



Essai sur une théorie générale en droit d'auteur

Suhail Haddadin

► To cite this version:

Suhail Haddadin. Essai sur une théorie générale en droit d'auteur. Droit. Université de Poitiers, 2008. Français. <tel-00662382>

HAL Id: tel-00662382

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00662382>

Submitted on 23 Jan 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



ESSAI SUR UNE THEORIE GENERALE EN DROIT D'AUTEUR

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 22 novembre 2008
par

Suhail HADDADIN

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Philippe GAUDRAT

Professeur à l'université de Poitiers

SUFFRAGANTS

Marie CORNU

Directrice de recherche au CNRS (Rapporteur)

Pierre SIRINELLI

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne - Paris I (Rapporteur)

Christian CHÊNE

Professeur à l'Université Paris V – Descartes

Marie-Eugénie LAPORTE-LEGEAIS

Professeur à l'université de Poitiers

*L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

إلى والديّ...

Remerciements

Je souhaite remercier tout d'abord, mon directeur de recherche, le Professeur Philippe Gaudrat, dont les conseils ont été essentiels tout au long de ce travail. Il a su, avec gentillesse et patience, m'aider à effacer les difficultés et les doutes.

Je remercie ensuite monsieur Frédéric Rideau pour ses encouragements et son apport à mon travail dans le domaine historique.

Je remercie enfin l'ensemble des membres du CECOJI pour leur aide et leur soutien amical, et plus particulièrement Dominique Bougerol, Aymeric Couillaud et Alexandre Zollinger pour leurs conseils avisés qui m'ont permis de dénouer certains aspects confus et m'ont procuré une ouverture d'esprit vers des domaines nouveaux.

Sommaire

Introduction	2
Partie I : Les fondements individualistes du droit d’auteur	31
Titre I La finalité du droit d’auteur.....	32
Chapitre I : L’intérêt général en Droit	34
Chapitre II : L’intérêt général en droit d’auteur	69
Titre II : Les sources du droit de l’auteur.....	118
Chapitre I : La thèse utilitariste attribuant une source non-volontariste au droit d’auteur.....	123
Chapitre II : La thèse individualiste attribuant une source volontariste au droit d’auteur.....	164
Partie II : Les structures propriétaires du droit d’auteur	218
Titre I : Les structures du droit moral	220
Chapitre I : La structure éclatée	222
Chapitre II : La structure unitaire.....	254
Titre II : Les structures du droit d’exploitation	297
Chapitre I : La structure stratifiée.....	299
Chapitre II : La structure exclusiviste	341
Conclusion générale	381

Introduction

1. Le temps des créateurs de masse. A une société qui, tout au long du XX^{ème} siècle, a été dominée par des combats idéologiques féroces et parfois meurtriers, a succédé une société fondée sur la recherche du plaisir par l'accumulation des biens de consommation. Dans cette civilisation de l'argent, l'œuvre n'est plus qu'un produit comme les autres, qui se consomme vite, se jette dès usage, et n'existe qu'à travers la publicité. Le fondement même du droit d'auteur, cette propriété sacrée, qui soustrait l'œuvre aux lois normales du marché et aux règles de la concurrence, n'a plus de justification dans un univers où l'œuvre de l'esprit a perdu sa valeur exceptionnelle, son rôle éthique, ses exigences¹. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que le droit d'auteur subisse, à son tour ces dernières années, les attaques les plus vives de toute son histoire. Cela revient à dire que l'humanisme du droit d'auteur français est de plus en plus contesté et la survie du droit d'auteur, en tant que système autonome mais exceptionnel sur le plan juridique, est mis en cause².

En effet, le besoin de culture et d'information s'est largement accru : les progrès de la technologie, l'accès d'un plus large public aux médias ont fait de tous les citoyens des consommateurs d'informations et de culture. Le développement du numérique va multiplier encore l'accès aux connaissances et au divertissement. Ces nouveaux besoins ont attiré de puissants groupes multinationaux. Quel pouvoir les créateurs peuvent-ils conserver face à des « partenaires » aussi puissants ? Leur personnalité s'efface devant celle de l'entreprise qui les emploie. Les œuvres s'élaborent en équipes, suivant des normes strictes d'où sont bannis toute fantaisie et tout « écart » personnels³. La culture de masse a entraîné l'apparition de créateurs de masse qui renoncent le plus souvent à leur droit de paternité, d'intégrité et au contrôle de l'utilisation de leurs œuvres. L'uniformisation des « produits culturels » et la dépendance des auteurs par rapport aux pouvoirs économiques et financiers risquent de s'accélérer avec le développement des nouvelles techniques. Ce n'est évidemment pas le législateur qui empêchera cette évolution. Au contraire, il est prêt à céder aux appétits des

¹ W. R. Cornish, *Authors in Law*, *The Modern Law Review*, Vol. 58, no. 1, Jan. 1995, p. 1.

² A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 3^{ème} éd., 2005, p. 15.

³ J. Seignette, *Challenges to the Creator doctrine, Authorship, copyright ownership and the exploitation of creative works in the Netherlands, Germany and the United States*, Kluwer Law, 1994, pp. 62 et s.

exploitants au nom de l'intérêt, supposé, des consommateurs à accéder à des nouveaux produits culturels.

La question de savoir pourquoi les auteurs devraient bénéficier d'une protection particulière ressurgit alors. En fait, la conception humaniste du droit d'auteur, qui place l'auteur, pris dans sa relation à sa création, au centre du dispositif légal, paraît juste et nécessaire. Puisse-t-elle continuer à convaincre législateur et juristes, afin de défendre longtemps encore les intérêts des individus créateurs⁴ ! Pour pouvoir défendre le système humaniste du droit d'auteur français il faut élaborer une théorie. Ce fut le cas dans l'histoire de cette discipline. A chaque fois qu'on mettait en cause le système de protection du droit d'auteur on élaborait une théorie. Il convient alors de le vérifier.

2. Le temps des créateurs désintéressés. La protection juridique de l'œuvre créatrice de l'individu est très récente. Elle remonte au XVII^{ème} siècle en Angleterre et à la fin du XVIII^{ème} en France. L'antiquité, notamment, ignorait totalement le droit d'auteur. Socrate et Platon s'indignaient contre les Sophistes qui faisaient payer leur enseignement philosophique ; la pensée était selon eux chose trop noble pour être vendue et achetée ainsi que des carottes et des savates. Jusqu'à l'aube de la Révolution ni les écrivains, ni les artistes ne furent protégés par le Droit, alors cependant que se succédaient des époques de féconde création artistique ou littéraire. Cela s'explique, en premier lieu, parce qu'il n'y avait pas à protéger les écrivains, peintres, ou graveurs contre l'édition ou la reproduction abusives de leurs œuvres puisque pendant très longtemps les moyens de reproduction n'existaient pas. C'est la découverte de la diffusion de l'imprimerie qui devait créer le problème en facilitant l'édition des livres, le tirage des gravures, etc. Pour beaucoup, le problème de la protection de la création de l'esprit contre une reproduction abusive n'existait littéralement pas avant le XV^{ème} siècle. En second lieu, les auteurs ne songeaient pas à réclamer cette protection. En 1777, encore, l'avocat-publiciste Linguet reprocha aux véritables intéressés – les gens de lettres – leur insouciance pour leurs droits et leur indifférence quant à un débat qui les touchait plus que personne⁵. Jusqu'au XVIII^{ème} siècle, ceux qui créaient les œuvres de l'esprit étaient soit des amateurs qui ne cherchaient pas là un revenu, mais y voyait une distraction de bon goût, soit des penseurs qui écrivaient pour diffuser leurs idées politiques, philosophiques ou religieuses, tels les auteurs des innombrables pamphlets ou libelles de l'époque des guerres de religion. Ces

⁴ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, Economic*, 2005, Avant propos, p. X.

⁵ Ed. Laboulaye, G.-M. Guiffrey, *La propriété littéraire au XVIII^e siècle: recueil de pièces et de documents publié par le Comité de l'Association pour la défense de la propriété littéraire et artistique, avec une introduction et des notices*, Hachette 1859, pp. 223 et s.

derniers ne se préoccupaient guère d'un gain matériel, ils faisaient acte de partisans⁶. Ainsi on peut dire que sous l'Ancien Régime, deux modèles coexistaient. Dans le premier modèle, l'écrivain jouissait d'une indépendance économique qui lui était assurée par son état ou sa fortune. Ainsi, Ronsard obtint en 1560 un privilège de François 1^{er} pour éditer lui-même ses œuvres⁷. Or, de tels cas étaient malheureusement exceptionnels. De plus, les écrivains étaient contraints de céder leurs privilèges aux imprimeurs et libraires. Le privilège particulier accordé à un auteur ne saurait prévaloir sur le monopole corporatif. Dans le second modèle, l'écrivain, le protégé d'un protecteur qui, contre sa fidélité, lui assurait place et gratifications⁸. C'était le modèle du mécénat. On connaît le poème de Marot où revient comme un leitmotiv : « Princesse au cœur noble et rassis, La fortune, que j'ai suivie, Par force, m'a souvent assis, Au froid giron de triste vie, De m'y asseoir encore me convie. Mais je réponds (comme fasché) : D'être assis je n'ai plus envie, Il n'est que d'être bien couché. »⁹. On sait encore que Beethoven recevait une pension de trois amateurs éclairés¹⁰, que La Bruyère était « de la maison » des princes de Condé et que Lully était musicien d'une princesse dont il était également son cuisinier¹¹.

Dans ces deux modèles, l'homme de lettres ne vivait directement de sa plume : sa profession n'était pas celle d'auteur¹².

3. Le régime de privilèges. L'imprimerie fut introduite en France vers 1470 en France. Très rapidement, les imprimeries se multiplièrent et la nécessité d'une régulation se fit sentir pour que le marché du livre imprimé se consolide, les premiers imprimeurs devant au moins pouvoir compter sur la garantie de retrouver le capital investi dans la publication d'un

⁶ Voltaire attaqua farouchement les auteurs qui réclamaient leurs droits : « Cent auteurs compilent pour avoir du pain, et vingt folliculaires font l'extrait, la critique, l'apologie, la satire de ces compilations, dans l'idée d'avoir du pain aussi, parce qu'ils n'ont point de métier. » Vivre de sa plume – ou tenter de le faire – n'est pas d'un auteur digne de ce nom, mais traduit une naissance obscure, une âme basse, et de petits talents : « Ces pauvres gens se partagent en deux ou trois bandes, et vont à la quête comme des moines mendiants, mais n'ayant point fait de vœux, leur société ne dure que peu de jours ; ils se trahissent comme des prêtres qui courent le même bénéfice, quoiqu'ils n'aient nul bénéfice à espérer. Et cela s'appelle des auteurs ! » Cité par R. Chartier, *Les origines culturelles de la révolution française*, éd. Seuil, 2000, p. 88 ; P. Recht, quant à lui, cite Boileau, qui avait cependant obtenu un privilège pour l'Art Poétique, ironise dans cet ouvrage sur les poètes « qui font d'un art divin un métier mercenaire », *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théorie*, LGDJ, 1969, p. 28.

⁷ M. Waline, *L'individualisme et le Droit*, Domat Montchrestien, 2^{ème} éd., 1949, p. 143 ; aussi le privilège accordé par François 1^{er} à Rabelais en 1545, *RIDA*, III, 1954, p. 108.

⁸ R. Chartier, *Figure de l'auteur*, p. 35 à la p. 57 in *L'ordre des livres, lecteurs, auteurs, bibliothèques en Europe entre XIV^e et XVIII^e siècle*, éd. ALINEA, 1992.

⁹ « Il n'est que d'être bien couché », veut dire couché sur la liste des pensions, V. F. Puaux, *Histoire de la Réformation française*, Paris, éd. M. Lévy, 1859, p. 378.

¹⁰ W.R. Cornish, *Authors in Law, The Modern Law Review*, Vol. 58, no. 1, Jan. 1995, p. 1.

¹¹ M. Waline, *op. cit.*, p. 142.

¹² R. Chartier, *Les origines culturelles de la révolution française*, éd. Seuil, 2000, p. 85.

manuscrit. Bien sûr, les frais relatifs aux premières éditions, notamment la longue restauration de certains vieux manuscrits avant leur impression, impliquaient des risques significatifs mettant en jeu l'existence même de la nouvelle imprimerie. Il était donc nécessaire d'indemniser le libraire-imprimeur et de protéger ses revenus contre l'usurpation d'autrui afin de ne pas aboutir à la déstabilisation prématurée d'un marché encore fragile. Ainsi, très vite, des libraires-imprimeurs, parfois accablés par le manque de rentabilité de leur entreprise après de lourds investissements et un travail évident, sollicitèrent du souverain une protection efficace. Ce fut la justification la plus explicite des premiers privilèges¹³. Ce régime prévoyait la concession par le Roi d'un privilège d'impression, qui empêchait toute personne autre que son titulaire d'imprimer le livre qui en était l'objet. Ce privilège n'était que rarement accordé à l'auteur qui, du reste, ne pouvait en faire usage, sans porter atteinte aux droits de la corporation des libraires et des imprimeurs¹⁴. On peut dire que c'est le libraire qui obtenait le privilège, et il arrivait qu'il l'obtînt parfois contre le gré de l'auteur, ou qu'il l'utilisât sans l'aveu de l'auteur. C'est ainsi que *L'Etourdi* et *Le Dépit amoureux* ont été édités par le libraire lui-même, sans l'assentiment de Molière. Cela donne à penser que le droit de l'auteur sur son œuvre était traité assez cavalièrement.

Il y a pis encore : le privilège d'impression des *Précieuses ridicules* a été accordé en 1660 à un libraire et la pièce a été imprimée par celui-ci contre la volonté formelle de Molière, qui n'a pu que protester vainement. « C'est une chose étrange qu'on imprime les gens malgré eux ! Je ne vois rien de si injuste, et je pardonnerais toute autre violence plutôt que celle-là. [...] Cependant je n'ai pu l'éviter, et je suis tombé dans la disgrâce de voir une copie dérobée de ma pièce entre les mains des libraires, accompagnée d'un privilège obtenu par surprise. J'ai eu beau à crier : O temps ! ô mœurs ! on m'a fait voir une nécessité pour moi d'être imprimé, ou d'avoir un procès ; et le dernier mal est encore pire que le premier. Il faut donc se laisser aller à la destinée, et consentir à une chose qu'on ne laisserait pas de faire sans moi. Mon Dieu ! l'étrange embarras qu'un livre à mettre au jour ; et qu'un auteur est neuf la première fois qu'on l'imprime ! Encore si l'on m'avait donné du temps, j'aurais pu mieux songer à moi, et j'aurais pris toutes les précautions que messieurs les auteurs, à présent mes confrères, ont coutume de prendre en semblables occasions. Outre quelque grand seigneur que j'aurais été prendre malgré lui pour protecteur de mon ouvrage, et dont j'aurais tenté la

¹³ F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, PUAM, 2004, p. 34.

¹⁴ F. Rideau, *op. cit.*, p. 36.

libéralité par une épître dédicatoire bien fleurie, j'aurais tâché de faire une belle et docte préface ; [...] »¹⁵.

La plupart des écrivains étaient soumis à ce système, sans lequel (c'est-à-dire, sans avoir cessé d'être propriétaires de leurs ouvrages) ils ne pouvaient pas devenir « auteur » au sens du terme que lui donne Furetière¹⁶.

Le fait de bénéficier d'un cadre juridique confortant les libraires dans la jouissance exclusive et illimitée des manuscrits qu'ils achetaient aux auteurs, ou de la maîtrise qu'ils conservaient sur des ouvrages anciens appartenant normalement au domaine public, constituait des conditions favorables à une réévaluation progressive des fondements originels de leurs droits exclusifs. Alors que les monopoles sur bon nombre d'œuvres s'établissaient et se renforçaient pour des questions de censure, certains libraires commencèrent ainsi à ne plus considérer uniquement l'exclusivité comme une simple faveur, mais comme une protection devant être accordée automatiquement à la suite de l'achat ou de l'obtention de l'œuvre ; l'unique et nécessaire condition préalable étant en effet d'être le propriétaire du manuscrit à publier (sous réserve que les « formalités » liées à la censure soient accomplies). Il serait néanmoins prématuré d'en déduire l'ébauche ou l'affirmation, dès le début du XVII^{ème} siècle, d'une justification théorique de la nature de leurs droits exclusifs, en particulier fondée sur l'auteur. D'ailleurs, dans la mesure où leurs monopoles n'étaient pas encore véritablement menacés, la nécessité de les justifier en théorie ne se faisait pas pressante : inutile en ce sens d'élaborer une théorie afin de soutenir leurs intérêts¹⁷.

4. La lutte des privilèges et le besoin d'une théorie. A partir de la seconde moitié du XVII^{ème} siècle¹⁸, les privilèges tendent à devenir le régime normal et ordinaire d'exploitation des ouvrages, du moins pour une minorité de libraires parisiens¹⁹. Le règne de Louis XIV marque en effet une étape essentielle dans l'instauration d'un régime absolu et centralisé en matière d'édition, qui se traduit notamment par l'extension et la concentration des droits exclusifs au profit de grands éditeurs de la capitale. Afin de faciliter la surveillance, le Roi

¹⁵ Molière, *Œuvres de Molière: avec des notes de tous les commentateurs*, t. 1^{er}, Paris, 1851, p. 151.

¹⁶ « AUTEUR, en fait de Littérature, se dit de tous qui ont mis en lumière quelque livre. Maintenant on le dit que de ceux qui en ont fait imprimer. », in *Dictionnaire de Furetière*, 1694, (cité par M. Fujiwara, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie, Revue d'histoire littéraire de la France (RHLF)*, 2005, n°1, p. 79 ; V. L. Bently, *Copyright and the death of the Author in Literature and Law, The Modern Law Review*, Vol. 57, 1994, p. 973.

¹⁷ F. Rideau, *op. cit.*, p. 62.

¹⁸ Selon P. Recht, *op. cit.*, p. 28 : « Avec l'édit de 1686 pour réglementer l'imprimerie, le privilège devient une règle générale au lieu d'être l'exception pour les libraires. »

¹⁹ L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, th. Strasbourg III, 1999, p. 206.

n'accordait de privilèges qu'aux Parisiens²⁰. Depuis la deuxième moitié du XVII^{ème}, la politique royale consistait à renouveler indéfiniment les privilèges en faveurs des grands éditeurs de la capitale²¹. Les libraires les moins favorisés par le pouvoir royal, ceux de province surtout, se bornaient à rappeler dans divers mémoires les fondements du privilège et l'injustice découlant de sa prolongation²². Les libraires de province, pour défendre leurs intérêts, invoquaient l'intérêt public et l'utilité de mettre le plus tôt possible les œuvres dans ce que nous appelons aujourd'hui le domaine public²³. En 1725, le Roi décidait alors d'exercer sa souveraineté et d'annuler une partie des prolongations de privilèges²⁴. Les droits d'édition dont les libraires de Paris avaient jouis pendant de très longues années étaient ainsi remis en cause. Par cette décision, l'autorité royale manifestait clairement sa volonté de rétablir un équilibre au sein du commerce des livres en mettant un terme aux faveurs ininterrompues dont certains éditeurs parisiens avaient bénéficiées.

De plus, en 1761, un arrêt du Conseil du Roi avait fort inquiété la communauté parisienne. Les petites-filles de La Fontaine présentèrent une requête au Roi pour obtenir l'autorisation de faire imprimer les œuvres de leur aïeul. Par des Lettres de Chancellerie en date du 29 juin 1761, il la leur avait accordée pour une durée de quinze ans. Grand émoi chez les libraires de Paris, qui presque tous éditaient ces œuvres. Aussi quand les héritiers de La Fontaine présentèrent ces lettres au Syndic des Libraires et Imprimeurs de Paris pour les faire enregistrer, celui-ci s'y refusa en les informant que plusieurs libraires avaient formé opposition à cet enregistrement. Ils se prétendaient à tout jamais propriétaires de ces œuvres. Cependant le conseil, par un arrêt du 14 septembre 1761, déclara nulle leur opposition : puisqu'« aucun Libraire ou Imprimeur n'avait de privilège subsistant pour l'impression des ouvrages du sieur de la Fontaine », il juge qu'ils appartiennent à ses descendantes « naturellement par le droit d'hérédité »²⁵. Cet arrêt provoqua une vive irritation chez les libraires parisiens : ils pensèrent d'abord à ne pas l'exécuter, en refusant l'enregistrement du privilège. Ils finirent par s'incliner, car ils sentaient l'impossibilité de résister à un arrêt au

²⁰ *Ibid.* ; P. Recht, *loc. cit.*

²¹ V. F. Rideau, *op. cit.*, p. 57 : « Ce mouvement s'accroît encore à partir de 1675 et se généralise même sous l'autorité du Chancelier Pontchartrain, à la fin du siècle. L'exclusivité n'était plus de cinq à dix ans, et il n'était pas rare que les continuations de privilèges soient accordées pour des périodes de vingt cinq à cinquante ans. Durées étonnantes, qui profitaient en outre principalement, pour ne pas dire exclusivement, à la librairie parisienne. ».

²² F. Rideau, *op. cit.*, pp. 66 et s.

²³ P. Recht, *op. cit.*, p. 29.

²⁴ V. L. Pfister, *th. préc.*, p. 209 : [...] par un arrêt du 10 avril 1725, jamais invoqué par les historiens du droit d'auteur et pourtant capitale, le conseil du roi décide de mettre fin aux 'abus' et à 'l'avarice de quelques-uns' des libraires qui obtiennent des prolongations de privilèges dans le seul but d'exclure leurs concurrents de l'édition de certains ouvrages. ».

²⁵ Cité par M. Fujiwara, *art. préc.*, p. 83.

Conseil du Roi. Ils cherchèrent alors à le rendre inopérant²⁶. Confrontés à ce revirement de la politique monarchique, les libraires parisiens cherchèrent alors à élaborer une théorie attribuant un droit du créateur sur son œuvre, indépendamment des privilèges royaux. Il s'agit du concept de propriété naturelle. Les libraires parisiens développèrent une argumentation visant à légitimer les droits qu'ils estimaient avoir définitivement acquis et à les rendre opposables à l'autorité royale. Certes, la théorie parisienne représentait une réaction des libraires parisiens contre leurs concurrents provinciaux, mais il importe de souligner qu'elle était, en premier lieu, dirigée contre l'autorité royale elle-même²⁷. En effet, leur objectif était de démontrer que le privilège n'était pas une faveur ou une grâce passagère, dont la durée ainsi que d'autres conditions dépendaient de l'arbitraire royal, mais un droit naturel et perpétuel. Les parisiens avaient besoin d'une théorie apte à mettre la propriété d'un ouvrage littéraire à l'abri du « bon plaisir royal »²⁸. Cependant, loin d'être unanimement admise, la théorie de la propriété naturelle suscita une vive controverse qui, à travers des mémoires, représentations et autres articles, opposa les libraires de la capitale à leurs concurrents de province jusqu'à la réforme de 1777.

5. La théorie provinciale. Dans les mémoires qu'ils adressaient au Roi et aux magistrats de la Librairie en diverses occasions, les libraires de province ne remettaient pas en cause le principe selon lequel l'auteur est propriétaire de son ouvrage. Mais ils conféraient à cette propriété littéraire un sens et une portée susceptibles de servir leurs propres intérêts et de combattre les prétentions de leurs concurrents parisiens. En effet, la théorie provinciale soutient que la propriété de l'auteur se limite aux choses corporelles et plus précisément aux supports matériels de l'œuvre intellectuelle. L'œuvre ne peut jamais faire l'objet d'une propriété indépendante des divers supports sur lesquels elle se trouve reproduite, qu'il s'agisse du manuscrit ou des exemplaires d'une édition. L'ouvrage littéraire n'est la propriété de son auteur que dans la mesure où il ne le divulgue pas et le conserve sous la forme de manuscrit. Mais aussitôt qu'il est mis au jour, il appartient au public et dès lors, il est loisible à tous les libraires de l'imprimer autant de fois qu'il leur plaira. La divulgation de l'œuvre met donc en

²⁶ P. Olgner, *Le droit d'auteur*, t. 1 LGDJ, 1934, p. 94.

²⁷ L. Pfister, *th. préc.*, p. 207.

²⁸ Un argument semblable apparaît ainsi dans l'article « Droit de copie » de L'*Encyclopédie* rédigé par le libraire David, on lit : « [...] ils se fondoient singulièrement sur ce que les souverains mettent un terme à la durée des privilèges qu'ils accordent, et disoient que c'est pour se réserver le droit après que ces privilèges sont expirés, d'en gratifier qui bon leur semble ; mais ils se trompoient, les souverains ne peuvent gratifier personne d'une propriété qu'ils n'ont pas, [...] ». » *Encyclopédie*, t. V (1755), p. 146 a. (Cité par M. Fujiwara, *art. préc.*, p. 85.)

échec le rapport exclusif qui unit originellement l'auteur à son œuvre²⁹. Les représentants des libraires de province estimaient que la difficulté n'est pas de déterminer si un ouvrage appartient à son auteur, mais que la question essentielle est celle de l'étendue de l'exclusivité de ce droit. Il s'agit en effet de décider si cet auteur, lorsqu'il a rendu public son ouvrage, a le droit d'empêcher le public d'en multiplier les copies. Ainsi, la vente ou la publication d'un ouvrage est-elle qualifiée de cession pleine et entière de la jouissance, en faveur du public, laquelle entraîne nécessairement le droit d'imiter ou copier à volonté. Leur conception médiévale de la propriété (i.e. la possession d'une utilité) la confondait avec la possession³⁰, c'est pour cela qu'ils ne la concevaient pas après la divulgation³¹. Dans l'esprit des libraires de province, publication et propriété exclusive de l'œuvre ne pouvaient aller de pair : la divulgation s'opposait au maintien d'une prérogative au profit du propriétaire de l'original, prérogative qui aurait été attachée à cette propriété et qui lui aurait permis d'interdire aux tiers la reproduction de l'œuvre³².

Les porte-parole des libraires provinciaux concevaient la création comme un processus auquel la société contribue largement. Avant d'être le « père » de ses œuvres, le créateur est le « fils » de son temps, d'une éducation, d'une société déterminée et ses productions ne peuvent être considérées comme le fruit de son seul esprit. A l'origine de toute activité intellectuelle, il y a donc une collaboration sociale. Que fait le créateur lorsqu'il divulgue au public le résultat de son activité intellectuelle ? « L'homme de génie qui lui communique ses lumières ne fait que lui restituer en échange, le produit de celles qu'il en a reçues »³³. La communication de l'œuvre est analysée comme la restitution d'une chose produite par l'auteur, en contrepartie de ce que la société lui a donné antérieurement. La production intellectuelle de l'auteur suppose par conséquent un don initial de la société, dont les « lumières », c'est-à-dire les idées, sont l'objet. Cette théorie s'enracine explicitement dans la conception médiévale du savoir considéré comme un don divin que les hommes doivent partager gratuitement³⁴. Les œuvres constituent en quelque sorte des choses communes, appartenant à la communauté des hommes et devant demeurer accessibles à tous. Mais l'auteur pourra retirer un salaire de ses

²⁹ L. Pfister, *th. préc.*, p. 237.

³⁰ V. *Ibid.*, dans la logique provinciale il s'agit d'une « 'propriété de possession, telle qu'elle résulte d'un immeuble, d'une marchandise ou de tel autre effet semblable qui nous appartient proprement et indépendamment.' L'expression 'propriété de possession' est capitale. Dans l'argumentation du libraire lyonnais, elle signifie que la propriété se confond avec la possession physique de la chose. ».

³¹ Sur la nature de la propriété féodale (la saisine) V. *infra* (Partie II, Titre II, Chapitre I).

³² L. Pfister, *th. préc.*, p. 239.

³³ *Mémoire à consulter, pour les Libraires et Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille et Nîmes, concernant les privilèges de librairie et continuation d'iceux*, (cité par L. Pfister, *th. préc.*, p. 245.)

³⁴ L. Pfister, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, RIDA juil. 2005, p. 117 à la p. 127.

travaux. Ce salaire sera le prix payé pour l'achat de son manuscrit mais ne peut en aucun cas prendre la forme d'une réservation exclusive et perpétuelle de l'œuvre, empêchant la multiplication et la diffusion de ses œuvres et soumettant la société à un impôt démesuré. Dès lors qu'il aura obtenu une rétribution pour la divulgation de sa production, le public reprendra ses « droits » et pourra jouir librement de l'œuvre. Ainsi, au prétendu droit exclusif et naturel d'éditer, les libraires de province opposaient les « droits » imprescriptibles du public, dont le représentant était le Roi³⁵.

Comparant de manière traditionnelle le Roi au père des sujets, les libraires de province rappelaient qu'il avait seul le pouvoir d'octroyer ou de révoquer les droits exclusifs d'exploitation des œuvres intellectuelles et que ce pouvoir avait été et devait de nouveau être exercé dans le souci du bien commun du royaume et de la librairie. Fidèle à la conception médiévale de la propriété, les libraires provinciaux considéraient que le monarque avait un domaine éminent sur l'œuvre et qu'il ne transmettait que le domaine utile au sujet privilégié³⁶. En effet, la conception provinciale était une conception plus socialisée, plus limitée, plus utile du droit de propriété : une propriété *ad tempus*³⁷.

Pour les libraires provinciaux, il n'était pas question de remettre en question les privilèges obtenus légitimement, mais de contester ceux dont l'octroi ne reposait sur aucun motif. Surtout, la juste proportion entre les intérêts particuliers et le droit commun commandait que la durée et le domaine des privilèges soient limités. Ce principe impliquait notamment l'interdiction de toute continuation de privilèges, hormis le cas d'une augmentation de l'ouvrage. Dès lors que le privilège était expiré, l'ouvrage devait être de « jouissance commune ». Celle-ci, consécutive à l'expiration d'un privilège, concernait non seulement les œuvres ne bénéficiant plus de la garantie d'un privilège, mais également les ouvrages des auteurs morts. La notion de jouissance commune traduisait la volonté des libraires de province d'instituer un « domaine public »³⁸.

³⁵ L. Pfister, *th. préc.*, p. 249.

³⁶ Sur le rapprochement entre la propriété médiévale et la nature juridique du privilège V. L. Pfister, *th. préc.*, pp. 270 et s. : « Cependant, certains témoignent de la difficulté d'appréhender la nature complexe de cette institution [le privilège]. En effet, tandis que le libraire lyonnais Barret évoque la 'propriété de concession [...] qui est conféré par un privilège', l'avocat Gaultier parle de la 'propriété du privilège' et qualifie le privilège d'« espèce d'usufruit ». L'expression 'propriété du privilège' doit s'entendre de la propriété du droit singulier octroyé par les lettres de chancellerie, droit qui est comparé à un usufruit. Le bénéficiaire d'un privilège serait donc propriétaire d'un usufruit, d'une chose incorporelle. Par conséquent, il importe de noter que, conformément à une grande partie de la doctrine juridique du XVIII^e siècle, les choses incorporelles telle que les droits de l'usufruit, sont ici conçues comme des objets de propriété. ».

³⁷ Sur la durée limitée du domaine utile V. E. Meynial, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisée (domaine directe et domaine utile) du XII^{ème} siècle au XIV^{ème} siècle dans les romanistes, étude de dogmatique juridique, Mélanges Fitting*, t. II, Montpellier 1908, p. 409, à la pp. 418 et 419.

³⁸ L. Pfister, *th. préc.*, p. 279; F. Rideau, *op. cit.*, pp. 66 et s.

6. La théorie parisienne. Les libraires parisiens cherchèrent à développer une théorie juridique dont le but était, d'une part, de transformer les privilèges qu'ils prétendent avoir définitivement acquis par des droits perpétuels, opposables, aussi bien, au souverain qu'à leurs concurrents provinciaux. Leur thèse visait à éviter la transformation des textes, qu'ils avaient jusqu'alors exploités de manière privative en choses communes, accessibles donc à tous les libraires. Pour cela le concours d'un écrivain célèbre n'était pas inutile : ils trouvèrent Diderot³⁹. Le philosophe rédigea, en 1763, *La lettre sur le commerce de la librairie*, apparemment à la demande de Le Breton, alors syndic de la Communauté des libraires parisiens⁴⁰. Ceux-ci, d'ailleurs, ne furent pas satisfaits du travail et réécrivirent le mémoire en le censurant sévèrement avant de le présenter en 1764 sous le titre, *Représentations et Observations en forme de Mémoire sur l'Etat ancien et actuel de la Librairie et particulièrement sur la propriété des privilèges*, ce qui marque bien l'écart entre l'intention de Diderot – plaider pour la « liberté de la presse » – et la préoccupation première des libraires parisiens : défendre leurs intérêts qu'ils jugeaient menacés par la possible suppression des continuations de privilèges⁴¹.

