

PRÉFACE

Près de trente années se sont maintenant écoulées depuis qu'Alain Strowel a publié sa thèse de doctorat sur le thème *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences – Étude de droit comparé*⁽¹⁾. En son cœur, on y trouvait l'idée que l'opposition prétendue entre droit d'auteur à la française et *copyright* à l'américaine tient bien souvent de la caricature et qu'une véritable analyse de droit comparé ne peut se contenter de décliner les divergences certaines entre les deux droits et leurs contextes. Elle se doit aussi de révéler les nombreuses convergences, tout aussi évidentes, quoi qu'on en dise alors. La démonstration était magistrale, à tel point qu'elle fait encore aujourd'hui autorité⁽²⁾.

Lorsqu'Alain publie son opus, les années 1990 battent à la mesure de la propriété intellectuelle et singulièrement du droit d'auteur, d'un côté comme de l'autre de l'Atlantique. Précédée d'une anacrouse avec l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne quelques années plus tôt, c'est à un rythme effréné que la décennie voit l'adoption de textes fondateurs en droit international⁽³⁾, des premières directives européennes en la matière⁽⁴⁾, ou encore le dépoussiérage de la loi belge sur le droit d'auteur⁽⁵⁾, vieille de plus d'un siècle⁽⁶⁾. Celui qui était alors avocat et Professeur à l'Université Saint-Louis de Bruxelles (où il dispense encore aujourd'hui son enseignement, tout en étant professeur à l'UCLouvain) se trouvait donc au cœur de l'action. Et, loin de se contenter d'écouter, il se joignait au concert, notamment en contribuant activement à l'élaboration du « nouveau droit d'auteur » belge⁽⁷⁾.

(1) Bruxelles-Bruylant, Paris-LGDJ, 1993, 722 p.

(2) À tel point que l'on nous annonce que l'ouvrage, depuis lors épuisé, serait à nouveau rendu disponible.

(3) Traité sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), signé à Marrakech, le 15 avril 1994 ; Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur, adopté à Genève, le 20 décembre 1996 ; Traité de l'O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adopté à Genève, le 20 décembre 1996.

(4) Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (aujourd'hui directive 2009/24/CE) ; directive 92/100/CEE du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (aujourd'hui directive 2006/115/CE) ; directive 93/83/CEE relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble ; directive 93/98/CEE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (aujourd'hui directive 2006/116/CE).

(5) Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994.

(6) Loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur, *M.B.*, 26 mars 1886, p. 1125.

(7) Voy. p. ex. ses multiples interventions dans le cadre des débats parlementaires, spéc. in Rapport De Clerck sur le projet de loi, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1993-1994, n° 473/33-91/92.

Ainsi débutait la brillante carrière académique et engagée d'Alain Strowel. Son expertise n'aurait de cesse de s'enrichir, à mesure qu'il sillonnerait tout (tous) le(s) pays de droit d'auteur (et *copyright*), tantôt comme penseur, tantôt comme acteur, alliant ainsi le savoir et le faire dans un long parcours de près de trente ans...

Au fil de ces années, Alain a multiplié les écrits, dont une partie se trouve ici actualisée et collationnée. La coprésence de ces écrits au sein d'une même œuvre permet de mieux saisir la pensée féconde d'Alain sur les origines, le présent et l'avenir du droit d'auteur, auquel cet ouvrage est consacré, avec le droit de l'Union européenne comme point focal. Rien d'étonnant lorsque l'on sait qu'il est devenu le centre de gravité de la matière sur le Vieux Continent, à la faveur des interventions du législateur et, peut-être plus encore, de la Cour de justice. Mais les convergences et divergences entre droit d'auteur et *copyright*, premières amours, ne sont jamais loin. Le lecteur identifiera d'ailleurs aisément le chapitre II, intitulé « Droit d'auteur et *copyright* : convergence des droits, régulation différente des contrats ». Et avec un peu d'attention, il remarquera que la comparaison continue d'apparaître en filigrane tout au long de la lecture. C'est que le rapport entre les deux droits révèle des « interactions d'un pôle sur l'autre », lesquelles amènent justement Alain à préférer la conjonction « et », plutôt que « ou », lorsqu'il les évoque (n° 39). Peut-être doit-on même trouver dans ces interactions l'origine de cette préface à quatre mains, sollicitée par Alain, à notre plus grand plaisir.

