

## **Se parer des plumes du paon rend impopulaire. Et c'est tout?**

Tout le monde connaît ce choucas qui s'est paré des plumes du paon. L'affaire ne lui a pas du tout réussi. Les paons ne se sont pas laissés éblouir et se sont empressés de débarrasser notre choucas de sa parure usurpée, lui arrachant toutes ses plumes, les siennes aussi, et le chassant à coups de bec. Voilà pour l'histoire que Phèdre, s'inspirant d'une fable traditionnelle d'Esopé, a mise en vers latins. C'était un imitateur qui jouissait – contrairement au choucas – d'un certain prestige, et avait réécrit cette fable sans oublier de nommer son modèle grec. Un peu plus tard, mais toujours au Ier siècle après J.C., la notion de plagiat fit sa première apparition en rapport avec la littérature. Le poète romain Martial compara les épigrammes qu'il avait publiées à des esclaves affranchis et qualifia de « plagiarius » – voleur d'esclaves – un certain Fidentinus qui s'était emparé de ses poèmes et les avait fait passer pour siens. Néanmoins, la loi continua à ne sanctionner que le rapt de personnes et non le vol de propriété intellectuelle. Et pendant longtemps, rien ne devait changer.

Les interdictions de reproduction, liées aux privilèges accordés aux imprimeurs au Moyen-Age, n'avaient d'autre but que de favoriser les artisans occupés à gagner de l'argent grâce à la presse d'imprimerie. Quant au privilège d'auteur, apparu au XVIe siècle – cette autorisation de l'Empereur ou des princes régnants délivrée aux écrivains et leur permettant de faire imprimer leurs ouvrages chez un imprimeur de leur choix –, c'était plutôt une reconnaissance et un honneur qu'une protection du droit d'auteur. Ce n'est qu'au XVIIIe siècle, dans le sillage des Lumières, que la notion de propriété intellectuelle supplanta cette économie de privilèges, après que John Locke eut justifié le droit de posséder une chose par le travail qu'on y avait investi. Conséquence directe : la distinction conceptuelle entre biens immatériels et biens matériels a été inscrite dans les deux lois promulguées par la Révolution française sur la propriété littéraire et artistique. Lors des délibérations préalables au premier texte de loi, en 1791, René Le Chapelier, avocat et député du tiers-état aux états généraux, déclara: « La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et [...] la plus personnelle des propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain ».\*

## **Un droit d'auteur doté d'une valeur personnelle et d'une valeur économique**

Dans cet esprit, Emmanuel Kant et Gottlieb Fichte, deux apologistes du droit naturel qui se sont exprimés sur « l'illégitimité de la contrefaçon des livres », ont souligné le rapport personnel liant l'auteur aux oeuvres de sa création. Ce dernier a un droit de propriété naturel et inaliénable sur les pensées de son esprit alors que l'éditeur ne détient qu'un droit comparable à celui de l'usufruit sur chaque exemplaire de l'ouvrage. Dans cette acception, le droit d'auteur est d'une part un droit à la propriété intellectuelle du contenu et de la forme, droit perpétuel et lié à la personne de l'auteur, et d'autre part, un droit à la propriété d'une chose physique, un livre par exemple.

Ce n'est qu'au moment où la personne de l'auteur a été placée au centre de la discussion politique et juridique, et longtemps après que les artistes ont quitté l'anonymat des cloîtres, des mécènes et des guildes pour exercer librement leur profession, que, dans l'espace germanophone, des lois sur le droit d'auteur ont été édictées, d'abord régionales, ensuite nationales, pour protéger leurs oeuvres et servir leurs intérêts. En Suisse, la première loi sur le droit d'auteur est entrée en vigueur en 1884, mais il existait déjà auparavant des règlements indépendants dans les cantons de Genève, du Tessin et de Soleure. Depuis, les écrivains et écrivains ont des droits qu'il leur est possible de faire respecter et ils n'en sont plus réduits à recourir à l'imprécation, comme Eike von Repgow qui, en 1230, dans le préambule rimé de

son « Miroir des Saxons », appelle la malédiction de la lèpre sur tous ceux qui falsifieraient son oeuvre et dévoieraient ainsi un droit uni à Dieu.

