

L'exception de parodie ou les limites d'une liberté

Vincent Salvadé

Dr en droit, chef du Service juridique de Suisa, Lausanne

Zusammenfassung:

Art. 11 Abs. 3 URG statuiert eine Freiheit zur Kritik. Diese Feststellung rechtfertigt eine restriktive Auslegung des Begriffs der erlaubten Parodie und unterstreicht die Ähnlichkeiten zwischen Parodiefreiheit und Zitatrecht. Wegen dieser Ähnlichkeiten ist Art. 11 Abs. 3 URG mit der Berner Übereinkunft vereinbar. Die analoge Anwendung der Regelung über das Zitatrecht erlaubt auch, den Umfang der Einschränkungen zulasten der ideellen und vermögensbezogenen Rechte am vorbestehenden Werk zu bestimmen. Demnach ist anzunehmen, dass Art. 11 Abs. 3 URG das Recht, das parodierte Werk zu veröffentlichen, nicht beeinträchtigt und dass der Parodierende die Quelle und den Namen des imitierten Urhebers angeben muss. Weiter sind Änderungen verboten, welche die Persönlichkeit des letzteren verletzen. Schliesslich gehen dessen Vermögensinteressen immer dann vor, wenn die geltenden Usancen und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz es erfordern.

I. Introduction

Fondée sur la liberté d'expression¹, la liberté de parodie joue un rôle social important. En tant que vecteur de l'esprit critique, elle participe au principe de la libre circulation des idées. De surcroît, elle apporte à notre société une part d'humour et de distraction dont elle a besoin. Mais la liberté de parodie peut aussi menacer les intérêts de l'auteur imité. Si son statut d'«homme public» lui impose de souffrir la critique, voire la dérision, il doit être protégé de certaines atteintes le touchant personnellement. Il importe également de proscrire tout rattachement parasitaire à l'oeuvre préexistante: en d'autres termes, le parodiste ne doit pas vivre aux dépens du parodié, il ne doit pas s'enrichir sur son dos.

Nous nous attacherons donc ci-après à définir les contours de la liberté de parodie, tels qu'ils résultent du droit suisse, cela aussi bien sous l'angle des intérêts moraux que patrimoniaux de l'auteur². Mais auparavant, il est nécessaire d'examiner la notion même de la parodie et son régime dans les conventions internationales.

II. La notion de parodie

Formellement, la liberté de parodie est une innovation de la loi de 1992³. D'après l'art. 11 al. 3 LDA «l'utilisation d'oeuvres existantes pour la création de parodies ou d'imitations analogues est licite». Le législateur suisse a donc choisi de donner un caractère générique à la notion de parodie. A l'instar de DE WERRA⁴, on saluera cette solution, qui permet d'échapper aux «fastidieuses distinctions terminologiques auxquelles la doctrine française s'est livrée en raison d'une disposition légale plus détaillée⁵. L'objet de l'exception au droit d'auteur est donc autant la parodie au sens étroit, c'est-à-dire la satire littéraire⁶, que le pastiche⁷, la caricature⁸ ou le travestissement⁹.

Selon le message du Conseil fédéral, la parodie ou l'imitation analogue est une «représentation burlesque d'une oeuvre existante à des fins de critique»¹⁰.

1. La représentation burlesque d'une oeuvre existante

Comme le remarquent BARRELET et EGLOFF, la parodie est une oeuvre dérivée au sens de l'art. 3 LDA, puisqu'elle reprend des éléments caractéristiques d'une création

1 Voir E. HEFTI, Die Parodie im Urheberrecht, thèse Zurich 1975, p. 114 ss, J. DE WERRA, Le droit à l'intégrité de l'oeuvre. Etude du droit suisse dans une perspective de droit comparé, thèse Lausanne 1997, p. 151.
2 Ce sujet a déjà été maintes fois étudié en droit étranger: voir les références doctrinales citées par DE WERRA (cit. n. 1), p. 152; pour ce qui concerne le droit suisse, nonobstant la thèse de HEFTI (cit. n. 1), nous estimons utile de réexaminer la question à la lumière de la nouvelle LDA de 1992.
3 Auparavant, on la faisait découler du concept de «libre utilisation»: I. CHERPILLOD, L'objet du droit d'auteur. Etude critique de la distinction entre forme et idée, thèse Lausanne 1985, p. 147 ss.

4 DE WERRA (cit. n. 1), p. 153.

5 Art. 122 - 5 CPI: « Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire (...) 4) La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ».

6 Message du CF, in FF 1989 III 515; D. BARRELET/W. EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur. Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, Berne 1994, N° 16, ad art. 11 LDA.

