on peut convenir de modalités spécifiques au sein de contrats (comme la possibilité d'adapter l'œuvre ou de mentionner l'auteur sur les documents de communication d'une certaine manière), notamment en expliquant le projet artistique et la volonté de l'auteur.

### ***e) Le droit de synchronisation***

Le droit de synchronisation n'est pas considéré par la loi comme une composante du droit moral. Il n'est pas non plus défini dans le CPI. Pour autant, certains professionnels, plus particulièrement du secteur de la musique, considèrent que le fait de synchroniser une œuvre à une autre œuvre, alors qu'elle n'y était pas initialement destinée (par exemple la synchronisation d'une musique sur une publicité ou sur un spectacle) relève du droit de synchronisation et nécessite une rémunération supplémentaire à celle qui est prévue au titre de la cession du droit de reproduction.

Ce droit est considéré par certains comme une branche du droit moral de l'auteur et pour d'autres comme une branche du droit patrimonial.

La SACEM analyse le droit de synchronisation comme une branche du droit de reproduction mécanique et considère que ce droit est apporté par les auteurs en gestion collective. Par conséquent, la SACEM serait compétente pour autoriser la sonorisation d'un spectacle.

En revanche, il est rappelé que l'autorisation donnée par la SACEM a un caractère automatique et ne couvre que les droits patrimoniaux et non les droits moraux. L'autorisation de la SACEM est donc sans effet si l'œuvre est déformée, fragmentée, remixée.

## 2. Les droits patrimoniaux

L'auteur a un droit exclusif pour exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un droit pécuniaire pendant toute sa vie, et au profit de ses ayants-droit, pendant 70 ans après son décès.

### a) *Caractéristiques des droits patrimoniaux*

#### - **Droits limités**

A l'inverse des droits moraux qui sont perpétuels, les droits patrimoniaux sont limités dans le temps. C'est ainsi que le domaine public n'arrive que 70 ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier suivant le décès de l'auteur (autrement dit, 70 ans *post mortem*). Lorsque l'œuvre appartient au domaine public, il n'y a en principe plus d'autorisation nécessaire à demander ni de paiement à effectuer.

#### - **Droits cessibles**

Les droits patrimoniaux peuvent être cédés. Le droit d'auteur étant très protecteur de l'auteur, une cession de droits d'auteur ne peut se réaliser par un simple accord verbal. Cet accord doit être formalisé dans un contrat écrit. A défaut, il n'est pas opposable.

L'article L. 131-3 du CPI pose quatre limites à la cession de droits d'auteur :

- **la durée** ne peut pas être indéterminée ou sans limitation ;
- **le territoire** doit être délimité. A ce titre, Maître Bruno Anatrella précise qu'une cession « dans le monde entier » ou « en tous pays » est possible.
- **les droits cédés** doivent-être énumérés. A titre d'exemple, il n'est pas conseillé de mentionner au sein d'une clause seulement la formulation suivante : « par tous moyens ou sur tous supports existants ou à venir ». L'adverbe « notamment » a une portée limitée, rappelle Maître Bruno Anatrella. En effet, les cessions de droit d'auteur sont d'interprétation restrictive. Il convient donc d'énumérer tous les supports et moyens d'exploitation du spectacle envisagés. Selon Maître Bruno Anatrella, même si les réseaux sociaux sont sur Internet, il est conseillé d'indiquer explicitement dans la clause de cession de droits que la

diffusion est autorisée sur Internet, y compris les réseaux sociaux, étant donné les modalités particulières de « partage » sur ces réseaux.

- **La destination** : à quelle(s) fin(s) cette œuvre est-elle exploitée ? Les exploitations peuvent être diverses : commerciales, non commerciales, promotionnelles, à titre de communication interne ou externe. Maître Bruno Anatrella estime qu'une clause doit être conforme à ces règles, mais également « psychologiquement acceptable » afin que l'auteur la comprenne.

### **b) Le principe de la rémunération proportionnelle**

Par principe, la rémunération de l'auteur est proportionnelle à l'exploitation de l'œuvre. La loi ne fixe pas de taux de rémunération. Pour le spectacle vivant, la SACD a fixé un taux de perception de 10,5% en région et de 12% à Paris sur les recettes de billetterie hors taxe ou sur le prix de cession du spectacle.