7. La position paradoxale de Diderot. De la demande des libraires de la capitale, découlaient les tensions qui traversent le mémoire de Diderot. Il s'y fait, en effet, le défenseur des privilèges de librairie alors que l'Encyclopédie se montrait généralement hostile aux monopoles commerciaux et manufacturiers⁴², considérés comme des obstacles au libre jeu des lois économiques. Diderot désigne lui-même cette embarrassante contradiction : « Ce serait un paradoxe bien étrange, dans un temps où l'expérience et le bon sens concourent à démontrer que toute entrave est nuisible au commerce, d'avancer qu'il y a que les privilèges qui puissent soutenir la librairie. Cependant rien n'est plus certain, mais ne nous en laissons pas imposer par les mots. »⁴³. En effet, bien que Diderot soit l'avocat zélé des revendications des libraires parisiens, son intérêt s'oppose en réalité au leur : « Il n'est pas d'un homme de mon état de plaider la cause du commerçant contre la postérité de l'auteur, mais il est d'un homme juste de reconnaître la justice et de dire la vérité, même contre son propre intérêt ; ce

³⁹ V. P. Ognier, *Le droit d'auteur*, t. I, LGDJ, 1934, p. 97.

⁴⁰ M. Fujiwara, *art. préc.*, p. 80.

⁴¹ R. Chartier, *Les origines culturelles de la révolution française*, *op. cit.*, p. 81.

⁴² Nombreux sont les commentateurs qui se sont étonnés de ce parti pris par l'écrivain des Lumières, par ex. M.-Cl. Dock, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ 1962, p. 123 ; M. Pellisson, *Les hommes de lettres au XVIII^e siècle*, Genève, 1970, p. 98 (Cité par L. Pfister, *th. préc.*, p. 218, note 36.).

⁴³ Cité par R. Chartier, *Les origines culturelles...*, *op. cit.*, p. 82.

serait peut être le mien de ne pas ôter à mes enfants à qui je laisserai moins encore de fortune que d'illustration, la triste ressource de dépouiller mon libraire, quand je ne serai plus. Mais s'ils ont jamais la bassesse de recourir à l'autorité pour commettre cette injustice, je leur déclare qu'il faut que les sentiments que je leur ai inspirés soient tout à fait éteints dans leurs cœurs, puisqu'ils foulent aux pieds pour l'argent tout ce qu'il y a de sacré dans les lois civiles sur la possession, que je me suis cru et que j'étais apparemment le maître de mes productions bonnes ou mauvaises ; que je les ai librement, volontairement aliénées ; que j'en ai reçu le prix que j'y mettais, et que le quartier de vigne ou l'argent de pré que je serai forcé de distraire encore de l'héritage de mes pères pour fournir à leur éducation, ne leur appartient pas davantage. Qu'ils voient donc le parti à prendre. Il faut ou me déclarer insensé au moment où je transigeais, ou s'accuser de l'injustice la plus criante. »⁴⁴. Dans ces lignes transparaît l'embarras d'un homme de Lettres, et surtout celui d'un père de famille : si Diderot avait pu justifier le droit de l'écrivain, il aurait pu laisser à ses héritiers ce même droit.

8. La stratégie de Diderot. En fait, ce ne sont pas les obligations envers les libraires qui restreignaient sa pensée, mais sa propre idée de l'émancipation de l'auteur à l'égard des contraintes traditionnelles, telles que le mécénat ou le clientélisme et les pensions. Il aspire par ses écrits comme par sa propre expérience, à un statut de propriétaire et de « bon bourgeois »⁴⁵. Cette émancipation implique pour Diderot la professionnalisation de l'activité littéraire⁴⁶, dont la reconnaissance de la propriété littéraire représente l'un des principaux moyens⁴⁷. Pour ce, il lui faut d'abord identifier le privilège à une propriété naturelle, et non à une faveur accordée par le pouvoir royal.

9. La pleine propriété de l'auteur. C'est dans cette perspective que Diderot persiste dans ses idées en annonçant : « En effet quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches, de ses observations ; si les plus belles heures, les plus beaux moments de sa vie ; ses propres pensées, les sentiments de son cœur ; la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point ; celle qui l'immortalise ne lui appartient pas. Quelle comparaison entre l'homme, la substance même de l'homme, son âme, et le champ, le pré,

⁴⁴ Cité par M. Fujiwara, *art. préc.*, pp. 85-86.

⁴⁵ D. Malo, *Diderot et la librairie : l'impensable propriété, Recherche sur Diderot et sur l'Encyclopédie (RDE)*, 1991, n° 10, p. 57 à la pp. 79-80 (cité par L. Pfister, *th. préc.*, p. 227).

⁴⁶ V. R. Chartier, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁷ L. Pfister, *loc cit.*

l'arbre ou la vigne que la nature offrait dans le commencement également à tous et que le particulier ne s'est approprié que par la culture, le premier moyen légitime de possession. »⁴⁸

Dans cette déclaration du « droit d'auteur », Diderot souligne avant tout la qualité métaphysique d'un livre : un ouvrage est, selon lui, la partie la plus intime de l'être. Par conséquent, une œuvre littéraire appartient à un plus haut degré à l'homme que le champ et le pré qu'il s'approprie par la culture. D'essence spirituelle, l'œuvre a la qualité d'être propre à l'esprit de l'auteur⁴⁹. L'œuvre constitue donc un bien éminemment personnel, inhérent à la personne de l'auteur. Ce dernier en est la source de tout comme la source de la propriété de l'œuvre. L'auteur revêt ainsi les qualités de créateur et de propriétaire, la seconde dérivant en quelque sorte de la première. Bien que Diderot n'emploie pas expressément les notions de créateur ou de création, celles-ci apparaissent dans d'autres mémoires commandés par des libraires parisiens⁵⁰. Ainsi, dans un mémoire composé par Linguet en 1774, relatif aux « propriétés » et privilèges exclusifs de la librairie, il insiste également sur la spécificité de l'acquisition de la propriété de l'œuvre de l'esprit en affirmant dans des termes d'une modernité remarquable, que « la composition d'un livre, quel qu'il soit, est une véritable création » ; et que « le manuscrit est une partie de la substance que l'écrivain produit au dehors ». Aussi, n'hésite-t-il pas à affirmer que « s'il y a une propriété sacrée, incontestable, c'est celle d'un auteur sur son ouvrage. »⁵¹.

10. La liberté d'aliéner. Ce que Diderot et les autres porte-parole des libraires de Paris entendent promouvoir c'est la pleine propriété de l'auteur sur son œuvre. Au regard du fondement personnel de la propriété de l'auteur, leur raisonnement consiste à dire que plus une chose appartient à un sujet, plus ce sujet a de pouvoir sur elle, plus il est en droit de l'aliéner. En effet, puisque l'auteur ne peut ordinairement imprimer pour son propre compte, il doit passer par un libraire ; mais le rapport contractuel qui les lie est d'ailleurs la preuve du droit de l'écrivain sur son ouvrage, « la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt pas ». Tout en soulignant la spécificité de la propriété de l'auteur et en lui donnant une dimension métaphysique, Diderot ravale, cependant, l'œuvre en la réifiant pour devenir une chose dans le commerce, une marchandise⁵².

⁴⁸ Cité par M. Fujiwara, *art. préc.*, p. 88.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ L. Pfister, *th. préc.*, pp. 222 et s.

⁵¹ Cité par L. Pfister, *loc. cit.*

⁵² *Ibid.*

11. L'émergence de la « professionnalisation » de l'auteur. La stratégie de Diderot envisage une alliance entre les éditeurs et les auteurs, malgré leur divergence d'intérêts. Il est conscient que cette alliance se noue souvent au détriment des auteurs, surtout lorsqu'ils font leurs premiers pas dans la carrière. Il espère, néanmoins, que l'auteur tire sa subsistance de la « valeur commerçante » de ses productions, donc des traités qu'il passe avec les libraires qui l'éditionnent et des rémunérations qu'il en reçoit. « On ne s'enrichit pas, mais on acquerrait de l'aisance si ces sommes n'étaient pas répandues sur un grand nombre d'années, ne s'évanouissaient pas à mesure qu'on les perçoit et n'étaient pas dissipées, lorsque les années sont venues, les besoins accrus, les yeux éteints et l'esprit usé. Cependant c'est un encouragement ! Et quel est le souverain assez riche pour y suppléer par ses libéralités ? »⁵³. Ainsi, même si le lien ancien qui fait du prince munificent le protecteur des lettres continue à être tenu pour normal, une exigence nouvelle est affirmée, selon laquelle le droit d'auteur nécessite une juste rétribution de son travail d'écriture⁵⁴. Mais pour que ce droit soit reconnu, il faut que soit clairement établie la propriété de l'écrivain sur son manuscrit ; d'où la démarche de Diderot qui fonde la légitimité de cette propriété sur la légitimité de sa cession. De là, aussi, le lien obligé qu'il discerne entre la possibilité pour l'auteur d'obtenir une juste rémunération et l'existence de lois « qui assurent au commerçant la possession tranquille et permanente des ouvrages qu'il acquiert. »⁵⁵.

Il ne faut pas oublier que la prégnance du modèle aristocratique de l'écrivain, bien doté de son état, comme la logique du mécénat, empêchent que se forme un marché littéraire capable d'assurer l'indépendance économique de l'auteur⁵⁶. S'éclairent ainsi et la défense quelque peu paradoxale qu'il fait des privilèges de libraire, et la raison pour laquelle il a accepté de mettre sa plume au service des libraires parisiens (qui, d'ailleurs, ne lui en seront point gré)⁵⁷. Diderot n'exclut pas l'espoir de gagner progressivement une certaine liberté à l'égard des éditeurs eux-mêmes, et ce à raison du succès des œuvres⁵⁸. En effet, à mesure que la demande du public augmente, « le talent change de prix » et l'auteur peut alors faire des

⁵³ Cité par R. Chartier, *Les origines...*, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Cité par R. Chartier, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁵⁶ R. Chartier, *Les origines...*, *op. cit.*, p. 90.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ L. Pfister, *th. préc.*, p. 228. Dans ce sens V. aussi B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, éd. Seuil, 2004, p. 255 : « La théorie de Diderot était aussi une déclaration d'indépendance : l'auteur devenait un partenaire économique qui pouvait discuter d'égale à égal avec les libraires ; il disposait d'une force, d'une légitimité qu'il tirait de sa propriété initiale. Être souverain de son œuvre, être assuré de la toute puissance de son moi, était une façon de dire que l'esprit était, à tout le moins, l'égal de l'argent, et que si le succès venait, il dictait même sa loi. ».

traités avec son libraire « tels qu'il veut ». Pour Diderot, la liberté contractuelle de l'auteur est par conséquent déterminée par la « valeur commerçante » de ses œuvres⁵⁹.

12. L'émergence d'une « sphère privée ». A l'époque médiévale, l'assujettissement des auteurs aux obligations créées par l'appartenance à une clientèle ou par les liens du mécénat allait de pair avec une radicale incommensurabilité de l'œuvre avec les biens économiques⁶⁰. A partir de la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle, les choses s'inversent puisque c'est sur l'idéologie du génie créateur et désintéressé, garant de l'originalité de l'œuvre, que se fonde la possible et nécessaire appréciation monétaire des compositions littéraires, rémunérées comme un travail et soumises aux lois du marché⁶¹. La tentation est très forte de lier étroitement l'auteur et les ressources propres à la publication des textes par la voie de l'imprimerie⁶². En effet, à partir de 1760, les termes mêmes des contrats d'édition changent. Aux clauses anciennes, qui souvent rémunéraient l'auteur par l'octroi d'un certain nombre d'exemplaires de son œuvre, dont il pouvait faire hommage à ses protecteurs (en titre ou potentiel), succède la règle d'une rétribution en argent, qui est le prix payé par le libraire pour l'achat du manuscrit. A l'intérieur du système fondé sur la dépendance de l'activité d'écriture, rendue possible par les revenus d'un état qui n'a rien de littéraire ou soumise aux aléas du patronage, s'esquissent les contours d'un marché littéraire qui dresse sa propre hiérarchie des valeurs et crée les conditions d'une possible indépendance pour les hommes de lettres⁶³. L'analyse de Diderot témoigne donc d'un marché littéraire par lequel l'auteur, nouveau sujet économique et juridique saura se soustraire aux obligations traditionnelles de dépendance et gagner l'indépendance⁶⁴.

13. L'émergence d'une « sphère publique ». Le processus de privatisation qui caractérise les sociétés occidentales entre la fin du Moyen Age et le XVIII^{ème} siècle n'est pas à considérer seulement comme l'indépendance de l'auteur (sa propriété libre du domaine

⁵⁹ Selon le philosophe : « Abolissez ces lois. Rendez la propriété de l'acquéreur incertaine ; et cette police mal entendue retombera en partie sur l'auteur. Quel parti tirerai-je de mon ouvrage, surtout si ma réputation n'est pas faite comme je le suppose, lorsque le libraire craindra qu'un concurrent, sans courir le hasard de l'essai de mon talent, sans risquer les avances d'une première édition, sans m'accorder aucun honoraire, ne jouisse incessamment, au bout de six ans [étant donné ici comme la durée moyenne d'un privilège non prolongé par un renouvellement], plus tôt s'il l'ose, de son acquisition. » (cité par R. Chartier, *Les origines...*, op. cit., p. 87.)

⁶⁰ V. *supra*, n° 2.

⁶¹ R. Chartier, *Figure de l'auteur*, in *L'ordre des livres, Lectures, auteurs, bibliothèques en Europe entre XIV^{ème} et XVIII^{ème} siècle*, ALINEA, 1992, p. 35 à la p. 47.

⁶² V. F. Rideau, op. cit., (Partie II, Chapitre I, Section 2, §I).

⁶³ R. Chartier, *Les origines...*, op. cit., p. 89.

⁶⁴ L. Pfister, *th. préc.*, p. 228.

éminent de l'Etat, et son autonomie de volonté) qui le soustrait aux exigences et à la surveillance de son prince, mais aussi dans l'apparition des instances de consécration qui marquent une première institutionnalisation du mérite littéraire : les salons et les académies, qui brisent avec le modèle encyclopédique de l'humanisme et distinguent le littéraire de l'érudit ; le mécénat, qui substitue la reconnaissance des talents aux obligations du lien de clientèle ; l'émergence d'un public élargi, qui autorise de belles réussites en dehors des suffrages des doctes ou de la cour et qui promet de coquets droits d'auteur⁶⁵. C'est justement cette autonomie conquise qui rend possible et pensable la constitution d'un nouveau « public », construit sur la communication instaurée entre des personnes « privées », libérées des devoirs dus au prince⁶⁶.

14. Le résultat du débat. Une certaine autonomie n'est conquise qu'après la mi-XVIII^{ème} siècle, lorsque l'âpreté des concurrences éditoriales, aiguës par la demande d'un public vorace de lecture, et les ambitions inédites d'auteurs qui ne veulent vivre que de leur plume créent un marché des œuvres qui obéit à ses lois propres et qui rétribue directement, sans le détour des pensions et sinécures, le travail d'écriture. L'un des six arrêts du Conseil du Roi, en date du 30 août 1777, réformant l'administration de la librairie sur certains points essentiels, le reconnaît à sa manière. Le préambule précise que le privilège en librairie est une « grâce fondée en justice » et qui a pour objet, si elle est accordée, au libraire de l'indemniser de ses frais et si, elle est accordée à l'auteur, de récompenser son travail. Il précise encore que le privilège accordé à l'auteur est perpétuel pour lui et ses héritiers tandis que celui accordé au libraire est proportionné au montant de ses avances et à l'importance de son entreprise ; il justifie cette différence en disant que lui accorder un privilège plus longtemps serait « transformer une grâce en une propriété de droit ». Cet arrêt comporte des conséquences d'une importance fondamentale. Il reconnaît explicitement à l'auteur le droit d'éditer et de vendre ses ouvrages. En effet, il y a lieu de noter une différence capitale dans la nature juridique des deux catégories de privilège : celui de l'auteur est perpétuel, celui de l'éditeur est temporaire. Enfin, après la mort de l'auteur, l'ouvrage appartient à ses héritiers ou au domaine public, mais jamais au libraire ou à ses héritiers⁶⁷. Si la théorie parisienne a apporté le concept de perpétuité du privilège d'auteur, la théorie provinciale, quant-à-elle, a intégré le

⁶⁵ R. Chartier, *op. cit.* p. 89.

⁶⁶ R. Chartier, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁷ P. Olagnier, *op.cit.*, p. 106.

concept du domaine public⁶⁸. Les décrets révolutionnaires ne reprendront pas la distinction dans la durée entre le droit de l'auteur et le droit de l'éditeur, mais ils consacreront la propriété des auteurs, tout en affirmant que les ouvrages des auteurs morts sont une « propriété publique »⁶⁹. Le décret des 13-19 janvier 1791, relatif aux spectacles, accorde un délai *post mortem* de cinq années aux héritiers ou cessionnaires. Ce délai, visant le droit de représentation, fut porté à dix ans dès le décret du 30 août 1792, remplacé par la loi du 1^{er} septembre 1793. De son côté, le décret des 19-24 juillet 1793, relatif aux œuvres littéraires, musicales et artistiques, précise que la protection s'achève 10 années après la mort de l'auteur.

Le fait de se trouver en face d'un conflit d'intérêts entre les libraires privilégiés et les non privilégiés incita les juristes et les philosophes à développer deux conceptions strictement opposées du privilège du libraire. Le choix du législateur, en 1777, fut favorable aux auteurs : on limita la durée du privilège du libraire en le réduisant à la vie de l'auteur, mais pour l'auteur on maintint la perpétuité. En 1793, la limitation de la durée du droit sera de dix ans après la mort de l'auteur. Il est à noter que le choix du législateur n'était pas seulement un arbitrage dans un conflit entre deux groupes de libraires, mais également une mesure législative conforme aux « idées nouvelles » qui triomphaient, peu à peu, en France⁷⁰.

Malgré eux, les deux protagonistes ont construit ensemble l'édifice de la théorie du droit d'auteur qui se nourrit perpétuellement de leurs affrontements.

15. Nouvelle confrontation : « nouvelles » théories. Au cours du XIX^{ème} siècle, la durée des droits d'exploitation fut l'objet de plusieurs interventions législatives. En 1810, à la demande de Napoléon⁷¹, un décret a étendu la jouissance du droit de reproduction au profit de la veuve de l'auteur pendant sa vie et à ses enfants pendant vingt ans. Sous la monarchie de Juillet, les deux projets de lois, l'un de 1839, l'autre de 1841, prévoyaient de prolonger la durée des droits respectivement à trente et cinquante ans après la disparition du créateur. La loi des 9-10 avril 1854 maintient la distinction entre les veuves des auteurs, qui jouiront pendant toute leur vie des droits de leurs époux, et les enfants, pour lesquels la protection est portée à 30 ans *post mortem*. Mais, après de longues et riches discussions, ces projets ont été

⁶⁸ S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002, n° 15, p. 9 ; V. cpdt M.-Cl. Dock, *op. cit.*, p. 123 : « Quelques années plus tard, les arrêts de 1777 feront droit au revendication des libraires de province et du même coup feront progresser la notion de propriété littéraire. »

⁶⁹ A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Brulant, LGDJ, 1993, n° 457, p. 593.

⁷⁰ P. Recht, *op. cit.*, p. 46.

⁷¹ Napoléon aurait dit : « la propriété littéraire, une propriété incorporelle, ne peut être perpétuelle et divisée entre les héritiers car le progrès des Lumières serait arrêté. ». (Cité par P. Recht, *op. cit.*, p. 241.)

rejetés. En définitive, il a fallu attendre une loi du 14 juillet 1866 pour qu'un accord se dessine en faveur d'une durée *post mortem auctoris* de cinquante ans⁷². A partir de cette époque, se développa le débat entre les partisans de la perpétuité et ceux d'un droit temporaire, débat dont le point culminant fut atteint dans les années 1860, au moment même où la discussion sur la nature du droit d'auteur battait son plein. Certes, ces réformes n'intéressaient qu'un aspect du régime du droit d'auteur, sa durée, mais les débats qu'elles ont soulevés ont surtout porté sur la nature même du droit d'auteur parce qu'elle a été l'argument principal pour justifier ou pour combattre la prolongation des droits d'auteur. Les deux questions sont évidemment solidaires, car entendre le droit d'auteur comme une application pure et simple de la propriété justifie de lui attribuer un caractère perpétuel⁷³.

16. La théorie socialiste positiviste. Ce premier courant de pensée conteste l'assimilation des droits d'auteur au droit absolu, exclusif et perpétuel de propriété. A l'inverse, ils proposent une théorie des droits relatifs aux œuvres intellectuelles en terme de contrat entre l'auteur et la société, théorie qui peut être qualifiée de sociale et positiviste. Elle est sociale, parce que l'œuvre est envisagée comme le fruit d'une collaboration entre la société, propriétaire d'un fond commun d'idées, et l'auteur, qui en vertu de son travail a droit à une rémunération. Elle est positiviste, parce que la rémunération de l'auteur est conçue comme une dette de la société qu'elle accorde sous la forme d'une concession légale et temporaire du monopole⁷⁴.

17. L'auteur désintéressé. Une première série de critiques est dirigée contre l'appropriation des œuvres. Celle-ci est condamnée parce qu'elle traduit la déplorable invasion du capitalisme et du commerce dans la littérature et les arts. Les tenants de cette thèse refusent de voir dans les œuvres de l'esprit des marchandises⁷⁵. Dans le même sens, ils

⁷² L. Pfister, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, RIDA juil. 2005, p. 117, à la p. 121 et s.

⁷³ A. Stowel, *op. cit.*, n° 458, pp. 596 et s. ; L. Pfister, *th. préc.*, p. 679 : « La durée des droits d'exploitation des œuvres constitue la cause principale des controverses relatives à leur nature et à leur assimilation à la propriété. ».

⁷⁴ L. Pfister, *th. préc.*, p. 506.

⁷⁵ V. par ex. P. Lafargue, *Le socialisme et les intellectuels, Conférence faite à l'Hôtel des Sociétés savantes le vendredi 23 mars 1900, dans la réunion organisé par le Groupe d'Etudiants collectivistes adhérents au P.O.F.*, éd. Les bons caractères, 2004, p. 22 : « Torturés par la passion mercantile, ils ne sont jamais plus satisfaits d'eux-mêmes et de la société que lorsqu'ils parviennent à vendre à un bon prix leur marchandise intellectuelle ; ils en arrivent même à faire un bon prix de vente la mesure de sa valeur. Zola, qui est un des représentants les plus distingués de l'intellectualisme littéraire, estime la valeur artistique d'un roman au nombre d'éditions vendues. Vendre la marchandise intellectuelle est devenu si bien leur absorbante préoccupation que, lorsqu'on leur parle du socialisme, avant de s'enquérir de ses théories, ils demandent si dans la société socialiste le travail intellectuel

estiment que les écrivains et artistes ne doivent pas être guidés par la quête effrénée du gain de l'argent : ils doivent consacrer leur labeur à « élever l'intelligence » du public et les seules récompenses qu'ils sont en droit d'attendre doivent être la gloire et l'honneur. Ainsi, ils refusent la professionnalisation des créateurs pourtant déjà bien avancée au siècle précédent. Ils renouent avec une représentation traditionnelle suivant laquelle la création est, et doit rester, une activité fondamentalement désintéressée⁷⁶. C'est le modèle médiéval, qui voit dans la gloire et l'honneur les seules récompenses auxquelles peuvent prétendre les auteurs.

18. L'œuvre de l'esprit : un produit social. Pour les tenants de la théorie socialiste, l'appropriation des œuvres est contestée parce qu'elle est perçue comme un monopole du savoir, attentatoire à la liberté d'expression. En effet, ne concevant pas la distinction entre les idées et la forme que leur donne l'auteur, les tenants de cette thèse confondent la propriété littéraire et artistique avec l'appropriation des idées qui prive les tiers de leur droit naturel de créer en s'inspirant de ces idées⁷⁷. En fait, une idée ne peut pas être propre à son prétendu inventeur, parce que celui-ci est loin d'être l'auteur unique ; il doit énormément aux travaux de ses devanciers, au fond commun des connaissances acquises et tombées dans le domaine public⁷⁸. En effet, ils prennent pour point de départ que la pensée et les idées constituent un domaine commun donné par Dieu à tous les hommes. Cette affirmation plonge ses racines dans le principe médiéval du dogme selon lequel le savoir serait un don divin⁷⁹. Ce fonds commun des idées sert à l'auteur de source d'inspiration et détermine la part de la communauté dans la production intellectuelle.

sera payé et si pour sa rétribution il sera placé sur le pied d'égalité avec le travail manuel. Imbéciles ! Ils ont les yeux pour ne pas voir que c'est la bourgeoisie capitaliste qui établit cette grossière égalité, que c'est elle qui, pour accroître sa richesse, avilit le travail intellectuel au point de le payer à un prix inférieur au travail manuel. ».

⁷⁶ L. Pfister, *th. préc.*, p. 524 : « A cette critique de la propriété intellectuelle correspond une conception de nature esthétique, mais aussi politique et sociale : l'activité créatrice doit être désintéressée, et l'auteur doit remplir une mission morale. L'œuvre intellectuelle est qualifiée de 'chose non vénale' ; et trop lier l'œuvre à des préoccupations financières, on la dévalorise. ».

⁷⁷ L. Pfister, *art. préc.*, p. 131.

⁷⁸ V. H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 8^e éd., Leipzig, t. II, 1892, p. 164 : « Ici il y a un grand capital créé par toutes les générations précédentes, maintenu en roulement et augmenté sans cesse dans l'instruction publique et privée, et formant un fonds spirituel commun dans lequel chacun peut puiser les éléments, la substance spirituelle pour les formes nouvelles qu'il en fait sortir. Dans cet ordre de production, il est impossible de déterminer ce qu'un auteur a produit de lui-même et ce qu'il doit à la culture sociale, à tous les prédécesseurs, soit dans un certain genre de production, soit à tous ceux qui, de près ou de loin y ont pris une part par des œuvres de science et d'art plus ou moins connexes. »

⁷⁹ V. L. Pfister, *art. préc.*, p. 143 : « Ils partent en effet du postulat que les idées sont communes à tous les hommes. Le postulat est explicitement rattaché au principe médiéval selon lequel le savoir est un don de Dieu que les hommes doivent partager. Ainsi en 1841, lors des débats parlementaires, le député Lestiboudois affirme : 'Le domaine des idées est un domaine commun, ils appartiennent à tous comme l'atmosphère [...] Les idées viennent de Dieu ! Comment seraient-elles la propriété d'un homme ? Elles sont au genre humain. Les propager est un devoir, c'est une mission qui vient d'en haut. ».

19. La dépossession de l'œuvre par la divulgation. D'après cette théorie, maintenir la propriété au-delà de sa divulgation constitue une fiction de droit, une violation de la nature des choses. Cette critique révèle l'impossibilité de penser l'exclusivité à partir d'une conception restreinte de la propriété, comprise comme un droit nécessairement confondu avec la chose matérielle. Selon ses défenseurs, pour pouvoir penser l'exclusivité : « Il faut que l'objet soit à la disposition de la personne, qu'il soit soumis à sa puissance souveraine, de sorte qu'elle soit maîtresse d'en faire ce qu'elle veut. Or rien de pareil ne peut se produire pour les idées [...]. Leur objet n'est pas en nous, il est hors de nous, puisque nous l'apercevons comme éternel, immuable, absolu, toujours infini dans un certain sens. C'est une lumière que nous recevons et qui éclaire notre intelligence ; elle éclaire également toute intelligence qui veut porter ses regards vers elle. »⁸⁰. Partant de cette analyse, les adversaires de la propriété littéraire et artistique ne conçoivent pas que l'auteur conserve un droit de propriété après la publication de son ouvrage. Publication et jouissance se contredisent, preuve supplémentaire que la propriété sur les œuvres est impossible. Ainsi, rappelant que le droit de propriété, « c'est la jouissance privative, égoïste, étroite, individuelle »⁸¹, Calmels écrit qu'« après la publication d'une création intellectuelle, cette jouissance n'est plus possible. »⁸². Les auteurs partageant cette observation envisagent la publication comme une *dépossession* définitive de l'œuvre, un dessaisissement. La communication de l'œuvre est assimilée à une aliénation des droits : par la publication, l'auteur donne de manière irrévocable ses pensées au public qui acquiert de ce fait des droits sur ce contenu intellectuel. Dès lors qu'un individu « s'est emparé » du contenu intellectuel, qu'il en a pris connaissance⁸³, il a le pouvoir d'en faire ce qu'il veut : « Vous m'avez appris que l'opium fait dormir ou que la quinine guérit la fièvre ; pouvez-vous exiger que je ne prenne pas de quinine lorsque la fièvre me fait souffrir ? Non. »⁸⁴. C'est une vision féodale de la propriété littéraire et artistique, comprise comme une possession d'une utilité, qui rejette ainsi l'existence d'un droit de propriété de l'auteur sur l'œuvre qu'il a divulguée.

⁸⁰ A. Boistel, *Philosophie du droit*, t., I Paris, 1899, p. 252.

⁸¹ E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris, 1856, p. 34 (Cité par L. Pfister, *th. préc.*, p. 597.)

⁸² *Ibid.*

⁸³ L. Pfister, *th. préc.*, p. 599.

⁸⁴ A. Boistel, *op. cit.*, p. 253. ; V. P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires*, Bruxelles, 1862, p. 29 : « Que diriez-vous d'un physicien qui, ayant écrit un traité sur la lumière, étant propriétaire par conséquent de ce traité, prétendrait d'avoir acquis toutes les propriétés de la lumière, soutiendrait que son corps opaque est devenu lumineux, rayonnant, transparent, qu'il parcourt soixante-dix mille lieues par seconde, et jouit ainsi d'une sorte d'ubiquité ? Vous diriez que c'est grand dommage, que cet homme est bien savant, mais que malheureusement il est fou. »

20. La loi, source du droit d'auteur. Si la publication est analysée comme une dépossession de l'œuvre, elle est, par contre, à l'origine d'une obligation sociale de rémunérer l'auteur. La communauté a initialement mis le domaine des idées à la disposition du créateur. En exerçant son activité, le créateur a développé ce patrimoine commun, et en publiant son œuvre, il rend au public ce qu'il a puisé mais sous une forme enrichie. En échange, l'auteur a donc droit à une rémunération. En d'autres termes, l'auteur a donné quelque chose au public et peut légitimement en espérer une contrepartie⁸⁵. Cette rémunération prend la forme d'un monopole. L'auteur a droit à un privilège temporaire de vente, la société lui concède un droit exclusif de reproduire les exemplaires et de les vendre. Or, dans la mesure où ils partent du principe que tous les hommes sont naturellement libres de reproduire l'œuvre divulguée, la réservation du droit de reproduction à l'auteur doit être interprétée comme une exception au droit commun⁸⁶. Le droit d'auteur prend ainsi les traits d'un sacrifice temporaire d'une liberté publique, sacrifice qui ne peut être constitué que par la loi⁸⁷. Ainsi, en faisant de la loi la source des droits d'auteur, les partisans de cette thèse justifient les limitations que le législateur peut apporter à ces droits afin de concilier des intérêts qui sont pourtant de nature différente : l'intérêt de la société, d'ordre intellectuel, et l'intérêt de l'auteur, d'ordre patrimonial⁸⁸. Ces deux intérêts sont combinés, d'un côté, en faveur de l'auteur, par la défense de la contrefaçon, et, d'un autre côté, en faveur de la société, par la fixation d'un terme pour le monopole de l'auteur⁸⁹.