7 Cf. art. 122 - 5 al. 4 CPI.

8 Ibidem.

9 Message du CF, in FF 1989 III 515. Voir cependant notre réserve en note 14 ci-dessous.

10 Ibidem.

préexistante, qui doit demeurer reconnaissable¹¹. A cet égard, il faut rappeler que la protection du droit d'auteur ne s'attache qu'à la forme et non au fond. Les idées contenues dans une oeuvre peuvent être librement reprises¹². Dans la mesure où la parodie permet l'identification de l'oeuvre préexistante uniquement parce qu'elle se réfère à certains des concepts exprimés, elle est de toute manière licite¹³ et n'est pas visée par l'art. 11 al. 3 LDA. Il pourra en aller ainsi, par exemple, d'une satire littéraire reprenant certains éléments de la trame d'un roman. L'art. 11 al. 3 LDA ne concerne donc que les imitations reprenant des éléments de forme de la création préexistante¹⁴.

Quels sont les rapports entre l'art. 11 al. 3 LDA et le principe dit de la «libre utilisation»¹⁵? Ce dernier, sous l'empire de l'aLDA¹⁶, était une exception au droit d'auteur créée par voie prétorienne qui permettait de s'inspirer d'une oeuvre préexistante pour autant que les traits individuels de l'oeuvre utilisée s'effacent devant l'individualité de la nouvelle oeuvre¹⁷. En d'autres termes, la reprise de certaines composantes d'une oeuvre était

autorisée à condition qu'il en résultât une nouvelle création indépendante¹⁸. La question de savoir si le principe de la libre utilisation, de manière générale, a survécu à l'entrée en vigueur du nouveau droit d'auteur est discutée¹⁹. Quoiqu'il en soit, nous ne partageons pas le point de vue selon lequel la liberté de parodie serait une conséquence de ce principe²⁰. Souvent, la parodie impliquera précisément un important lien de dépendance entre l'oeuvre dérivée et la création d'origine. L'emprunt ira bien au-delà de ce que permettrait le principe de la libre utilisation. Transposer un passage de science-fiction dans une histoire totalement nouvelle ayant pour cadre les débuts de l'aviation pourrait être une imitation parodique licite selon le principe de la libre utilisation. Il en irait différemment, en revanche, de la parodie d'une chanson impliquant la reprise intégrale de la musique. Il apparaît ainsi que l'art. 11 al. 3 LDA aurait de toute manière une portée plus large que le principe de la libre utilisation, à supposer que celui-ci soit toujours valable en droit suisse.

Pour que l'exception de l'art. 11 al. 3 LDA s'applique, l'oeuvre préexistante doit être représentée sur un mode burlesque: la parodie a donc toujours un effet humoristique²¹. Celui-ci peut être obtenu de différentes manières, en particulier par le retournement systématique des caractéristiques de l'oeuvre parodiée, ou par l'exagération de ses traits²². Nous ne nous proposons pas de donner un exposé forcément incomplet des procédés envisageables.

2. La finalité critique

L'exigence d'une démarche effectuée à des fins de critique est mise en avant avec plus ou moins d'importance dans la doc-

Résumé: L'art. 11 al. 3 LDA consacre une liberté de critique.

Cette constatation justifie une interprétation restrictive de la notion de parodie licite et met en évidence l'existence de similitudes entre l'exception de parodie et le droit de citation.

En raison de ces similitudes, l'art. 11 al. 3 LDA est compatible avec la Convention de Berne. Une application analogique de la réglementation relative au droit de citation permet également de déterminer l'ampleur des dérogations aux droits moraux et patrimoniaux relatifs à la création préexistante.

On admettra ainsi que l'art. 11 al. 3 LDA ne porte pas atteinte au droit de divulguer l'oeuvre parodiée et que le parodiste doit indiquer sa source et le nom de l'auteur imité. De plus, les altérations lésant la personnalité de ce dernier seront prohibées. Enfin, ses intérêts patrimoniaux prévaudront chaque fois que les bons usages et le principe de la proportionnalité l'exigent.

11 BARRELET/EGLOFF (cit. n. 6), n° 16, ad art. 11 LDA; voir aussi: DE WERRA (cit. n. 1), pp. 153-154.

12 Cf. cependant la thèse de CHERPILLOD (cit. n. 3), qui nuance ce point de vue.

13 A. FRANÇON, Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires, in Le droit d'auteur, juin 1988, p. 303.

14 A cet égard, est trompeur le passage du message du CF, selon lequel la parodie peut être un travestissement «qui modifie la forme, mais conserve le contenu» (FF 1989 III 515; voir aussi BARRELET/EGLOFF (cit. n. 6), n° 18 ad art. 11 LDA). Des éléments caractéristiques de forme doivent toujours être repris, au moins en partie.