### **c) L'exception de la rémunération forfaitaire**

Par exception, la rémunération de l'auteur peut être forfaitaire dans certains cas énumérés à l'article L. 131-2 du CPI. Il est possible d'avoir recours à la rémunération forfaitaire lorsque la rémunération proportionnelle est difficile ou trop coûteuse à mettre en place.

Lorsque l'œuvre est accessoire dans un spectacle global (exemple : un fauteuil Le Corbusier utilisé en fond de scène d'une chorégraphie), il peut être difficile d'estimer la rémunération. Le choix se portera alors sur un forfait. Cet argument de l'accessoire se pratique beaucoup mais il peut être mal vécu par l'auteur.

Pour Fred Gaudin, il est nécessaire de prendre en compte l'économie générale du projet, les droits d'auteurs pouvant représenter des sommes importantes.

Avec un décorateur, un créateur lumière, la rémunération forfaitaire peut se justifier. Une tournée peut représenter des sommes considérables. Il précise : « *Si cette tournée a beaucoup de succès, avec des « jauges club » (du type de l'Alhambra), vous négociez un montant forfaitaire. Si la première partie de la tournée est un succès, vous pouvez passer en mode Zénith. L'idée est de prévoir différents seuils d'exploitation dans votre contrat de cession. C'est donc une rémunération au forfait, qui tient compte en même temps de la nature de la tournée ; nous parlons alors de forfaitiser une rémunération proportionnelle.* ».

### **d) La gestion des droits patrimoniaux**

Les droits patrimoniaux peuvent être gérés individuellement (l'auteur conserve la gestion de ses droits) ou collectivement. En effet, l'auteur a la faculté d'apporter ses droits en gestion

auprès d'un organisme de gestion collective (OGC) comme la SACD ou la SACEM pour en faciliter la gestion. En adhérant à un OGC, l'auteur adhère à ses statuts et son règlement. Dans ce cas, l'auteur a l'obligation de déclarer les œuvres qui entrent dans le répertoire de la Société concernée. Par ailleurs, en adhérant, il ne peut plus céder ses droits à titre gracieux, sauf cas exceptionnel. Pour mémoire, chaque OGC a un répertoire propre ainsi que des statuts et règlements.

La SACD gère les œuvres du répertoire dramatique au sens large (théâtre, opéra, cirque, musique de scène etc.) et audiovisuel de fiction (cinéma et télévision).

La SACEM s'occupe des œuvres musicales mais également des poèmes, des sketches et des clips vidéo.

Très souvent ces répertoires sont complétés par des répertoires de sociétés de gestion collective étrangères, en fonction d'accord dits de réciprocité. Les répertoires respectifs de la SACD et de la SACEM sont disponibles sur leurs sites internet.

Attention, la SACD doit demander aux auteurs leur autorisation lorsqu'un producteur de spectacles souhaite exploiter leurs œuvres, puisque les auteurs apportent leurs droits en gestion, mais sans les céder. Au contraire, à la SACEM le principe est celui de la cession des droits patrimoniaux, cette dernière a donc mandat pour autoriser l'exploitation d'une œuvre.

Il est également possible de constituer une structure juridique pour « gérer » collectivement les droits d'auteur, sans le statut d'OGC qui requiert l'accord du ministère. C'est le cas de l'Arche, mais aussi de l'Amicale de production dont Antoine Defoort est cofondateur. Ces derniers ont des statuts plus souples (la cession des droits d'auteur à titre gracieux est possible).

Antoine Defoort explique qu'il a décidé de ne pas passer par la SACD et de gérer lui-même les droits d'auteur : *« Je ne remets pas en cause les bienfaits des sociétés de gestion collective, qui offrent des services non négligeables. Gérer les droits soi-même n'offre pas la même palette d'avantages aux auteurs (...). Mais le fait de gérer nous-mêmes est, en tout état de cause, très lié à la nature des objets que nous développons, qui sont suffisamment étranges pour être peu susceptibles de contrefaçon ».*

## **D. Les exceptions en droit d'auteur**

### **1. L'exception de la courte citation**

L'article L. 122-5 du CPI dispose que *« lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut*

*interdire* [notamment] *les courtes citations* », sans qu'il ne soit fait référence à un quelconque minutage. Il est nécessaire que la citation s'incorpore à une œuvre, et qu'elle soit brève. Cette brièveté s'apprécie tant par rapport à l'œuvre citée que par rapport à l'œuvre dans laquelle elle est incorporée.