Ainsi, les réflexions d'Alain seraient empreintes, ci et là, de *copyright*. Quoi de plus évident ? À l'époque, un commentateur avait souligné que sa thèse « donn[ait] au lecteur tous les éléments nécessaires à une réflexion sur l'avenir du droit d'auteur, avenir qu'il est nécessaire d'envisager à travers une approche comparatiste »⁽⁸⁾. L'on ne saurait lui donner tort. D'ailleurs, l'intérêt de la comparaison ne s'impose-t-il pas à plus forte raison lorsque l'on a égard au fait que droit d'auteur et *copyright* sont désormais « confrontés au défi commun posé par l'environnement numérique » (n° 32) ? C'était déjà ce défi commun posé au marché commun qui avait, à la suite des États-Unis, amené à l'adoption de la première directive européenne en la matière, à propos des programmes d'ordinateur. Ce même défi qui a justifié récemment, toujours dans l'Union, l'adoption d'une série de nouvelles réglementations du droit d'auteur « dans le marché unique numérique ». Un terme, « défi », qu'Alain trouvait justement à-propos pour qualifier le rapport au droit d'un géant américain de l'industrie technologique⁽⁹⁾. À mesure que les technologies évoluent, que les entreprises actives à l'échelle globale se multiplient et que leurs services multiterritoriaux se diversifient, la réponse locale apparaît souvent un peu courte. Tout qui entend penser le droit d'auteur à l'ère numérique sera donc bien inspiré de jeter un œil sur la réponse du voisin, singulièrement américain.

Ceci dit, si les deux droits sont soumis à un défi commun, et donc apportent souvent des réponses similaires, il est également vrai que la persistance de différences révèle de véritables clivages entre les systèmes. En se penchant sur la titularité initiale,

(8) F. POLLAUD-DULLIAN, in *R.I.D.C.*, 1994, p. 1218.

(9) A. STROWEL, *Quand Google défie le droit – Plaidoyer pour un internet transparent et de qualité*, Bruxelles, Larcier, 2011.

le droit moral et les contrats d'auteur, Alain démontre que l'objet du *copyright* le plus souvent est le bien commercial de l'œuvre, alors que celui du droit d'auteur est (comme son nom l'indique) la personne du créateur. Non pas que le *copyright* fasse l'abstraction de l'auteur (une telle affirmation relèverait de la caricature et ignorerait l'histoire du *copyright* au XVIII^e siècle), mais que les prérogatives du créateur l'emportent rarement sur le commerce du fruit de son génie.

Une fois de plus, le lecteur trouvera donc sous la plume d'Alain matière à penser le futur du droit d'auteur. Dans l'Union européenne, certes, mais avec tout de même ce léger vent d'Ouest.

Si l'on devait donner au lecteur l'envie de plonger dans cet ouvrage, l'on rappellerait d'abord que les représentants de la doctrine sont peu nombreux à pouvoir se targuer comme Alain d'être des « passeurs de savoir », d'un côté à l'autre de l'Atlantique (mais aussi du Rhin), naviguant entre les droits (de propriété intellectuelle et autres) et les nombreuses disciplines qu'il maîtrise (le droit, la philosophie, l'économie, etc.). Un « passeur de savoir » qui, une fois de plus, s'adresse ici tant à ses pairs et à ses étudiants qu'à ceux qui font les lois et l'industrie, avec toute la pondération d'un professeur renommé, toujours avocat du bon sens.

Ceci tient aussi au fait que, lorsqu'il navigue dans ces eaux parfois troubles et agitées, il sait précisément lire la direction du courant. Il peut ainsi diriger son embarcation vers « une utopie du droit d'auteur *pour le temps présent* » (n° 87), par exemple lorsqu'il propose que l'on revisite à l'ère numérique le test de la contrefaçon à la lumière des origines du droit d'auteur. Ou encore vers une « utopie réaliste » (n° 300), lorsqu'il plaide pour que les droits nationaux laissent demain la place à un droit d'auteur unitaire à l'échelle de l'Union européenne. Le tout suivant une approche « raisonnable » qui encadre sa pensée et qui, aux prises avec son temps, s'inscrit pleinement dans cette recherche du « juste équilibre », que l'on croit déceler dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne depuis *Promusicae*⁽¹⁰⁾.