Celui qui commet un plagiat usurpe la position de l'auteur ou de l'auteur et viole doublement son droit moral: le droit à la reconnaissance de sa paternité et le droit d'attacher son nom à sa propre oeuvre. De plus, le plagiat va à l'encontre de tous les droits d'exploitation liés au droit d'auteur, indépendamment de la personne autorisée à les exercer – l'auteur, l'auteur, ses héritiers ou une maison d'édition.

### **Ne sont protégées que les oeuvres originales de l'esprit**

Ainsi, plus de sept ans après la mort de l'auteur, les tribunaux espagnols n'en ont toujours pas fini de s'occuper de « La cruz de San Andrés », le roman de Camilo José Cela. Celui-ci, longtemps membre de l'Académie royale de la langue espagnole et lauréat du Prix Nobel, aurait copié son texte. Le tribunal d'appel de Barcelone a en effet observé, il y a quelques années, que nombre de ses phrases ressemblaient à celles d'un autre ouvrage, qu'il y avait des correspondances dans le thème, la localisation de l'histoire au début de la Seconde République espagnole, la peinture des personnages et jusqu'aux prénoms identiques et à l'action. Tout cela n'a pas suffi cependant pour corroborer l'accusation de plagiat et le tribunal a rejeté la plainte de Maria del Carmen Formoso Lapidó, même s'il est prouvé qu'en 1994, elle avait présenté son manuscrit au Prix Planeta, l'un des prix littéraires les plus prestigieux d'Espagne, deux mois avant Cela. La mort de Cela, en janvier 2002, ne l'a pas convaincue de renoncer. En 2006, le Tribunal constitutionnel espagnol a ordonné de nouvelles investigations. S'appuyant sur une expertise littéraire et scientifique, la juge d'instruction responsable du dossier a décidé qu'il y avait suffisamment d'indices pour instruire un procès pénal – cette fois, contre la maison d'édition Planeta, qui se serait rendue coupable de complicité de plagiat en transmettant le manuscrit de Formoso Lapidó à Cela. Rien ne garantit que ce procès aboutira à une condamnation.

La plupart des procès en plagiat échouent – les enquêtes parlent de 90 pour cent en ce qui concerne les textes : il est en effet difficile de définir concrètement ce qui est permis (s'inspirer d'une oeuvre et s'en laisser influencer) et ce qui est interdit (la contrefaçon). La position des écrivains et écrivains, dépouillés de leur oeuvre ou d'une partie de leur oeuvre, ne s'en trouve pas simplifiée. Pour couronner le tout, le droit d'auteur ne protège pas tout ce qui est écrit. Pour qu'il existe une oeuvre au sens du droit d'auteur, il faut qu'il y ait création de l'esprit, ce qui présuppose une activité intellectuelle exercée par une personne. De plus, cette création de l'esprit doit se distinguer des oeuvres préexistantes et porter l'empreinte de la personnalité de son auteur. En d'autres termes : ne sont protégées par le droit d'auteur que les oeuvres nouvelles, originales et individuelles. Autant de qualités que l'oeuvre elle-même doit exprimer, ce qui ne signifie pas qu'elle doive se matérialiser sur le papier ou sur un support de données. Il suffit qu'une oeuvre soit perceptible, qu'elle ait pris forme, par exemple oralement, dans des déclarations ou en direct dans des émissions télévisées. Avoir une idée en tête ne légitime pas encore un droit d'auteur. Ce dernier ne protège pas la seule forme d'une oeuvre, mais plutôt le contenu mis en forme, qui lui-même – parce qu'il relève de l'esprit – est quelquefois difficile à définir concrètement. Ainsi, dans l'un des rares cas de plagiat textuel qu'il ait jamais eu à juger au cours de son histoire, le Tribunal fédéral a décidé que les exercices et les instructions d'un manuel de dactylographie relevaient aussi du droit d'auteur car ils étaient l'expression originale d'une création de l'esprit, qui se manifestait dans la planification, la sélection et la préparation des leçons ou leur structuration et leur agencement dans la présentation (cf. ATF 88 IV 123 sqq.).