Maître Bruno Anatrella explique : « *prenons un haïku de trois vers dont vous en citez deux dans un spectacle ; la citation ne sera fort probablement pas considérée comme brève, dans la mesure où vous citez plus de 50 % du poème. De même, si vous citez dix lignes d'un ouvrage de 120 pages dans un poème de vingt lignes, cela risque fortement de ne pas être considéré non plus comme une courte citation, puisqu'elle compose 50% du poème* ».

Par ailleurs, cette citation doit être justifiée par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information, de l'œuvre à laquelle elle est incorporée. Pour rappel, il est nécessaire que soit indiqué le nom de l'auteur et la source.

## 2. L'exception de la parodie/pastiche/caricature

L'auteur ne peut pas non plus interdire « *la parodie, le pastiche ou la caricature de son oeuvre* », à condition d'être réalisé dans l'intention de faire rire sans intention de nuire et sous réserve d'éviter tout risque de confusion entre l'œuvre et sa parodie. Bien que la première condition semble, aujourd'hui, moins requise par les juges, l'appréciation de cette exception est extrêmement subjective et délicate à trancher, souligne Maître Bruno Anatrella.

Par ailleurs, comme le rappelle Laurence Lehmann, l'œuvre parodiée doit être clairement identifiable : « *Jeff Koons a été considéré comme contrefacteur en reprenant une photo d'auteur de deux enfants nus. La photo existait depuis une cinquantaine d'années. Jeff Koons se défendait en pointant que sa sculpture était une parodie de la photo. Cet argument n'a pas été retenu car personne ne connaît cette œuvre ni cet auteur, on ne peut donc pas la reconnaître en voyant l'œuvre de Jeff Koons. D'autre part Jeff Koons n'avait pas besoin de la photo de cet auteur pour réaliser sa sculpture et pouvait prendre n'importe quelle photo de n'importe quels enfants, et sa sculpture n'a rien de parodique* »<sup>3</sup>.

## 3. La théorie de l'élément accessoire

La théorie de l'élément accessoire ne figure pas à l'article L. 122-5 du CPI. Il s'agit d'une exception purement jurisprudentielle en ce qu'elle a été élaborée par les juges. Selon cette théorie, lorsqu'une œuvre apparaît de manière subreptice, et n'est pas l'objet de la scène, le droit d'auteur est écarté.

---

<sup>3</sup> TGI Paris 3e ch. 4e sect. 9 mars 2007

Dans une affaire soumise au juge, des cartes postales de la place des terreaux à Lyon, restaurée par Buren, avaient été reproduites sans son accord. Le juge a considéré que certes il s'agissait d'une œuvre, mais que celle-ci était reproduite de manière accessoire sur le visuel global, de sorte que le droit d'auteur n'était pas opposable<sup>4</sup>.

L'affaire liée au documentaire Être et avoir illustre également la théorie de l'élément accessoire. Dans ce documentaire, des cartes de géographie et une méthode de lecture apparaissent à plusieurs reprises à l'écran. Les auteurs des cartes et de la méthode saisissent le tribunal afin de faire reconnaître une atteinte aux droits d'auteur. Au terme de nombreuses procédures, la Cour de cassation a confirmé que ces objets n'étaient que balayés par la caméra, vus de manière fugitive et en arrière-plan par rapport au maître et aux élèves, qui étaient les principaux objets de ce documentaire de sorte qu'ils étaient bien accessoires dans l'œuvre principale<sup>5</sup>.

Dans le spectacle vivant, l'élément accessoire ne doit donc pas être mis en scène. Par ailleurs, l'utilisation commerciale ou non a une importance. Le juge sera plus sévère dans le cas d'une utilisation commerciale que dans le cas d'une utilisation non commerciale.