C'est pourquoi, assimiler entièrement les droits exclusifs de l'auteur à un droit naturel de propriété conduirait à l'instauration d'un droit discrétionnaire. Cette assimilation ferait par conséquent prévaloir l'égoïsme du propriétaire au détriment de l'équilibre d'intérêts. Par la reconnaissance d'une « propriété », la société serait assujettie au bon vouloir individuel, à l'arbitre d'un propriétaire, alors même que l'œuvre est un bien voué à se répandre et à circuler. En revanche, la loi assure cette harmonie et c'est pour cette raison que les droits

⁸⁵ L. Pfister, *th. préc.*, p. 601.

⁸⁶ L. Pfister, *th. préc.*, pp. 604-605.

⁸⁷ H. Ahrens, *op. cit.*, p. 167 : « Le droit du travail intellectuel représenté dans un objet matériel se résume donc dans un droit de multiplication mécanique à l'exclusion de tous les autres. C'est cette défense vis-à-vis du public qui forme le point capital de toute la question, et cette défense ne constitue pas en elle-même une propriété, mais elle est accordée par l'ordre social eu égard à tous les intérêts, à tous les rapports et à tous les buts essentiels qu'il importe de satisfaire. ».

⁸⁸ M. Xifaras, *La propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 468.

⁸⁹ H. Ahrens, *op. cit.*, p. 168 : « Nous voyons donc qu'on ne peut admettre en aucune manière la transmissibilité héréditaire du droit d'auteur. En l'exigeant, on confond réellement l'ordre spirituel avec l'ordre matériel des biens, et admettre un tel droit, ce serait mettre les plus grandes entraves au perfectionnement social, briser les liens de l'homme avec l'humanité, détruire les obligations de l'individu envers la société qui l'a principalement formé ; ce serait enfin établir des majorats littéraires plus funestes que les majorats féodaux. ».

exclusifs d'exploitation sont interprétés comme une création légale et demeurent soumis à la juridiction du législateur⁹⁰. Ce principe présente des ressemblances certaines avec le système d'impression pratiqué sous l'Ancien Régime, à la différence que le souverain n'est plus le Roi, mais la Nation. Les tenants de cette thèse perpétuent une tradition de pensée qu'ils tentent en quelque sorte de « républicaniser »⁹¹. Le positivisme de la théorie socialiste permet notamment de justifier l'instauration d'une durée limitée des droits assurant qu'à terme les œuvres de l'esprit seront librement accessible au public et qu'elles reviendront à la société qui a contribué à leur création⁹².

21. La théorie libérale. Cependant, la fin du XVIII^{ème} et le début du XIX^{ème} siècle révèlent un phénomène particulier qui surgit avec le renforcement des aspects personnels de l'être humain. L'ère de l'« esthétique du génie », qui naît avec les développements sur le phénomène du génie des penseurs et écrivains du XVIII^{ème} siècle, et qui se répand rapidement dans toute l'Europe, se révèle chez Kant dans son œuvre *Critique de la faculté de juger*⁹³. L'admirateur de Rousseau, pose ici le fondement pour toute une nouvelle attitude concernant les questions de forme et de style. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que ces idées s'insèrent aussi dans la réflexion sur les droits d'auteur⁹⁴. Dans son article *De l'illégitimité de la reproduction des livres* de 1785, Kant se pose comme tâche de définir cette relation particulière entre l'auteur et le moyen par lequel il publie ses idées⁹⁵. La publication se présente dans ce contexte comme le moment qui déclenche toute une série de questions juridiques, et aussi économiques. La réflexion de Kant sur la question *Qu'est ce qu'un livre ?*, en 1797, a certainement révolutionné les approches concernant le livre en tant que marchandise et le droit d'auteur en tant que propriété littéraire⁹⁶. C'est Fichte, admirateur fervent de Kant et de ses œuvres, qui définit que l'œuvre se caractérise par ses éléments de

⁹⁰ V. B. Edelman, *Nature de droit d'auteur et des droits voisins*, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1112. 2000, n° 12 : « Telle est la **première figure du contrat social** : à un public concidéré comme la source de toute inspiration mais incapable de créer lui-même correspond un auteur qui incarnera dans son œuvre toutes ces idées éparées et informelles. En d'autres termes, le public est donateur et l'auteur un donataire avec charges ; il doit lui rendre ce qu'il a reçu, mais sous une forme anoblée et, pour le prix de son effort, il bénéficiera d'un droit temporaire d'exploitation. » (Souligné par l'auteur.).

⁹¹ L. Pfister, *th. préc.*, p. 607.

⁹² L. Pfister, *art. préc.*, p. 151.

⁹³ I. Kant, *Critique de la faculté de juger ; suivi de Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*; et de *Réponse à la question : Qu'est-ce que les lumières ?*, Folio, 1989.

⁹⁴ N. Martin Hübnér, *Les influences philosophiques sur la doctrine du droit d'auteur en Allemagne et en France. Kant, Fichte, Hegel et Schopenhauer*, th. Montpellier I, 2005, n° 12, p. 13.

⁹⁵ I. Kant, *De l'illégitimité de la reproduction des livres*, in *Qu'est ce qu'un livre*, PUF, Paris, 1995, pp. 119-133.

⁹⁶ I. Kant, *Qu'est ce qu'un livre*, in *Qu'est ce qu'un livre*, op. cit., pp. 133-137.

forme dans son essai *Preuve de l'illégitimité de la reproduction*⁹⁷. Cette démarche représente le point de départ de la distinction entre l'idée de l'œuvre et sa forme de présentation. Elle représente le fondement pour la classification de l'empreinte personnelle, de l'originalité que l'objet doit démontrer pour entrer dans les catégories de protection de la propriété littéraire et artistique. Cette pensée perdurera jusqu'au début du XIX^{ème} siècle et continuera à jouer un rôle prépondérant pour les développements philosophiques en matière de droit d'auteur. Hegel, convaincu de l'existence d'un esprit universel qui se révèle dans l'idée, contribuera à la notion de la propriété littéraire et artistique par ses explications concernant la possibilité de l'appropriation de l'idée⁹⁸. Hegel évoque le propre de l'auteur ou encore l'empreinte personnelle sur l'œuvre. La réflexion de Hegel poursuit l'idée d'une distinction entre une « sphère intérieure » et une « sphère extérieure ». L'idée doit effectuer le passage de ces sphères pour devenir une forme et ensuite l'objet d'une propriété⁹⁹.

22. La personnalisation de l'objet de la propriété. En opposition au mouvement socialiste positiviste, qui essaye de renforcer l'idée d'un contrat social entre l'auteur et la société, les partisans de l'école libérale tendent à sacraliser la personne de l'auteur et le produit de son esprit¹⁰⁰. Pour ce faire, ils se sont beaucoup inspirés des idées de Kant, Fichte et Hegel pour développer leur théorie libérale de la propriété littéraire et artistique. Les partisans de cette propriété, au XIX^{ème} siècle, insistent sur sa nature personnelle car ils sont convaincus que l'œuvre de l'esprit est un bien particulier en ce qu'il porte l'empreinte de la personnalité de son auteur. Tout en accentuant l'individualisme du droit d'auteur, les partisans de la théorie libérale s'emploient à montrer que le droit d'auteur ne constitue un monopole des idées entravant et portant atteinte à la liberté d'expression et de création. Tous concèdent à leurs adversaires que les idées sont et doivent rester communes à tous. En revanche, ils leur reprochent de confondre les idées, les thèmes, les sujets avec la forme que chaque créateur est en mesure de leur donner. Par exemple Boistel, nous explique que la doctrine de son époque était divisée en deux positions : « 1^oles idées ne sont pas susceptibles d'appropriation individuelle ; 2^ola disposition et la forme donnée aux idées peuvent faire l'objet d'une

⁹⁷ J. Gottlieb Fichte, *Preuve de l'illégitimité de la reproduction*, in *Qu'est ce qu'un livre*, op. cit., pp. 155-172.

⁹⁸ N. Martin Hübner, *th. préc.*, n° 14, p. 14.

⁹⁹ Sur cette question V. M. Xifaras, « *L'individualisme possessif, spéculatif (et néanmoins romain) de Hegel* », in *Hegel, penseur du droit*, (sous la direction de) J.-F. Kervégan et G. Marmasse, Paris (éd. CNRS) 2003, pp. 63-79. ; V. *infra* (Partie I, Titre I, Chapitre II, Section 2, §2.).

¹⁰⁰ N. Martin Hübner, *th. préc.*, n° 266, pp. 317-318.

propriété véritable. »¹⁰¹. Dans ses développements, il affirme que la propriété littéraire et artistique ne revendique que la forme, parce que seule la forme peut être privativement réservée au créateur parce qu'elle seule est susceptible de porter l'empreinte de la personnalité du créateur¹⁰².

En effet, Gastambide¹⁰³, Pouillet et d'autres s'efforcent d'établir d'une manière efficace et incontestable l'appartenance de l'œuvre à son créateur¹⁰⁴ : c'est pourquoi ils érigent la personne en fondement *iusnaturaliste* de la propriété littéraire et artistique. Ainsi Pouillet déclare-t-il : « Nous reconnaissons même que la propriété a ici quelque chose de plus certain, de plus indéniable ; car, dans son origine ordinaire, la propriété consiste dans l'appropriation d'une chose déjà existante sous la forme où le possesseur se l'approprie, tandis qu'ici elle consiste dans une création, c'est dans la production d'une chose qui n'existait pas auparavant et qui est tellement personnelle à l'auteur qu'elle forme comme une partie de lui-même »¹⁰⁵.

23. La propriété de l'œuvre après la divulgation. Certes les défenseurs de la théorie libérale ont critiqué violemment l'assimilation des droits d'auteur à des privilèges concédés par le législateur au nom du public, mais l'apport essentiel de leurs réflexions réside, en fait, ailleurs. Prêtant attention non seulement aux intérêts pécuniaires des auteurs mais aussi à leurs intérêts intellectuels et personnels, nombre de penseurs favorables à la propriété artistique soutiennent que ni la publication, ni même la cession des droits et la mort de l'auteur n'éteignent l'appartenance de l'œuvre à son créateur¹⁰⁶. Les partisans de la propriété littéraire et artistique restent fidèles à ce qui constitue la pierre angulaire de leur construction : le droit de propriété de l'auteur sur l'œuvre. Qu'il l'ait offerte au public ou qu'il ait cédé son droit d'exploitation à un éditeur, le créateur « en reste toujours le souverain comme il en est le père avec un pouvoir permanent sur elles »¹⁰⁷. Il est « maître » de sa création même après l'avoir

¹⁰¹ E. Pouillet, Ch. Claro, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, 3e éd., 1908 ; A. Boistel, *op. cit.*, p. 352 et s.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 256.

¹⁰³ J.-A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Cosse et Marchal, 1862, pp. 82-83 : « Voici un manuscrit : il y a dans ce manuscrit deux choses : une création intellectuelle et un objet mobilier. La création intellectuelle, ou la pensée, est évidemment la propriété de l'auteur au même titre que le pourrait être un champ ou un fragment de matière ; car il l'a faite sienne par l'occupation et le travail, il en a fait une chose à forme précise et déterminée ; enfin, il peut en user d'une manière absolue, même l'anéantir. Or, ce sont là tous les caractères de la propriété ordinaire. ».

¹⁰⁴ A. Boistel, *op. cit.*, p. 352.

¹⁰⁵ E. Pouillet, Ch. Claro, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁶ L. Pfister, *art. préc.*, p. 165.

¹⁰⁷ G. Bressolles, *De la propriété littéraire, Rapport présenté à l'Académie de législation de Toulouse*, Toulouse, 1862, p. 19 (Cité par L. Pfister, *th. préc.*, p. 620).

donné au public¹⁰⁸. Souverain, père, maître : ces trois termes désignent manifestement la notion de *dominus*, telle qu'elle était comprise en droit romain¹⁰⁹. Pour eux, seul l'auteur peut véritablement être le maître de ses œuvres. A lui seul appartient la qualité de *dominus*¹¹⁰. Tout en affirmant la propriété de l'auteur sur son œuvre, ils restent fidèles à l'idée qu'elle constitue une propriété marquée de l'empreinte de la personnalité, puisqu'ils prennent en considération le fait que son édition et sa publication exposent la personne même de son auteur à d'éventuels préjudices. Aussi afin de lui garantir la protection de ses intérêts moraux, certains n'hésitent pas à affirmer, au mépris du principe d'aliénabilité des droits d'auteur posé par le législateur révolutionnaire, que le créateur a un droit de propriété inaliénable sur sa création¹¹¹.

24. La qualification juridique de la cession du droit d'exploitation. Ces affirmations sont complétées par des solutions techniques. L'une d'elle consiste à distinguer le contrat de vente et à l'analyser comme une simple modification de propriété de l'auteur : la constitution d'un usufruit au profit de l'éditeur. Formulée en Allemagne dès la fin du XVIII^{ème} par Kant et Fichte, cette interprétation est inaugurée en France par Pardessus dans la première moitié du XIX^{ème} siècle. Selon lui, l'éditeur qui a acquis les droits d'exploitation n'est qu'un usufruitier et le droit de disposer de l'ouvrage reste attaché au créateur. Par conséquent, en vertu de l'article 578 du Code civil, l'éditeur doit « jouir en conservant la substance de la chose »¹¹². Cela veut dire qu'il n'a pas le droit de modifier l'œuvre, de l'augmenter, de la réduire et encore moins de la détruire. Les obligations de l'éditeur laissent entrevoir les contours du droit moral de l'auteur qui sera progressivement reconnu à partir de la fin du XIX^{ème} siècle.

25. La perpétuité du droit d'auteur. Qu'en est-il après la mort de l'auteur ? Les objections de leurs adversaires ont fait prendre conscience à certains partisans de la propriété littéraire et artistique que le travail ne permet pas de justifier efficacement la transmission du

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ V. *infra* (Partie II, Titre I, Chapitre II, Section 1, §1., B.).

¹¹⁰ V. dans ce sens A. Boistel, *op. cit.*, p. 260 : « [...] l'acheteur d'un exemplaire ne saurait prétendre avoir sur l'œuvre aucun droit de disposition. Il en résulte évidemment que l'auteur gardera ce droit à lui seul, puisque certainement il n'entend pas céder à l'acheteur plus que celui-ci ne demande et n'entend recevoir. Le même raisonnement pourrait être reproduit pour tous les acheteurs successifs, avec cette observation en plus que le fait de la vente antérieure des premiers exemplaires rend pour eux encore plus impossible la croyance à l'acquisition d'un droit de disposition sur l'œuvre tout entière. Or le public, n'étant que la somme de tous les acheteurs, ne saurait avoir plus de droit qu'eux. Donc le droit de disposition reste à l'auteur, malgré la publication de son œuvre. » (Souligné par nous.)

¹¹¹ L. Pfister, *art. préc.*, p. 171.

¹¹² J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, Paris 1814, n° 310, partie III, titre I, chap. V, cité par M. Xifaras, *La propriété étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 426, note 3.

droit d'auteur. C'est pourquoi ils fondent de nouveau leur argumentation sur la personne de l'auteur. Comme l'œuvre elle-même, la famille et les héritiers du créateur forment le prolongement de sa personne et, à ce titre, ils peuvent légitimement succéder à la propriété¹¹³. Cela étant, la justification de la transmission des droits aux héritiers n'emporte pas une adhésion systématique au principe de la perpétuité de la propriété littéraire et artistique. Certes, plusieurs économistes libéraux plaident en sa faveur, mais plus nombreux sont ceux qui prennent en considération l'intérêt du public à accéder aux œuvres de l'esprit, et admettent que la durée de cette concession faite à leurs adversaires et qui a permis d'établir un compromis en 1866 en faveur d'une durée légale de cinquante ans, ne signifie pas qu'ils renient l'essentiel de leur théorie¹¹⁴. En effet, selon Boistel, « il faut nécessairement distinguer entre le droit de disposition intellectuelle et le droit aux profits pécuniaires. Le droit de disposition intellectuelle doit être considéré comme essentiellement propre et inhérent à la personne de l'auteur lui-même. [...] C'est son œuvre, c'est sa vie, c'est son âme et sa personne tout entière qu'il a mises ! Qu'aucun homme n'ose y porter la main ! C'est par cette œuvre qu'il a voulu se survivre à lui-même, qu'il a voulu se perpétuer dans le souvenir de la postérité. »¹¹⁵. C'est pour cela qu'il convient de permettre aux héritiers « d'agir en justice contre ceux qui la dénatureraient dans leurs publications ou qui ne respecteraient pas les volontés exprimées par l'auteur. L'intégrité de l'œuvre, le respect des intentions de l'auteur sont, comme on vient de le voir, un droit absolu pour lui, et, lorsqu'il n'est plus là pour veiller à la conservation de ses droits, il faut bien que ses représentants puissent y pourvoir à sa place. Ils auraient le droit de faire prononcer de ce chef des condamnations pécuniaires à leur profit, puisque c'est la seule sanction possible pour les droits réclamés. De même l'atteinte portée à l'honneur du défunt, qui est devenu le leur après sa disparition. »¹¹⁶.

26. La conception française du droit d'auteur. On ne peut manquer de noter que grâce à ce débat le droit d'auteur venait de connaître une avancée notable, puisqu'il allait inspirer l'abondante jurisprudence qui devait, dès la fin du XIX^{ème} siècle, consacrer la dimension *iusnaturaliste* et humaniste du droit d'auteur, prémisse d'un droit moral à venir, d'une part, et conduite à l'élaboration de la théorie dualiste du droit d'auteur, d'autre part. Celle-ci consacra

¹¹³ V. A. Boistel, *op. cit.*, p. 263 : « Si le droit de succéder existe pour toute propriété en général, et si l'auteur a, comme nous pensons l'avoir démontré, une véritable propriété, il n'y a pas de raison *a priori* pour qu'il ne le transmette pas à ses héritiers. Ceci me paraît un point de départ incontestable, et toutes les attaques que l'on a dirigées contre le droit de succession appliqué aux œuvres littéraires et artistiques, me semblent repoussées par ce simple raisonnement. »

¹¹⁴ L. Pfister, *art. préc.*, p. 175.

¹¹⁵ A. Boistel, *op. cit.*, p. 264.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 265.

la perpétuité du droit moral tout en conservant le domaine public par la durée limitée du droit d'exploitation. Ce sont ces principes qui ont inspiré la loi de 1957. L'exposé des motifs de son projet résume bien l'esprit dans lequel a été élaborée cette loi : « codifier la jurisprudence qui s'est créée depuis un siècle et demi en matière de droit d'auteur et fixer en un texte définitif le dernier état de la doctrine française en ce domaine ; répondre également au besoin qu'ont éprouvé les créateurs intellectuels d'être protégés [...] »¹¹⁷. Malgré quelques imperfections et certaines maladresses de rédaction que l'on ne saurait nier, la loi de 1957 est une grande œuvre qui traduit une conception spécifiquement continentale, et plus précisément, française du droit d'auteur. Elle présente ainsi une réelle originalité. Elle se caractérise notamment par la place centrale qui est donnée à l'individu créateur dans son dispositif.

27. La théorie générale du droit d'auteur et ses deux pôles de réalité. Les deux débats qui ont animé l'histoire du droit d'auteur se concentrent sur deux questions principales. La première est celle de savoir quel rapport entretient l'auteur avec son œuvre. La thèse provinciale et la thèse socialiste partagent, à ce titre, la même vision selon laquelle le travail intellectuel de l'auteur constitue une activité comparable à un service et s'inscrit précisément dans le cadre d'une collaboration avec la société. Tandis que la thèse parisienne et la thèse libérale conçoivent l'œuvre comme le produit de la personnalité de l'auteur. La deuxième question est de savoir si l'auteur est capable de rester maître de sa création après la divulgation de son œuvre. Pour les tenants de la thèse provinciale et de la thèse socialiste, maintenir la propriété de l'œuvre au-delà de sa divulgation constitue une « fiction de droit », une violation de la « nature des choses ». La communauté (ou Dieu selon la thèse provinciale) a initialement mis le domaine des idées à la disposition du créateur et en exerçant son activité, le créateur a développé ce patrimoine commun, et en publiant son œuvre, il rend au public ce qu'il a puisé mais sous une forme enrichie. Cela veut dire que la divulgation est perçue comme une dépossession de l'œuvre au profit de la société, et seule la loi (ou le Roi selon la thèse provinciale) peut créer un privilège ou constituer un monopole d'exploitation en limitant la liberté naturelle de reproduire l'œuvre. A l'inverse, la thèse parisienne et la thèse libérale insistent sur le fait que l'auteur reste, malgré la divulgation de son œuvre, le maître de celle-ci et qu'il constitue la source de sa propriété.

En effet, si dans l'histoire de la discipline on peut facilement repérer ces deux pôles de réalité du droit d'auteur, la doctrine moderne est beaucoup moins cohérente. Ainsi on peut

¹¹⁷ Cité par F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 31, p. 24

constater que certains membres de la doctrine, tout en soutenant l'épuisement du droit de divulgation, affirment que celle-ci est la source des droits patrimoniaux¹¹⁸. Mieux encore, on peut trouver que d'autres membres de la doctrine qui n'adoptent pas la théorie de l'épuisement du droit de divulgation soutiennent que c'est la création qui est la source des droits patrimoniaux¹¹⁹. Autrement dit, il est impossible dans l'état actuel de la doctrine de s'inscrire dans la continuité des deux débats qui ont construit la théorie générale du droit d'auteur. Que faire ? La solution est alors de dépasser cette réalité doctrinale en créant « artificiellement » deux pôles de réalité propres au droit d'auteur pour mieux comprendre ce système extrêmement compliqué. D'ailleurs, l'objectif de cette étude n'est pas de dresser un tableau de l'état actuel de la doctrine du droit d'auteur mais celui de la théorie générale de cette discipline.

Ce qui peut justifier une telle démarche « manichéenne » est le fait que la doctrine elle-même nous présente deux régimes de protection du droit d'auteur : le droit d'auteur et le *copyright*. Les gentils contre les méchants alors ? Absolument pas. En effet, chacun de ces régimes de protection, que ce soit le droit d'auteur ou le *copyright*, est non seulement cohérent avec le système juridique qui l'accueille, et donc avec sa propre définition de l'intérêt général, mais mieux encore, avec ses propres principes. Ainsi, sur la question des sources de ces deux régimes, il conviendra d'exposer qu'il serait impossible de soutenir que le droit de divulgation s'épuise tout en affirmant que ce dernier soit la source des droits patrimoniaux. De la même façon, nous allons démontrer qu'il serait impossible de soutenir que la création est la source des droits patrimoniaux.

Soit on soutient que le droit de divulgation ne s'épuise pas et qu'il est la source des droits patrimoniaux - autrement dit : on adopte entièrement la conception humaniste du droit d'auteur - ; soit on retient que le droit de divulgation se réduit à un « *right of disclosure* » et que le droit moral, s'il existe, n'a aucune emprise par la suite sur les droits patrimoniaux. En conséquence, ceux-ci ont comme source l'Etat. On adopte entièrement, en ce cas, la vision utilitariste du *copyright*. En effet, le droit d'auteur se présente comme un Rubicube réussi, chacune de ses composantes correspond à la couleur d'un côté. On ne peut toucher à un côté sans en modifier l'autre. Ainsi, pour pouvoir soutenir que la divulgation s'épuise dès la première communication au public, il faut partir du principe que l'œuvre se réduit à une

¹¹⁸ V. par ex. V.-L. Benabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

¹¹⁹ V. par ex. H. Mazeaud, *Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence*, D. 1959, p. 133 ; J.-R. Renauld, *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Bruxelles, Larcier, 1955.

information¹²⁰. Ceci conduit à nier implicitement l'originalité de l'œuvre entendue comme empreinte de la personnalité, ce qui a pour conséquence d'altérer et la finalité du droit d'auteur, et sa source. Ces deux fondements du droit d'auteur vont aboutir à deux constructions propriétaires de celui-ci.

La structure utilitariste qui s'inscrit dans la continuité de la thèse provinciale et la thèse socialiste va s'inspirer du modèle féodal de la propriété. Selon ce modèle, la propriété n'a pas pour objet la chose elle-même mais l'utilité de celle-ci. En ce sens, la propriété et la chose ne se confondent pas : la propriété est alors incorporelle. En effet, la propriété a pour objet l'utilité de la chose, plutôt que la chose elle-même. Et à l'époque féodale elle était divisée entre domaine éminent et domaine utile. Cette propriété ne connaît ni la *summa divisio* entre droit réel et droit personnel, ni la *summa divisio* entre droit privé et droit public. De plus, elle permet la coexistence de plusieurs propriétés sur la même chose. La structure utilitariste du droit d'auteur s'inspire de ce modèle propriétaire : l'œuvre de l'esprit dès sa divulgation appartient à la collectivité ; en contrepartie la collectivité accorde à l'auteur un monopole sur certaines utilités bien déterminées. Dès lors la collectivité est considérée comme titulaire du domaine éminent et l'auteur du domaine utile.

La deuxième structure, quant à elle, s'inspire du modèle exclusiviste romain de la propriété. Celui-ci embrasse toutes les utilités de la chose, et ne tolère aucune autre propriété sur la chose en raison de son *abusus*. C'est en cela que l'*abusus* est considéré comme l'élément principal. Or, en matière de propriété littéraire et artistique, l'élément qui joue ce rôle pourrait bien être le droit moral ; mais seulement dans sa structure unitaire. La question est alors de savoir de quelle manière l'auteur pourrait s'approprier la totalité des utilités de l'œuvre. En effet, selon la conception individualiste de la propriété littéraire et artistique, l'œuvre de l'esprit est une forme originale. Celle-ci ne se développe pleinement que dans la communication entre auteur et amateur. La communication et la forme sont les deux faces d'une seule et même chose. Toujours selon sa structure individualiste, le droit d'exploitation couvre de manière exclusive toutes les communications d'une œuvre. L'auteur se voit bien reconnaître un droit de propriété exclusive qui couvre l'œuvre dans toutes ses utilités.

Ainsi, cette étude se propose de démontrer l'intime relation entre la conception humaniste du droit d'auteur et le système juridique français caractérisé par sa rupture avec la propriété féodale et sa distinction élaborée entre sphère publique et sphère privée. Pour atteindre cet objectif, il nous faudra, dans une première partie, lier le fondement du droit

¹²⁰ V. *infra* n° 140 ; n° 160 et s.

d'auteur à la définition de l'intérêt général, tandis que la seconde partie s'efforcera de mettre en évidence la qualification « réelle » du droit d'auteur.

L'*Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, que nous allons entreprendre sur ces bases, sondera, par conséquent, dans un premier temps les fondements individualistes du droit d'auteur (**Partie I**) avant de s'attacher à mettre en évidence les diverses structures propriétaires du droit d'auteur (**Partie II**).

Partie I : Les fondements individualistes du droit d'auteur

28. Plan. Pour Renouard : « C'est entreprendre une redoutable analyse, que d'essayer de montrer à découvert les fondements sur lesquels s'appuie ce grand droit de propriété, l'une des voutes de l'édifice social. Il n'est aucune question plus ardue ni plus haute dans la philosophie du droit »¹²¹. Elle est ainsi, parce que la recherche du fondement individualiste du droit d'auteur nécessite l'empreinte des outils d'analyse à d'autres disciplines que le droit. C'est vers la philosophie, la théorie du droit, et l'histoire des idées, qu'il faut se tourner pour distinguer dans la naissance du droit d'auteur ce qui en a constitué la finalité (**Titre I**) et la source (**Titre II**).

¹²¹ A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux arts*, 2 vol., Paris, 1838-1839, t. I, p. 441.

Titre I La finalité du droit d'auteur

29. La présentation classique du conflit d'intérêts. Quel intérêt cette branche du droit privé, nommé « droit d'auteur », veut-elle satisfaire ? Y a-t-il un intérêt qui, de sa nature, soit « général » et par conséquent différent des intérêts des créateurs ? La seule approximation à ce sujet est cette idée assez souvent émise que l'intérêt général n'est que la somme des intérêts particuliers, et que le droit d'auteur ne devrait plus prendre exclusivement en compte les intérêts des seuls créateurs, mais doit également, prendre en considération l'intérêt du public¹²². L'intérêt général et l'intérêt de l'auteur sont ainsi présentés comme étant antagonistes¹²³. Si l'on suit cette voie d'analyse de l'intérêt général, celui-ci ne tarde pas à apparaître bien plus complexe qu'on ne croyait ; cet argument dont on abuse si souvent s'évanouit assez vite. En fait, la notion d'intérêt général, et l'idée même d'une propriété littéraire et artistique sont nées ensemble au XVIII^{ème}, c'est-à-dire, le siècle des Lumières et du Contrat social. Comment est-il possible que l'intérêt général et la propriété littéraire et artistique, ces deux institutions émergentes de la même idéologie individualiste, soient-ils, alors, antagonistes ?

30. La nécessité de définir l'intérêt général en droit privé. Réductrice, cette présentation du rapport qu'entretient le droit d'auteur avec l'intérêt général. Non seulement elle ne prend pas en considération la subtilité de leurs rapports et la complexité de la réalité, mais pis encore : elle ne définit pas l'intérêt général. En fait si les réflexions menées sur la notion d'intérêt général foisonnent en science politique ou administrative et en droit public¹²⁴,

¹²² V. Ch. Caron, *Le droit d'auteur*, Litec, 2006, n° 4, pp. 3-4 : « Bien évidemment, il s'agit de protéger les auteurs et notamment de les récompenser tout en les encourageant. C'est la cause immédiate qui saute aux yeux. Mais elle est néanmoins réductrice car le droit d'auteur a aussi pour finalité de protéger les exploitants, commerçants, investisseurs et autres entreprises. Cette dimension ne doit pas être ignorée, d'autant plus qu'elle n'est plus qu'elle n'est pas contradictoire avec la précédente, sauf à adopter une vision Enfin, l'utilisateur final, que l'on pourra dénommer, au choix, public, utilisateur, consommateur, internaute, etc., ne doit pas non plus être ignoré : si on protège les œuvres, les créateurs et ceux qui les financent, c'est pour qu'un public puisse y avoir accès car, sinon, ces protections n'auraient pas de sens. »

¹²³ *Ibid.* : « Or, toutes les législations de droit d'auteur, de tous les pays et toutes les époques, sont une subtile conciliation de cette relation triangulaire dans laquelle figurent les auteurs, les exploitants et le public. » (Souligné par nous).

¹²⁴ Le professeur Truchet expose que, même en droit administratif français, où il constitue une référence incontournable, il n'apparaît guère possible de trouver une définition précise de l'intérêt général, que ce soit à l'aide de sources textuelles ou doctrinales, D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, Paris, 1977, p. 27 ; Et selon D. Villey la notion d'intérêt général est une notion « inconsistante », et même « philosophiquement contestable », voire « politiquement dangereuse »,

le droit privé fait à son égard figure de parent pauvre¹²⁵. L'intérêt général, spécialement en matière de droit d'auteur, est abordé de manière incidente, mais n'est jamais conçu comme un principe fondateur du droit privé et encore moins l'objet d'une définition¹²⁶.

31. Plan. Le droit d'auteur n'est qu'un fragment du droit tout entier. Et pour le droit tout entier se pose aussi la question de la finalité, qui domine tous les autres domaines juridiques, et qui intéresse l'ordre social dans tous ses éléments : quel est l'intérêt général poursuivi par le Droit ? Nous aboutissons ainsi tout naturellement « au problème le plus élevé de la philosophie sociale » selon l'expression de Roubier¹²⁷, qui consiste à harmoniser l'ensemble des intérêts par la recherche d'une fin supérieure de l'ordre social (**Chapitre I**). Ensuite, nous trouverons la place de cet intérêt général au sein du droit d'auteur (**Chapitre II**).

lorsque le législateur s'inspire d'une idéologie totalitaire, D. Villey, *Leçons de démographie*, p. 405 ; *L'intérêt personnel et la science économique*, *Revue des travaux de l'Académie* 1955, 1^{er} sem., cité par M. Sabatier, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Librairie Techniques, 1976, p. 6, note 21.

¹²⁵ V. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, n° p. 2.