Alors, si l'on devait revenir sur ces trois thèmes, qu'en dirait-on ? Bien des choses, or c'est au lecteur d'en découvrir le détail et on ne voudrait certainement pas lui gâcher ce plaisir. De ces trois thèmes, choisis parmi tant d'autres, l'on n'en révélera donc ici que quelques bribes, en soulignant encore qu'Alain Strowel est tour à tour penseur, acteur, mais surtout les deux à la fois.

Revenons d'abord sur son approche « raisonnable », qui illustre à merveille le penseur. La recherche d'« équilibre » est en effet omniprésente. Le chapitre VIII, intitulé « Équilibrer liberté d'expression et droit d'auteur : entre libertés de création et d'accès », lui est d'ailleurs spécialement dédié. D'emblée, on relèvera que, sur ce point encore, chez Alain, le *copyright* est sous-jacent. En témoigne sa conclusion dudit chapitre où il rapproche finalement son point de vue de celui de la Cour

(10) C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54. Voy. à ce propos J. CABAY et M. LAMBRECHT, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux : la Cour de justice à la recherche d'un "juste équilibre" en droit d'auteur », in J. CABAY et A. STROWEL (coord.), *Les droits intellectuels, entre autres droits : intersections, interactions et interrogations*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 181-242.

suprême des États-Unis sur la capacité interne au droit d'auteur d'infléchissement en faveur de la liberté d'expression⁽¹¹⁾ (n° 182). En effet, il ne s'agit pas d'opposer droit d'auteur et liberté d'expression, mais de reconnaître que les principes généraux du droit d'auteur (ainsi que quelques interventions législatives) intègrent déjà les aménagements qui permettent aux tiers créateurs de s'exprimer à partir des œuvres d'autrui. Mais pas trop : le droit exclusif de reproduction est « raisonnable » envers les tiers, et surtout envers le public en général, car interdire la copie oblige les tiers à créer pour eux-mêmes, ce qui enrichit le stock culturel⁽¹²⁾.

L'analyse se poursuit en réalité dans le chapitre suivant⁽¹³⁾ et ouvre une perspective plus large sur le reste de l'ouvrage. Dès l'entame de ce chapitre IX, on voit que l'impact des nouvelles technologies occupe une place importante dans l'analyse. Car il est vrai que, « [c]haque jour, la liberté d'expression se déploie davantage sur Internet » (n° 185), rendant d'autant plus saillant le conflit entre liberté et propriété. Or ce conflit-là est immémorial et, pour ce qui concerne le droit d'auteur, remonte aux origines qu'Alain retrace dans un « Chapitre I^{er}. Liberté, propriété, originalité : retour aux sources du droit d'auteur ».

Ainsi guidé, on fait le lien, par exemple, avec les débats autour des privilèges des libraires au siècle des Lumières, lorsqu'il nous rappelle que, « [t]andis que l'exposé de Diderot était guidé par le souci de définir les prérogatives privées relatives à l'œuvre, Condorcet place en avant le progrès des lumières qu'il fait dépendre de l'accès du public aux œuvres » (n° 16). Et on comprend que, pour penser le droit d'auteur au temps des intelligences artificielles, Alain nous invite à retourner à l'invention de l'imprimerie. Car, lorsque l'on confronte les deux philosophes, n'évoquent-ils pas la tension contemporaine entre un « droit *sur* l'accès » réservé aux auteurs, qui se présenterait sous des formes nouvelles dans l'environnement numérique (mesures techniques, extension du contrôle aux hyperliens), et un « droit à l'accès » au profit des utilisateurs (n° 201) ? Opposition peut-être moins fondamentale qu'il n'y paraît, car l'accès aux œuvres doit être précédé par leur création. Si l'on croit à la capacité du droit d'auteur d'inciter à la création (et tout en admettant quelques doutes sur ce rôle d'incitation [n° 184]), on peut concilier les deux positions. Comme l'expliquaient James Madison dans *Federalist* 43 : « *The public good fully coincides in both cases with the claims of individuals* » et Lord Macaulay dans un discours devant la House of Commons : « *The advantages arising from a system of copyright are obvious. It is desirable that we should have a supply of good books ; we cannot have such a supply unless men of letters are liberally remunerated ; and the least objectionable way of remunerating them is by means of copyright* ».