## **E. Les sanctions du non-respect des droits d'auteur**

La copie d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, peut à la fois donner lieu à une action pénale et à une action civile en vue d'obtenir des dommages et intérêts, une interdiction d'utilisation ou de réalisation d'un spectacle vivant, ce qui en pratique est extrêmement rare.

Laurence Lehmann, conseillère auprès de la Cour d'appel de Paris, précise qu'en matière civile de contrefaçon, la bonne foi est un élément totalement indifférent : « *Quand vous copiez une œuvre protégée sans l'autorisation de l'auteur, vous êtes contrefacteur, que vous en soyez ou non conscient, que vous vouliez ou non le faire (...). En matière civile, on condamne souvent à des dommages et intérêts en sachant pertinemment que la personne n'avait pas volonté de nuire* ».

Pour demander réparation, il est également possible d'agir au titre du parasitisme qui se distingue de la contrefaçon. Dans ce cas, il faut caractériser une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

---

4 Civ. 1re, 15 mars 2005, n°03-14820

5 Civ. 1re, 12 mai 2011, n°08-20651

## En conclusion

La France a une conception du droit moral de l'auteur très personnaliste et sacralise l'auteur en tant qu'individu.

Plusieurs jurisprudences témoignent de cette conception protectionniste de l'auteur en faisant primer le droit d'auteur sur la liberté d'expression.

A titre d'exemples :

Le Tribunal a condamné une compagnie et un metteur en scène pour avoir monté En attendant Godot de Samuel Beckett avec une distribution exclusivement féminine alors même que Samuel Beckett n'avait prévu que des rôles masculins pour cette pièce<sup>6</sup>.

La chanson On va s'aimer, de Gilbert Montagné et de Didier Barbelivien est devenue On va fluncher dans une publicité pour Flunch. Quand bien même les droits patrimoniaux étaient respectés et les auteurs payés, la Cour de cassation a considéré qu'il y avait eu atteinte au droit moral, ces changements n'ayant pas fait l'objet d'une autorisation préalable et spéciale de la part des auteurs<sup>7</sup>.

Cette conception très protectionniste du droit d'auteur est parfois critiquée.

Malgré les diverses exceptions au droit d'auteur, certains auteurs considèrent le droit d'auteur comme un frein à la liberté de création.

## II. La nécessité d'une conciliation du droit d'auteur avec la liberté de création

Le droit d'auteur ne prévaut pas systématiquement sur la liberté de création artistique. Des décisions de justice ont été rendues en ce sens.

En effet, le juge est de façon croissante poussé vers deux exigences contradictoires :

- le droit d'auteur doit être protégé ;
- mais il ne doit pas freiner la création.

La loi du 7 juillet 2016<sup>8</sup> relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine précise dans son article 2 que « *la diffusion de la création artistique est libre. Elle s'exerce*

---

6 TGI Paris, 15 oct. 1992

7 Civ. 1re, 28 janv. 2003, n°00-20014

8 LOI n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine

*dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression et conformément à la première partie du code de la propriété intellectuelle.», c'est-à-dire au droit d'auteur et aux droits voisins.*

Une difficulté se présente donc : liberté de création *versus* droit d'auteur. Il convient de rappeler que la liberté d'expression est le principe, mais que ses abus sont sanctionnés, y compris dans le cadre du spectacle vivant.

L'idée étant de trouver un équilibre entre le droit d'auteur et la liberté de création artistique, la Cour de cassation affirme qu'il faut une approche concrète de l'équilibre. Son appréciation s'effectue à partir de critères mais actuellement ces critères ne sont pas simples à établir.

### **A. Le domaine public (dans l'intérêt de la liberté de création)**

Pour Alexis Kaufmann, cofondateur du 1<sup>er</sup> festival du domaine public, l'œuvre ne « tombe » pas dans le domaine public, elle y « entre ». Entrer dans le domaine public signifie que cela ne donne plus lieu à l'exploitation exclusive des droits patrimoniaux. Les droits moraux qui sont perpétuels demeurent bien que, comme le remarque Alain Girardet, « *le droit moral s'estompe avec le temps* ».