## Les pensées sont libres

L'arrêt du tribunal déclare plus loin : « Dès leur publication, la teneur des idées et des théories devient libre et n'est pas protégée par le droit d'auteur, même lorsque l'oeuvre littéraire présente de nouvelles conclusions. » Il n'existe pas de prérogative sur les idées, les connaissances et les informations. C'est pourquoi, toutes les instances juridiques de Grande-Bretagne ont rejeté la plainte de Michael Baigent et Richard Leigh, qui accusaient Dan Brown d'avoir plagié dans « Da Vinci Code » l'ouvrage historique qu'ils avaient écrit avec un autre auteur, « The Holy Blood and the Holy Grail ». Ils soutenaient que Brown avait repris, dans son best-seller, l'architecture et la thèse centrale de leur livre – le Graal, ce vase sacré de vie, serait aussi les entrailles de Marie-Madeleine avec qui Jésus aurait eu une fille, dont les descendants vivraient aujourd'hui en France. Les défenseurs de cette histoire ont finalement perdu le procès intenté à Random House, la maison d'édition de Dan Brown, pour une seule raison : leur livre avait été vendu comme un « ouvrage historique » et non comme une fiction, un roman policier par exemple, même si, plus tard, les « faits » sur lesquels il se fondait se sont révélés être falsifiés. Les faits appartiennent à tous, ils font partie du bien commun. En outre, la High Court de Londres a affirmé dans son jugement que le droit d'auteur n'était pas là pour empêcher un auteur « d'emprunter une idée à un autre ouvrage ». Il fallait maintenir un juste équilibre entre la protection des droits de l'auteur et le développement littéraire. En d'autres mots : il n'est pas question de restreindre la liberté artistique tant que l'autrice ou l'auteur reprend des idées pour leur donner une forme littéraire inédite et individuelle. C'est également la conception juridique qui prévaut en Suisse.

Dans sa comédie « Dr. med. Hiob Prätorius », le réalisateur Curt Goetz avait fait intervenir Sherlock Holmes et Dr. Watson. Le fils de Sir Arthur Conan Doyle, créateur des romans contant les aventures du roi des détectives, a porté plainte, en 1956, pour violation du droit d'auteur. A Berne, puisque Goetz y vivait depuis la Seconde Guerre mondiale. La cour d'appel de Berne, et trois ans plus tard le Tribunal fédéral, ont rejeté en tous points sa plainte – appuyant leur décision pour l'essentiel sur le fait que les noms de Sherlock Holmes et Dr. Watson n'étaient pas non plus chez Doyle « la création originale d'une activité de l'esprit », les « Anglo-Saxons » ayant utilisé ces deux noms bien avant que Doyle n'écrive son premier roman policier. De plus, Doyle n'avait pas été le premier à décrire un détective hors pair, supérieur à tous les autres par sa puissance de déduction et son intelligence. Lui-même s'était sciemment inspiré des modèles d'Edgar Allan Poe et d'Emile Gaboriau et – selon une expertise littéraire et scientifique – avait seulement décrit, pour ainsi dire le type du grand détective sans lui attribuer d'autres qualités qui auraient rendu Sherlock Holmes plus humain. Quant au Dr. Watson, il manquait également d'originalité : le personnage de l'ami légèrement obtus du grand détective se trouvait déjà chez Edgar Allan Poe. C'est pourquoi, on ne pouvait parler de violation du droit d'auteur ni en ce qui concernait les noms, ni en ce qui concernait la dialectique du dialogue entre les deux protagonistes. Goetz avait « écrit une oeuvre ayant son propre contenu et ne s'était inspiré des oeuvres de Doyle qu'en reprenant les personnages de Sherlock Holmes et Dr. Watson pour le récit-cadre, en introduisant la même méthode de détection dans l'action et en composant toute sa pièce sur le modèle des oeuvres de Doyle, à l'exception du dernier tableau » (cf. ATF 85 II 120 sqq.). – En résumé, le tribunal a conclu qu'il était licite d'utiliser librement une oeuvre préexistante si cela se traduisait par une création de l'esprit individuelle – c'est-à-dire originale et reflétant la personnalité de son auteur. Ceci se distinguait de l'adaptation qui exigeait l'accord de l'autrice ou de l'auteur de l'oeuvre de départ car celui qui adapte une oeuvre ne fait que « reprendre le contenu et modifier la forme » (ATF 85 II 129).