Comme dans sa thèse, Alain se refuse à la caricature. Plutôt que de se complaire dans ce qu'il nomme les deux visions « cauchemardesques » et opposées d'un droit d'auteur tantôt verrouillé, tantôt sans plus de prise sur l'usage, il nous propose « [d']affronter de manière éveillée et plus raisonnable les défis qui se posent autour

(11) *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

(12) Argument développé davantage par Joseph Fishman, voy. « Creating around copyright », 128 *Harvard Law Review* 1333 (2015).

(13) Chapitre IX « Ingérences dans la liberté d'expression et responsabilité des plateformes : de la réserve des juges de Strasbourg à l'effort de concordance des juges de Luxembourg ».

de l'accès et du droit d'auteur » (n° 201). Avec cette vision « raisonnable » du droit d'auteur (le mot est dit), l'on comprend même aux confins de la matière que le « [p]aradoxe du droit d'auteur : la propriété intellectuelle au service du logiciel libre et des communs » (n° 263) n'est finalement qu'apparent, dans la mesure où « les instruments juridiques de la propriété et de la maîtrise [...] offrent la matrice pour mettre en place et en marche des communs » (n° 282). En effet, on y voit encore la conciliation au sein d'une apparente opposition : tout comme le droit d'auteur sous-tend la création de prime abord, le contrôle dont il dote l'auteur lui permet non seulement de restreindre l'accès et la copie, mais également de les promouvoir.

Mais, pour que ce droit d'auteur puisse, à l'intersection, assurer un certain équilibre, il faut parfois le repenser, le « reconstruire ». Toujours dans cette logique de retour aux sources, Alain démontre la nécessité de « renouer avec les principes fondamentaux du droit d'auteur » (n° 87) dans un « Chapitre VI. Reconstruire les droits de reproduction et de communication au public à la lumière des principes et finalités ».

Ici, Alain ne se fait plus seulement penseur, mais également acteur. Car, en proposant de reconstruire les deux droits principaux en considération de la « crise numérique du droit d'auteur » (n° 84), il entend activement « *contribuer* à une application équilibrée du droit d'auteur » (n° 114 ; notre italique).

Singulièrement à propos du droit de reproduction, il avait déjà suggéré il y a quelques années, ensemble avec d'autres collègues européens, de « redimensionner » celui-ci en « ajout[ant] de nouvelles exceptions excluant les copies techniques déconnectées de l'exploitation économique » (n° 96). Plus qu'une idée demeurée dans un de ces nombreux articles scientifiques lorgnant sur l'approche américaine du *fair use*, elle avait trouvé sa place dans un véritable *European Copyright Code*, dans le cadre du *Wittem Project*⁽¹⁴⁾. Réaliste quant à l'absence de perspectives de voir une proposition de ce genre jamais consacrée par un législateur quel qu'il soit, et visiblement toujours attaché à *contribuer* à l'équilibre de la matière, cette fois, Alain s'adresse subtilement au juge en revisitant le test de la contrefaçon (nos 97 et s.).

Dans son entreprise de reconstruction, Alain ne fait pas l'économie du droit américain. Déjà, il procède au départ d'une critique de la conception « synthétique » des droits économiques, caractéristique des pays de droit d'auteur (n° 90). Mais, surtout, il s'inspire directement du *fair use*. Ainsi, lorsqu'il plaide pour que le champ d'application du droit de reproduction soit limité aux situations où il y a « usage de l'œuvre en tant qu'œuvre » (nos 97 et s.), spécialement à propos du *Text and Data Mining*, il fait le rapprochement avec l'analyse du caractère transformatif dans l'appréciation du *fair use* par les juridictions américaines⁽¹⁵⁾ (n° 105). La référence est ensuite reconduite dans sa proposition de reconstruire le droit de communication au public en ajoutant une double analyse de marché (impact sur le marché de l'œuvre, impact sur le marché du service aux utilisateurs) (nos 109 et s.).