L'essor d'Internet a permis de nombreuses modifications du processus créatif. L'entrée des auteurs dans le domaine public favorise la liberté de création et contribue à la création d'œuvres dites transformatives.

Il n'existe pas de base de données sur les œuvres « élevées » dans le domaine public. Le site « Romaine Lubrique »<sup>9</sup> co-créé par Alexis Kaufmann est un site consacré au domaine public qui donne de nombreuses informations à ce sujet.

Alexis Kaufmann évoque également ce qu'il nomme « le domaine public volontaire », qui réserve certains droits aux utilisateurs, en adéquation avec internet, notamment l'échange ou la circulation avec ou sans modification, à caractère commercial ou non. C'est un assouplissement considérable du régime du droit d'auteur. C'est le principe des licences libres, telles que les Creative Commons.

Selon Valérie-Laure Bénabou, il est souhaitable de tirer du profit du domaine public. Sur ce sujet, il manque une réflexion en droit français, avec la reconnaissance d'un domaine public opposable, d'un droit sur la mise en œuvre et le statut du domaine public.

Avec la licence contractuelle (comme les Creative Commons), l'idée est d'autoriser les auteurs à sortir de la rhétorique de l'autorisation préalable, en stipulant que les licences

---

<sup>9</sup> romainelubrique.org

libres sont un moyen d'information et peuvent être utilisées selon certaines conditions.

De manière paradoxale, la SACD fait payer des droits d'auteur pour l'utilisation d'œuvres issues du domaine public lorsqu'elles sont adaptées ou traduites. La SACD prélève ainsi sur les droits versés à l'auteur, un pourcentage qui sert à financer les services sociaux et culturels qui reviennent à la communauté des auteurs. Les déductions varient en fonction des répertoires, ainsi que de l'ampleur de l'emprunt effectué sur l'œuvre entrée dans le domaine public.

On distingue trois cas de figure pour l'utilisation d'œuvres issues du répertoire du spectacle vivant :

- 1. L'adaptation de genre à genre** – par exemple, une nouvelle pièce créée à partir d'une pièce de théâtre entrée dans le domaine public. La nouvelle pièce est une œuvre, mais, comme elle a été empruntée au domaine public existant, 30% des droits d'auteur sont déduits des droits perçus au titre de la nouvelle œuvre ;
- 2. La traduction** – une œuvre étrangère entrée dans le domaine public est traduite en français. La déduction est de 20% ;
- 3. Le changement de genre ou de destination** – une pièce de théâtre est créée à partir d'un roman appartenant au domaine public. La déduction est de 10%.

En cas d'emprunt partiel, c'est-à-dire d'un extrait non modifié d'une œuvre du domaine public, la retenue s'applique sur l'élément repris, au prorata, avec un plafond maximal de 65%.

Corinne Klomp, autrice et 1<sup>ère</sup> vice-présidente de la SACD, précise que ces déductions servent principalement à financer des services sociaux liés aux retraites complémentaires des auteurs.

Elle indique : « *Je suis assez réceptive à l'idée du bien commun dont tous doivent profiter gratuitement, mais la question reste en suspens : de quoi vivent les auteurs-trices ? (...)* N'oubliez pas, également, que les auteurs-trices n'ont pas d'assurance chômage. Ce qui pose une vraie question de vie / survie au quotidien ».

## **B. Le rôle des organismes de gestion collective**

Le droit moral étant incessible, il appartient aux auteurs qui se sentent lésés de faire jouer ce droit, sans que la SACD ou la SACEM le leur enjoignent. Les organismes de gestion collective ne sont jamais amenés à effectuer un quelconque arbitrage entre liberté de création et droit moral.

En revanche, la SACD peut donner des conseils à ses membres s'ils souhaitent faire prévaloir leur droit moral. Par ailleurs, un médiateur de la SACD peut intervenir en cas de litige entre des auteurs.