15 La libre utilisation (freie Benutzung) est expressément consacrée par le § 24 de la loi allemande du 9 septembre 1965 sur le droit d'auteur et les droits voisins.

16 Loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques du 7 décembre 1922.

17 ATF 85 II 120 ss = JdT 1959 I 582-583 (rés); BARRELET/EGLOFF (cit. n. 6), n° 5 ad art. 3 LDA et la jurisprudence citée; à relever que CHERPILLOD (cit. n. 3), p. 149 ss, propose une acception sensiblement plus large de la libre utilisation, qui s'explique par le fait que cet auteur admet, dans une certaine mesure, que le droit d'auteur puisse porter sur des «idées»: voir notamment p. 92 ss.

18 CHERPILLOD (cit. n. 3), p. 149.

19 F. DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (R. VON BÜREN/L. DAVID, éd.) II/1, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995, pp. 1 9 8 - 199.

20 Voir en particulier CHERPILLOD (cit. n. 3), N° 239, p. 147 et les auteurs cités.

21 DESSEMONTET (cit. n. 19), p. 190-191; BARRELET/EGLOFF (cit. n. 6), n° 17, ad art. 11 LDA.

22 DE WERRA (cit. n. 1), p. 154.

trine juridique²³. Elle nous paraît toutefois essentielle. La liberté de parodie découle en effet du droit constitutionnel à la liberté d'expression²⁴. Elle ne repose pas sur le seul intérêt du public à l'humour²⁵. Sinon, la sonorisation d'un sketch comique au moyen d'une musique préexistante, par exemple, devrait aussi être autorisée. De surcroît, la liberté générale d'expression artistique²⁶ ne suffit pas non plus à justifier la liberté de parodie. L'idée qu'un auteur aurait le droit de puiser dans l'oeuvre d'un autre pour exercer son propre droit à la création est bien sûr étrangère à la LDA: au contraire, l'art. 3 al. 4 LDA réserve en principe la protection de l'oeuvre préexistante.

En revanche, on conçoit aisément que la liberté d'expression fonde une dérogation au droit d'auteur pour permettre le débat d'idées, c'est-à-dire la critique de l'oeuvre préexistante, ou, à travers elle, de son contenu ou de son auteur. La défense des débats d'idées est une valeur fondamentale conditionnant les choix du législateur: elle est à la base d'autres dérogations au monopole de l'auteur, tel le droit de citation²⁷ qui permet d'utiliser des extraits d'oeuvres divulguées, dans la mesure où ils servent de commentaires, de références ou de démonstrations²⁸.

L'exigence d'une mise à distance critique doit cependant être interprétée largement. A notre avis, il suffit que l'auteur de l'oeuvre dérivée exprime une idée d'analyse par rapport à l'oeuvre parodiée. Point n'est besoin qu'il porte un jugement sur sa valeur. Ainsi, la représenta-

tion d'un Tintin buveur et fumeur pourra être considérée comme une parodie, si elle met en évidence le sage caractère du personnage original. Le seul fait de relever un trait de l'oeuvre d'Hergé, par effet de contraste, suffira à fonder l'exception de l'art. 11 al. 3 LDA, même si le parodiste n'entend pas se prononcer sur sa valeur. Il est indispensable, en outre, que l'élément d'analyse soit objectivement reconnaissable par le public²⁹. La volonté intérieure du parodiste n'est pas déterminante. Encore une fois, la loi entend favoriser les débats d'idées. C'est donc du point de vue du destinataire de la parodie qu'il faut se placer. La finalité critique doit être clairement perceptible pour celui-ci.

3. Cas particuliers de «parodies» musicales

Fréquemment, on trouve des imitations musicales répondant aux deux règles suivantes:

- La musique est la même que celle de l'oeuvre originale;
- Les paroles ont été changées et un effet comique est obtenu par la ressemblance phonétique des nouvelles paroles par rapport aux anciennes³⁰.

De surcroît, le sujet de l'oeuvre dérivée est souvent sans rapport avec celui de l'oeuvre première. De telles imitations sont-elles des parodies au sens du droit d'auteur? Nous en doutons si elles ne véhiculent aucun message par rapport à l'oeuvre originale. Du point de vue du public, elles ne seront l'instrument d'aucun débat d'idées lorsque le seul lien avec les paroles originales repose sur la ressemblance phonétique. L'auditeur ne reconnaîtra donc aucune volonté d'analyse de l'oeuvre préexistante. De telles créations, dans ces circonstances, seront étrangères à la ratio de l'art. 11 al. 3 LDA.