(14) Voy. <https://www.ivir.nl/copyrightcode/introduction/> (dernière consultation : 5 août 2021).

(15) Spéc. *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015), cert. denied, 136 S. Ct. 1658 (2016). Cependant, comme Alain le reconnaît (n° 104), les juges américains abordent la question de « l'utilisation en tant qu'œuvre » en aval pour justifier l'application de l'exception de *fair use*, au lieu d'en amont comme partie intégrante de l'analyse de la contrefaçon *prima facie*.

S'il considère que, pour réaligner le corps et l'« esprit » du droit d'auteur (n° 90), « [s']appuyer [...] sur l'objectif fondamental du droit d'auteur est [...] radical » (n° 104), comment alors qualifier la proposition qui clôt cet ouvrage, présentée dans le chapitre XIII « Plaidoyer pour un droit d'auteur unitaire de l'Union européenne » ? Certes, la proposition de créer un titre unitaire trouve depuis le Traité de Lisbonne un fondement explicite dans le droit primaire⁽¹⁶⁾. Mais certaines modalités suggérées, elles, sont audacieuses et trouvent une fois encore leur inspiration du côté américain. Il en va ainsi de l'obligation de renonciation aux droits nationaux pour bénéficier du droit unitaire, qu'Alain rapproche de l'effet de *preemption* du *federal copyright* vis-à-vis du *common law copyright* (n° 296). De même, la mise en place d'un système d'enregistrement (facultatif – Convention de Berne oblige) (*idem*)⁽¹⁷⁾. Sans oublier l'adoption dans cette nouvelle réglementation européenne sur le droit d'auteur de « principes, tels que ceux inscrits dans la clause sur le droit d'auteur de la Constitution américaine, qui peuvent guider son application et orienter les développements juridiques » (n° 290). Tout un programme.

Une fois de plus s'illustre ici l'acteur du droit européen. Le *Wittem Code* a fait long feu, certes, mais le projet d'un Code de droit d'auteur européen demeure cher à Alain. D'ailleurs, lorsqu'il évoque en préambule à sa proposition le « *corpus iuris* européen » que constitueraient les décisions de la C.J.U.E., objet des discussions d'une communauté d'interprétants qui deviennent par là les « narrateurs des prochains chapitres de l'évolution du droit d'auteur » (n° 286), comment ne pas penser à Alain *himself* et notamment à son rôle de premier plan au sein de la *European Copyright Society*⁽¹⁸⁾ ?

Les propositions concrètes contenues dans cet ouvrage participeront peut-être de cette narration. L'avenir nous le dira.

Quoi qu'il en soit, on peut d'ores et déjà affirmer qu'Alain Strowel figure parmi ces narrateurs à une place d'honneur et que ce livre ne fera que le conforter dans cette place un peu plus encore.

D'ailleurs, trente années nous en sont déjà témoins...

Julien CABAY
Professeur à l'Université libre de Bruxelles,
Chargé de cours à l'Université de Liège

Jane C. GINSBURG
Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law
Columbia University School of Law, New York

(16) Art. 118 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

(17) Alain indique que les avantages découlant de l'enregistrement facultatif « n'ont pas été sérieusement remis en cause aux États-Unis ou ailleurs » (n° 296). Pour les États-Unis, en ce qui concerne les avantages procédurux, l'observation est exacte ; en matière de disponibilité de sanctions, cependant, l'approche américaine a été fortement critiquée, voy. p. ex. J. C. GINSBURG, « Berne-forbidden formalities and mass digitization », 96 *Boston U. L. Rev.* 745 (2016), <http://ssrn.com/abstract=2772176>.

(18) <https://europeancopyrightsociety.org> (dernière consultation : 5 août 2021).