Corinne Klomp autrice théâtre, radio, scénariste – 1<sup>ère</sup> vice-présidente de la SACD insiste sur la totale neutralité de la SACD à cet égard : « *Face à ces conflits entre auteurs-trices, membres ou non de la SACD, nous n'avons pas à nous prononcer sur les torts et les raisons des un-e-s et des autres. Le-la médiateur-trice est nommé-e par le conseil d'administration de la SACD (ce n'est pas un membre de ce conseil d'administration). S'il le juge utile, il peut s'entourer d'experts et de juristes. L'objectif de cette médiation est de parvenir à un accord, à une sortie de crise favorable aux deux parties, sans passer par le tribunal.* »

### C. Le droit moral face à la liberté de création (exemples jurisprudentiels)

Pour la première fois en 2007, la Cour de cassation a argué de la liberté d'expression pour restreindre l'exercice du droit moral de l'auteur<sup>10</sup>. Il s'agissait d'une suite donnée aux Misérables de Victor Hugo. La Cour de cassation a jugé que « *la suite d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation ; que sous réserve du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié* ». Par conséquent, l'œuvre n'était pas dénaturée, même si Victor Hugo n'avait pas envisagé de suite. Sous réserve du droit au nom et de l'intégrité de l'œuvre première, il est possible de faire une suite, annoncée comme telle et inspirée des personnages de Victor Hugo, sans risquer d'être condamné pour contrefaçon au titre du droit moral. Ainsi, au nom de la liberté de création, le droit moral devrait s'incliner devant toute suite d'une œuvre se voulant finie.

Dans le même sens, dans le film de David Cronenberg, Map of the Stars, figure un découpage du poème d'Éluard, Liberté, qui marque la progression du film. La famille de Paul Éluard a considéré que cela constituait une dénaturation de l'œuvre. Néanmoins, il n'a pas été fait droit à cette demande. La seule demande retenue est une erreur de traduction : les vers n'étaient pas exactement les bons<sup>11</sup>.

Plus récemment, à propos de l'opéra Dialogue des Carmélites – la fin de l'œuvre adaptée par un metteur en scène avait remplacé l'exécution finale des carmélites par une libération. Le tribunal avait considéré que le droit moral n'était pas violé dans la mesure où les dialogues et la musique n'étaient pas modifiés – seule la mise en scène mettait différemment les éléments en jeu, et cela faisait partie de la liberté de création.

---

<sup>10</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janv. 2007, n° 04-15543

<sup>11</sup> TGI Paris, 25 fév. 2016, n° 14-16003

La Cour d'appel a considéré le contraire tout en constatant, dans son arrêt, que les dialogues, la musique et les chants religieux n'étaient pas altérés. La Cour de cassation a finalement décidé que la Cour d'appel, à partir de ce constat, ne pouvait pas affirmer que l'œuvre était dénaturée et qu'elle devait rechercher un juste équilibre entre la liberté de création du metteur en scène et la protection du droit moral du compositeur et de l'auteur du livret.

En effet, le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CESDH) dispose que l'exercice de la liberté d'expression « *peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.* »

La 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation considère ainsi, en application de cet article de la CESDH, qu'en ordonnant l'interdiction de la publication et de la diffusion du vidéogramme litigieux sans procéder à la « *recherche d'un juste équilibre* » entre la liberté d'expression du metteur en scène et les droits moraux des auteurs Bernanos et Poulenc, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale<sup>12</sup>.

#### **D. Le cas des œuvres transformatives et multifformes**

Pour Antoine Zebra, musicien DJ, « *le principe de re-création fait partie de la culture populaire depuis la nuit des temps et surtout depuis que la culture est industrialisée* ». C'est ce qu'on appelle dans le domaine musical le bootleg, ou encore le mash-up, c'est-à-dire une œuvre créée à partir de morceaux d'autres œuvres musicales, parfois sans autorisation.

Antoine Zebra remarque que « *la plupart des acteurs de cette méthode ne s'interrogent pas du tout sur sa légitimité ou sa légalité. Ils n'ont jamais été confrontés à un avocat ou à un juge* ». Il indique « *En ce qui me concerne, j'ai reçu très peu de plaintes* ». C'est généralement lorsque le produit est proposé à la commercialisation que la question se pose.

Antoine Zebra a été auditionné par le ministère de la Culture à propos des œuvres transformatives.