Du point de vue de l'équité, notre solution se justifie pleinement. Ces reprises pourront certes intéresser le public par leur caractère humoristique; mais il faut convenir que la renommée de la musique jouera un rôle important dans leur propre succès. Le risque d'un «rattachement

23 Comparer les avis de DE WERRA (cit. n. 1), pp. 154-160 et de DESSEMONTET (cit. n. 19), pp. 189 à 195, ou de HEFTI (cit. n. 1), p. 116 ss et p. 121 et de R. MUTTENZER, Die Beschränkungen des Urheberrechts zugunsten von Kunst und Wissenschaft, in 100 Jahre URG, Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen eines eidgenössischen Urheberrechtsgesetzes, Berne 1983, pp. 342-343.

24 HEFTI (cit. n. 1), pp. 114 ss; DE WERRA (cit. n. 1), pp. 156 ss.

25 Contra: BARRELET/EGLOFF (cit. n. 6), n° 16, ad art. 16 LDA.

26 qui est une composante de la liberté d'opinion et d'expression: J.-F. AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, N° 2011, pp.711-712.

27 Art. 25 LDA.

28 Pour établir la ratio legis d'une disposition, il faut dégager les jugements de valeur sur lesquels reposent les choix du législateur: ATF 123 II 24 = JdT 1997 I 340 (c.2a).

29 Dans ce sens: DESSEMONTET (cit. n. 19), p. 190; DE WERRA (cit. n. 1), p. 151.

30 Par exemple, le refrain «YMCA» devient «Moi, j'aime scier»; «Aïcha» se transforme en un éternuement.

parasitaire» à l'oeuvre originale nous paraît particulièrement grand³¹.

4. La parodie des oeuvres communes

A) Oeuvres dérivées

Supposons que, dans le cadre d'une pièce de théâtre, un acteur soit appelé à déclamer un texte existant. Ainsi, le héros de la pièce ouvre son coeur à sa bien-aimée en lui récitant un poème de Louis Aragon. L'oeuvre théâtrale est parodiée et la parodie implique la reprise du poème, lequel ne subit aucun changement. Le consentement des ayants cause de l'écrivain surréaliste est-il nécessaire? Nous pensons que oui, car l'intégration du poème dans la pièce de théâtre originale n'a pas eu pour effet de faire disparaître les droits afférents à l'oeuvre préexistante³². Ainsi, lorsque la mise à distance critique vise l'oeuvre théâtrale, et non le poème, l'exception de l'art. 11 al. 3 LDA ne peut être invoquée à l'égard des titulaires des droits sur l'oeuvre littéraire.

B) Oeuvres de collaboration³³

L'art. 7 LDA prévoit une titularité commune du droit d'auteur, lorsque plusieurs personnes ont concouru à la création d'une oeuvre³⁴. Cependant, si les apports respectifs des auteurs peuvent être disjoints, chaque auteur peut, sauf convention contraire, utiliser séparément son apport à condition que l'exploitation de l'oeuvre commune n'en soit pas affectée³⁵. D'après la jurisprudence du TF, l'art. 7 LDA s'applique si les coauteurs créent l'oeuvre en concourant réciproquement, c'est-à-dire si la création des apports particuliers intervient en vue d'une oeuvre collective ou chaque auteur subordonne sa création à un but commun³⁶. Tel pourrait être le cas, par exemple, d'un opéra créé par concours réciproque du librettiste et du compositeur³⁷. Supposons que cet opéra soit parodié par une adaptation des seules paroles. La musique n'est pas modifiée. Le compositeur peut-il dès lors s'opposer à la reprise de sa création dans la parodie. Comme nous l'avons vu, le droit propre du créateur de l'apport n'existe que si l'apport est utilisé

séparément. Or, lorsque l'opéra est parodié, serait-ce par modification des paroles seulement, c'est bien l'oeuvre commune qui est utilisée. Le compositeur de notre exemple ne bénéficie pas des mêmes droits que le créateur d'une oeuvre préexistante, il n'est que titulaire en commun des droits sur l'opéra. Il n'a donc pas le pouvoir de s'opposer à la parodie, même si son apport est repris tel quel et n'est pas lui-même critiqué.