¹²⁶ Tandis que l'intérêt général est « l'épine dorsale », V. Conseil d'Etat, Rapport public, *L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 277 ; et « l'âme du droit public », V. J. Rivero, *Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ?*, *D., chron XXV*. 1947, p. 69.

¹²⁷ P. Roubier, *Théorie général du droit*, Dalloz, 2005, p. 228.

Chapitre I : L'intérêt général en Droit

32. Du conflit à l'harmonie des intérêts en Droit. Si le droit naît au sein d'une lutte acharnée, c'est que de part et d'autre se dressent des intérêts en conflit, et de leur rapport de force dépend l'essor du droit. C'est dans cette idée de lutte que germe la notion d'intérêt général, la fin de tout droit. Car tout combat tend vers une fin, celle de l'assertion d'un intérêt¹²⁸. C'est seulement au début du XVII^{ème} siècle que l'idée d'intérêt fait son apparition dans l'histoire de la pensée politique européenne¹²⁹. Alors que, jusque là, c'était le bien commun qui était regardé comme la valeur suprême, l'opinion selon laquelle l'intérêt gouverne le monde et constitue le seul mobile des actions humaines s'impose progressivement. L'intérêt s'annonce comme le ressort du comportement de l'homme moderne, non que celui-ci soit essentiellement égoïste et uniquement soucieux de son bien-être matériel, mais parce que rien ne peut se faire dans la société si les individus n'y reconnaissent pas leur propre avantage. Le citoyen ne saurait accomplir son devoir, ni contribuer au bien public, sans y trouver une satisfaction personnelle. Mais ce n'est qu'au XVIII^{ème} siècle que l'idée d'intérêt général a progressivement supplanté la notion de bien commun, aux fortes connotations morales et religieuses, qui constituait jusque-là, la fin ultime de la vie sociale.

33. Plan. Depuis lors, deux conceptions de l'intérêt général s'affrontent. L'une, « d'essence volontariste, ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques » et l'intérêt général y est d'abord l'expression de la volonté générale¹³⁰ (**Section 1.**). Dans sa version utilitariste, la notion d'intérêt général permet de penser l'organisation de la vie sociale sur le modèle de l'activité économique. Dans cette approche, l'intérêt général résulte de la conjonction des intérêts particuliers dont il n'est que la somme algébrique¹³¹ (**Section 2.**). Cette doctrine fonde le droit sur des faits extérieurs à la « Raison »¹³².

¹²⁸ S. Anis Al-Assiuty, *Genèse et évolution des doctrines philosophiques, à propos de Jhering et la pensée juridique moderne, en Allemagne et en Amérique*, Le Caire, 1964, p. 94.

¹²⁹ Conseil d'Etat, *Rapport public 1999, L'intérêt général*, La documentation française, p. 247

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 245.

¹³¹ *Ibid.*, p. 249.

¹³² A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie et de l'Etat*, Paris, 1968, p. 175.

Section 1) La conception volontariste de l'intérêt général

34. L'individu au cœur de l'ordre social. Les différentes conceptions volontaristes de l'intérêt général reposent sur un soubassement philosophique commun. Elles reposent essentiellement sur l'œuvre de Rousseau, selon laquelle la volonté générale tend toujours à la conservation et au bien-être du tout et de chaque individu¹³³. Ces doctrines définissent la société à partir de la *Raison* de l'homme, en récusant tout ordre lui étant extérieur. Au cœur de ces conceptions, l'individu devient ainsi la figure centrale de la construction de tout ordre social. L'intérêt général n'est plus le reflet d'un ordre naturel extérieur aux individus, mais une création de la volonté humaine¹³⁴.

35. Plan. En effet, un premier groupe de doctrines, appelées doctrines du droit individuel, considère que c'est la personne humaine qui constitue, pour le droit, une fin suprême (§1.). Mais, il y a un autre type de doctrine qui, bien qu'elle n'ait guère été appliquée jusqu'à ici en pratique, peut faire sentir son influence dans la doctrine, c'est le personnalisme juridique. Selon cette doctrine, la plus haute valeur est celle du bien commun (§2.).

§1. L'individualisme juridique

36. Plan. La définition de l'intérêt général dans une optique individualiste (A.), influencera la conception du droit et ses questions fondamentales (B.).

A. Qu'est ce que l'individualisme ?

¹³³ N. Fournier, *Droit et volonté générale chez Jean-Jacques Rousseau*, in *Le droit des modernes (XIV^e-XVIII^e siècles)*, sous la direction de S. Rials, LGDJ, 1994, p. 173.

¹³⁴ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, p. 96.

37. La définition philosophique. Pour définir cette notion philosophique, nous nous reportons au *Dictionnaire de la Philosophie*, de Christian Godin. Nous trouvons, d'abord, le terme « Individualisme » qui désigne toute « doctrine qui considère l'individu (et non Dieu ou le groupe) comme la valeur suprême et comme sujet (*source et fin*) de tous droits. »¹³⁵. Et ensuite sous le mot individualiste : « 1. Qualifie la doctrine morale et politique qui considère l'individu comme seule source et seul sujet de droits et de valeurs. Souvent tenu péjorativement comme symbole d'égoïsme. »¹³⁶ Le premier à utiliser ce terme fut Alexis de Tocqueville (1805-1859). L'individualisme n'est pas l'égoïsme, observait Tocqueville, mais il peut conduire à l'égoïsme : « L'égoïsme est un amour passionné et exagéré de soi-même qui porte l'homme à ne rien rapporter qu'à lui seul et à se préférer à tout. L'individualisme est un sentiment réfléchi et paisible qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables et à se retirer à l'écart avec sa famille et ses amis. [...] L'individualisme est un phénomène de civilisation irréversible associé à l'égalsation des conditions, caractéristique de la démocratie, lié à la disparition des hiérarchies. Mais si l'individualisme ne tarit d'abord que la source de vertus publiques [...] à la longue, il attaque et détruit toutes les autres et va enfin s'absorber dans l'égoïsme »¹³⁷.

38. Le détachement de l'Ancien Régime. L'individualisme d'après Tocqueville est la situation où se trouve l'individu après la disparition des institutions féodales. Dans la société féodale, en effet, chaque individu se trouvait encadré par une hiérarchie sociale et juridique. Tocqueville ajoute que « l'individu était soutenu, protégé, aidé, en particulier par son suzerain, qui était tenu envers lui d'un véritable devoir de protection »¹³⁸. Ainsi, la place de chacun dans la société lui était en quelque sorte désignée et préparée par les institutions juridiques féodales et « il s'y trouvait protégé, garanti »¹³⁹. La rupture des liens féodaux a conduit à l'isolement des individus, en les laissant exposés à des atteintes graves dans leur liberté ; du fait de la disparition de leurs protecteurs naturels, ils ne trouvaient plus aucun rempart entre eux et l'Etat, dans les liens de suzerain à vassal ; ils se trouvaient isolés, et, dans une certaine mesure, désarmés en face des entreprises éventuelles de l'Etat contre leur liberté. Il était donc nécessaire de trouver dans une nouvelle organisation du droit public un succédané de cette protection qu'ils avaient longtemps trouvée dans le système féodal lui-

¹³⁵ Ch. Godin, *Dictionnaire de Philosophie*, Fayard/éd. Du temps, p. 648 (*nos italiques*), p. 649.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ P. Manent, *Les libéraux, Textes choisis et présentés par Pierre Manent*, t. II, Hachette, 1986, p. 327 et s.

¹³⁸ A. De Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, éd. 10/18, Paris, 1963, p. 271.

¹³⁹ *Ibid.*

même, et c'est ce qui rendit nécessaire l'apparition simultanée avec la disparition du système féodal, d'un régime de garantie des libertés publiques¹⁴⁰. Le démantèlement de la structure féodale et l'extension des échanges ont permis la naissance d'une autorité publique non interventionniste dans la production. La société civile devient un domaine privé. Cette reconnaissance d'une *sphère privée* propre à chaque individu marque un pas décisif vers l'abandon de l'Ancien Régime et répond aux préoccupations du siècle des Lumières. Peu à peu, ce n'est que négativement que l'Etat s'est vu reconnaître comme l'antithèse de la société privée¹⁴¹.

39. L'état de nature de l'individu. C'est donc par un acte de dissolution de la société préexistante, de la société historique, que s'affirme la réalité de l'« individu ». Ce travail de « dé-liaison » et de décomposition s'est accompli, intellectuellement, à l'époque des Lumières, chez les théoriciens d'un « état de nature » des hommes. Pour atteindre l'individu, pour en « exhiber » la réalité primitive en quelque sorte, en le détachant de sa communauté d'appartenance et de naissance, il fallait imaginer l'homme d'avant la société, l'individu « né libre »¹⁴². A la naissance sociale historique et conditionnée de l'individu est opposée sa « véritable » naissance, rationnellement reconstituée, par laquelle il naît à ses droits et de ses devoirs¹⁴³.

40. Le dépassement de l'individualité par le Contrat social. Toutefois, cette reconstitution de la naissance de l'homme comme un être singulier montre que l'individu doit, à peine né de cette dissolution des instances communautaires, savoir survivre par lui-même. Il

¹⁴⁰ M. Waline, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴¹ V. J. Habermas, *L'espace public*, trad. De M. B. de Launay, Payot, 2000, p.149 : « Avec l'extension des échanges commerciaux, l'apparition d'une sphère du « social » brise les barrières du féodalisme et rend nécessaire une autorité administrative. Dans la mesure où elle repose sur le système des échanges, la production échappe au ressort de l'autorité publique, et, inversement, l'administration est déchargée de tout travail productif. La formation des Etats nationaux et territoriaux a pour conséquence une concentration du pouvoir public qui ainsi s'élève au-dessus de la société ; et celle-ci devient un domaine privé, bien que les échanges y soient au départ régis par des interventions du pouvoir. Ce n'est qu'en s'émancipant par rapport aux réglementations mercantiles que cette sphère privée peut se transformer en sphère de l'autonomie privée. » ; M.-H. Frayssinet, *La notion d'intérêt en droit administratif*, th. Toulouse I, 2000, p. 33 et s.

¹⁴² « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 1^{er}.

¹⁴³ Henri Michel cherche à préciser et à résumer le credo individualiste de l'école du XVIII^e siècle dans la formule suivante : « l'homme conçu comme étant partout le même [...] dans le fond de sa nature mentale et morale [...] la nature est bonne, c'est l'éducation qui la gâte, et la police des Etats, [...] », *op. cit.* p. 77 ; Selon Hauriou, il y a plusieurs espèces d'individualismes : il y a l'individualisme optimiste de J.-J. Rousseau, qui suppose l'homme foncièrement bon et qui attribue tout le mal aux institutions ; il y avait eu auparavant l'individualisme pessimiste de Hobbes qui considérait l'homme comme foncièrement mauvais, *homo homini lupus*, M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1923, p. 49 et s.

découvre alors les faiblesses de sa singularité¹⁴⁴. Individu strictement singulier, il doit s'opposer à tous les autres¹⁴⁵. Exister en tant qu'être singulier, c'est être né séparé de tous les autres. Tous les hommes étant nés pourvus des mêmes droits, l'égalité des libertés engendre des conflits d'intérêts, donc le recours à la violence. L'individualité n'est donc posée que pour être dépassée. Pour être comme les autres, égal aux autres¹⁴⁶, il faut que l'individu renonce à son absolue singularité. Les théories de l'état de nature font donc naître l'individu pour qu'il se lie, lui-même, aux autres par un « pacte social » ou un « contrat social » librement consenti. Né libre, l'individu ne peut que choisir l'harmonie avec tous les autres, non par un acte de sujétion, mais par un acte d'autodépassement¹⁴⁷. L'individualisme fait naître l'individu pour qu'il adhère à un mode plus parfait de la vie en commun. L'individualisme le délie pour que l'individu se lie : « Cosmopolitisme et progrès, optimisme et théorie de l'homme abstrait disposé à former une société rationnelle, ce n'est pas encore toute la philosophie commune aux individualistes du XVIII^{ème} siècle : il y faut ajouter une absolue confiance dans la raison, dans la volonté de l'homme. »¹⁴⁸.

41. L'originalité de l'individu comme facteur de progrès social. L'individualisme, en effet, veut être un principe de satisfaction privée, qui conduit l'individu à se considérer comme un bénéficiaire, et comme un acteur, des avantages de la vie en commun¹⁴⁹. De sorte que l'intérêt privé, l'indépendance individuelle, la culture de soi n'apparaissent pas comme une régression, mais comme un progrès de la vie en commun¹⁵⁰. C'est d'ailleurs une tendance heureuse : *l'originalité de chaque personnalité individuelle est, en effet, un facteur de progrès*

¹⁴⁴ S. von Pufendorf, *Droit de la nature et des gens*, t. 1 livre II, ch. III, rééd. Caen, PUC, 1987.

¹⁴⁵ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁶ Contra A. Schatz, *L'individualisme économique et social : ses origines - son évolution - ses formes contemporaines*, Paris : A. Colin, 1907, p. 517 : « Tout l'individualisme prétend émanciper des individus, il émancipe des inégalités, il est inégalitaire par essence », et « Le droit, c'est-à-dire l'expression de l'utilité sociale connue par l'expérience héréditaire des hommes réunis, exige seulement qu'il y ait égalité pour les individus dans les conditions d'exercice de leur activité et leurs facultés ; l'égal exercice de facultés inégales ne peut produire que les inégalités. »

¹⁴⁷ S. Anis Al-Assiuty, *op. cit.*, p. 106.

¹⁴⁸ H. Michel, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁹ Conseil d'Etat, *Rapport public 1999, L'intérêt général*, La documentation française, p. 247 : « Le citoyen ne saurait accomplir son devoir, ni contribuer au bien public, sans y trouver une satisfaction personnelle. »

¹⁵⁰ E. Fromm, *Le cœur de l'homme, sa propension au bien et au mal*, trad. Par S. Laroche, PBP, 1979 : « Dans la tribu ou le clan primitifs, il arrive que celui-ci ne comprenne que quelques centaines de membres ; l'individu n'a pas encore acquis son 'individualité' et il continue à être lié au groupe de ses parents par le sang par des 'liens primaires' qu'il n'a pas encore tranchés. [...], l'individu n'a pas d'existence propre en dehors du clan. », p. 108.

social¹⁵¹. L'intérêt de la société est donc de favoriser le développement de la personnalité, de chaque individu¹⁵².

42. L'homme étant la fin suprême de l'ordre social et législatif. En ce qui concerne particulièrement les rapports de l'individu avec l'Etat, les individualistes du XVIII^{ème} siècle pensent que l'Etat doit laisser l'individu développer sa personnalité, donc lui garantir les libertés nécessaires pour cela, et qu'il doit même, le cas échéant, aider à ce développement des individualités. Ainsi, ces individualistes ne sont pas dominés par une méfiance absolue à l'égard de l'Etat¹⁵³. Il est assez remarquable que selon Henri Michel, les individualistes du XVIII^{ème} ne demandent pas à l'Etat uniquement des abstentions, mais qu'ils tendent à provoquer une certaine action positive de l'Etat dans l'intérêt du développement des personnes. La société doit donc, dans cette conception, adopter un régime qui permette à l'individu un développement complet de sa personnalité, puisque celui-ci est avantageux pour lui et la société elle-même. C'est ainsi que Henry Michel, dans son ouvrage « *L'idée de l'Etat* », déclare que : « Chaque individu est révélé à tous les autres dans la majesté de son droit : droit de croire, droit de se mouvoir et de posséder, droit de se prononcer dans les choses de la cité, droit de produire et d'échanger, droit de se développer dans tous les sens, d'atteindre à son maximum d'énergie physique, de valeur économique, de culture intellectuelle et morale. *Surtout, peut-être, de culture* : il est remarquable que l'inégalité des conditions matérielles préoccupe peu les individualistes. »¹⁵⁴. Cette idée est affirmée par Locke que le législateur ne doit pas porter atteinte aux droits individuels ; la société et l'Etat sont constitués pour la protection des droits individuels ; cette protection est la raison d'être des lois, donc le but auquel elles doivent tendre¹⁵⁵. C'est ainsi que l'article II de la Déclaration des Droits de l'Homme annonce que : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». On ne saurait présenter avec plus de vigueur l'intérêt général. Selon la doctrine individualiste, le but final propre au

¹⁵¹ J. Izoulet, *La cité moderne : métaphysique de la sociologie*, Paris, F. Alcan, 5^e éd., 1898, p. 416 : « Tout ce qui augmente la valeur des individus qui constituent une société, augmente la valeur de cette société, et inversement ».

¹⁵² M. Waline, *op. cit.*, p. 10 ; R.-P. Delos, *La fin propre de la politique : le Bien commun temporel*, *Semaines sociales de France*, 1933, p. 224.

¹⁵³ V. cpdt, G. Lipovetsky, *L'ère du vide, Essais sur l'individualisme contemporain*, Folio, essais, 1993 « Avec l'ère individualiste s'ouvre la possibilité d'une ère de violence totale de la société contre l'Etat, dont une des conséquences sera une violence non moins illimitée de l'Etat sur la société, soit la Terreur comme mode moderne de gouvernement par la violence exercée en masse, non seulement contre les opposants mais contre les partisans du régime. », p. 308 et s.

¹⁵⁴ H. Michel, *L'idée de l'Etat*, 3^e éd., Fayard, 2003, p. 75, (*nos italiques*).

¹⁵⁵ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 297.

droit, considéré comme expression de la société, est le bien des individus qui composent cette société¹⁵⁶. Rousseau disait dans son *Contrat social* : « Si l'on cherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité »¹⁵⁷. Selon l'auteur du *Contrat social*, dont les théories ont sûrement inspiré les rédacteurs de la Déclaration de Droits de l'Homme, la fin suprême de la société est l'accomplissement de l'individu, sa liberté, son bonheur. Le contrat social a pour objectif la protection de la personne et des biens de chaque associé pour lui garantir dans l'état de société autant de liberté qu'il en possédait dans l'état de nature¹⁵⁸. Du reste, l'intérêt général, n'a de sens que dans la mesure où elle constitue la condition générale du bien de chacun¹⁵⁹.

43. La raison d'être de la prééminence de l'intérêt individuel. Kant, grand admirateur de Rousseau, dans sa « *Métaphysique des mœurs* » dit : « Agis de telle sorte que tu traites toujours ta volonté libre et raisonnable, c'est-à-dire l'humanité en toi et en autrui, comme une fin et non comme un moyen »¹⁶⁰. Il rajoute : « Or je dis : l'homme, et en général tout être raisonnable, existe comme fin en soi, et *non pas simplement comme moyen* dont telle ou telle volonté puisse user à son gré ; dans toutes ses actions, aussi bien dans celles qui le concernent lui-même que dans celles qui concernent d'autres êtres raisonnables, il doit toujours être considéré *en même temps comme fin*. »¹⁶¹. L'individu est donc prééminent en raison de ce que Gurvitch appelle : « [le] principe de l'équivalence éthique de toute personnalité humaine sans exception, reconnu dans sa dignité morale pour une valeur en soi, et ne pouvant jamais être traité comme un simple moyen »¹⁶². Au XIX^{ème} siècle, l'individualisme juridique, en premier lieu doctrinal, est un fait. Selon les termes de Bonnet-Case, c'est pour les auteurs de l'époque « une vérité essentielle et définitive que le droit est fait pour l'homme, que la substance de droit est la protection de l'individu »¹⁶³. La position des individualistes s'appuie fermement

¹⁵⁶ H. Batiffol, *op. cit.*, p. 352.

¹⁵⁷ J.-J. Rousseau, *Contrat social*, IV, 2.

¹⁵⁸ J.-J. Rousseau, *op. cit.*, Livre I, Chap. VI.

¹⁵⁹ P. Delvaux, *L'utile et le juste dans les droits de l'homme révolutionnaires*, APD, t. 26, 1981, p. 223, à la p. 249.

¹⁶⁰ Cité par M. Waline, *op. cit.* p. 43.

¹⁶¹ P. Manent, *Les libéraux, Textes choisis et présentés par Pierre Manent*, t. I, Hachette, 1986, p. 144 ; H. Batiffol, *op. cit.*, p. 355 : « Kant procurait aux juristes une justification philosophique de leurs tendances politiques. Lui-même d'ailleurs partageait 'la confiance des physiocrates dans les bienfaits de l'ordre naturel [...] il tient que la libre poursuite par chacun de ses intérêts propres [...] conduit à la prospérité'. » ; M. Villey, *Du nouveau sur la philosophie de Kant*, APD, 1964, p. 245, à la p. 251.

¹⁶² Cité par M. Waline, *ibid.*

¹⁶³ J. Bonnet-Case, *La pensée juridique française*, p. 517, cité par H. Batiffol, *op. cit.*, p. 357 ; Bonnet-Case assignait comme but au droit « la réalisation de l'harmonie sociale par la conciliation du respect et de la protection de la

sur la vue que la société est postérieure à l'individu, qu'elle est faite par l'homme et pour l'homme¹⁶⁴, quelque raison qu'on donne, ou quel que soit le postulat, l'homme est une valeur supérieure à la société, qui n'existerait pas sans lui, et que la société n'a pas de sens si elle ne se donne pas pour objectif la protection et le développement de la liberté individuelle¹⁶⁵. C'est pourquoi, selon la théorie individualiste, « les droits de l'homme sont supérieurs à tout droit positif, et déclare que ces droits sont 'absolus'. L'homme étant un être absolu. On l'appelle alors absolu parce qu'il existe en lui-même et non par lui-même. Absolu devient synonyme de substantiel et s'oppose à accidentel, à ce qui, par essence, est dépendant et n'existe que dans autrui. Il est absolu parce qu'il ne dépend d'aucune créature. Dans ce sens large, l'homme est un être absolu, et la société ne l'est pas ; dans la société, la seule réalité absolue est l'homme »¹⁶⁶.

B. L'influence de la définition de l'intérêt général sur le système juridique français

44. L'homme étant la source de ses droits. Appréhender l'intérêt général en droit privé n'est pas une entreprise purement philosophique. La philosophie du XVIII^{ème} siècle, surtout celle de Rousseau, affirme que le but de toute société politique, et le but du droit, par conséquent, c'est le bien des individus. Comme nous l'avons précisé selon la doctrine individualiste, c'est la société qui est faite pour l'homme et non pas l'homme pour la société¹⁶⁷. Sans doute, il s'agit de l'homme envisagé non pas isolément, mais dans ses rapports avec ses semblables¹⁶⁸. C'est d'ailleurs la conséquence du contrat social lui-même : la société politique trouve son origine dans l'abandon de sa liberté par chaque homme ; mais cet abandon est motivé, dans l'esprit de chacun des contractants, par l'espoir d'un plus grand

personnalité des individus avec la sauvegarde des intérêts de la collectivité considérée dans ses divers groupements » cité par J. Brethe de Gressaye, *La philosophie de droit de Julien Bonnecase*, *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1972, I, vol 4.

¹⁶⁴ J. Leclerc, *Le fondement du droit et de la société*, 3^{ème} éd., 1947, Namur, Ad. Wesmael-Charlier, t. 1, n°58, p. 319.

¹⁶⁵ J. Jaume, *Hobbes et l'Etat représentatif moderne*, 1986, p. 207 : « l'individu est la véritable pierre d'achoppement de la pensée politique moderne ».

¹⁶⁶ J. Leclerc, *Le fondement du droit et de la société*, *op.cit.*, p. 320.

¹⁶⁷ *Supra* (Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1., A.) ; V. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 230.

¹⁶⁸ P. Roubier, *op. cit.*, p. 230 ; H. Batiffol, *op. cit.* p. 386.

bien pour lui-même. C'est par un mouvement purement égoïste que les hommes ont conclu le contrat social¹⁶⁹. Il est donc normal que Rousseau voit dans le bien des individus la finalité suprême de la société politique. En fait, il affirme à plusieurs reprises que l'individu est bien la fin de la société et du droit¹⁷⁰. L'individualisme juridique considère donc que c'est la personne humaine qui constitue pour le droit la fin suprême.¹⁷¹ Cette doctrine place donc au premier plan « la dignité de la personne humaine, maîtresse de ses destinées ; la valeur supérieure est la valeur de la personne ; tout le reste doit être au service de la personne, l'Etat et la société ; la fin suprême consiste dans la liberté : c'est le système individualiste ou libéral. »¹⁷². Duguit dans son *Traité de droit constitutionnel* affirme que la doctrine individualiste trouve son « expression définitive dans les Déclarations des droits de l'époque révolutionnaire et particulièrement dans celle de 1789¹⁷³, dont les codes de l'époque napoléonienne ne sont que la mise en œuvre dans le domaine du droit privé [...] »¹⁷⁴. On voit que dans cette conception l'homme a des droits parce qu'il est homme, que ces droits sont antérieurs à la société, qu'il les apporte en entrant dans la société et que c'est parce que les individus ont des droits qu'il y a une règle sociale dont l'objet et le but consistent dans la protection de ces droits. Ces droits de l'individu sont des pouvoirs propres à sa volonté ; ce sont des qualités à cette même volonté, qui lui appartiennent parce qu'elle est une volonté humaine. La doctrine individualiste fonde ses affirmations sur la *nature* de la personne humaine. L'homme naît libre, en cela il a le droit de développer librement son activité physique, intellectuelle et morale ; il a droit au produit de cette activité¹⁷⁵, ainsi que d'imposer sa liberté au respect de tous¹⁷⁶. Une règle de droit, des droits subjectifs existent donc, mais à

¹⁶⁹ M. Waline, *op. cit.*, p. 42 et s.

¹⁷⁰ Dans son *Contrat social*, au livre II (chap. V), Rousseau rappelle que « le traité social a pour fin la conservation des contractants ». Au chapitre II du même livre, il répète que « si l'on cherche précisément en quoi consiste le plus grand bien de tous, il doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux : la liberté et l'égalité. » Enfin, au chapitre IX du livre III : « Quelle est la fin de l'association politique ? » demande-t-il. Et il répond : « C'est la conservation de la prospérité de ses membres. ». (Cité par M. Waline, *op. cit.*, pp. 42-43.)

¹⁷¹ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon, 1912, p. 27 et s. et p. 318 et s.

¹⁷² P. Roubier, *op. cit.*, p. 230.

¹⁷³ « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme... L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celle qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » (Déclaration des Droits de 1789, art. 1^{er}, 2^{ème} et 4^{ème}).

¹⁷⁴ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, ancienne Librairie Fontemoing et C^{ie}, E. de Boccard succ., Paris, 1921, t. 1^{er}, p. 113.

¹⁷⁵ J. Dabin, *Individu et Société, Les transformations du droit civil, du code Napoléon à nos jours*, *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques*, t. XLIV, 1958, p. 176, à la p. 180.

¹⁷⁶ P. Roubier, *op. cit.*, p. 230.

titre purement dérivé¹⁷⁷. Le fondement de tout est le *substratum* de la personne humaine ; tout repose sur le droit subjectif de l'individu¹⁷⁸.

45. L'individualisme principe fondateur du droit subjectif. Dans un autre ouvrage Hauriou expose que « l'individualisme c'est la liberté ; l'individualisme faillible, c'est la nécessité reconnue de conditionner cette liberté par des règles de conduite et des sanctions sociales ; qu'enfin, l'individualisme, c'est la personne juridique et le droit subjectif placés à la base du Droit, en même temps que l'entreprise individuelle placée à la base de l'ordre social »¹⁷⁹. En réalité, la définition de l'intérêt général en droit privé va, tout d'abord, rejaillir sur des questions fondamentales de la discipline. En ce sens, la place accordée aux droits subjectifs varie en fonction de la conception de l'intérêt général à laquelle on adhère¹⁸⁰. La plupart des droits subjectifs sont conférés dans l'intérêt de leurs titulaires, comme autant de moyens permettant à ceux-ci de satisfaire leurs besoins, matériels et spirituels. Il en est ainsi sur les droits de la personnalité où les valeurs qu'ils protègent, inhérentes à l'être même du sujet, ont essentiellement pour finalité la conservation, *le développement et l'épanouissement de sa personnalité*¹⁸¹ ; mais aussi pour les choses extérieures, corporelles ou incorporelles. La fin de ces divers droits ou, plus exactement, des valeurs protégées par ces droits, est en effet toujours de servir au bien de leurs titulaires, lesquels en sont les légitimes destinataires et bénéficiaires¹⁸². Le progrès de l'humanité est basé sur le développement de la personnalité de chacun. Et seul, le droit subjectif peut aider ce développement par le fait qu'il assure un complet épanouissement de l'activité personnelle. La vie sociale n'en est dédiée qu'à sa réalisation¹⁸³. En ce sens, Josserand a parfaitement raison de signaler que la société « met les égoïsmes individuels au service de la communauté » et « puisque chaque égoïsme concourt au but final, il est de toute évidence que chacun de nos droits subjectifs doit être orienté et tendre

¹⁷⁷ R. Maspétiol, *Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie*, APD, t. 9, 1964, p. 71, à la p. 74 : selon l'auteur l'individualisme, est « l'âme du droit subjectif ».

¹⁷⁸ L. Duguit, *op. cit.*, p. 114.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁰ J. Ghestin, G. Gourbeaux, *Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994, n° 198, p. 148 : « Les droits subjectifs, modes de relations sociales, ne peuvent être totalement étrangers à la recherche de l'intérêt général ou, si l'on préfère, du bien commun » ; Adde, G. Michaélidès-Nouaros, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, RTD civ., 1966, p. 216.

¹⁸¹ L. Husson, *Droits de l'homme et droits subjectifs*, APD, 1981, p. 345, à la p. 346 et « [...], si la société doit s'organiser et régler les relations entre ses membres de façon à développer leur personnalité, ce développement doit s'opérer dans des conditions qui assurent leur coexistence et leur coopération en vue de leur bien commun. »

¹⁸² Dabin, p. 218 ; Selon O. Ionescu : « [...] tous les droits subjectifs sont dominés, dans cette conception, par l'idée de la personne humaine comme entité en soi » et « l'élève à une hauteur qui n'avait pas encore été atteinte », *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^{ème} éd., Bruylant, 1978, p. 164.

¹⁸³ O. Ionescu, *Léon Duguit et le droit subjectif. Quelques remarques sur les écrits récents consacrés à la question*, APD, 1932, p. 269, à la p. 277.

vers ce but »¹⁸⁴. Cela veut dire que le bien de la société postulerait l'existence de droits subjectifs, et qu'en usant de leurs droits dans leur intérêt propre, comme les y invite la loi, les titulaires de ces droits rendraient du même coup service à la société¹⁸⁵. Ainsi Dabin nous enseigne que « tout ce qui est bon pour les individus en particulier doit d'une certaine manière, tourner au profit de la société en général, dont ces individus font partie. »¹⁸⁶ D'où il s'ensuit que l'individualisme est le principe fondateur du droit subjectif¹⁸⁷. C'est un droit dont le sujet est en même temps fondateur et destinataire¹⁸⁸. Considéré sous cet aspect, le droit subjectif n'exclura sans doute pas le droit objectif, norme indispensable à la vie sociale ; mais il lui sera chronologiquement antérieur, et dans l'ordre des valeurs, il lui sera supérieur. La stricte théorie individualiste dira même que le droit objectif n'a d'autre rôle que d'assurer le règne du droit subjectif¹⁸⁹.

46. L'individualisme et la *summa divisio* droit privé/droit public. L'ensemble des droits subjectifs constitue le droit privé¹⁹⁰ ; une distinction entre droit privé et droit public¹⁹¹, est donc nécessaire pour conserver la notion du droit subjectif¹⁹². Hauriou, dans son ouvrage *Principes de droit public*, ne définit pas l'individualisme juridique, mais, en revanche, développe une théorie sur l'origine de la distinction entre droit privé et droit public ; ce qui permet de mettre en lumière la conception de l'intérêt général selon l'individualisme juridique. Pour lui, le droit positif est un système d'équilibre entre les forces sociales antagonistes. Le droit est donc le résultat d'une lutte entre des forces sociales aux

¹⁸⁴ Josserand, *De l'esprit des droits et leur relativité*, Paris, 1939, n° 292.