## **Les suites de romans non autorisées**

Il existe un cas particulier de reprise de personnages: lorsqu'un second auteur donne une suite à un roman existant. Ainsi Jerome David Salinger a porté plainte contre une suite à son « Attrape-cœurs » qui fait revivre Holden Caulfield à l'âge de 76 ans alors que le héros en a tout juste 17 dans le roman original. « Spiegel Online », rappelant une ancienne interview du « Boston Globe » avec Salinger, à qui l'on a souvent demandé ce qui était arrivé à Caulfield plus tard, cite la réponse de ce dernier : « Il n'y a rien d'autre sur Holden Caulfield. Lisez le livre une deuxième fois, tout y est. Holden Caulfield n'est qu'un instant de temps figé » (Spiegel Online du 31 mai 2009). Les tribunaux américains auront à décider si Salinger pourra imposer son point de vue ou s'il devra affranchir son personnage.

Une chose est sûre, l'administration d'office de la succession de Margaret Mitchell a perdu la bataille juridique qui l'a opposée à Alice Randall et à sa maison d'édition, alors même qu'elle avait réussi à faire interdire la diffusion du livre « The Wind Done Gone », en première instance à Atlanta. Dans ce dernier, adoptant le point de vue de la demi-soeur de Scarlett O'Hara, fille de l'esclave Mammy, Alice Randall donne une nouvelle version de « Autant en emporte le vent » (« Gone with the Wind »), cette épopée qui raconte la vie dans une plantation de Géorgie, un Etat du Sud américain, durant la Guerre de Sécession. Ce faisant, elle passe outre à pratiquement toutes les astreintes que la succession de Margaret Mitchell lui avait fixées avant de lui permettre d'écrire une suite au roman : Scarlett ne devait jamais mourir et on ne permettait ni relations homosexuelles ni relations entre noirs et blancs. Alice Randall a pourtant recours à tout cela, dans un mélange de persiflage et de roman de gare kitsch, où les blancs sont idiots, incapables et lâches. – Le jugement d'Atlanta avait provoqué l'intervention d'intellectuels et d'écrivaines comme Harper Lee et Toni Morrison, qui s'étaient prononcés en faveur du droit de réécrire une histoire en adoptant le point de vue des marginalisés. « Autant en emporte le vent » avait bafoué la dignité de générations d'Américaines et Américains noirs. En mai 2001, le tribunal d'appel de New York a protégé ce droit à une nouvelle interprétation critique et a considéré que la liberté d'expression avait davantage d'importance que l'inviolabilité des « personnages populaires » et du « monde romantique et tragique » de l'oeuvre originale « Autant en emporte le vent ».