III. La liberté de parodie et les conventions internationales³⁸

La liberté de parodie est généralement reconnue au niveau international. Ainsi, en France, elle découle de l'art. 122-5 (4°) du Code de la propriété intellectuelle, lequel permet de prendre en compte «la tradition française de causticité et d'irrespect»³⁹. De même, le droit allemand tolère la création des oeuvres parodiques, même s'il ne connaît aucune disposition légale spécifique, cela sur la base du principe dit de la «libre utilisation»⁴⁰. Aux Etats-Unis, la licéité de la parodie découle de la théorie du fair use (usage loyal)⁴¹. Pourtant, on peut légitimement se demander si l'art. 11 al. 3 LDA est compatible avec la Convention de Berne. L'art. 12 de celle-ci réserve en effet aux auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques le droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs oeuvres. Telle que nous l'avons définie, la liberté de parodie pourrait-elle être fondée sur le droit de citation prévu

31 Sur cette question, voir ch. 5 ci-dessous.

32 Art. 3 al. 4 LDA.

33 Nous utilisons cette expression au sens du droit français (voir art. 113-2 et art. 113-3 CPI) et non au sens de l'art. 7 aLDA, lequel impliquait nécessairement que les divers apports ne puissent être disjoints.

34 Art. 7 al. 1 LDA.

35 Art. 7 al. 4 LDA.

36 ATF non publié du 10 mai 1995 dans la cause *Schweizerischer Bühnenverband et consorts c./ SUIISA et Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins* (2e Cour de droit public).

37 Message du CF, in FF 1989 III 512.

38 Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 (version de Paris du 24 juillet 1971); Convention universelle sur le droit d'auteur, révisée à Paris le 24 juillet 1971; Accord sur les aspects des droits de Propriété intellectuelle qui touchent au Commerce, partie de l'Accord de Marrakech du 14 avril 1994 instituant l'OMC (accord ADPIC).

39 A. LUCAS/ H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris 1994, N° 322, p. 274.

40 DE WERRA (cit. n. 1), note 448, p. 154.

41 FRANÇON (cit. n. 13), p. 302.

par l'art. 10 al. 1 CBE? En matière de propriété littéraire et artistique, «la citation consiste à reproduire des extraits d'une oeuvre, soit pour illustrer une opinion ou défendre une thèse, soit pour donner un compte-rendu de ladite oeuvre ou en faire la critique»⁴². La liberté de parodie et le droit de citation permettent donc tous deux d'emprunter l'oeuvre d'autrui pour exprimer ses propres idées. A l'instar de la citation, la parodie reprend non l'intégralité, mais des éléments caractéristiques d'une oeuvre préexistante⁴³. Ces parallèles ne peuvent être ignorés et donnent à notre avis une assise conventionnelle à l'art. 11 al. 3 LDA. HEFTI relève certes que la liberté de parodie ne peut être couverte par le droit de citation, parce que ce dernier implique une reprise sans modification des passages existants⁴⁴. Cette acception du droit de citation paraît cependant quelque peu rigide et fait une part trop belle à la forme: matériellement, la liberté de parodie et le droit de citation procèdent de la même idée, si bien que l'art. 10 al. 1 CBE peut couvrir l'art. 11 al. 3 LDA.

Si la compatibilité de cette dernière disposition avec la Convention de Berne n'est pas évidente, la situation est toute autre sous l'angle de la Convention universelle et de l'Accord ADPIC. L'art. IV bis de la première autorise en effet largement les exceptions aux droits exclusifs

et, selon l'art. 13 du second «Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder»⁴⁵. Or, nous verrons ci-dessous que le régime de l'exception de parodie, en droit suisse, ne porte en aucune manière atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre, ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

IV. La liberté de parodie et le droit moral

1. Droit à l'intégrité

D'après la systématique légale, la liberté de parodie est une restriction au droit à l'intégrité⁴⁶. Ce dernier, découlant du droit moral, vise à préserver le lien particulier existant entre l'auteur et son oeuvre⁴⁷ et interdit toute modification de cette dernière sans le consentement de l'auteur ou son utilisation dans une oeuvre dérivée ou un recueil⁴⁸. Le droit à l'intégrité a une portée plus large que le droit à la personnalité, dans la mesure où l'atteinte réprimée ne touche pas forcément la personne de l'auteur⁴⁹. Selon une partie de la doctrine, ce droit ne serait pas une prérogative exclusive: son exercice serait toujours soumis au principe de la pondération des intérêts de l'auteur et de l'utilisateur⁵⁰. Pour ce qui concerne l'ordre juridique suisse, il est à notre avis plus conforme au texte légal d'admettre que le droit à l'intégrité est discrétionnaire⁵¹, mais que son exercice est limité par les principes généraux de la cession implicite - le droit à l'intégrité est réputé cédé autant que l'exige l'accomplissement d'un acte autorisé sous l'angle des droits patrimoniaux⁵² - et de l'interdiction de l'abus de droit⁵³. Ces deux derniers principes suffisent en effet pour sauvegarder les intérêts des utilisateurs et il y a lieu de s'en tenir à l'idée générale du droit suisse qui fait du droit d'auteur une prérogative exclusive⁵⁴. Même si l'on admet le principe de la pondération, l'intérêt de l'auteur au respect de l'intégrité de son oeuvre sera présumé être le plus important⁵⁵, sauf exception légale: il appartiendra à

42 Guide de la Convention de Berne, publié par l'OMPI, Genève 1978, N° 10.2., p. 66.

43 FRANÇON (cit. n. 13), p. 303.

44 HEFTI (cit. n. 1), p. 108-109. D'après le dictionnaire Larousse, la citation est en effet un passage d'auteur rapporté exactement.