Le rapport Lescure<sup>13</sup> posait la question de l'introduction, dans le droit d'auteur français, d'une nouvelle exception au droit d'auteur pour les œuvres transformatives telles que les

---

<sup>12</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, n°15-28467

<sup>13</sup> 2013

mash-up et le remix. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) s'est vu confier la mission d'y réfléchir, notamment au regard d'une exception récemment introduite dans la loi canadienne créant une dérogation au droit exclusif de l'auteur pour les œuvres transformatives. De même, aux Etats-Unis, des décisions ont été rendues sur la base du *fair use* (système d'exception au copyright américain) afin d'élargir cette exception en cas d'usage transformatif (*transformative use*).

« *Cet usage n'est pas équivalent à l'œuvre transformative : on peut avoir un usage transformatif d'une œuvre sans la transformer elle-même. En l'occurrence, les snipettes, petites photos figurant dans Google image, ont été considérées comme usage transformatif dans la mesure où l'œuvre est utilisée dans le cadre d'un moteur de recherche, sans être spécifiquement transformée (juste réduite à une taille de vignette)* », précise Valérie-Laure Bénabou.

Sous le terme et le thème des œuvres transformatives, deux problématiques différentes ont été mises en évidence :

1. le réemploi d'une œuvre qui est favorisé par l'essor d'Internet et du numérique ;
2. la possibilité de remixer des œuvres par les non professionnels ;

Valérie-Laure Bénabou, professeure à l'Université et auteure du rapport de la mission du CSPLA sur les œuvres transformatives s'interroge ainsi : « *comment aider les amateurs, ou ceux qui ne font pas partie de circuits professionnels classiques, à diffuser des remix sans être inquiétés par le droit d'auteur, par les ayants-droit ? Cela pose d'énormes problèmes, car aujourd'hui, les intermédiaires de diffusion (Youtube, Amazon, etc.) ne se considèrent pas comme débiteurs du droit d'auteur. En effet, ils revendiquent la qualité d'hébergeurs de contenus postés par des individus ou des entités.* »

Depuis plusieurs années, différentes œuvres protéiformes voient le jour, notamment dans le secteur du spectacle vivant (cf. celles des vidéastes ou de Mourad Merzouki, une chorégraphie hip hop dont le décor est numérique).

Mais le droit d'auteur est-il armé face à ces nouvelles créations ? La gestion collective s'adapte-elle aux nouvelles œuvres protéiformes ? Le bulletin SACD est-il adapté dans la mesure où il n'inclut pas certaines formes d'œuvres ou certains auteurs comme le vidéaste ?

Pour Corinne Klomp, la SACD reconnaît toutes les catégories d'auteurs, et parmi eux les vidéastes. Mais elle ne peut pas accueillir tous les auteurs. « *Aujourd'hui, dans le spectacle vivant, nous faisons face à un « gâteau » de droits d'auteur qui ne grossit pas (...) Les producteurs et les diffuseurs ne sont pas prêts à payer plus de 12% de droits d'auteur, tout confondu. Plus on fait entrer de catégories d'auteurs au sein de la SACD, plus la part de chaque auteur rétrécit* ».

## Conclusion

La liberté d'expression est la pierre angulaire de toute société démocratique. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté d'expression — et *a fortiori* de création — est l'une des conditions primordiales du progrès de toute société démocratique et de l'épanouissement de chacun. Mais cette liberté d'expression n'est pas absolue.

Depuis quelques années, face à une conception très protectionniste du droit d'auteur, on assiste à une mise en balance des droits entre liberté de création et droit d'auteur.

En ce sens, la Cour de cassation a précisé que le conflit entre le droit d'auteur et la liberté de création doit se résoudre par la recherche « d'un juste équilibre ». Par conséquent, le droit d'auteur et la liberté de création sont dorénavant considérés sur le même plan. Cette appréciation du juste équilibre reste toutefois souveraine et aucun élément concret ne permet à ce jour de déterminer quels sont les éléments permettant d'établir ce juste équilibre. La liberté d'expression ne peut pas non plus devenir un moyen de défense systématique à une action en contrefaçon, au risque de fragiliser le droit d'auteur. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation exige une motivation concrète sur la recherche d'un juste équilibre entre les deux droits fondamentaux contradictoires.