¹⁸⁵ V. A. Rouast, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ., 1944, p. 1, à la p. 7. « L'homme [...] exerce [les droits qui ont un caractère à la fois subjectif et fonctionnel] dans son intérêt propre, mais en les exerçant il sert en même temps la collectivité, et son activité, tout en étant dirigée par des fins personnelles, ne saurait faire abstraction de l'intérêt général auquel il doit, au contraire, savoir l'ordonner. »

¹⁸⁶ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 117.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ O. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^{ème} éd., Bruylant, 1978, p. 127 ; Pour Dabin le droit subjectif est une prérogative inhérente au sujet à raison de sa nature d'homme. *op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁹ Dabin, *op. cit.*, p. 37.

¹⁹⁰ O. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Sirey, 1931, n°53, « D'après une certaine conception, il n'y aurait que des droits subjectifs privés [V., par exemple, Mathieu Cantacuzène, *Elementele dreptului civil*, Edit. Cartea Româneasca, Bucuresti, 1921, Cité par l'auteur, *Loc. cit.*, note 2]. Dans le droit public il ne s'agirait que des *fonctions sociales*. D'après une conception tout à fait opposée, au contraire, les droits subjectifs privés appartiennent au fond au droit public. On reconnaît facilement le caractère individualiste de la première conception et le caractère étatiste de la seconde. »

¹⁹¹ F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, t. I, Théorie générale du droit*, Sirey, 1963, p. 247, à la p. 248 : « Fondée sur la qualité des personnes assujetties à la relation juridique, la division droit public-droit privé est liée à la notion des droits subjectifs ».

¹⁹² V. cpt. O. Ionescu, *op. cit.*, n°54 « Nous voyons donc que le droit subjectif domine tout le droit. Les deux grandes divisions, les droits privés et les droits publics, ne constituent que les deux parties de la même unité logique. Il faut remonter aux premiers principes de droit, à l'idée de justice, pour retrouver cette unité. Mais comme nous l'avons dit il y a un droit naturel individuel et un droit naturel social. Le droit privé et le droit public correspondent, dans une large mesure, à cette division. Les droits subjectifs suivront la même voie. ».

prises les unes avec les autres ; à un moment donné, il s'établit un certain équilibre entre ces forces sociales et c'est de cet équilibre que naît la règle de droit en vigueur. Chaque règle de droit est en quelque sorte une clause d'un « traité d'armistice » entre des forces sociales agissantes. Le droit les pacifie en arbitrant leur antagonisme, ou plutôt il est le résultat de cet arbitrage. Or, parmi ces forces antagonistes, Hauriou distingue l'intérêt de la société et celui de l'individu. Deux intérêts aussi irréductibles l'un que l'autre, « vu qu'on ne conçoit pas l'homme en dehors de l'état de société, et non plus une société humaine sans individus humains »¹⁹³. Il est clair qu'aucune de ces forces ne peut écraser complètement l'autre. Or, non seulement le système juridique équilibre l'une par l'autre, c'est-à-dire, la société et l'individu, mais encore il les utilise tous les deux pour sa propre organisation, il élabore un droit public que Hauriou nomme « droit social », et un droit privé qu'il nomme « individualiste »¹⁹⁴. Le droit social « s'élabore dans l'institution politique sous la double forme disciplinaire et statuaire ; le droit individualiste se constitue surtout dans les usages du commerce juridique »¹⁹⁵. Il y a d'une part un droit social, et d'autre part un droit individualiste, l'un ayant son origine dans le pouvoir créateur de droit des institutions et l'autre trouvant sa source dans le pouvoir de création de droit des individus dans le commerce juridique, c'est-à-dire, en définitive, dans ce qu'on appelle en droit l'autonomie de la volonté¹⁹⁶. On pourrait donc, en partant de cette opposition observée par Hauriou entre le droit social et le droit individualiste, arriver à la notion d'individualisme juridique¹⁹⁷.

47. L'individualisme et la *summa divisio* sphère privée/sphère publique. Cette distinction entre droit privé et droit public est rattachée à l'affirmation de l'individu dans la société civile, et à la distinction entre *sphère privée* et *sphère publique*¹⁹⁸. Par cette distinction, l'Etat est stabilisé face aux aléas qui caractérisent la société individualiste. En échange, la société civile, conçue dès l'époque des lumières comme une société individualiste, est rassurée en ce qu'elle peut tenir l'Etat à distance¹⁹⁹. Il est important de noter que l'intérêt

¹⁹³ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1911, p. 16.

¹⁹⁴ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 4^e éd., 1998 : « Montesquieu lorsqu'il définissait le droit public (appelé par lui 'droit politique') comme 'les lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés', et le droit privé (pour lui 'droit civil'), comme 'les lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux' ».

¹⁹⁵ M. Hauriou, *op.cit.*, p. 17.

¹⁹⁶ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 18.

¹⁹⁷ Hauriou critique Duguit qui nie la distinction entre droit public et droit privé, selon Hauriou : « C'est une doctrine de mort et non pas de vie », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1923, p. 7, note 1.

¹⁹⁸ D. Lochak, *La société civile : du concept au gadget*, in *La société civile*, Travaux du Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.), PUF, 1986, p. 46.

¹⁹⁹ M.-H. Frayssinet, *La notion d'intérêt en droit administratif*, th. Toulouse, 2000, p. 34.

général est unique dans son contenu, et que l'intérêt général en droit privé ne s'oppose pas à l'intérêt général en droit public, pour autant il ne se manifeste pas de la même façon²⁰⁰. Autrement dit, le droit public n'a pas le monopole de la définition de l'intérêt général, au contraire, l'intérêt général émerge de la société civile, *sphère privée* indépendante de l'Etat²⁰¹. Cette doctrine, selon Marcel Waline, exprime un individualisme juridique qui entend l'Etat comme un moyen au service d'une fin : l'intérêt des individus²⁰². Sur ces fondements, la distinction du droit privé et du droit public a ainsi pu être dessinée à partir d'une « théorie des intérêts »²⁰³. Selon ladite théorie, en droit public prévaut l'intérêt public de l'Etat, tandis que le droit privé est celui où prévaut l'intérêt des particuliers²⁰⁴.

§2. La doctrine du bien commun

48. Plan. Le bien commun se caractérise par la conception « personnaliste » et la place centrale qu'il attribue à la personne humaine et à sa dignité. Nous allons exposer dans un premier temps la doctrine personnaliste (A.). Dans un deuxième temps, une appréciation critique semble nécessaire pour trouver le rapprochement avec la notion individualiste de l'intérêt général (B.).

A. Le personnalisme

49. Une inspiration chrétienne. Le personnalisme est une philosophie humaniste initiée par le prêtre Rosmini en Italie²⁰⁵. Ce mouvement philosophique considère la personne humaine comme une valeur supérieure à toutes les autres. Le philosophe Mounier reprend

²⁰⁰ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 36, p. 34.

²⁰¹ M. Mekki, *op. cit.*, n° 29, p. 24.

²⁰² *Op. cit.*, p. 31.

²⁰³ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 296.

²⁰⁴ Le texte romain attribué à Ulpien : « *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* » (*D. I, 1, de just. Et jure, 1, 2*) cité par P. Roubier, *ibidem*.

²⁰⁵ M. Mekki, *op. cit.*, p. 26.

cette idée, dans les années 30, en combinant le christianisme et l'idéologie des droits de l'homme naissante. Emmanuel Mounier définit le personnalisme comme « toute doctrine, toute civilisation affirmant le primat de la personne humaine sur les nécessités matérielles et sur les appareils collectifs qui soutiennent son développement »²⁰⁶. Pour le philosophe, le personnalisme est « une conception morale selon laquelle la personne humaine doit être la priorité absolue par rapport aux contraintes matérielles et par rapport à certaines institutions déshumanisantes qu'une conception matérialiste de la société a mise en place. »²⁰⁷. Il expose sa doctrine dans le *Manifeste au service du personnalisme*²⁰⁸, et la développe dans la revue *Esprit* en octobre 1932²⁰⁹. Le personnalisme pose une hiérarchie des valeurs au sommet de laquelle trône la dignité de la personne humaine²¹⁰. La notion de dignité évolue parallèlement à travers le rapprochement établi entre la personne et la divinité, l'homme est à l'image de Dieu. Selon Saint Thomas d'Aquin, c'est la *raison* qui permet à l'homme d'établir ce lien avec Dieu. L'homme est à la ressemblance de Dieu, mais également il est appelé à se diriger vers lui, vers le bien absolu, par l'exercice de sa liberté. C'est parce qu'il est un être de *raison* que l'homme est doté d'une volonté autonome. Il définit l'homme en l'opposant à l'animal doté de l'instinct, comme un être doué de raison : « le premier principe de toutes les œuvres humaines est la raison »²¹¹. Selon Saint-Thomas d'Aquin, l'homme s'est trouvé créé sans que rien de pareil ne lui ait été fourni par la nature. Mais en échange, il a été pourvu de la raison qui le met en état d'apprêter toute chose au moyen de ses mains²¹². D'où la célèbre définition : « le Droit est une ordonnance de la raison pour le bien commun »²¹³. Le christianisme met en avant une conception du monde qui est dominée non plus par la notion de dieu organisateur, mais par la notion de dieu créateur. Le monde n'est plus le développement nécessaire d'une loi naturelle, mais un don d'amour de Dieu. Dans l'œuvre de Saint-Thomas, l'homme apparaît non plus comme une partie du tout, mais de sa subjectivité dans son particularisme, en fonction de l'intelligence créatrice de Dieu²¹⁴. Le premier caractère de l'homme, c'est d'être une créature raisonnable, c'est-à-dire créée à l'image de

²⁰⁶ E. Mounier, *Manifeste au service du personnalisme*, *Esprit*, n° 49, octobre 1936, p. 57.

²⁰⁷ D. Ottavianni, *Personnalisme*, *Dictionnaire Larousse*, V° *Personnalisme*, p.786 ; M. Mekki, *op. cit.*, n° 44, p. 42.

²⁰⁸ E. Mounier, *Ecrits sur le personnalisme*; préf.de Paul Ricoeur, éd. Seuil, 2000.

²⁰⁹ E. Mounier, *Refaire la Renaissance*, *Esprit*, n° 1 oct. 1932, p. 37.

²¹⁰ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1962, V. *Personnalisme*, p. 757 ; A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 1968, p. 65.

²¹¹ *Somme Ia*, 975, a2 (cité par A. Brimo, *op. cit.*, p. 38.)

²¹² A. Brimo, *op. cit.*, p. 39.

²¹³ *Summa Theologica*, Prima Secundae, Q. 90 Art. II, réponse, editio duodecima, Parisiis 1880, éd. Bloud et Barral, tomus tertius, p. 355: "*quaedam rationis ordinatio ad banum commune, et ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*". Cité par S. Anis Al-Assiuty, *op. cit.*, n° 137, p. 118.

²¹⁴ A. Brimo, *op. cit.*, p. 38.

Dieu. Dieu se répand dans la création, et la providence est le rayonnement dans l'univers de l'intelligence divine²¹⁵. Dans la conception personnaliste, le droit suppose des jugements de valeurs, donc une hiérarchie des actes à régler. Cette hiérarchie ne peut pas être établie qu'en partant de l'idée que l'homme est la valeur la plus haute dans la nature, et c'est à lui qu'il faut avant tout s'attacher c'est-à-dire, c'est à ce qui le fait homme, à savoir l'esprit au sens large du terme, comprenant la conscience et la volonté²¹⁶. Pour les personnalistes, ce n'est pas par des moyens mécaniques qu'on peut arriver à établir cette hiérarchie, et pas d'avantage par simple calcul des voix pour ou contre cette solution. Pas plus que dans les sciences physiques ou sciences naturelles, la vérité en matière de science morale ou sociale n'est pas une question de majorité. Ici encore, c'est la raison qui prononce, la raison éclairée par l'expérience, car face à ces questions il faut se défier d'une logique abstraite détachée de la réalité et ne cherche jamais à s'y référer. Il faut prendre l'individu tel qu'il est, à la fois corps et esprit, qu'il faut bien se garder d'envisager séparément l'un de l'autre, sous peine de méconnaître l'unité de la nature humaine, comme on a pu le reprocher à la théorie cartésienne, accusée de mener ainsi facilement à l'une des deux grandes erreurs opposées, à savoir l'idéalisme ou le matérialisme. « Nous n'observons ni âme ni corps, mais seulement un être composite, dont nous avons divisé arbitrairement les activités physiologiques et mentales. »²¹⁷

50. La distinction entre la personne et l'individu. En effet la conception occidentale de la dignité humaine est directement inspirée de la théologie chrétienne qui s'est d'abord intéressée à la notion de personne²¹⁸. Le mot personne est la traduction latine du mot « *persona* » qui signifie l'orifice buccal du masque par où sonne et sort la voix de l'acteur (*per-sonare*) d'où, par métonymie, le masque de théâtre, d'où le rôle, le caractère, puis la personnalité²¹⁹. En effet, juridiquement, la personne se différencie de l'individu. Elle correspond d'abord au nom qui l'identifie. Elle suppose donc déjà la pluralité des individus et la nécessité de leur trouver une place dans la société. De même, chez les indiens nord-américains, la personne correspond au nom du masque porté par le membre du clan²²⁰, elle

²¹⁵ *Op. cit.*, p. 62.

²¹⁶ L. Le Fur, *op. cit.*, p. 12.

²¹⁷ L. Le Fur, *op. cit.*, p. 13.

²¹⁸ J.-M. Lustiger, *La personne humaine, D. chr.*, 1995, p. 5.

²¹⁹ Ch. Godin, *Dictionnaire de philosophie, V° Personne*, p. 967, éd. Fayard, 2004.

²²⁰ M. Mauss, *Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne celle de "moi"*, *Journal of the Royal Anthropological Institute*, vol. LXVIII, 1938, Londres (Huxley Memorial Lecture, 1938), <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.mam.cat>.

représente l'individu mais aussi un titre, un rang, une fonction, un rôle²²¹. Ce qu'on doit retenir est que la valeur de ce terme est supérieure à celle d'individu²²². L'homme est une personne en tant qu'il possède en lui la loi morale, fait de la raison qui fonde sa liberté²²³. Il n'y a dès lors selon Hegel, « rien de plus haut pour un homme que d'être une personne »²²⁴, qui donne à l'individu une dimension juridique. La personne est l'individu auquel on accorde une dignité singulière et auquel on témoigne un respect particulier. L'attache étymologique qui peut sembler paradoxale, puisque la personne est ce qu'il y a de plus superficiel et de moins authentique, s'explique par le fait qu'en masquant le visage propre de l'acteur, le rôle lui confère sa dimension essentielle, son type. La personne est ce qui résonne tout en restant cachée²²⁵. De façon plus globale, elle caractérise un rôle, une fonction, un statut au sein de la société²²⁶.

51. L'individu gagne sa qualité de personne en étant chrétien. La distinction tranchée par les personnalistes entre la personne et l'individu, peut à première vue paraître arbitraire ou excessive ; et cependant il y a là un terme très commode pour exprimer la distinction qui s'impose entre d'un côté, l'individu abstrait des Encyclopédistes et de la Déclaration des droits au XVIII^{ème} siècle, et de l'autre, la personne humaine, avec toutes les influences morales et sociales qui s'exercent sur elle, mais aussi avec sa faculté, grâce à son intelligence et sa volonté libre, de créer en partie son destin, avec sa lutte sans trêve contre un déterminisme universel, sa volonté d'échapper au système oppresseur de la personne. Cette doctrine du personnalisme et de la nature humaine constitue la pierre angulaire des

²²¹ V. Ph. Gaudrat, *Propriété littéraire et artistique (1^{er} propriété des créateurs)*, Rép. Dalloz, 2005, n° 106, p. 19 : « Dans son aspect dynamique, presque offensif, la personnalité inspire toutes les actions du sujet sinon ses interactions avec autrui. Elle suscite les *actes* comme les *faits* juridiques dont elle est l'origine ; ce faisant, elle est source de droits. Dans son aspect patient, la personnalité détermine, autour du sujet, une sphère de *non-empiètement* ; elle est pour ce faire objet de droits. Ces approches complémentaires correspondent bien à l'étymologie latine de *persona* : le masque de l'acteur. Le masque n'était jamais sans lien avec le *rôle* ; ce faisant, le masque tragique ou le masque comique annonçaient le comportement attendu de l'acteur (le *caractère* du personnage) »

²²² V. Gaultier, *Mémoire à consulter par les libraires et imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille et Nîmes, Concernant les privilèges de librairie et continuation d'iceux*, p. 45, pour lui les auteurs des œuvres de l'esprit représentent la : « [...] classe d'hommes la plus éclairée est en même temps la plus généreuse, la plus équitable [...] » cité par B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, éd. Du Seuil, 2004, p. 272.

²²³ D. Ottaviani, *Personnalisme*, *Dictionnaire Larousse*, op. cit. p. 788.

²²⁴ G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie de droit*, op. cit., §35, p. 146.

²²⁵ D. Ottaviani, op. cit. p. 789 ; V. B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, éd. Du Seuil, 2004, p. 272 : « Tout ce passe donc comme si le peuple avait délégué aux auteurs la souveraineté de l'esprit, le pouvoir de légiférer dans l'ordre du savoir, des arts et des science, comme si, au terme d'une sorte d'élection, on leur avait confié le mandat d'organiser l'humanité, de la préparer à des temps nouveaux. L'auteur devient alors un député d'un genre encore inédit, un « intellectuel », et là se situe peut être la rupture la plus radicale : la constitution d'une opinion publique, organisée sur le mode d'un parlement informel, et qui élirait des représentants. »

²²⁶ M. Mekki, op. cit., n° 427, p. 261.

constructions juridiques nouvelles. Ce sera la victoire du « bon sens » et de ce qu'on a pu appeler la *philosophia perennis* sur les philosophes qui nient la raison ou asservissent l'homme à l'Etat ou au marché²²⁷. En tant qu'individu, l'homme n'est « qu'un fragment de matière », il existe pour la société. En tant que personne, au contraire, c'est la société qui existe pour lui²²⁸. Faut-il conclure de là que l'intérêt individuel de l'homme est le seul dont il y ait lieu de tenir compte ? Aucunement, puisqu'en tant qu'être intelligent, doué de raison, et libre, il peut, à l'inverse des animaux, faire varier dans de larges limites les formes de la vie sociale ; en tant qu'être moral, il a le sentiment du devoir et, puisqu'il ne peut vivre et se développer qu'en société, il doit donc vouloir tout ce qui est nécessaire au fonctionnement de cette dernière²²⁹. Pour les personalistes, la victoire du christianisme sur le paganisme fut la victoire d'une civilisation inspirée par la charité sur une civilisation fondée sur l'égoïsme²³⁰. Ce n'est donc aucunement par un vain orgueil ou un amour propre ridicule qu'on insiste sur cet élément primordial de l'homme, l'âme, l'esprit, car c'est celui qui le distingue de l'animal et le fait homme, c'est celui qui le permet d'opposer à la société des droits, non pas de s'élever le plus haut possible en asservissant l'individu et en écrasant les autres sociétés humaines, mais bien de favoriser le développement légitime des personnes humaines qui sont ses ressortissants, de leur permettre de vivre et de se développer conformément à leur nature, c'est-à-dire « en choisissant elles-mêmes les moyens de réaliser pleinement leur idéal spirituel »²³¹.

52. La critique de la doctrine individualiste. Les personalistes reprochent à la doctrine individualiste de trop négliger les liens intimes qui unissent l'homme à son prochain, qu'il a eu tort de faire du bonheur individuel un point exclusif, et ainsi de concéder à chacun le maximum d'indépendance pour développer ses forces, et « faire sa vie » comme bon lui semble. Or, déclare Roubier, la nature ne connaît pas de solitaires, et l'individu isolé n'a pas assez de force contre la destinée. L'homme est fait pour vivre en société, et c'est seulement la société qui peut lui apporter les plus hautes valeurs²³². Selon les personalistes, la notion d'individu pose un être rationnel abstrait, séparé de la communauté des hommes, celle de personne qui cherche à penser l'unité avec autrui, saisi par une sympathie permettant de percevoir en l'autre un absolu, témoignage de l'Absolu de la Personne divine. L'individu,

²²⁷ L. Le Fur, *op. cit.* p. 14.

²²⁸ L. Le Fur, *op. cit.*, p. 15.

²²⁹ P. Roubier, *op. cit.*, p. 288.

²³⁰ L. Le fur, *op. cit.*, p. 14.

²³¹ E. Mounier, *Manifeste du Service du Personalisme*, Paris, 1936, p. 63.

²³² P. Roubier, *op. cit.*, p. 238.

dans la conception personnaliste, fait référence à l'égoïsme. Pour que le droit se réalise pleinement en vue de la justice, il faut qu'il franchisse le stade de l'égoïsme, qu'il arrive à un stade supérieur, que l'on a pu appeler, le « personnalisme ». Dans ce système, le but de l'ordre social est la civilisation²³³. Pourtant, la donnée centrale de l'individualisme d'après laquelle la société est faite pour l'homme, et non pas l'homme pour la société, ne peut pas être abandonnée. Toute autre base pourrait paraître entachée d'un certain « romantisme », et elle ne pourrait aboutir qu'à une résurrection de formes sociales oubliées²³⁴. En revanche, on élimine de l'individualisme tout ce ferment libertaire et quelque peu anarchiste, dont certains l'avaient entouré. Le culte de l'individu n'a pas pour objet de prêcher le maximum d'émancipation, et de volonté de puissance, mais seulement d'obtenir le respect de la personne humaine. C'est le développement contemporain du christianisme social, qui, reprenant les traditions constantes de cette religion, a mis l'accent sur la valeur de la personne humaine, en rappelant que celle-ci doit tendre à son salut individuel par ses forces, et doit être jugée selon ses mérites²³⁵. C'est en cela que la liberté est respectable, et toute idée de groupement organique où les hommes ne joueraient que le rôle de cellules composantes du corps social, répugne à tout ce que représente pour les personnalistes : la civilisation²³⁶.

53. Le rapport entre la personne et la société. Le personnalisme se fonde sur la primauté et l'irréductibilité de la notion de personne, qui se constitue dans l'immanence d'un monde dans lequel elle est à la fois corps et esprit, en n'étant réductible ni au matérialisme ni au spiritualisme. La personne transcende la nature par une dynamique créatrice qui doit être pensée comme un respect de l'autre, devant se déposséder de l'enfermement en soi afin de pouvoir devenir disponible à autrui dans une dynamique qui ouvre sur la possibilité d'une personnalisation universelle. Si chaque personne est porteuse de valeurs ultimes, essentielles et relevant du sens de la vie, celles-ci ne l'enferment pas dans l'individualité mais sont intégrées au monde et à l'ensemble de la communauté²³⁷. Pour cela, l'individu n'a pas le droit de vivre replié sur soi²³⁸, d'autant plus qu'en se dépouillant de son égoïsme, en s'ouvrant aux autres par le don de sa personne et de ses biens, l'individu s'enrichit personnellement. C'est une conséquence de la nature sociale de l'homme. Que l'homme soit un être social n'est pas

²³³ P. Roubier, *op. cit.*, p. 267.

²³⁴ P. Roubier, *op. cit.*, p. 277.

²³⁵ E. Mounier, *Manifeste au service du Personnalisme*, Paris, 1936 ; J. Lacroix, *La personne humaine et le droit*, APD, 1938, p. 174.

²³⁶ P. Roubien, *op. cit.*, p. 278.

²³⁷ D. Ottaviani, *Personnalisme*, *Dictionnaire Larousse*, V° *Personnalisme*, p.786.

²³⁸ L. Le Fur, *Le but du droit, bien commun, justice, sécurité*, APD, Sirey, 1937, p. 8.

contestable ni même par les subjectivistes individualistes, mais ce qui importe est d'éviter, sous prétexte de combattre l'abstraction de l'homme isolé, non social, de nier l'homme comme étant un être individuel, alors que c'est une réalité²³⁹. C'est l'homme individuel qui est l'homme social, et il est individuel avant d'être social. De même, la société n'existe pas en dehors des individus ni extérieurement à eux²⁴⁰. L'homme, être social, fait partie d'un groupe qui va en augmentant avec le développement même de la civilisation, et il conserve toujours une certaine activité propre. L'individu isolé n'est ni objet ni sujet de droit ; le droit n'apparaît qu'avec la vie en société ; et cependant le but final de tout droit est l'homme, sans lequel il n'y aurait pas de droit²⁴¹. Le droit existe en vue d'assurer à l'homme son plus grand développement, ce qui implique la reconnaissance de son activité propre en tant qu'elle n'est pas contraire au bien commun²⁴². Mais si l'homme n'a des droits et, même, de personnalité (juridiquement parlant) que par référence aux autres hommes, « il n'en est pas moins vrai que la matière de ces droits et de cette personnalité est, si l'on peut dire, fournie par lui. C'est son être, ce sont les 'propriétés' de son être individuel – sa vie, ses facultés corporelles et spirituelles et par extension, les choses extérieures légitimement acquises et les prestations auxquelles il a le droit – qui s'imposent au respect des autres. » Si l'être humain individuel est respectable, s'il a des droits subjectifs, s'il existe une justice, c'est parce que l'être humain individuel, chaque être humain fort ou faible, proche ou étranger, représente une valeur, non pas seulement relative, pour lui-même, pour les autres et pour la société, mais une valeur en soi, absolue. « Tellement absolue que chacun a le devoir de la respecter en sa propre personne, ne pouvant disposer de son être que conformément à la destinée, naturelle et surnaturelle, de cet être qui est esprit. *A fortiori*, aucun autre – individu particulier ou collectivité – ne saurait prétendre au droit de disposer de l'être humain comme d'un instrument, sans considération pour la fin propre, personnelle de celui-ci. »²⁴³

54. Le point commun avec la doctrine individualiste. La raison d'être de la société est d'aider les hommes à atteindre leur but. La finalité de l'homme sur la terre est de travailler au progrès humain en atteignant d'abord lui-même sa perfection, ensuite en aidant les autres hommes à se perfectionner. La société a comme but, d'abord d'organiser les conditions de vie qui permettent une perfection sans cesse croissante, puis d'organiser l'entraide, et ici encore,

²³⁹ P. Roubier, *La théorie générale du droit*, Dalloz, 2 éd., 2005, p. 159 et s.

²⁴⁰ J. Dabin, *Droit subjectif*, op. cit. p. 38.

²⁴¹ L. Le Fur, *Droit individuel et droit social*, APD, t. 3-4, Sirey, 1931, p. 283.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ J. Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 42.

l'un ne va pas sans l'autre ; les deux fins s'interpénètrent d'une manière si intime que, dans la pratique elles ne se distinguent guère. La raison première de la société est donc le devoir de l'homme d'accomplir sur terre la mission pour laquelle il est créé ; la société n'existe que pour aider l'homme à remplir son devoir. Elle ne peut avoir de droits que subsidiairement à cela. La société est faite pour l'homme, non l'homme pour la société²⁴⁴. C'est d'un tout autre côté que se placent les doctrines qui ont amené la civilisation actuelle à son plus haut degré de développement. D'après elles, l'homme est lié à la société, certes, mais c'est elle qui existe pour lui et non pas lui pour elle, c'est lui qui est la fin en soi, comme on le dit chez les individualistes, surtout Kant. À proprement parler, il n'y a qu'une fin en soi, chez les personnalistes, qui est Dieu ; mais si l'on veut en trouver une sur terre, c'est en l'homme qu'il faut chercher, en l'homme pour lequel la société est un simple moyen²⁴⁵. Ainsi, le bien commun – qui s'oppose au bien propre – est le bien des individus humains pris dans leur ensemble, tel qu'il se réalise normalement dans le cadre et par l'intermédiaire de la société politique²⁴⁶. Sans doute le bien commun est le fruit des efforts et des sacrifices particuliers des individus, sujets et gouvernants, de ceux des générations passées comme de ceux des générations présentes. D'autre part, le bien commun acquis est destiné à rejaillir sur la tête des individus, de ceux des générations futures comme de ceux des générations présentes. C'est donc la personne, soit l'individu concret en chair et en os, qui est à l'origine et au terme, voire au centre, du bien commun : sans les personnes, membres composants et agissants de l'ensemble, il ne peut y avoir ni société et le bien commun ne peut avoir d'autre fin que de compléter et de parfaire le bien privé, particulier, des personnes²⁴⁷. Le bien commun s'étend à tout ce qui peut perfectionner l'homme²⁴⁸. C'est de cette façon que le bien commun apparaît comme un facteur pour organiser, tout au moins pour faciliter entre les hommes l'établissement des rapports de coopération et de collaboration. Il y arrive par là même qu'il réussit à concilier la liberté et l'autorité, les droits de l'individu et ceux de la société. Dès le XIII^e siècle, Saint Thomas d'Aquin, prenant comme point de départ les deux vérités nécessaires pour l'individu et pour la société, la valeur suréminente de la personne humaine, en tant qu'image de Dieu, et les exigences du bien commun, avait donné la formule de cette conciliation qu'il exprimait ainsi : « L'homme n'est pas ordonné à la société politique selon

²⁴⁴ J. Leclerc, *Le fondement du droit et de la société*, p. 320.

²⁴⁵ L. Le Fur, *op. cit.*, p. 17.

²⁴⁶ M. Sabatier, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Librairie Techniques, 1976, p. 7.

²⁴⁷ J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif : spécialement dans les rapports de droit privé*, Sirey, 1929, p. 156.

²⁴⁸ J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif, op. cit.*, p. 161.

tout lui-même et selon tout ce qui lui appartient » ; obligé de se soumettre à la société en tant que membre d'un tout plus grand que lui, il peut exiger d'elle qu'elle le prenne tel qu'il est et qu'elle tienne compte de ce fait de l'esprit. L'âme mortelle c'est en l'homme non en la société qu'elle se trouve. Dans l'esprit du bien commun, le bien du groupe est meilleur pour chacun que son propre bien car il est aussi le bien des autres, doués de la même nature humaine. Dans ces conditions, défendre le bien commun revient à défendre en même temps son propre bien²⁴⁹.

B. Appréciation critique

55. Une philosophie liée à une période spéciale dans l'histoire de la France. Le personnalisme se présente comme une philosophie de rupture face aux doctrines qui s'affrontent au cours des XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle. C'est-à-dire, entre le marxisme et le fascisme. Mounier cherchait une voie nouvelle d'obédience spirituelle et morale. Le personnalisme est donc une voie originale qui propose de protéger le concept de personne, lequel correspond à une catégorie intermédiaire de la société entre l'individu et la totalité. Pour le saisir plus simplement, le personnalisme est donc l'étude du lien dynamique entre l'individu et la société²⁵⁰. Selon Louis Le Fur, le « stupide XIX^e siècle » aura été en réalité un siècle où on a remué beaucoup d'idées. « Parti de l'individualisme libéral absolu du XVIII^e siècle, il aboutit dans plusieurs pays à un étatisme marqué »²⁵¹, faisant référence au pangermanisme qui a conduit l'Allemagne au nazisme et au marxisme avec son application dans l'Union soviétique. Il existait une réaction marquée contre l'individualisme des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles. Le personnalisme est, en quelque sorte, une justification de l'individualisme face à ces courants²⁵². La notion de *bien commun*, selon la doctrine personnaliste, n'a pas vraiment de contenu dogmatique défini. Elle désigne le « bien-vivre », à la fois matériel et spirituel de la communauté, c'est-à-dire l'épanouissement de la nature humaine, le développement harmonieux des facultés de l'homme et l'exercice de la vertu en tant qu'il permet le règne de la justice. Elle se voit surtout conférer la fonction d'assurer une

²⁴⁹ M.-P. Deswarte, *op. cit.*, pp. 1302 et 1303.

²⁵⁰ E. Mounier, *Manifeste au service du personnalisme*, *op. cit.*, p. 170.

²⁵¹ L. Le Fur, *op. cit.*, p. 27.

²⁵² M. Waline, *op. cit.*, p. 56.

concordance entre la politique, la morale et le droit. Elle n'est pas vidée de son sens moral et religieux²⁵³. Certes, les personnalistes ont essayé de substituer la notion de bien commun par celle d'intérêt général, jugée trop individualiste, mais, dans le fait, cette substitution poursuit la même fin, celle de l'épanouissement de la personne dans la société²⁵⁴. Dès lors, y a-t-il lieu de distinguer entre le bien commun et l'intérêt général ?