45 La Convention de Berne contient une clause similaire, mais cette dernière vise le droit de reproduction (art. 9 al.2 CBE) et non le droit d'adaptation de l'art. 12 CBE.

46 Art. 11 al. 3 LDA. Voir aussi DE WERRA (cit. n. 1), p. 151 ss.

47 F. POLLAUD-DULIAN, Droit moral et droits de la personnalité, JCP 1994, éd. G, I, N° 3780, p. 348; M. REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 2ème éd., Berne 1996, p. 107; E. ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, 2ème éd., Berlin-Heidelberg-New York 1980, p. 34; DE WERRA (cit. n. 1), p. 22.

48 Art. 11 al. 3 LDA.

49 DE WERRA (cit. n. 1), pp. 21 ss.

50 DE WERRA (cit. n. 1), pp. 87 ss; en droit français: A. HUGUET, L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Paris 1962, p. 71; LUCAS/LUCAS (cit. n. 39), p. 304.

51 Art. 11 al. 1 LDA: «L'auteur a le droit exclusif de décider»

52 Dans un tel cas, la cession implicite est une conséquence de la théorie de la finalité.

53 Art. 2 al. 2 CC.

54 Cf. art. 10 al. 1 LDA.

55 DE WERRA (cit. n. 1), p. 91.

l'utilisateur de démontrer l'existence d'un motif annihilant le droit de veto du créateur.

En cas de parodie, l'art. 11 al. 2 LDA est applicable. Le droit à l'intégrité ne disparaît pas entièrement, mais il est restreint à plusieurs égards:

- Toutes les modifications de l'oeuvre ne sont pas interdites: tel est seulement le cas des altérations lésant la personnalité de l'auteur. A notre avis, il faut interpréter cette notion conformément aux art. 27 ss CC: si le législateur utilise ce concept sans le définir dans la LDA, il est censé renvoyer à la réglementation qu'il a posée ailleurs⁵⁶. Toute tentative de dégager une notion autonome nous paraîtrait contraire. La personnalité est donc l'expression des composantes essentielles et des valeurs spirituelles fondamentales de chacun⁵⁷. Elle est déterminée par de multiples facteurs et par la composition de ces facteurs⁵⁸. «La personnalité de l'individu est la somme, l'interaction et le résultat de ses traits de caractère, de ses capacités intellectuelles et de ses sentiments et ce à chaque instant de sa vie»⁵⁹. Elle est spécifique à chaque individu⁶⁰. Même si l'art. 11 al. 2 LDA ne crée pas une notion différente de celle du Code civil, il est donc clair que la situation unique de l'auteur, ses liens affectifs et spirituels avec son oeuvre seront pris en compte pour déterminer l'existence d'une atteinte à la personnalité⁶¹.
- Cette atteinte n'est présumée. Au contraire, c'est à l'auteur de la prouver⁶². Le principe de la pondération des intérêts est alors indiscutablement applicable puisqu'il découle de l'art. 28 al. 2 CC. Un intérêt privé ou public prépondérant pourra exclure l'illicéité de l'atteinte à la personnalité. Dans ce contexte, la liberté d'expression du parodiste sera mise en balance avec le droit à l'honneur de l'auteur parodié, ou simplement avec son intérêt à sauvegarder sa réputation. Le motif justificatif du «consentement de la victime» aura également de l'importance. L'auteur divulgue son oeuvre et, en ce sens, communique avec le public, son

public. Fréquemment, cela devra être interprété comme une acceptation tacite de la critique, justifiant certaines atteintes à la personnalité.

2. Droit de divulgation

Peut-on parodier une oeuvre non encore divulguée? A juste titre, DE WERRA remarque que l'oeuvre préexistante devra jouir d'une certaine notoriété⁶³. Cela est nécessaire pour que le public soit en mesure de percevoir l'effet parodique. Au-delà de cette considération, nous estimons que les intérêts moraux de l'auteur de l'oeuvre reprise devraient de toute manière l'emporter sur la liberté d'expression du parodiste. La réglementation applicable au droit de citation doit en effet être transposée à la liberté de parodie⁶⁴: le premier procède de la même idée que la seconde. L'oeuvre préexistante doit donc déjà avoir été rendue licitement accessible au public pour que l'art. 11 al. 3 LDA soit applicable⁶⁵.