## **Les limites du droit d'auteur**

Cette décision s'est fondée sur le principe de « fair use » – usage équitable – utilisé par le système anglo-américain du droit d'auteur. Ce dernier tolère certaines atteintes non autorisées à des oeuvres protégées par le droit d'auteur lorsqu'elles se font dans l'intérêt de l'éducation publique et qu'elles favorisent la production intellectuelle. Outre les citations, les commentaires sociaux et les parodies comptent parmi ces exceptions expressément tolérées – mais non la satire, plus éloignée de l'oeuvre originale que la parodie qui en conserve la forme et reprend les comportements caractéristiques des personnages. En Suisse, il est permis d'utiliser des oeuvres préexistantes, sans l'accord de leurs auteurs, pour composer des parodies et autres adaptations apparentées, c'est-à-dire des satires ou des grotesques, caractérisées par la distorsion et l'exagération, mais aussi la raillerie, ce qui explique qu'elles sont souvent, mais pas nécessairement, comiques.

## **Les oeuvres du domaine public**

Si une succession ou les héritiers sont en mesure de défendre l'inviolabilité des oeuvres de cette manière, c'est que le droit moral se perpétue de manière inaltérable au-delà de la mort des auteurs. Les héritiers sont autorisés à exercer ce droit en défendant leurs propres intérêts, tant que ceux-ci ne sont pas diamétralement opposés à ceux de l'auteur. 70 ans après la mort de l'auteur ou de l'auteur les œuvres protégées par le droit d'auteur tombent dans le domaine public. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'on peut les exploiter à sa guise.

Malgré tout, une personne se rend coupable de plagiat lorsqu'elle fait des emprunts abusifs à une oeuvre libre ou qu'elle s'en sert, sans le déclarer. On se souvient d'un exemple tristement célèbre : les nombreux vers que, pour les ballades de son « Opéra de quat'sous », Bertolt Brecht a empruntés tels quels à François Villon dans la traduction allemande de K. L. Ammer (pseudonyme de Karl Anton Klammer). Ce dernier était encore bien en vie au moment de la création de l'opéra et, en traduisant Villon, il avait créé une oeuvre dérivée, qui jouit en propre de la protection du droit d'auteur. Klammer s'est mis d'accord avec la maison d'édition de théâtre de Brecht sur l'indemnisation de ses droits, à hauteur de deux pour mille des recettes. Et, en 1930, pour la réédition de la traduction des poèmes de Villon par K. L. Ammer, Brecht a composé un sonnet qui se terminait par ses phrases : « Que chacun extraie ce dont il a besoin ! Moi-même, je me suis servi... »

Il est déconseillé de faire sienne cette invitation trop rapidement et de ne pas indiquer ses sources, même lorsqu'il s'agit d'oeuvres du domaine public. Qui fait des déclarations fausses ou incorrectes sur son propre travail, commet en effet un délit de concurrence déloyale : il trompe les autres, les consommatrices et consommateurs par exemple, les lésant dans leurs intérêts économiques. De plus, ce pourrait être une oeuvre protégée au titre du patrimoine culturel comme les sagas islandaises transmises dans l'« Edda », qu'il est désormais impossible d'exploiter librement.

Même si toutes ces directives paraissent très sévères, les procès en plagiat sont rarement couronnés de succès. C'est d'ailleurs ce que démontrent les cas traités par le conseil juridique de l'AdS. Là où les autrices et les auteurs observent le pillage éhonté de leurs oeuvres, les tribunaux ne voient que la reprise d'idées, de faits ou de tournures empruntées au fonds commun de la langue, autant de choses qui ne sont pas protégées par le droit d'auteur. A cet égard, la morale de l'histoire du choucas – se parer des plumes du paon rend impopulaire – constitue une petite consolation. Le choucas orgueilleux a en effet été rejeté par ses congénères et accablé des pires injures.

Regula Bähler, conseillère juridique de l'AdS

\* Cité par André Bertrand (1991): Le droit d'auteur et les droits voisins. Paris : Editions Dalloz-Sirey, p. 47.