56. L'intérêt général une version laïque du bien commun. L'intérêt général ne s'oppose pas, dans son contenu comme dans ses caractères, à la notion du bien commun. La brèche avait d'ailleurs été ouverte par Saint Thomas d'Aquin lorsqu'il faisait reposer le bien commun temporel sur la raison humaine. Par ailleurs, une partie de la doctrine n'oppose pas les deux notions bien qu'elle les distingue. Le bien commun est présenté comme l'aspect philosophique de l'intérêt général. Plus intéressante est la position de M. le Professeur Mekki, qui voit dans l'intérêt général une simple conception laïcisée du bien commun sans les opposer. En effet, le bien commun recouvre une nature religieuse et morale. Le *bien commun* renvoie à l'idée de vertu, de justice et de prudence. A l'inverse, *l'intérêt général* est une expression rousseauiste, affirmée par la Révolution Française. Le bien commun se présente sous les traits de l'immanence et du communautarisme, alors que l'intérêt général s'affirme comme une notion transcendante et individualiste. Pourtant, l'intérêt général ne s'oppose pas, dans son contenu comme dans ses caractères, à la notion de bien commun. La notion de bien commun, qui est au cœur de la pensée politique jusqu'à la fin du XVI^{ème} siècle, relève d'une catégorie morale davantage que juridique. Elle traduit la conviction que les valeurs existent en soi, transcendantes et incontestables, et qu'elles sont accessibles à l'homme pour peu qu'il fasse usage de sa raison créée par Dieu²⁵⁵. L'apparition de la notion d'intérêt général dans la pensée politique dénote une laïcisation de la notion du bien commun. L'intérêt général est l'œuvre d'une volonté générale, issue de la raison, laquelle ne se contente plus de poursuivre des fins déjà inscrites dans la nature que Dieu a créée, mais d'une raison qui crée ces fins²⁵⁶. Devant les connotations religieuses importantes du personnalisme, le professeur Mekki préfère la notion de « transpersonnalisme » ou d'« humanisme », une version laïque du

²⁵³ Conseil d'Etat, Rapport public, *op. cit.*, p. 250.

²⁵⁴ M.-P. Deswarte, *op. cit.*, pp. 1301 et s.

²⁵⁵ Rapport, p. 249.

²⁵⁶ M. Mekki, *op. cit.*, p. 40; M.-P. Deswarte, *op. cit.*, p. 1294.

personnalisme²⁵⁷. L'ensemble de ces observations permet de considérer *l'intérêt général* comme synonyme de *bien commun*, au sens laïc²⁵⁸.

²⁵⁷ *Op. cit.* n° 44, 238, et 393.

²⁵⁸ V. Mekki, *op. cit.*, n° 44, p. 42.

Section 2) L'approche utilitariste de l'intérêt général

57. Plan. La doctrine utilitariste présente *l'intérêt général* comme synonyme d'*intérêt public* (§1.). Un examen critique de cette position, nous aidera à comprendre son inexactitude (§2.).

§1. *L'intérêt général : synonyme d'intérêt public*

58. Une doctrine anti-individualiste. L'utilitarisme est-il une doctrine individualiste ? C'est une question traditionnellement controversée en histoire des idées politiques. L'utilitarisme n'est pas une doctrine individualiste à proprement parler, ni même une doctrine libérale²⁵⁹ : « c'est une doctrine morale élaborée par un réformateur social qui n'avait que de sarcasmes pour l'idée des droits de l'homme²⁶⁰, et qui considérait comme un fléau le prestige du mot 'liberté' »²⁶¹. Son esprit utilitariste, qu'on peut qualifier de positiviste, repoussait avec répugnance la philosophie du contrat social et les principes proclamés par la Déclaration des Droits de l'Homme. « En vérité, s'ils [les Français] lisaient une analyse que j'ai chez moi de leur chère Déclaration des droits, il n'y a peut être un seul être sur terre qui serait moins le bienvenu chez eux que je ne pourrais m'attendre à l'être »²⁶². Bentham est célèbre pour sa théorie de l'utile. Tout individu se trouve sous l'égide de deux principes souverains gouvernant les actions humaines : le plaisir et la peine²⁶³. L'apport de Bentham est précisément d'avoir cru que le calcul peine/plaisir, donc l'analyse économique en termes

²⁵⁹ Pierre Manent dans son anthologie « *Les libéraux* », précise qu'on ne peut pas comprendre l'utilitarisme sans conserver un sens distinct à la notion de libéralisme. « C'est pourquoi on ne trouvera pas des textes 'utilitaristes' dans cette anthologie », *op. cit.*, t. II, p. 351.

²⁶⁰ Pour lui la Déclaration des Droits de l'Homme est « une œuvre métaphysique, le *nec ultra* de la métaphysique... Quelque soient les articles, je me porte garant qu'ils peuvent être classés sous trois chefs : 1° inintelligibles ; 2° faux ; 3° à la fois l'un et l'autre » ; J. Bentham, *Works*, sous la direction de J. Bomring, Edinburgh, 1838-1943, vol. X, p. 316-317, cité par M. El Shakankiri, *J. Bentham : Critique des droits de l'homme*, in *APD*, 1964, p. 130.

²⁶¹ P. Manent, *op. cit.*, t. II, p. 350.

²⁶² J. Bentham, *Works*, sous la direction de J. Bomring, Edinburgh, 1838-1943, vol. X, p. 316-317, cité par M. El Shakankiri, *art. précit.*, p. 130.

²⁶³ *Ibid.*

coûts/bénéfice, est applicable à tous les comportements humains²⁶⁴. Dans la perspective utilitariste, l'intérêt général se définit comme la somme algébrique des intérêts individuels, c'est-à-dire le plus grand bonheur du plus grand nombre d'individus. L'utilité générale ou collective n'est que la somme des utilités ou des bonheurs des particuliers²⁶⁵. Comme tous les individus ont un droit égal au bonheur, mais qu'ils ne peuvent pas tous être également heureux, l'objet de la politique sera d'obtenir la somme la plus grande possible résultant de l'addition des bonheurs individuels. L'utilité sera d'autant plus « générale » qu'elle donnera une somme plus grande d'utilités particulières.

59. L'*homo oeconomicus*. L'homme que Bentham décrit, cherchant à maximiser son intérêt, est un être méchant et égoïste. Livré aux impulsions de ses désirs, il mène une vie de guerre, de lutte et de convoitise. Dans cet état, « la rivalité des subsistances produit parmi eux [les hommes] les guerres les plus cruelles et l'homme poursuit l'homme comme des bêtes féroces pour s'en nourrir »²⁶⁶. C'est l'*homo oeconomicus*²⁶⁷. Cet homme ne peut pas s'empêcher d'être égoïste²⁶⁸. Posner, le fondateur de la doctrine de l'*Economic analysis of Law*, une doctrine qui trouve sa racine dans l'utilitarisme, précise que « l'altruisme n'est pas un trait qui promeut la survivance dans un marché compétitif »²⁶⁹. La société, assimilée au marché, a une structure d'individus au comportement prévisible et calculable, dépourvus de toute originalité. Le marché exige de chacun au sein de la société un certain « comportement d'innombrables règles qui, toutes, tendent à normaliser ses membres, à les faire marcher droit, à éliminer les gestes spontanés ou les exploits extraordinaires »²⁷⁰. Une uniformisation des esprits s'impose, qui ramène selon Hanna Arendt à « admettre qu'il existe un intérêt de l'ensemble de la société grâce auquel une main invisible guide la conduite des hommes et harmonise leurs intérêts contradictoires »²⁷¹. L'*homo oeconomicus* est toujours motivé par un intérêt égoïste. Dans l'œuvre des utilitaristes, la raison ne serait plus que l'esclave des

²⁶⁴ A. Stowel, *Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner*, APD, t. 37, Sirey, 1992, p. 143, à la p. 145.

²⁶⁵ L.-M. Nodier, *Définition de l'utilitarisme*, in *Qu'est-ce que l'utilitarisme ? Une énigme dans l'histoire des idées*, Revue de MAUSS, n°6, 1995, p. 15.

²⁶⁶ Cité par El Shakankiri, *op. cit.*, p. 139.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ J.-P. Airut, *L'utilitarisme*, in *Le Grand dictionnaire de la philosophie*, sous la direction de M. Blay, Larousse, 2003, p. 1052, Et selon Bentham lui-même : « l'homme n'est jamais gouverné par autre chose que son intérêt » ; in *Of Laws in general*, éd. HLA Hart, London, 1970, cité par A. Strowel, *op. cit.* p. 146.

²⁶⁹ Cité par A. Strowel, *op. cit.*, p. 150.

²⁷⁰ H. Arendt, *La condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, p. 79, (cité par J.-A. Mazères, *Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt : de l'opposition des termes aux termes de l'opposition*, RDP, 2005, p. 1047, à la p. 1069.)

²⁷¹ *Op. cit.* p. 83.

passions, bornée à rechercher mécaniquement des moyens pour des fins dont le choix ne pourrait être qu'arbitraire. Comment, sur des bases économiques, établir le vrai ? Comment fonder les arguments en faveur de l'irrationalité des désirs ? C'est parce que les désirs ont une profondeur ontologique supérieure à la raison que les utilitaristes demandent pourquoi ces désirs ne seraient pas eux-mêmes soumis à un « examen *supra-subjectif* »²⁷² ? Selon les utilitaristes, la recherche égoïste de l'enrichissement personnel contribue à l'augmentation du bonheur collectif, sans qu'aucun des individus bénéficiant de cette élévation générale du bien-être ne l'ait voulu. C'est, sans le savoir, ni le vouloir, que chacun est conduit à réaliser l'intérêt de la société, alors que cette fin n'entraîne nullement dans ses intentions. Un but avantageux pour tous est atteint par une recherche intéressée de l'utilité personnelle. D'une manière providentielle, l'intérêt général se réalise, alors même qu'il n'était pas recherché par les individus, voire, beaucoup plus sûrement que s'il l'avait été²⁷³. L'utilitarisme tend à exclure tout volontarisme politique, en défendant l'idée d'une régulation spontanée à l'intérieur de la société civile. Selon le principe de l'utilité, le sacrifice de la liberté est permis chaque fois que cela pourrait contribuer à l'augmentation de la masse totale du bonheur collectif²⁷⁴.

60. La place de l'idéologie du marché dans la doctrine utilitariste. C'est ainsi qu'une nouvelle idéologie vient concurrencer celle de l'Etat : le marché. Celui-ci serait le fait de toute éternité, constitué et fonctionnant hors de l'atteinte des hommes. Ces derniers, étant les agents du marché, agiraient aveuglement par le jeu de leur rationalité économique laquelle s'articule avec les règles objectives de maximisation de l'utilité²⁷⁵. Le marché serait ainsi un dieu, dont l'homme serait l'agent²⁷⁶. Au « dogmatisme de l'Etat » est substitué celui du marché²⁷⁷. Le nouveau modèle du marché serait, selon certains, « consubstantiel d'une certaine forme, occidentale, de démocratie »²⁷⁸, voire un « *quasi-contrat social* » selon d'autres²⁷⁹. Le marché se diffuse de façon rampante et tend à tout absorber²⁸⁰. Dans le domaine économique, en effet

²⁷² V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, 2002, p. 149.

²⁷³ Conseil d'Etat, *Rapport public 1999, Jurisprudence et avis de 1998, L'intérêt général*, La documentation Française, p. 254.

²⁷⁴ J. De Sousa E Brito, *Droits et utilité chez Bentham*, APD, t.26, 1981, p. 93, à la p. 94.

²⁷⁵ M.-A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, ADP, p. 287.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ M. Mekki, *op. cit.*, n° 30, p. 25.

²⁷⁸ D. Mainguy, *Première approche : place du droit de la concurrence dans le droit privé*, JCP, *Cahier de Droit de l'entreprise*, 2000, n°3 p. 1, à la p. 2.

²⁷⁹ M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*, p. 292.

²⁸⁰ *Ibid.*

la *sphère privée* et la *sphère publique* se confondent²⁸¹ ; et c'est le marché, et non pas le contrat social qui apparaît comme le véritable régulateur des relations sociales²⁸². L'appartenance de l'individu à la société se réduit aux échanges économiques qu'il entretient avec les autres individus. Cette appartenance n'a pas, à proprement parler, de dimension politique, puisqu'il ne s'agit pas de construire une *sphère publique* où le citoyen, détourné de ses seuls intérêts économiques, participerait à la formulation d'un intérêt général propre à la cité²⁸³. La forme la plus répandue de l'égoïsme est sans doute cette transformation du citoyen en « client » ou en « consommateur »²⁸⁴. Selon Hanna Arendt, l'apparition du marché dans la société moderne « n'a pas seulement effacé l'antique frontière entre le politique et le privé ; elle a si bien changé le sens des termes, leur signification pour la vie de l'individu et du citoyen, qu'on le reconnaît presque plus »²⁸⁵. Les tenants de cette approche considèrent que le marché est un instrument d'organisation sociale efficace, apte à s'autoréguler et à corriger ses imperfections dès lors qu'on le laisse fonctionner sur une période de temps suffisamment longue²⁸⁶. Ainsi Hayek voit-il dans le marché un « ordre spontané » défini par l'ajustement des intérêts. Pour lui, la *common law* est le type même d'un ordre à la fois « mûri » et « spontané ». Spontané parce qu'il n'a pas été le fruit d'une volonté consciente individuelle ni même collective. C'est une instance de régulation aussi « naturelle » que le marché. Ordre mûri parce que, tout de même, la régulation s'est « affinée » avec le temps²⁸⁷. De même, l'un des représentants français de ce courant, M. Henri Lepage, met en avant le fait que le « marché est un système d'autodiscipline et d'autorégulation infiniment plus efficient qu'on le croit généralement »²⁸⁸.

²⁸¹ J. Habermas, *op. cit.*, p. 150 : « Dès lors, la politique 'néo-mercantiliste' s'est accompagnée d'une sorte de 'reféodalisation' de la société ». Or, dans la vision individualiste, l'individu et ses intérêts, liés par la *Raison* à ceux de la société, est tributaire de la reconnaissance d'une sphère privée propre à l'individu, distincte de la sphère publique. La sphère privée n'existe que par rapport à la sphère publique, dans un sens positif d'autonomie, de lois propres au marché. La société civile, conçue comme domaine propre de l'autonomie privée, va s'opposer à l'Etat. La sphère privée pose l'égalité juridique et la liberté. L'individu devient « citoyen » dans la sphère publique et fait régner la morale et la loi, en défendant l'autonomie de la sphère privée régie par ses lois naturelles ; M.-H. Frayssinet, *op. cit.*, p. 35.

²⁸² Conseil d'Etat, *Rapport public 1999, Jurisprudence et avis de 1998, L'intérêt général*, La documentation Française, p. 253.

²⁸³ Conseil d'Etat, *Rapport public 1999, op. cit.*, p. 255.

²⁸⁴ Tandis que la conception rousseauiste de la volonté générale est basée sur le principe de représentation démocratique qui magnifie la vertu du citoyen : un individu doué de *raison* face à son intérêt personnel. Cf. P. Favre, *Unanimité et majorité dans le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, RDP, 1979, p. 111.

²⁸⁵ H. Arendt, *Condition de l'homme moderne, op. cit.*, p. 59 ; J.-A. Mazères, *op. cit.*, p. 1051.

²⁸⁶ V. M. Chagny, th. préc., n°558, p. 510.

²⁸⁷ F. Von Hayek, *Droit, législation et liberté*, vol. 2, *Le mirage de la justice sociale*, PUF, 1980, p. 129.

²⁸⁸ H. Lepage, *Demain le libéralisme, op. cit.*, p. 289.

61. L'effondrement du général dans le public. Chez Rousseau l'intérêt général est appelé général parce qu'il est l'expression d'une volonté générale²⁸⁹. En effet, la notion d'intérêt général est née dans une société d'inspiration contractuelle et marquée par le principe de l'autonomie de la volonté²⁹⁰. Mais, dans la doctrine utilitariste, la société est dirigée par la main invisible du marché par l'intermédiaire duquel les intérêts s'harmonisent. Les relations sociales se résument ainsi au jeu des intérêts et des besoins, et à leurs effets involontaires²⁹¹. Il s'agit donc d'un intérêt public, résultant de l'harmonisation spontanée des intérêts économiques. *L'intérêt général* se transforme en *intérêt public*²⁹². Si le moteur de l'action humaine, comme le prétendent les utilitaristes, est le désir d'augmenter sa fortune²⁹³, l'intérêt général (en réalité public) s'identifie logiquement à la prospérité économique. L'intérêt général se laisse séduire par l'idéologie du marché et ses impératifs économiques ; voir dans le jeu de la concurrence, un mécanisme propre à satisfaire l'intérêt général constitue une évidence chez les utilitaristes. Mais une telle lecture repose alors sur une conception économique ou pragmatique de l'intérêt général, qui consiste à protéger un intérêt objectif : le marché ou, plus précisément, la préservation des structures concurrentielles²⁹⁴.

§2. Appréciation critique de l'approche utilitariste

62. Plan. Cette définition de l'intérêt général, comme synonyme d'intérêt public, est inexacte et contradictoire (A.) Un retour à la définition rousseauiste est nécessaire, c'est-à-dire une distinction entre la notion de l'intérêt général est celle de l'intérêt public (B.).

A. Une définition inexacte

²⁸⁹ J.-J. Rousseau, *Le contrat social*, Livre I^{er}, chap. VII, Livre II, ch. 12.

²⁹⁰ M.-P. Deswarte, *Intérêt général, bien commun*, RDP, 1988, p. 1289 à la p. 1297.

²⁹¹ Conseil d'Etat, *Rapport public 1999*, op. cit., p. 254.

²⁹² J.-A. Mazères, op. cit., p. 1074 : « Public ne correspond plus à la notion concrète d'intérêt 'commun', mais à celle abstraite et imaginaire (au sens propre du mot) d'intérêt 'général' ».

²⁹³ A. Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776 : « Une augmentation de fortune est le moyen par lequel la majeure partie se propose d'améliorer son sort ; c'est le moyen le plus commun et qui leur vient le premier à la pensée. », cité dans le *Rapport public du conseil d'Etat*, op. cit.

²⁹⁴ G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, n°293, p. 161.

63. Une vision réductrice de l'homme. Tout d'abord la philosophie utilitariste est inexacte lorsqu'elle considère que l'action humaine est pleinement déterminée par le plaisir et la douleur. Les utilitaristes ont fermé les yeux de façon systématique sur la complexité du réel ; et ils ont fini par donner une image tellement simplifiée, voire dégradante, de l'être humain qu'elle en est devenue caricaturale. L'utilitarisme, soutient Kohler, abaisse l'homme au niveau des mammifères²⁹⁵. Ainsi, Picasso s'indigne en représentant l'*homo oeconomicus* comme une simple main et une mâchoire perdue au milieu de nulle part²⁹⁶. L'homme choisit souvent, et librement, parce qu'il est un être moral, des actions dont le résultat ne se traduit aucunement par un excédent de plaisir : que l'on songe aux actes de courage, de sacrifice et d'abnégation qui peuvent remplir une existence quotidienne ; de même, les rapports familiaux, les relations d'amitié, le patriotisme capable de mener jusqu'au sacrifice suprême, c'est-à-dire jusqu'à l'anéantissement de toute sensation, ne sont point commandés par l'intérêt personnel ou la satisfaction d'un égoïsme. Une ontologie à fondement biologique, sexuel, ou économique, ne rend compte que d'une seule dimension de la vie humaine. Affirmer que cette dimension est la seule « réelle », passe simplement à côté de la réalité. Les humains ne sont pas déterminés par une loi mécanique, le plaisir et le désir de la satisfaction. En fait, ce « qui confère des droits aux humains, c'est, comme le proclame justement la Déclaration des Nations Unies, qu'ils constituent, ou tout au moins sont appelés à devenir en se développant, des personnes, parce qu'ils sont doués d'une intelligence capable de réflexion, qui les rend aptes non seulement à se proposer des fins, former des projets, et découvrir ou inventer les moyens de les réaliser, mais aussi à prendre conscience de leur être, à s'interroger sur leur destinée, et à concevoir un idéal, ainsi que d'une volonté capable de contrôler leurs impulsions et de régler leur comportement en le transformant en conduite »²⁹⁷.

64. Un système vicié par ses propres principes. Le plaisir est, en effet, un phénomène typiquement nominaliste et individualiste, lié aux sensations, perceptions, désirs, (etc...) de l'être individuel. Parce qu'il en est pleinement conscient, Bentham considère l'individu comme primitivement égoïste : toutes ses inclinations sympathiques ou sociales ne seraient que des manifestations et des transformations de son égoïsme primordial. Mais, par là même,

²⁹⁵ S. Anis Al-Assiuty, *op. cit.*, p. 139.

²⁹⁶ E. Norbert, *La société des individus*, Fayard, 1998, p. 46 : « ce que l'on appelle la société n'existe pas ; en réalité, il n'y a qu'une multitude d'individus isolés ».

²⁹⁷ L. Husson, *Droits de l'homme et droits subjectifs*, APD, t. 26, 1981, p. 345, à la p. 369.

l'utilitarisme devient contradictoire lorsqu'il prétend au service de la société²⁹⁸. Car il existe entre la règle de l'intérêt personnel et celle de l'intérêt général un pont à franchir. Quand rien n'agit sur l'individu que ses plaisirs et ses douleurs, comment, et à quel titre, lui demander de travailler à un but complètement étranger à ses sensations personnelles ? Le service de l'intérêt général n'est qu'un moyen pour satisfaire l'intérêt personnel, puisque tout se réduit en fin de compte à une sensation individuelle de plaisir ou de peine, de satisfaction. La règle de l'intérêt général ne peut sortir du principe de l'égoïsme : ce dernier explique seulement la règle de l'intérêt personnel. Ce qui nous place devant une alternative étroite : ou bien proclamer que le but de toute action est le service de l'intérêt individuel, ou bien renoncer au principe de l'égoïsme et du déterminisme, c'est-à-dire à l'*homo-oeconomicus*, fondement même de toute la doctrine utilitariste.

65. Le bonheur du plus grand pour le plus grand nombre d'individus. Pour échapper à ce dilemme, Bentham a proposé une solution qui ne fait qu'augmenter la confusion de sa théorie en la rendant plus contradictoire encore. Il déclare que l'intérêt général se compose de la somme des intérêts de tous les individus, et que la recherche de l'intérêt individuel servira, tout calcul fait, l'intérêt du plus grand nombre. Mais il faudrait pour cela que chacun soit juge, et seul juge, de ses intérêts personnels. Or, les utilitaristes n'admettent pas cette libre identification des intérêts. Puisque l'*homo-oeconomicus* raisonne mal et opère, sans même s'en rendre compte, de faux calculs nuisibles à ses intérêts autant qu'à ceux d'autrui, les utilitaristes réclament, ou plutôt justifient, l'intervention d'une puissance gouvernementale, qui est, du coup, nécessaire pour identifier de manière autoritaire les intérêts de tous, ou du moins ceux de la majorité, par le marché. C'est ainsi qu'ils demandent au marché de raisonner et de calculer à la place des individus ignorants en vue d'harmoniser leurs plaisirs respectifs. Le marché, selon eux, est censé servir à la fois les intérêts individuels et ceux de la collectivité. Cette construction théorique soulève plusieurs problèmes. Tout d'abord, c'est la négation de la raison, qui selon Louis Le fur, ne peut se comprendre que de la part de « purs sceptiques, ou [de] fidéistes, qui sont des sceptiques à leur façon. Or, le progrès de l'homme est de se laisser guider par la raison ; c'est elle qui le fait homme et le distingue de l'animal conduit par son instinct. Si l'on n'a pas confiance en elle, il est bien inutile de discuter ces problèmes. »²⁹⁹ Ensuite, abandonner la société au mécanisme de la concurrence, la possession de la richesse sera abandonnée au jeu du calcul rationnel, c'est-à-dire au jeu du marché. Le

²⁹⁸ P. Roubier, *Théorie générale de droit*, op. cit., p. 150.

²⁹⁹ L. Le Fur, *Le but de droit bien commun, justice, sécurité*, op.cit., p. 10.

plus « habile », le plus « commerçant » gagnera autant qu'il pourra ; le droit est à son service, il le protégera³⁰⁰. Comment éviter que l'intérêt général ne soit que la conjugaison des intérêts individuels des plus puissants ? Nous saisissons probablement mieux maintenant la thèse de la « lutte pour le droit » de Jhering quand il écrivait : « Ce sont toujours des droits anéantis qui marquent la voie suivie par le droit [...]. Le droit, c'est un Saturne dévorant ses propres enfants. »³⁰¹. Nous trouvons pareillement la théorie de la « lutte des classes » de Marx³⁰². Le point de départ utilitariste ne peut aboutir qu'à ces conséquences. Jhering avait sans doute raison, et Marx assurément, mais à condition que l'on raisonne à partir de la doctrine utilitariste³⁰³. « L'intérêt général n'est donc que l'intérêt privé de la classe qui s'est appropriée privativement l'Etat. Il ne vise qu'à légitimer les intérêts particuliers de cette dernière, en les présentant sous la forme d'un intérêt transcendant, indépendant de tous les intérêts particuliers »³⁰⁴.

66. Le règne de la loi du plus fort. Bentham reconnaît d'abord que la politique ne peut assurer le bonheur de tous, pour lui : « il est malheureusement impossible d'élargir indéfiniment la sphère du bonheur de chaque individu sans qu'elle entre en conflit avec le bonheur des autres »³⁰⁵. Si l'utilité n'est pas celle de tous, elle n'est pas vraiment générale,

³⁰⁰ Les disciples de l'école utilitariste après avoir déformé la théorie de Darwin (1809-1882), l'ont exploitée pour justifier leur doctrine. Darwin était amené à observer que les animaux devaient lutter pour vivre dans le milieu, et que c'étaient les plus adaptés qui seuls avaient des chances de survivre, tandis que les autres succombaient : la lutte pour la vie aboutissait ainsi à une sélection naturelle. Les utilitaristes considèrent que cette idée est vraie aussi pour les sociétés humaines. Selon Herbert Spencer, l'évolution se produit, en effet grâce à l'adaptation graduelle de l'homme à son milieu social. Les expériences acquises à travers l'histoire se transmettent d'une génération à l'autre, par la loi de l'hérédité. Ce sont les plus aptes qui survivent, et la supériorité mentale se ramène à un ajustement aux conditions du milieu qui suppose toujours la lutte pour la satisfaction des besoins et du plaisir. Le but du droit dans ces conditions, ne peut être que la réalisation du bonheur, autrement dit du plaisir des individus. Ainsi, la loi doit garantir ce qu'ils appellent le « droit naturel » à l'appropriation privée, à la « liberté commerciale », car elle ne doit surtout pas édicter de mesures pour aider les pauvres ou les enfants nécessiteux : de telles interventions, on ne le voit que trop, inciteraient à la paresse, entravant les effets de la sélection naturelle des plus aptes et faisant échapper l'individu aux conséquences de ses actes ! Pour une critique juridique de cette vision V. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 153, et s. ; M. EL Shakankiri, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, LGDJ, 1970, p. 399, et s.

³⁰¹ R. von Jhering, *La lutte pour le droit*, p. 8. Cité par M. EL Shakankiri, op. cit., p. 424.

³⁰² V. P. Roubier, op. cit., p. 239 : « Au système d'un ordre juridique harmonieux, que représentait le groupement en ordres ou en coopérations, succéda de plus en plus un système de groupements inorganiques, constitués par les classes sociales : celles-ci ne sont en définitive que le résultat d'une décomposition de la société en éléments purement égoïstes et indifférents au bien commun ».

³⁰³ *Conseil d'Etat, Rapport public 1999, L'intérêt général*, op. cit., p. 313 « La pensée néo-libérale contemporaine, dans sa version la plus radicale, a ainsi dénoncé la vanité et l'inconsistance d'une représentation de l'intérêt général, entendu comme l'intérêt de tous, [...] » et à la p. 314 : « Cette critique néo-libérale de la notion d'intérêt général n'est pas, paradoxalement sans lien avec les critiques inspirées par le marxisme. Celui-ci identifie également l'intérêt général et intérêt de l'Etat, en voyant dans l'intérêt général simplement un intérêt particulier, détaché de celui de la société, et élevé au titre supérieur ».

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Cité par F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, p. 161 et s.

mais plutôt publique. Elle n'est que l'utilité collective des plus forts³⁰⁶. Autrement dit, l'intérêt général ne peut être que celui d'un groupe, plus au moins nombreux, d'individus. La société est soumise à la loi du plus fort³⁰⁷. Bentham ne le conteste pas. Il admet à l'inverse de Rousseau, que la politique, comme l'ordre naturel, reposent sur la loi des plus forts³⁰⁸. L'utilité générale n'est plus dans ce cas que l'utilité particulière d'une minorité gouvernante. Donc, si le plaisir est le but de la législation, il n'est plus possible d'adopter la thèse de l'égalité devant les plaisirs, c'est-à-dire les droits à l'égalité de tous les hommes d'une même société. En fait, l'article premier de la Déclaration de 1789 avait prononcé cette égalité dans les termes suivants : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. » et l'article IV l'avait précisée en déclarant que la loi doit être la même pour tous et que tous les citoyens étant égaux à ses yeux³⁰⁹. Peut-on dire donc en utilisant le langage de Bentham que le distributeur des plaisirs et des peines (en fait le marché) se trouve obligé par la nature même de la sensibilité humaine de distribuer également et les droits et les obligations ? Si la réponse est affirmative, un droit subjectif à l'égalité se trouverait consacré dans les faits. Or la réponse de Bentham est négative. Il reprend les deux articles et il les critique dans les termes suivants : « Tous les hommes naissent et demeurent égaux de droits », ce début « renferme une fausseté palpable ». Le partisan du principe de l'utilité doit observer les faits et la réalité. Car dans les faits, chacun jouit des avantages et subit les devoirs d'une condition qui lui est particulière. Le plaisir d'un père n'est pas le même que celui de son enfant, et le droit d'un malade ne concorde pas avec celui de son médecin. « Tous les hommes doivent demeurer égaux en droits » : encore un principe inintelligible et contraire à toute « maximisation du bonheur ». « Poser un principe que les hommes doivent être égaux en droits, ce serait, par un enchaînement de conséquences nécessaires, rendre toute législation impossible »³¹⁰. La législation aboutit à l'établissement des lois, et les lois que font-elles sinon organiser des

³⁰⁶ V. Ph. Gaudrat, *Propriété littéraire et artistique (1^{er} propriété des créateurs)*, Rép. civ. Dalloz, sept. 2005, n° 5, p. 4 : « [Le néolibéralisme] favorise, en fait, la concentration et les monopoles – de fait ou de droit –, lesquels ne servent que les intérêts d'une petite minorité de financiers contre l'intérêt général. » J. Buchanan, *Freedom in Constitutional Contract*, College Station: Texas A & M University Press, 1977, p. 157. Pour l'auteur « néo-libéral », l'ordre juridique est une échelle de pouvoirs mesurant la capacité des individus à se faire reconnaître par autrui. Cette conception du droit gagne la morale, que Buchanan conçoit comme le résultat d'un arrangement et d'un choix visant à maximiser son utilité.

³⁰⁷ T. Adréani, *Un être de raison, critique de l'homo oeconomicus*, Syllepse, 2000, p. 16.

³⁰⁸ F. Rangeon, *op. cit.* p. 161 ; V. cpdt. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^{ème} éd., 2006, n°30, p. 35 : « Encore n'est-il pas toujours facile d'identifier l'intérêt public, qui peut être 'le nom de baptême de l'intérêt des plus forts', être apprécié à long ou à court terme, et inclure les intérêts des médiateurs que sont les exploitants, sans pour autant se confondre avec eux ».