3. Droit à la paternité

Les similitudes existant entre le droit de citation et la liberté de parodie impliqueront également le devoir pour le parodiste d'indiquer sa source et le nom de l'auteur imité s'il y figure. Cela découle en effet des art. 25 al. 2 LDA et 10 al. 3 CBE, lesquels peuvent être appliqués par analogie. Il n'est cependant pas sûr que l'auteur imité ait toujours intérêt à se prévaloir d'une violation de son droit à la paternité: la critique dont il est l'objet lui fera peut-être préférer une certaine discrétion ...

56 Contra: DE WERRA (cit. n. 1), pp. 149-150.

57 P. TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984, pp. 23 ss.

58 M. BADDELEY, *Le Sportif, sujet ou objet?*, Rapport et communication de la Société suisse des juristes, fascicule 2, 1996, pp. 203-204, p. 159.

59 Ibidem.

60 Message, FF 1982 II 682.

61 Dans ce sens: DE WERRA (cit. n. 1), pp. 149-150.

62 Art. 8 CC. Sur cette question, voir BADDELEY (cit. n. 58), pp. 203-204.

63 DE WERRA (cit. n. 1), p. 153.

64 Voir chiffres 2.2 et 3 ci-dessus.

65 Art. 25 LDA, art. 10 al. 1 CBE. Contra: DESSEMONTET (cit. n. 19), note 126, p. 189.

V. La liberté de parodie et les droits patrimoniaux

Le régime des oeuvres dérivées découle de l'art. 3 LDA. En vertu du quatrième alinéa de cette disposition, la protection des oeuvres préexistantes est réservée. De manière générale, cette réserve concerne bien sûr les droits moraux du créateur de l'oeuvre reprise, mais elle vise aussi ses droits patrimoniaux: l'oeuvre dérivée ne pourra pas être exploitée sans son consentement, que ce soit par l'auteur «repre- nant» ou par un tiers⁶⁶.

Formellement, la liberté de parodie ne déroge qu'au droit à l'intégrité: elle est instaurée par l'art. 11 LDA et ne figure pas au nombre des exceptions générales au droit d'auteur prévues par le chapitre 5 de la LDA⁶⁷. Pourtant, elle nécessite aussi certaines restrictions aux droits patrimoniaux de l'art. 10 LDA: à défaut, le parodiste ne pourrait livrer au public le fruit de son travail et la liberté de l'art. 11 al. 3 LDA perdrait son objet. La doctrine admet d'ailleurs, en principe, que le législateur s'est fourvoyé en faisant figurer la disposition consacrant l'exception de parodie au sein de celle régissant le droit à l'intégrité⁶⁸. Elle admet donc que la parodie puisse être utilisée librement, notwithstanding les droits de l'art. 10 LDA, mais elle juge que l'oeuvre parodique ne devra

pas empiéter sur le marché de l'oeuvre parodiée⁶⁹. La sauvegarde des intérêts patrimoniaux de l'auteur serait donc assurée par ce biais: une parodie provoquant un risque de confusion avec l'oeuvre originale ne serait pas acceptable, pas plus que celle portant préjudice à l'exploitation de l'oeuvre parodiée ou ne se distançant pas suffisamment d'elle⁷⁰. Dans le même ordre d'idée, DE WERRA remarque à juste titre que le fondement de la liberté de parodie, la liberté d'expression, ne visent qu'à favoriser les déclarations pour- suivant un intérêt idéal⁷¹. «De cette condition découle l'obligation qui pèse sur l'auteur de la parodie de ne pas porter atteinte à l'exploitation de l'oeuvre parodiée en tirant profit de la renommée de l'oeuvre et de celle de son auteur dans le but de promouvoir une création parasitaire prétendument parodique»⁷².

De prime abord, de tels critères paraissent plus relever du droit de la concurrence déloyale que du droit d'auteur. On rappellera cependant que la ratio legis de l'art. 11 al. 3 LDA autorise certains parallèles entre la liberté de parodie et le droit de citation⁷³. Or, l'exercice de ce dernier n'est possible que s'il est conforme aux bons usages et a lieu dans la mesure justifiée par le but à atteindre⁷⁴. Le juge devra décider de la licéité d'une citation en se conformant aux principes de l'équité et de la proportionnalité⁷⁵. Par ce biais, il tiendra en particulier compte de la mesure dans laquelle la nouvelle oeuvre entre en compétition avec l'ancienne, y fait concurrence⁷⁶. Il nous semble que ces critères pourront aussi être appliqués à la parodie. Cela se justifie d'autant que l'on ne peut faire fi de la systématique et du texte de la loi: l'art. 11 al. 3 LDA ne consacre formellement qu'une exception au droit à l'intégrité et n'autorise d'ailleurs que la création de parodies, au contraire de leurs utilisations. Rien, dans les travaux préparatoires, ne confirme une erreur du législateur à ce sujet⁷⁷. Il en découle à notre avis que le principe des droits patrimoniaux subsiste en faveur de l'auteur de l'oeuvre parodiée. En d'autres termes, il existe deux intérêts juridiquement protégés, celui de l'auteur de l'oeuvre parodiée et celui du parodiste, et le juge doit déterminer lequel prédomine, dans chaque cas particulier, en fon-

66 Art. 3 al. 4 en combinaison avec l'art. 10 LDA.

67 On remarquera d'ailleurs qu'en vertu du texte de l'art. 11 al. 3 LDA, seule est licite l'utilisation d'oeuvres existantes pour la création de parodies ou d'imitations analogues.

68 B. WITTWEILER, Zu den Schrankenbestimmungen im neuen Urheberrechtsgesetz (exkl. Eigengebrauch), in PJA 1994, p. 592; DE WERRA (cit. n. 1), Note 441, p. 147.

69 DESSMONTET (cit. n. 19), p. 191; R. PLATHO, Die Parodie: eine freie Bearbeitung nach § 23 UrhG, GRUR 1992, p. 364; DE WERRA (cit. n. 1), p. 150.

70 Voir DE WERRA (cit. n. 1), pp. 150 - 151 et les auteurs cités.

71 DE WERRA (cit. n. 1), p. 152.

72 Ibidem.

73 Voir ch. 2.2 et 3 ci-dessus.

74 Art. 10 al. 1 CBE.

75 Voir Guide de la Convention de Berne, publication OMPI, N° 10.4 et N° 10.5, p. 66.

La loi suisse subordonne aussi l'exercice du droit de citation au principe de la proportionnalité: «...pour autant que leur emploi en justifie l'étendue» (art. 25 LDA).

76 Guide de la Convention de Berne, Publication OMPI, N° 10.4, p. 66.

77 Message, FF 1989 III 515: «...La satire, c'est-à-dire la représentation burlesque d'une oeuvre existante à des fins de critique ne viole pas les droits exclusifs prévus au premier alinéa» (de l'art. 11 LDA).

tion des règles du droit et de l'équité⁷⁸. Cela conduit à n'admettre une prépondérance de la liberté de parodie qu'après l'avoir mise en balance avec les intérêts patrimoniaux de l'auteur imité.

Il apparaît ainsi que les tribunaux disposent d'une liberté d'appréciation importante, qui devra leur permettre de sauvegarder efficacement ces intérêts patrimoniaux. La prise en compte des aspects concurrentiels n'est qu'un volet d'une cautèle plus générale: la systématique et le texte de la loi, ainsi qu'une application analogique de la réglementation relative au droit de citation, permettront aux juges de faire prévaloir les intérêts de l'auteur imité chaque fois que les «bons usages», c'est-à-dire le sens commun⁷⁹, l'exige ou chaque fois que l'emprunt à l'oeuvre d'origine paraît hors de proportion avec le but du parodiste.

VI. Conclusions

La liberté de la parodie est une liberté bien relative: tout d'abord, la notion

même de parodie n'est pas aussi large qu'il n'y pourrait paraître, notamment en raison de l'exigence de la finalité critique; ensuite, le droit à l'intégrité de l'oeuvre reprise, bien que restreint, ne disparaît pas complètement; enfin, les intérêts patrimoniaux de l'auteur imité devront être pris en compte.

Malgré l'art. 11 al. 3 LDA, il n'est pas rare de voir les parodistes s'assurer du consentement des auteurs imités. Peut-être est-ce dû à un certain sentiment d'injustice, celui de profiter d'un travail existant. A cet égard, on doit souhaiter que la jurisprudence utilise la marge d'appréciation dont elle dispose et sauvegarde efficacement les intérêts patrimoniaux de l'auteur parodié. Cela contribuerait à lever ce sentiment d'injustice, et à mettre en lumière les véritables valeurs sur lesquelles repose la liberté de parodie. Celle-ci acquerrait alors une certaine légitimité, pour le plus grand bien du public, de la libre circulation des idées et finalement de la création, puisque les auteurs de parodie sont parfois de fameux génies. ■

⁷⁸ Art. 4 CC.

⁷⁹ Guide de la Convention de Berne, Publication OMPI, n° 10.4, p.66.