³⁰⁹ Art. IV : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

³¹⁰ Cité par M. El Shakankiri, *J. Bentham : Critique des droits de l'homme*, in APD, 1964, p. 149.

situations différentes en conférant des droits aux uns et en imposant des obligations aux autres ? Donner à l'apprenti le même pouvoir qu'on donne à son maître pour son éducation, à l'idiot le même pouvoir qu'on doit donner à sa famille pour le gouverner, n'est-ce pas absurde ? A quoi aboutit le principe de l'égalité devant les droits, s'il n'aboutit pas « à donner au maniaque le même droit d'enfermer ses gardiens que ses gardiens ont de l'enfermer »³¹¹. Le calcul du plaisir est plus réaliste, selon les utilitaristes. Il ne pose pas des principes qu'ils qualifient de dogmatiques, ou parfois d'utopiques, il ne part que des situations de fait, meilleur moyen pour la réalisation du bonheur du plus grand nombre³¹². Bonnecase ripostait contre toute tendance sacrifiant l'individu, pour l'intérêt d'un groupement, tel que les utilitaristes. Selon lui, ces « prophètes de l'ère nouvelle n'ont-ils pas dans leur enthousiasme débordant, réfléchi qu'en sacrifiant l'individu ils sacrifieraient aussi le droit civil, car dans la suite des siècles, qu'on le veuille ou non, le droit civil a toujours été le bouclier de l'individu contre les abus de pouvoir des groupements »³¹³. C'est par le droit civil qu'on va aboutir au « respect et [à] la protection de la personnalité humaine »³¹⁴.

B. Le retour à Rousseau

67. En quoi l'intérêt général est-il « général » ? Selon Rousseau, l'intérêt général est désigné ainsi parce qu'il est l'émancipation de la volonté générale de la société. Pour être générale, la volonté doit émaner de tous les individus. Général, ainsi, s'oppose à partiel³¹⁵. Les volontés particulières se transforment en une volonté générale. L'instrument de cette union est un contrat social par lequel « chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant »³¹⁶. Ainsi si l'on tient à la conception rousseauiste, la loi est l'expression de la volonté générale, laquelle ne peut que vouloir l'intérêt général. Sa définition de l'intérêt général est célèbre : « il y a bien souvent de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*

³¹³ J. Bonnecase, *Où en est le droit civil ?*, in *La cité moderne et les transformations du droit*, Paris, 1925, p. 48, à la p. 49.

³¹⁴ *Op. cit.*, p. 53.

³¹⁵ Th. Hassler, *L'intérêt commun*, *Rev. trim. dr. com. dr. éco.*, n°4, oct.-déc., 1984, p. 581.

³¹⁶ J.-J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, cité dans le *Rapport du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 258.

regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-déduisent, reste pour somme des différences la volonté générale »³¹⁷. L'autorité de la volonté générale est captée par la loi ; et celle-ci est « le principe qui dérive de la nature des choses et est fondée sur la *raison* »³¹⁸. Pourtant, il n'est pas rare de retrouver sous la plume des auteurs *l'intérêt public* présenté comme synonyme d'*intérêt général*. Ainsi le professeur Truchet disait que les « termes : intérêt général, intérêt public, utilité publique, ou celui, plus rarement employé [...] d'intérêt national sont synonymes »³¹⁹.

68. En quoi l'intérêt public est-il « public » ? Pourtant, les deux notions d'intérêt général et d'intérêt public doivent être distinguées³²⁰. L'utilisation de la notion « intérêt public » doit être réservée à deux hypothèses. Sur un plan organique, tout d'abord, l'intérêt public est celui de la collectivité publique en tant que telle, il concerne l'homme en tant que citoyen. Il s'oppose à l'intérêt privé qui regarde l'homme en tant qu'individu ayant des préoccupations qui ne relèvent pas de la compétence du souverain ou du public. L'intérêt public désigne ici l'intérêt supérieur d'une institution que ce soit une institution étatique (pouvoir législatif, exécutif ou administratif) ou une institution communautaire³²¹. Il peut être question de l'intérêt supranational, de l'intérêt national ou de l'intérêt des collectivités locales. Dans ce contexte l'absence de distinction chez les publicistes est pardonnable. Ensuite, sur le plan matériel³²², l'intérêt public est défini comme le résultat d'un arbitrage entre les intérêts particuliers. L'intérêt public est l'intérêt d'une entité qui transcende les individus³²³. C'est ainsi que l'intérêt public s'identifie parfois à l'intérêt des consommateurs³²⁴ ou l'intérêt public à la culture. Il n'est même pas rare que l'intérêt public désigne l'intérêt de l'entreprise³²⁵,

³¹⁷ *Le contrat social*, Livre II, chap. IV.

³¹⁸ *Ibid.*, (nos italiques).

³¹⁹ D. Truchet, *op. cit.*, p. 227.

³²⁰ M. Mekki, *op. cit.*, n°40, p. 35.

³²¹ A. Met-Domestici, *Le droit communautaire de la concurrence et l'intérêt général*, th. Aix-en-Provence, 2004.

³²² M. Mekki, *op. cit.*

³²³ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, p. 121.

³²⁴ A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright convergence et divergence*, Bruxelles, LGDJ, Paris, Bruylant, Bruxelles, 1993, n° 211, p. 274, précise que : « l'intérêt du public, au sens des consommateurs, est de pouvoir acheter des œuvres au prix le plus bas ; [...] » ; X. Greffe, *Economie de la Propriété artistique*, Economica, 2005, p. 64, Pour l'auteur la protection des œuvres de l'esprit est justifiée par l'intérêt public des consommateurs, puisque cette protection « [...] leur offre une plus grande quantité d'œuvres » ; S. Carre, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse, Montpellier I, 2004, n° 28 et s.

³²⁵ Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec, 2004, n°53, p. 69 : « De même, on peut constater que derrière le copyright se cachent d'autres intérêts que ceux du public, que l'intérêt public peut avoir plusieurs significations, et que la notion d'intérêt public dissimule souvent des intérêts privés, notamment également les intérêts des exploitants. » ; Patterson L. R. & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright, A Law of User's Rights*, University of Georgia Press, 1991, p. 70 : « It is of course in the

comme le souligne le professeur Farjat, puisque l'entreprise « concerne un nombre important de travailleurs, qu'elle met en jeu les intérêts de diverse catégories d'apporteurs de capitaux et parce qu'elle peut, en raison de l'importance de son activité, compromettre un intérêt public »³²⁶. La confusion des publicistes n'est plus légitime dans ces cas³²⁷.

public interest that copyrighted materials be publicly disseminated, and to the extent that publisher profit is necessary to this end, the profitability of publishers is also in the public interest. But when publishers erroneously state that copyright is the author's natural law property right in order to justify extracting unreasonable profit, their interest clearly diverges from the public interest.”; D. Ladd, *the harm of the concept of harm in copyright*, *Auteursrecht*, January, 1984, NR, 1/3, pour l'auteur les intérêts des entreprises de productions hollywoodienne ne sont pas des intérêts commerciaux, mais plutôt des “*instruments of free speech*”; Balzac considère que l'intérêt public profite aux exploitants : « [...] dès lors, par intérêt public, on entend l'intérêt des libraires, [...] » cité par F. Pollaud-Dulian, *Balzac et la propriété littéraire*, *L'année balzacienne* 2003 « *Le médecin de campagne* », PUF, 2003, p. 197, à la p. 213.

³²⁶ G. Farjat, *Droit économique*, Paris, PUF, 1971, p. 90.

³²⁷ G. Pellissier, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, th. Paris I, 1995, p. 81 et s., Selon l'auteur, la dimension économique de l'intérêt général en droit public le rapproche des intérêts particuliers contribuant à une « confusion des intérêts » par une dilution de l'intérêt général ; V. M. Mekki, *op. cit.* n° 17, p. 17.

Chapitre II : L'intérêt général en droit d'auteur

69. Le lancement du débat. Personne ne peut contester que le but du droit d'auteur soit la satisfaction de l'intérêt général. Rechercher l'intérêt général en droit d'auteur, c'est, en quelque sorte, lui trouver une justification. Pourtant, on ne trouve dans la doctrine française classique du droit d'auteur que très peu de réflexions sur les justifications du droit d'auteur. Selon cette doctrine, le droit d'auteur *est*, il ne faut qu'en définir la nature³²⁸. Pour certains, le droit d'auteur est un droit de propriété dérivant du droit naturel, que le législateur ne vient que consacrer. Pour d'autres, le droit d'auteur est un droit *sui generis*, dont l'appellation varie en fonction des différentes théories élaborées : droit intellectuel³²⁹, droit incorporel³³⁰, ou encore droit de clientèle³³¹. Mais depuis un certain temps, on assiste à un déplacement du débat. Ce n'est plus la nature du droit d'auteur qui intéresse la doctrine, mais plutôt sa justification. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine moderne, fascinée par la vision anglo-saxonne utilitariste du *copyright*³³², nous présente le droit d'auteur comme étant en « crise »³³³. Selon eux, le droit d'auteur « change de paradigme », et se trouve « en pleine mutation »³³⁴. Cette

³²⁸ Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec, 2004, n°26, p. 27.

³²⁹ J. Dabin, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1939, p. 413.

³³⁰ Josserand, *Cours de droits civil positif français*, 2^{ème} éd. Paris, 1932, t. I, n° 1527 ; J. Bonnet, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1930, t. V, n°s 381 et s. ; R. Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, *RTD civ.*, 1958, p. 331.

³³¹ P. Roubier, *Droit de la propriété industrielle*, I, 1952, n° 23 ; H. Desbois, *Le droit d'auteur*, Dalloz, 1950, n°s 260 et s.

³³² S. Carre, *op. cit.*, n°18, p. 16 : « [...] lorsque [l'intérêt public] est évoqué, cet intérêt est stigmatisé par la doctrine. Elle y voit fréquemment le signe des conceptions étrangères à la tradition du droit d'auteur français sur celui-ci, autrement dit, la marque du droit des brevets ou du *copyright* anglo-américain privilégiant l'intérêt général. » ; et n°1167, p. 932 : « D'un point de vue historique et conceptuel, il était en outre important de souligner que la prise en compte de l'intérêt public en droit d'auteur ne résulte, ni ne s'explique par aucune contamination par des systèmes étrangers au droit d'auteur comme le droit des brevets ou le *copyright* » ; V. cpdt N. Martin Hübnér, *Les influences philosophiques sur la doctrine du droit d'auteur en Allemagne et en France. Kant, Fichte, Hegel et Schopenhauer*, th. Montpellier I, 2005, n° 5, p. 6 ; S. von Lewenski, *L'américanisation de la propriété intellectuelle*, P. I., n° 10, 2004, p. 482 ; Adde, A. Berenboom, *Situation actuelle du droit d'auteur, Entretien avec Alain Berenboom*, in *Le combat du droit d'auteur*, Les nouvelles impressions, Paris, 2001, p. 171.

³³³ S. Carre, *ibid.* ; Ch. Geiger, *op. cit.*, n° 21, p. 21, note 5 ; J. Corbet, *Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ?*, *RIDA* avr. 1991, p. 59 ; et pour une vision non juridique V. Th. Paris, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, 2003, p. 205 : « L'avènement des nouvelles technologies se traduit par [des] conséquences importantes qui peuvent mettre le système en crise ».

³³⁴ R. Legeais, *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, *RID Comp.* 1990, vol. 2, p. 677 ; S. Carre, *op. cit.*, n° 3, p. 3, note 2 ; P. Sirinelli, *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, in *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1993, p. 377, spéc. p. 401 : « Cette vision humaniste du droit d'auteur correspond-elle encore à la réalité alors même que le champ de la législation s'élargit ? » ; Comme le souligne le professeur A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1993, n° 191, p. 246 : « plus que le progrès technique en tant que tel, c'est la

prétendue « crise » en droit d’auteur a conduit la doctrine utilitariste à se tourner vers d’autres intérêts que celui de l’auteur³³⁵. Pour cette doctrine, la finalité du droit d’auteur serait l’intérêt public au développement économique et culturel³³⁶. Le droit d’auteur se présenterait alors comme une récompense, incitant les auteurs à créer de la richesse intellectuelle, ou matérielle³³⁷ (**Section 1.**). Selon la conception individualiste, l’intérêt général est *le développement et l’épanouissement de la personnalité de l’individu dans la société*. Le reflet de cette logique individualiste, qui domine les règles du droit d’auteur en France, impose de voir dans l’œuvre protégée le reflet de la personnalité de son créateur (**Section 2.**).

‘modification de la situation des intérêts’ ou ‘les revendications émanant des nouveaux groupes d’intérêts’ qui affecte, voire menacent la catégorie du droit d’auteur, au point de faire apparaître une crise du droit d’auteur » ; S. Carre, *op. cit.*, n° 5, p. 5.

³³⁵ Comme le précise M^e Edelman, *Droits d’auteur, droits voisin : droit d’auteur et marché*, Dalloz, 1993, p. 2 : « l’individualisme ne serait plus désormais le fondement du droit d’auteur ».

³³⁶ V. J. Forns, *Le droit de propriété intellectuelle dans ses relations avec l’intérêt public et la culture*, *Revue de Droit d’Auteur*, 1951, p. 26, selon l’auteur, dans le système anglo-saxon on envisage d’abord l’intérêt public « auquel on s’efforçait d’adapter le droit d’auteur. »

³³⁷ Ch. Geiger, *Droit d’auteur et droit du public à l’information, Approche du droit comparé*, Litec, 2004, n°26, p. 27.

Section 1) La thèse utilitariste : l'intérêt public comme finalité du droit d'auteur

[...], dès lors, par intérêt public, on entend l'intérêt des libraires, [...]³³⁸

70. Plan. La présentation de la doctrine utilitariste (§1.), qui attache une importance particulière à la protection de l'industrie et du commerce, nous montrera que cette doctrine fait renaître l'ancien système des privilèges, autrement dit, elle procède à une « re-féodalisation » du droit d'auteur (§2.).

§1. Présentation de la doctrine utilitariste

71. Envisager l'œuvre indépendamment de l'auteur. Selon Mme Marie Cornu la confrontation entre le droit d'auteur et l'intérêt général naissent plusieurs séries de questions, qui tournent autour de la difficulté de définir l'objet du droit d'auteur³³⁹. Ainsi, si l'approche individualiste du droit d'auteur est tournée essentiellement vers l'auteur, l'approche utilitariste, quant-à-elle, envisage l'œuvre indépendamment de la personnalité de l'auteur. Selon cette doctrine utilitariste, la conception « classique » de l'originalité postule un déséquilibre des intérêts en présence, en ce qu'elle tend à affirmer la supériorité absolue de l'intérêt de l'auteur, qu'elle place au premier rang. Elle conduit à une lecture du droit d'auteur exclusivement centrée sur la personne de l'auteur. Selon ladite doctrine, cette conception « perverse »³⁴⁰ ne prend pas soin de la réalité moderne, surtout lorsqu'il s'agit des œuvres logicielles, ou utilitaires. L'originalité doit alors être appréciée objectivement, car elle ne se détermine guère par rapport à l'auteur mais par rapport aux objets dont l'intérêt public exige

³³⁸ Balzac, Cité par F. Pollaud-Dulian, *Balzac et la propriété littéraire, L'année balzacienne 2003* « Le médecin de campagne », PUF, 2003, p. 197, à la p. 213.

³³⁹ M. Cornu, *Le droit culturel des biens, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 269.

³⁴⁰ C. Bernault, *Objet du droit d'auteur, œuvres protégées, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1135*, 2006, n°129.

une protection³⁴¹. Pour cela, la doctrine utilitariste privilégie l'emploi de critères plus objectifs, comme celui de la nouveauté, ainsi, l'œuvre est nouvelle lorsqu'elle « diffère des choses faisant partie du fond commun de la culture [...], c'est-à-dire lorsqu'on ne peut lui opposer d'antériorités »³⁴². D'ailleurs, si l'on admet qu'une certaine idée de récompense est sous-jacente dans tout le droit de la propriété intellectuelle, il paraît clair qu'un monopole ne peut être accordé qu'à celui qui enrichit la collectivité d'un bien dont elle ne disposait pas auparavant. Cette pensée est méconnue par les partisans de la théorie subjective, qui conçoivent l'intérêt général comme une protection de l'épanouissement de l'individu dans la société. Avant de présenter la logique utilitariste, qui nous invite à réinterpréter le critère de protection en un critère plus objectif, conforme à l'intérêt public³⁴³ (B.), il faut d'abord présenter les arguments en faveur de cette réinterprétation (A.)

A. Les arguments

72. L'établissement d'un équilibre d'intérêts. Pour démontrer que la finalité du droit d'auteur est sociale, et entendue comme opposée à individualiste, la doctrine utilitariste part du constat qu'il y a un intérêt public à ce qu'une idée ne puisse être monopolisée par un auteur au détriment de la collectivité³⁴⁴. Celle-ci *via* la protection légale, accorde à l'auteur un droit privatif ; en retour, elle ne devrait pas se trouver spoliée par le droit qu'elle a conféré. Il ne s'agit pas de remettre en cause la pertinence de la distinction entre la forme et le fond, mais plutôt de constater que la frontière entre les deux s'estompe³⁴⁵. Un équilibre doit donc être réalisé entre les intérêts de la collectivité et ceux des créateurs. Cet argument se trouvait également chez les libraires provinciaux, au temps des privilèges, qui contestaient l'extension

³⁴¹ Comme le rappelle le professeur A. Berenboom, *op. cit.*, n°33, p. 68 : « Lorsqu'il s'agit d'art, cette controverse sur la définition de l'originalité reflète la cassure entre 'utilitaristes', qui défendent la notion d'un droit d'auteur purement économique, pratiquement calqué sur les autres droits industriels, et 'idéologues', qui considèrent que l'œuvre doit refléter l'inspiration d'une personne physique ».

³⁴² I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, 1985, n° 215, p. 127.

³⁴³ B. Edelman, *Nature du droit d'auteur*, J.-Cl. PLA, Fasc. 1112, 2001, n° 85, p. 15 : « Ainsi, le marché pénètre-t-il à l'intérieur de l'œuvre pour en commander la structure ».

³⁴⁴ V. L. Pfister, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, RIDA juil. 2005, p. 117, spéc. p. 141 : « Aussi n'est-il pas surprenant que les partisans de cette théorie conçoivent la société comme l'origine et la fin de toute création littéraire et artistique », et à la p. 143 : « Ainsi, les partisans du contrat social, comme certains penseurs actuels, tiennent-ils l'œuvre pour le fruit d'une collaboration entre la collectivité humaine et l'auteur. ».

³⁴⁵ Par ex. P. Catala, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984, chron. p. 99.

de la propriété à l'œuvre intellectuelle et la privatisation du droit exclusif d'éditer que revendiquaient leurs concurrents parisiens. Pour ce faire, ils défendaient « l'idée d'une libre circulation des œuvres et s'appliquent également à dégager l'idée d'un fonds inappropriable d'idées. Cet aspect de la thèse provinciale traduit une volonté d'établir un équilibre entre les intérêts privés et l'intérêt public que mettent en jeu la création littéraire et le commerce des œuvres. »³⁴⁶. Un droit exclusif portant sur tous les éléments d'une œuvre, sans distinction, contredirait assurément les nécessités du développement culturel, scientifique et technique. Le droit d'auteur, selon cette doctrine, doit au contraire s'inscrire en harmonie avec le développement, chercher une voie médiane entre la protection absolue et la libre utilisation des biens intellectuels. Ceux-ci doivent faire l'objet d'un partage, où l'auteur reçoit un monopole limité. On a pensé que l'intérêt de la collectivité, voire une certaine liberté d'expression³⁴⁷, exigeait l'absence de protection des idées. Selon Nimmer, par exemple, il est indispensable de concilier liberté d'expression et liberté de la presse, d'une part, et le *copyright*, d'autre part. Il faut un équilibre entre les intérêts des créateurs à bénéficier d'un encouragement d'ordre économique, à se voir garantir le droit exclusif de première publication et ceux de la collectivité³⁴⁸. Selon cet auteur américain, le partage doit se faire au regard de la distinction entre expression et idée. En effet, l'absence de protection des idées lui semble équitable : si elles pouvaient être monopolisées, le « marché des idées »³⁴⁹ serait largement dépossédé ; plutôt que de stimuler les créations, la protection des idées constituerait un handicap. Par contre, la protection de l'expression n'empêche personne de s'exprimer sur quelque sujet que ce soit ; même les idées d'autrui peuvent être débattues³⁵⁰. En outre, même

³⁴⁶ L. Pfister, *th. préc.*, pp. 235 et s.

³⁴⁷ S. Carre, *op. cit.*, n° 104, p. 84 et s.

³⁴⁸ M. B. Nimmer, *Nimmer On freedom of speech, A Treatise on the Theory of the First Amendment*, Mathew Bender, 1984, § 2.05[C], 2-62 ; C'est ainsi que le *Copyright Act* américain de 1976, dans la section 102 (b) dispose que : « en aucun cas, la protection accordée par la *copyright* à l'œuvre originale d'un auteur ne peut s'étendre aux idées, procédures, procédés, systèmes, méthodes opératoires, concepts, principes ou découvertes, quelle que soit la forme dans laquelle elles sont décrites, expliquées, illustrées ou incorporées dans une telle œuvre. », J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n°50, p. 51, note 88.

³⁴⁹ *Ibid.* "[...] we start with the fundamental principle that the copyright does not protect an author's 'ideas' per se. If it did, there would certainly be a serious encroachment upon First Amendment values. The marketplace of ideas would be utterly bereft, and the democratic dialogue largely stifled, if the only ideas which might be discussed were those original with the speakers"; V. L. Pech, *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information, Com. comm électr.*, juillet-Août 2004, p. 13, note 6 : "La métaphore du marché des idées doit être attribuée au juge Holmes qui, dans la décision *Abrams vs United States*, déclarait 'que le bien poursuivi est plus susceptible d'être atteint par un libre échange entre idées, que le meilleur test de vérité est le pouvoir de la pensée d'être elle-même acceptée dans la compétition du marché', 250 U.S 616 (1919) opinion dissidente, p. 630."

³⁵⁰ V. L. Pfister, *L'œuvre, une forme originale, Naissance d'une définition juridique (XVIII^{EME}-XIX^{EME} siècles)*, in *Littérature et nation* n° 27, 2002, p. 245 : « Animés par une sensibilité et des motifs différents, les libraires provinciaux formulent également la distinction entre la communauté des 'lumières', c'est-à-dire des idées, et la

s'il est interdit de reproduire l'expression donnée par un auteur à ses idées, cette restriction serait contrebalancée par le bénéfice que retire la collectivité de l'encouragement qu'elle prodigue aux créateurs grâce à l'institution du droit d'auteur³⁵¹. Dans cet esprit, le droit d'auteur a une finalité sociale, celle de la promotion de la création. Or, l'inclusion des idées dans le domaine du droit d'auteur risquerait de tarir les sources même de cette création. Le principe du libre parcours des idées constitue « un véritable tribut payé aux exigences du progrès »³⁵². Il est certain que la libre circulation des idées est nécessaire au développement, tant culturel, artistique que scientifique. C'est parce qu'ils sous-entendent que l'objet *principal* du droit d'auteur, à l'instar du droit de brevet, soit conçu comme une idée, qu'ils exigent du droit d'auteur de céder devant l'intérêt public³⁵³. C'est l'intérêt public qui « exige que les idées ne puissent être appropriées, du moins commande-t-il qu'on puisse en discuter librement, s'en inspirer librement, qu'elles puissent donner naissance à [de] nouvelles créations »³⁵⁴. Dans cette perspective, *la forme de l'œuvre de l'esprit devenant l'accessoire, et l'idée – parfois l'information – le principal de l'objet de la protection*³⁵⁵. On voit dès lors qu'aux intérêts de la collectivité s'opposent ceux de l'auteur. Comme ces intérêts divergents doivent être mis en balance afin de parvenir à un équilibre, il est naturel selon la doctrine utilitariste d'attribuer systématiquement un poids prépondérant à l'intérêt public³⁵⁶. D'ailleurs, cette doctrine, dans ces grandes lignes, outre de voir dans les idées un domaine commun et inappropriable de la société, considère aussi que l'œuvre de l'esprit est le produit d'une collaboration entre la société et l'auteur³⁵⁷. A partir des idées mises à sa disposition, celui-ci exerce un travail intellectuel en vertu duquel il acquiert un « monopole », le droit à une rémunération.

forme personnelle que l'auteur leur a donné. Leur but étant de ruiner le monopole d'édition de la communauté parisienne, le plaidoyer de leur porte-parole insiste davantage sur la nécessaire communauté des connaissances. ».

³⁵¹ I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, 1985, n°75, pp.52-53.

³⁵² E. Del Bianco, *Le droit d'auteur et ses limites*, Lausanne, 1951, p. 21, S. Carre, *op. cit.*, p. 86, n° 106.

³⁵³ E. Del Bianco, *op. cit.*, p. 18 : « L'intérêt supérieur de la collectivité réclame [...] le droit de le faire » et p. 21.

³⁵⁴ S. Carre, *op. cit.*, n°122, p. 100.

³⁵⁵ V. F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne: Une convergence oubliée*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 328-329 : qui rapproche cette logique avec la logique du droit de brevets, selon laquelle : « Si deux, ou plusieurs personnes peuvent potentiellement avoir la même idée, son appréhension, sa découverte, découlent néanmoins d'un travail précurseur qu'il faut simplement encourager pour une durée limitée, dans l'intérêt général. De ce fait, prolonger la jouissance sur cette utilisation originelle pour une durée illimitée aboutirait à constituer un monopole sur l'idée elle-même : la forme, par exemple la concrétisation de l'idée par la construction d'une machine, est *accessoire* » (*Souligné par nous*).

³⁵⁶ I. Cherpillod, *op. cit.*, n°82, p. 57.

³⁵⁷ Cet argument était pris il y a deux siècles par les tenants de la théorie sociale du droit d'auteur, comme Proudhon. Pour un exposé de cette théorie V. L. Pfister, *th. préc.*, pp. 512, et s.

73. L’auteur, un *homo oeconomicus*. Ainsi, selon le professeur Caron, le droit d’auteur, comme tous les droits de propriétés intellectuelles, est un droit cause³⁵⁸. Cela signifie qu’il a « une finalité, une cause et une raison d’être. Bien évidemment, il s’agit de protéger les auteurs et notamment de les récompenser tout en les encourageant. C’est la cause immédiate qui saute aux yeux. Mais elle est néanmoins réductrice [...] », car pour l’éminent spécialiste, « le droit d’auteur a aussi pour finalité de protéger les investissements »³⁵⁹. La thèse utilitariste propose donc une justification économique du droit d’auteur. Elle repose, en fait, sur une hypothèse, tout à fait commune et centrale chez les utilitaristes ; l’auteur dans leur logique est un *homo-oeconomicus*³⁶⁰, « guidé par son seul intérêt personnel et qu’il suffit donc, pour orienter sa conduite dans un sens déterminé, de faire en sorte que son intérêt corresponde au sens qu’on veut imprimer à son comportement »³⁶¹. Le besoin social et économique du nouveau, appétence collective, exigerait que le droit fasse miroiter la récompense, faute de quoi le désir du créateur ne surgirait plus. Dans ce schéma, l’auteur révèle une œuvre nouvelle, et en contrepartie, la société lui accorde un monopole. Cette exigence de nouveauté est associée au souci de l’intérêt public. La création d’une œuvre doit, en effet, avoir un intérêt pour l’économie du marché, pour accorder un monopole. En fait, le droit d’auteur est usurpé lorsque l’œuvre manque de nouveauté. C’est au prix de cette nouveauté qui enrichit le domaine public d’une œuvre nouvelle, que la loi ajourne le bénéfice devant en résulter pour tous en accordant à l’auteur un monopole privatif pendant un temps déterminé³⁶². Le droit d’auteur est *justifié*, car il encourage la création des biens dont le marché a besoin, génère et stimule une activité, source de richesse et de prospérité économique³⁶³. Le droit d’auteur se présente comme un outil pour inciter les créateurs à

³⁵⁸ Ch. Caron, *Droit d’auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n°4, p. 3 ; Pour cela, la thèse utilitariste se rapproche de la thèse des libraires de province V. F. Rideau, *op. cit.*, pp. 334-335 : « Dans les années 1760-1770, les libraires de province français profitèrent, dans le même esprit, de la comparaison entre l’œuvre et l’invention pour combattre l’idée d’une propriété littéraire perpétuelle. [...], les libraires des provinces reconnaissaient volontiers que l’inventeur et l’auteur devaient certes être récompensés pour leur travail et leurs ‘veilles’ : ‘tous les hommes ont le droit de jouir du présent qui leur est fait. La société en doit reconnaissance et récompense’. Mais ‘l’un et l’autre ont leur borne et leur mesure. Sans cela toute invention devient droit pour chaque particulier un impôt, qui générerait l’industrie, et détruirait nécessairement l’émulation et le commerce’. D’où l’octroi d’un privilège exclusif, récompense et encouragement de la société, mais pour un temps limité.»

³⁵⁹ Ch. Caron, *op. cit.*, n°4, p. 3.

³⁶⁰ J.-P. Chamoux, *Droit naturel ou droit économique ?*, in *L’appropriation de l’information*, Paris, Librairie Techniques, 1986, p. 167.

³⁶¹ A. Strowel, *Droit d’auteur et copyright, Convergences et divergences*, *op. cit.*, p. 221 ; M.-A. Frison-Roche, *Vers une rente pour autrui, Droit & Patrimoine*, n° 119, oct. 2003, p. 73.

³⁶² J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Librairies techniques, 1984, n° 224, p. 247.

³⁶³ J. Farchy, *L’analyse économique des fondements du droit d’auteur : une réductrice pourtant indispensable*, *P.I.*, n°21, oct. 2006, p. 388.

exploiter leurs dons de création, c'est-à-dire un outil de politique économique³⁶⁴. L'auteur dans cette logique n'est qu'un « artisan interchangeable », mettant en œuvre un savoir-faire technique³⁶⁵. Se profile ici l'idée d'un droit d'auteur, levier d'une politique culturelle et scientifique, idée de base de la clause constitutionnelle des Etats-Unis qui donne mandat au congrès de protéger les auteurs et inventeurs afin de « promouvoir le progrès des Sciences et des Arts »³⁶⁶. Ce mandat constitutionnel a été interprété par les économistes comme étant au cœur de l'optimisation du bien-être public. Dans le langage du constituant, ainsi que dans celui de l'économiste, encourager les auteurs à la création en leur accordant des incitants sous forme de droits sur leurs œuvres n'est pas la finalité du droit d'auteur, mais seulement un moyen pour une finalité supérieure, qui est celle de la satisfaction de l'intérêt public³⁶⁷. C'est ainsi qu'en 1954, la Cour suprême des Etats-Unis a exprimé sa « conviction que l'effort individuel soutenu par un profit personnel est le meilleur moyen pour faire progresser le bien-être dans le domaine de la science et des arts utiles ». Fidèle à la doctrine utilitariste, elle a par ailleurs indiqué que « l'unique intérêt des Etats-Unis et le premier objectif qu'ils poursuivent résident dans les profits généraux tirés par le public du travail des auteurs. » Il apparaît ainsi que le copyright repose sur l'idée que l'incitation financière est seule de nature à susciter la création et que la finalité de cette dernière réside dans la satisfaction de l'intérêt public³⁶⁸.

³⁶⁴ V. Cornish & Llewellyn, *Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5^{ème} éd. Sweet & Maxwell, 2003, 9-46, p. 374: "The first purpose of the protection is to allow recoupment for the initiative of creating the material and the investment risked in producing and marketing it. [...] Nonetheless, the 'tax upon the public' should be broadly commensurate with the objectives of conferring copyright."; A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur*, Larcier, 2005, p. 15 : « La création a toujours été une activité économique, certains ont eu tendance à le cacher sous un voile public, mais, pas plus que les auteurs ne sont des acteurs du marché comme les autres, leurs éditeurs et producteurs ne sont des industriels comme les autres. »

³⁶⁵ A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, th. Poitiers, 2006, n°185, p. 83.

³⁶⁶ La constitution des Etats-Unis (art. 1 al. 8) : « Le Congrès a le pouvoir [...] de promouvoir le progrès des sciences et des arts utiles en assurant aux auteurs et inventeurs, pour une période limitée, le droit exclusif sur leurs œuvres et inventions. ».

³⁶⁷ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2004, p. 5, sous le titre « Les raisons d'être du droit d'auteur », le professeur Sirinelli écrit : « L'idée générale réside dans **l'incitation à la création** ». (Souligné par l'auteur) ; Dans le même sens V. Mme V.-L. Benabou, *Puise à la source du droit d'auteur*, RIDA, 2002, avr., p. 3, à la p. 51, dans une analyse qu'elle qualifie de postulat : « Quel que soit le système juridique dont il est issu, le droit d'auteur est attribué par l'Etat afin de promouvoir la création ; c'est la finalité ultime. Reprenant les développements de Renouard qui rejette la qualification de droit de propriété pour le droit d'auteur, il apparaît que le droit d'auteur n'est pas un droit naturel mais un instrument juridique susceptible de mettre en œuvre une volonté politique de stimulation de la création intellectuelle. [...] Dans cette perspective, la destination naturelle de l'œuvre est le domaine public, le monopole temporaire une parenthèse, un mal nécessaire car une condition *sine qua non* de l'accomplissement de l'objectif premier. »

³⁶⁸ Cité dans *Rapport du Conseil Economique et social présenté au nom de la section du cadre de vie par Michel Muller - 23 juin 2004*, La documentation française, 2004, II, p. 74 ; V. A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 2^{ème} éd., p. 80 : « Enfin, il ne faut jamais oublier que la seule finalité du droit d'auteur est l'encouragement de la création par la protection des œuvres. »

74. La promotion de l'innovation technologique et au transfert de la diffusion de la technologie. Le « droit d'auteur » est perçu comme un outil qui incite à la création et protège les œuvres en circulation, notamment en érigeant les conditions pour la négociation de ces droits sur le marché ; le droit d'auteur « permet en conséquence le fonctionnement d'un marché pour les propriétés intellectuelles »³⁶⁹. La finalité de la protection consiste donc à encourager la diffusion des connaissances et le progrès. Il s'agit avant tout de favoriser l'échange des savoirs, la propagation des idées, le progrès des sciences et des arts³⁷⁰. C'est dans cet esprit là qu'on a intégré les œuvres informationnelles (bases de données et logiciels) au sein du droit d'auteur³⁷¹. Cette protection se justifie par la prise en compte des intérêts extérieurs aux auteurs et notamment par la nécessité d'encourager le développement de l'informatique et surtout de l'investissement³⁷². Or, une interprétation dite « subjective » de la notion d'originalité exigeant qu'une œuvre porte l'empreinte de la personnalité de son auteur, ne sera jamais remplie par de telles créations³⁷³. L'insertion de l'œuvre informationnelle au sein du droit d'auteur est une manifestation d'une mutation de la finalité du droit d'auteur. En effet, alors qu'il s'agissait dans la perspective historique de protéger l'intérêt général, c'est-à-dire l'épanouissement de l'individu dans la société, cet intérêt général semble être abandonné aujourd'hui au profit d'une finalité utilitariste du droit d'auteur. Le droit d'auteur est devenu terre d'accueil de certaines créations, tenant d'avantage de l'outil et permettant de rentabiliser certains investissements. L'originalité conçue comme empreinte de la personnalité de l'auteur devient un handicap pour, la promotion de l'intérêt public. La volonté de faire du droit d'auteur le droit commun de la protection de l'immatériel a en effet conduit à minorer l'exigence d'originalité pour accueillir au sein du droit d'auteur des créations telles que logiciels ou bases de données³⁷⁴.

³⁶⁹ S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, 2005, n°317, p. 250.

³⁷⁰ V. *Rapport du Conseil Economique et social présenté au nom de la section du cadre de vie par Michel Muller - 23 juin 2004*, La documentation française, 2004, « l'intérêt général qu'est la diffusion publique » II, p. 6, et dans un autre endroit « L'ordre des facteurs est clair : il s'agit d'abord d'assurer par une démarche volontariste la diffusion des savoirs et des arts utiles, rédaction qui prouve à l'évidence la volonté des constituants américains d'œuvrer au profit de l'intérêt général. » II, p. 72.

³⁷¹ F. Sardain, *La propriété intellectuelle à l'épreuve du logiciel : l'exemple des interfaces*, th. Poitiers, 2002, n° 174, p. 160 : « le monopole accordé sur les logiciels s'inscrit dans une logique d'incitation à la protection de créations utiles pour la société, qui relève davantage de la propriété industrielle que du droit d'auteur. » (Souligné par l'auteur).

³⁷² Le professeur Legeais conçoit l'activité créative comme un secteur économique de développer « comme on développe l'énergie atomique ou la culture du maïs », R. Legeais, *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, RID Comp, 1990, pp. 677 et s.

³⁷³ V. les développements du M^e F. Sardain, *La propriété intellectuelle à l'épreuve du logiciel : l'exemple des interfaces*, thèse précitée.

³⁷⁴ V.S. Lemarchand, O. Fréget, F. Sardain, *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, P.I., janv., 2003, n°6, p. 11, à la p. 17 : « Cette schizophrénie juridique des plus regrettables

75. La prétendue origine utilitariste du droit d'auteur. Certains n'hésitent même pas à affirmer que le droit d'auteur est depuis son origine un droit utilitariste. Ainsi on a pu avancer que les « décrets révolutionnaires sont la mise en œuvre d'une posture utilitariste qui marque la jurisprudence et trouve un écho en doctrine jusqu'à la fin de l'époque napoléonienne »³⁷⁵. Selon Madame Dusollier, l'intérêt de l'auteur, « quoi qu'on dise, n'était pas prédominant dans le système originel de la propriété littéraire et artistique. S'il l'est devenu, du moins en France, en Belgique et dans d'autres pays, c'est en raison de l'émergence, au tournant du 20^e siècle, de 'l'idée de 'personnalité' en droit d'auteur', amenée progressivement par le romantisme de l'époque. A l'origine, cet intérêt du créateur, sa protection, n'est qu'un moyen pour parvenir à une fin jugée supérieure, celle de l'intérêt public que constitue la promotion de la diffusion de la culture »³⁷⁶.

B. L'objectivation de la propriété littéraire et artistique

76. Plan. Selon la doctrine utilitariste, la dimension subjective de l'originalité a été exagérée en droit français. Dès lors, la notion de l'œuvre de l'esprit, dans son acception individualiste, c'est-à-dire entendue comme empreinte de la personnalité de l'auteur, doit être abandonnée. Le recours à un autre critère plus objectif de l'originalité doit être envisagé pour rester conforme à la vision utilitariste³⁷⁷. Cette lecture objective de l'originalité (1.)

s'accompagne en outre d'un effet boule de neige, par lequel le droit d'auteur tend de plus en plus à devenir 'le droit commun des nouveautés intellectuelles' que l'on ne peut réserver par d'autres moyens.».

³⁷⁵ S. Carre, *th. préc.*, n° 70, p. 61.

³⁷⁶ S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, droit et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, 2005, n° 365, p. 290 ; Dans le même sens, J. C. Ginsburg, *Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaire*, RIDA, Janv., 1991, p. 130 : « les discours devant les Assemblées révolutionnaires, les textes de lois, les décisions des tribunaux interprétant les lois, indiquent tous que pour le moins un fort courant d'utilitarisme sous-tend les décrets français de 1791 et 1793 », et elle poursuit en affirmant que « les premiers rédacteurs des lois sur le droit d'auteur, tant en France qu'aux Etats-Unis, ont cherché essentiellement à encourager la création d'œuvres et l'investissement dans la production d'œuvres, et ce pour servir le bien public à l'échelle nationale », p. 132 ; A. Kéréver, *Révolution française et droit d'auteur*, RIDA, juil. 1989, p. 4 : « Ainsi donc le droit d'auteur né de la Révolution française, loin d'être d'essence personnaliste, est surtout inspiré des considérations juridico-économiques. [...] C'est dire que le droit d'auteur dessiné par la révolution française ne se distingue guère du droit d'auteur anglais ou américain. » ; Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec, 2004, n° 27, p. 30 ; S. Carre, *op. cit.*, n° 7 et n° 286.

³⁷⁷ A. Maffre-Baugé, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, th. Montpellier I, 1997, n°293, p.327.

influencera la notion du public, en le transformant en un rassemblement de consommateurs³⁷⁸ (2.). Dès lors, toute modification de la conception de l'œuvre s'analyse en une atteinte à la conception du public. En d'autres termes, il y a homologie totale entre les deux et toucher à l'une, c'est toucher à l'autre³⁷⁹.

1. Vers une lecture objective de la notion d'originalité

77. Le dogmatisme du critère classique. Une réflexion sur la prise en compte de l'intérêt du public dans l'affirmation des principes du droit d'auteur suppose de s'interroger à propos de son incidence sur la définition des conditions de protection. Tenter de définir l'objet de la propriété littéraire et artistique conduit, en effet, à l'issue de l'étude de la notion d'œuvre de l'esprit, à évoquer les conditions auxquelles leur appropriation se trouve soumise. Sauf à considérer le cas particulier des titres, aucune condition ne figure dans la loi. Celle-ci dispose que l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création et quels qu'en soient le genre, le mérite, la forme d'expression ou la destination, d'un droit de propriété incorporelle. La doctrine et la jurisprudence enseignent néanmoins que seules les œuvres de l'esprit originales sont protégées. Selon la doctrine utilitariste, l'adaptation du critère d'originalité ne devrait pas poser de problème. La doctrine utilitariste considère cette notion comme étant si « floue et abstraite que l'on peut y introduire un nombre quasi infini de variations »³⁸⁰. Selon ladite doctrine, l'exacerbation de la personnalité de l'auteur dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, expression de l'ascendant du mouvement esthétique et du romantisme sur la science juridique, se manifeste dans l'affirmation de l'œuvre comme émanation ou reflet de la personnalité et dans l'élection, par la doctrine, d'une condition unique appréhendée en termes d'empreinte de la personnalité³⁸¹. C'est la doctrine qui a forgé le concept classique d'originalité tel qu'on le connaît aujourd'hui. La consécration

³⁷⁸ V. B. Edelman, *Nature du droit d'auteur*, op. cit. n° 90, p. 16 ; J.-M. Tcheng, *Essai sur la dépersonnalisation du droit d'auteur*, th. Bordeaux IV, 2001, p. 81.

³⁷⁹ B. Edelman, *Une loi substantiellement internationale. La loi du 3 juillet 1985 sur le droit d'auteur et les droits voisins*, J.D.I. 1987, n° 10, p.581 : « En deux mots, l'œuvre est de même nature juridique que la personne humaine, sous réserve qu'elle possède sur cette dernière un avantage indéniable : elle est perpétuelle. ».

³⁸⁰ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5^e éd., 2004, n° 82, p. 152.

³⁸¹ O. Lalignant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, spéc. n° 58 et s., p. 63 : « En d'autres termes, à partir du XIX^e siècle, le concept de droit moral et l'idée que l'œuvre de l'esprit constitue une émanation de la personnalité de son auteur deviennent, chaque année un peu plus, des notions à la mode... »

de la définition « classique » de l'originalité par les partisans de la théorie individualiste succédant à Desbois comporte, selon la doctrine utilitariste, une part de « dogmatisme »³⁸². Selon le professeur Raynard par exemple, cette conception classique et dominante est cependant mise à mal lorsqu'il s'agit de rendre compte de la protection par le droit d'auteur de ce qu'il est convenu d'appeler le « menu fretin » de ce droit, sinon des créations issues de l'art contemporain³⁸³. Pour cet auteur, en minimisant la subjectivité liée à l'auteur, la doctrine utilitariste « émancipe l'œuvre de son auteur, c'est-à-dire, l'objet du sujet de droit » : l'originalité « doit être appréciée objectivement, car elle ne se détermine guère par rapport à l'auteur mais par rapport aux biens actuellement ou virtuellement existants »³⁸⁴. En somme, « afin d'être protégée, l'œuvre doit être nouvelle, et résulter de l'activité de l'auteur ; en outre, elle doit être originale. Le critère de l'originalité doit s'apprécier de manière objective : l'œuvre originale est celle qui possède un degré supérieur de nouveauté »³⁸⁵.

78. L'arrêt Pachot. La doctrine utilitariste s'appuie sur le célèbre arrêt *Pachot* rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 7 mars 1986, pour retenir le critère objectif de la notion de l'originalité³⁸⁶. Selon la cour : « Ayant recherché, comme ils y étaient tenus, si les logiciels élaborés par M. *Pachot* étaient originaux, les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée ; [...] la Cour d'appel qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par M. *Pachot* portaient la marque de son apport intellectuel, a légalement justifié sa décision de ce chef. »³⁸⁷. Le terme « effort *personnalisé* », peut induire à première vue que la cour est restée fidèle à la logique individualiste. Mais la Cour de cassation innove bel et bien en ajoutant que l'originalité doit s'évaluer en fonction de la « marque de l'apport intellectuel de l'auteur ». La rupture avec le critère subjectif semble évidente³⁸⁸. En fait, si l'on veut faire de l'originalité un critère unique permettant d'accueillir l'ensemble des

³⁸² M. Vivant, *Touche pas à mon filtre ! droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle*, JCP éd. E, 1993, I., 275, p. 260, n° 5-2, Le professeur Vivant souligne qu'il n'est pas certain que l'identité entre l'auteur et son œuvre soit telle qu'on le prétend et s'interroge sur la question de savoir s'il n'y a pas « dans l'affirmation une part de dogmatisme » ; Adde A. Lucas, *Droit de l'informatique*, PUF, Paris, 1987, n° 198, p. 223 ; S. Carre, *th. préc.* n°236, p. 178 ; J.-M. Tengang, *op. cit.*, p. 101.

³⁸³ J. Raynard, *op. cit.*, n° 87, pp. 78-79.

³⁸⁴ I. Cherpillod, *op. cit.*, n° 221, p. 133.

³⁸⁵ *Ibid.*, n°233.

³⁸⁶ Cass. ass. plén. 7 mars 1986, JCP éd. G, 1986, II, 20631, note, J.-M. Mousseron ; D. 1986, p. 405 conclusions du Premier avocat général J. Cabannes, note B. Edelman, p. 411 ; RIDA juil. 1986, p. 136, note A. Lucas.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 91, p. 81 ; F. Sardain, n°258, p. 229 ; Il est à tout le moins le signe d'un « affaiblissement du lien avec la personne du créateur ».

créations, il apparaît difficile d'échapper à une définition « plus objective » de l'originalité, la rapprochant de la nouveauté.

79. L'originalité une notion à géométrie variable ? Suite à l'arrêt *Pachot*, deux acceptions de la notion d'originalité paraissent donc cohabiter dans la jurisprudence : l'une, conforme à la doctrine classique, s'applique aux créations soit disant « esthétiques » ; l'autre, plus proche de la nouveauté, s'attache aux créations « factuelles et fonctionnelles »³⁸⁹, le logiciel devenant le « fer de lance » de toutes les créations industrielles qui ne laissent pas transparaître la personnalité de l'auteur³⁹⁰. Dans cette perspective, mérite attention l'idée d'une « géométrie variable » de l'originalité prônée par le Conseiller Jonquères, rapporteur de l'arrêt *Pachot*³⁹¹. Une telle idée apparaît toutefois contraire à l'unité nécessaire du système du droit d'auteur. Elle soumettrait la naissance du droit à des exigences différentes selon la création soumise au juge, et marquerait de ce fait même l'échec de toute tentative de définition de l'originalité³⁹².

80. Le glissement de l'originalité vers la nouveauté. Considérer que l'originalité est une norme objective implique de comparer la création en cause avec celles lui préexistant³⁹³. Ainsi le professeur Vivant considère l'originalité comme une « nouveauté dans l'ordre des formes »³⁹⁴. Le rappel des régimes de propriété industrielle qui avaient jugé, à l'usage, cette seule condition, a peut être contribué à la précision apportée à cette première analyse par M. Perret et M. Cherpillod, lesquels, « durcissant » l'approche, ont conçu l'originalité comme « un degré supérieur de nouveauté ». L'esprit de cette approche a ainsi été expliqué par M. Perret : « La nouveauté et l'originalité ne sont donc pas des concepts distincts et autonomes qui viendraient se superposer l'un à l'autre pour déterminer la protection légale. Il s'agit en réalité d'une seule et même chose examinée dans deux perspectives différentes : avec la nouveauté, la dissemblance est considérée sous l'angle quantitatif, avec l'originalité, sous

³⁸⁹ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n°91, p. 81.

³⁹⁰ S. Becquet, *Le Bien industriel*, LGDJ, 2005, n° 77, p. 180.

³⁹¹ Rapport sous Cass. com., 22 oct. 1985, *RDPI*, 1986, p. 213, n°56.

³⁹² A. Lucas & P. Sirinelli, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP éd. G, 1993, I, n°3681, n°15 et s.

³⁹³ Cette adoption plus objective de l'originalité implique de considérer en quelque sorte que c'est « le fait d'apporter à la collectivité un bien nouveau qui constitue le critère décisif pour l'octroi de la protection. », A. Strowel, *Le droit et l'objet d'art. Réflexion en marge d'un colloque*, *Annales de droit de Louvain*, 1990, n°4, p. 386, cité par S. Carre, *th. préc.* n°259, note 6, p. 195-196.

³⁹⁴ M. Vivant, *Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels*, *Informatica et diritto*, Florence, 1984, p. 237.

l'angle qualitatif »³⁹⁵. Ainsi comprise, la nouveauté se présente comme l'objectivation ultime de l'originalité³⁹⁶. Cette position a ainsi été défendue par le professeur Lucas, lequel, à partir du constat que la définition individualiste a exagéré la dimension subjective de l'originalité, et qu'il en résulte une inadéquation avec les créations dites « scientifiques », en concluant que « mieux vaut dans ces conditions raisonner ouvertement sur une autre base en dépassant l'opposition, inconnue des dictionnaires, entre la nouveauté et l'originalité »³⁹⁷.

81. Une (des) définition(s) industrielle(s) de l'originalité. Plusieurs définitions ont été proposées permettant la rupture de la notion d'originalité avec la conception individualiste³⁹⁸. Les définitions privilégiées sont d'origine communautaire, c'est la « création intellectuelle propre à son auteur »³⁹⁹, proche d'« activité créatrice »⁴⁰⁰. Selon Mme Maffre-Baugé, pour que l'œuvre soit bien une manifestation de l'activité créatrice, « *il faut que l'auteur se soit d'une manière ou d'une autre impliqué, investi personnellement dans l'œuvre.* »⁴⁰¹ Le juge est alors chargé de relever les indices qui témoignent de cette implication, ce qu'il fait en considérant, par exemple, qu'un catalogue de présentation de logiciels en matière médicale « est le résultat d'un travail intellectuel d'élaboration et de présentation »⁴⁰². Cette rupture avec la conception individualiste (traditionnelle) de l'originalité, et son rapprochement avec la nouveauté place la barre très bas, pour satisfaire l'intérêt public à rémunérer l'investissement⁴⁰³. Dès lors, l'approche utilitariste se dit plus réaliste juridiquement, l'originalité apparaissant aujourd'hui soumise dans son entier à une logique de type industriel, au sens économique de terme⁴⁰⁴.

³⁹⁵ F. Perret, *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles : Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle*, th. Genève 1974, p. 128.

³⁹⁶ Ch. Caron, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 83, p. 68 ; V. J.-M. Tengang, *op. cit.*, p. 103 qui considère l'originalité comme « une forme achevée de nouveauté ».

³⁹⁷ A. Lucas, *Droit de l'informatique*, PUF, 1987, n°198, p. 223 ; V. S. Alma-Delettre, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, th. Montpellier I, 1999, n° 300, p. 206.

³⁹⁸ V. D. Lefranc, *La renommée en droit privé*, Defrénois, 2004, n° 206, p. 182 : « En définitive, il faudrait redéfinir l'originalité comme le *signe objectif de la présence du Moi dans l'œuvre*. C'est le sens exact des conditions négatives de la protection : s'il est interdit aux juges de prendre en compte le mérite de l'œuvre, c'est parce que l'originalité s'apprécie objectivement. ».

³⁹⁹ Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant les programmes d'ordinateur, art. 1, 3° ; Directive 93/98/CEE du 29 oct. 1992, art. 6, relative aux photographies, et Directive 96/9/CE du 11 mars 1996, art. 3-1, portant sur la protection des bases de données.

⁴⁰⁰ A. Maffre-Baugé, *L'œuvre de l'esprit empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, th. Montpellier I, 1997, n°283, p. 333 ; S. Alma-Delettre, *ibid.* ; S. Carre, *th.préc.*, n°259, pp. 195 et s.

⁴⁰¹ A. Maffre-Baugé, *op. cit.*, p. 337 (souligné par l'auteur).

⁴⁰² CA Paris, 29 juin, 1992, *Juris-Data*, n° 021627 cité par A. Maffre-Baugé, *ibid.*

⁴⁰³ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n° 89, p. 46.

⁴⁰⁴ S. Becquet, *ibid.*

2. La transformation du public en consommateurs

82. L'œuvre un produit de consommation. Pour les tenants de l'utilitarisme en droit d'auteur, il ne faut pas exagérer la supériorité de l'œuvre littéraire sur « l'œuvre » industrielle⁴⁰⁵. La création est la même et procède toujours du travail et de l'intelligence. Ils considèrent que « l'œuvre » industrielle met aussi en présence « le droit privé et l'intérêt public qu'il faut concilier, elle a le même degré de personnalité, le même besoin de protection par la loi positive »⁴⁰⁶. Ainsi selon la logique utilitariste, l'auteur est de moins en moins sacralisé. Il n'est plus le « citoyen le plus respectable » du Siècle des lumières⁴⁰⁷. L'objectivation du critère de protection a bien affaibli le statut de l'auteur et ses prérogatives, surtout le droit moral qui est de plus en plus mis en question par la doctrine utilitariste⁴⁰⁸. Quant aux prérogatives patrimoniales, elles sont parfois amputées de l'exclusivité pour devenir des simples licences légales qui sont autant de droits à rémunération⁴⁰⁹. La condition d'auteur est banalisée⁴¹⁰, ce qui laisse la voie ouverte aux revendications consuméristes⁴¹¹. Face à l'auteur, il se dresse dorénavant une multitude de consommateurs qui consomment des

⁴⁰⁵ C'est ainsi que Bruce Lehman, sous secrétaire d'Etat américain au commerce reconnaissait : « c'est vrai : chez nous, dans notre système de droit d'auteur essentiellement économique, il n'y a pas grande différence entre une symphonie et une paire de baskets », in *La Revue de la SACD*, n°7, 1994, cité dans le *Rapport du Conseil Economique et social présenté au nom de la section du cadre de vie par Michel Muller, op. cit.*, II, p. 74.

⁴⁰⁶ J. Raynard, *Propriété incorporelles : un pluriel bien singulier*, in *Mélanges offerts à J. J. Burst, Litec* 1997, p. 533.

⁴⁰⁷ L.-S. Mercier, *L'An 2440, rêve s'il n'en fût jamais*, La Découverte, 1999, p. 180 : « Je les reconnais à ce portrait, me dit poliment mon interlocuteur. Les gens de lettres sont devenus les citoyens les plus respectables. » ; Ch. Caron, *Le consommateur en droit d'auteur*, in *Liber amicorum J. Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 249, note, 19 ; E. Laboulaye, *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858, p. LII : « Reconnaître la propriété littéraire pleine et entière, rendre à l'écrivain la place qui lui appartient dans l'Etat. C'est en faire un citoyen au lieu d'un paria », Cité par L. Pfister, *th. préc.* pp. 534-535.

⁴⁰⁸ V. J. Raynard, *op. cit.*, n°751, p. 665 qui parle de « la nature banale et économique » du droit d'auteur ; V. *infra* (Partie II, Titre I, Chapitre I, Section 1).

⁴⁰⁹ F. Sardain, n°32, p. 46 : « Dans ce contexte, le droit – pour ce nouveau 'public' - d'accéder aux informations nécessaires à l'exploitation et à l'interopérabilité des outils numériques apparaît plus que légitime. Le droit d'auteur applicable aux logiciels étant, de la sorte, assimilable à un *droit fonction*, il devient alors plus aisé de lui appliquer la notion d'abus de position dominante. » ; B. Edelman, *Droit d'auteur, droits voisins, op. cit.*, p. 23.

⁴¹⁰ M. Moller, *A propos du Livre Vert, RIDA*, juil. 1989, p. 23, p. 33-35 : « Et si l'on pense au consommateur, qui, bien entendu, cherche à dépenser le moins possible, il est évident que l'auteur, le maillon le plus faible dans la chaîne du copyright, sera de plus en plus relégué au second plan. »

⁴¹¹ Ch. Caron, *Le consommateur en droit d'auteur, op. cit.*, p. 250 ; V. Nisato, *Le consommateur et les droits de la propriété intellectuelle*, th. Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2005, n° 241 et s., *spéc.* n° 248, p. 145 : « La banalisation de la notion d'œuvre témoigne, à ne pas douter, du glissement du droit d'auteur d'une conception personnaliste, individualiste, à une conception plutôt utilitariste guidée par la loi du marché et soumise aux seules règles de l'offre et de la demande. Loi dans laquelle l'auteur lui-même, risque d'être relégué à une place secondaire au profit des industries de la culture. »

« produits culturels »⁴¹². Ainsi, la directive du 22 mai 2001 portant sur « L'harmonisation de certains aspects du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans la Société de l'Information » préfère évoquer le droit d'auteur en tant que « rendement satisfaisant de l'investissement » et ne cesse d'utiliser les termes « produits » ou « services » pour préciser que le droit d'auteur doit prendre en considération les intérêts des « consommateurs »⁴¹³. De la même façon, dans la célèbre affaire *Magill*, la CJCE a identifié le public en tant que consommateurs et décide que « Le refus par les requérantes, de fournir des informations brutes en invoquant les dispositions nationales sur le droit d'auteur a fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide complet de télévision, que les requérantes n'offraient pas, et pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs »⁴¹⁴. En d'autres termes, l'auteur réalise des « produits culturels » et fournit des « services » à des « consommateurs » et à des « utilisateurs »⁴¹⁵. De même pour les créations informationnelles, celles-ci ont une vocation exclusivement utilitaire, leur fonction est donc de servir un public qui se présente sous les traits de consommateurs⁴¹⁶.

83. De la relation auteur-amateur à la relation exploitant-consommateur. Une autre raison plaide pour la transformation du public en une « masse de consommateurs ». Si le droit d'auteur revêt une fonction incitative comme le soutient la doctrine utilitariste, il est évident que l'on considère son effet non plus sur le créateur lui-même mais sur l'éditeur ou plus généralement, sur le cocontractant primaire de l'auteur à qui les droits sont cédés par

⁴¹² Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, op. cit., n° 296, p. 264 qui reconnaît que la prise en compte de l'intérêt public transforme le public en consommateur : « Or, le public, si important à la fin du XX^e siècle, est bien éloigné de celui du siècle précédent. » et poursuit « Cette mutation n'est pas sans intéresser l'importance de l'intérêt public face aux droits des auteurs. En effet, l'auteur a dorénavant devant lui un individu, un consommateur, un utilisateur. » ; M. Josselin-Gall, *Le commerce international du droit de propriété littéraire et artistique : quelques incertitudes*, RTD com. 1996, p. 425, qui nous invite à considérer que « le trait actuel de notre époque est que l'œuvre de l'esprit est de moins en moins une œuvre et de plus en plus une marchandise. Il était donc prévisible que la notion d'œuvre de l'esprit se disqualifiant, elle soit appréhendée par certaines branches du droit desquelles elle était traditionnellement absente, comme le droit de la concurrence ».

⁴¹³ La Directive rappelle en effet dans le considérant 9 que : « Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle. Leur protection contribue au maintien et au développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général. La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété » ; Ch. Caron, op. cit. p. 251 ; B. De Nayer, *Droit d'auteur et protection des intérêts des consommateurs dans la société d'information*, REDC, 1998, p. 3.

⁴¹⁴ CJCE 6 avril 1995, *RTE et ITP c/Commission*, JCP 1995, II, 3883, note M. Vivant, *L'arrêt Magill : une révolution ?* ; B. Edelman, *D.* 1996, chron., p. 119.

⁴¹⁵ M. Kessler, *Un droit de protection économique : le droit d'auteur*, Expertises, 1989, p. 215.

⁴¹⁶ F. Sardain, th. préc., n° 32, p. 46 ; N. Bouche, *Droit de l'informatique : le consommateur affranchi*, Lamy Droit des affaires, n°77, déc. 2004, p. 55.

convention, dans la mesure où l'accent est mis sur la publication plutôt que sur la création⁴¹⁷. Cet intermédiaire, dont on ne peut nier le rôle important dans le processus de diffusion, est engagé dans une activité commerciale et entend réaliser un profit⁴¹⁸. Le « droit d'auteur » dans son acception patrimoniale devient beaucoup plus le droit du « titulaire de droit » que celui de l'« auteur », lequel est généralement un cédant face à un professionnel, cessionnaire de tout ou partie de ses prérogatives économiques. En d'autres termes, l'exploitant est en relation avec une clientèle⁴¹⁹, une « masse de consommateurs », plutôt qu'avec un public⁴²⁰. Le lien auteur-amateur disparaît pour être remplacé par celui d'exploitant-consommateur⁴²¹. Par exemple le Livre Vert de la Commission européenne « sur le droit d'auteur et le défi technologique » de 1988 comporte un sous-titre relativement explicite, intitulé : « *Problèmes de droit d'auteur appelant une action immédiate* », problèmes parmi lesquels se trouve vraisemblablement la nécessité de prendre en considération les exigences et évolutions des habitudes des consommateurs. Au delà de ce document, il est primordial de mettre l'accent sur le ton qui lui a été conféré par la Commission ainsi que sur la logique qui le domine. Au

⁴¹⁷ V. R. M. Hurt, *The economic rationale of copyright*, *The American Economic review*, Vol. LVI, n°2, May, 1966, p. 421, selon l'auteur, la logique de l'incitation ne s'applique pas aux créateurs mais plus aux exploitants "The massive literary and dramatic production during the centuries before copyright protection was enacted demonstrate that there are other motives for the creation of intellectual property than the expectation of monopoly profits. Many authors commit ideas to paper without any intention of having them published. Some, like Kafka, express a wish that their creations be destroyed upon their death." p. 425, et il poursuit : "If we wish to encourage works which require long periods of research or high costs of creation before they reach the publication stage, it may be preferable to support authors during the period of production rather than during the moment of potential income protected by the copyright laws.", p. 426. ; Ainsi s'interroge M. A. Zollinger, *th. préc.*, n° 174, p. 78 : « Les conséquences de cette idéologie en montrent cependant les limites: la diffusion de l'œuvre étant au moins aussi importante que sa création même, il n'est dès lors pas très étonnant que les diffuseurs soient fréquemment titulaires du copyright. Cela incite alors à s'interroger sur la sincérité de la finalité axiologique: l'intérêt du public ne sert-il pas simplement de prétexte à l'attribution des droits aux diffuseurs (et éventuellement à la réduction concomitante des prérogatives des créateurs) ? » ; J. Farchy, *L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable*, P.I., 2006, n° 21, p. 388, p. 390 : « L'aspect incitatif du droit d'auteur s'avère beaucoup plus intéressant si l'on considère son effet, non plus sur le créateur lui-même, mais sur son producteur ou plus généralement sur l'intermédiaire à qui l'auteur cède ses droits et qui s'engage dans la diffusion des œuvres sur le marché. ».

⁴¹⁸ A. Strowel, *op. cit.*, n° 177, p. 222.

⁴¹⁹ V. Ph. Gaudrat, *Les démêlés intemporel d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur*, RIDA, 2001, oct., p. 117 : « La structure inhérente à l'exploitation met en évidence un fait dont on a déjà mesuré les effets : créateur et exploitant sont, avec le public, dans un rapport consécutif et non simultané. Des deux, le seul qui soit directement ou indirectement en contact avec la clientèle est l'exploitant. ».

⁴²⁰ Ch. Caron, *op. cit.*, p. 252 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., 2004, n° 164, p. 317 : « Il est trivial, de nos jours, d'observer que nous sommes entrés dans l'ère de la consommation de masse, non seulement des biens corporels, mais encore incorporels (flux de radio et de télévision, omniprésents et ininterrompus, distribution des livres dans les grands surfaces, Internet). ».

⁴²¹ F. Sardain, *Le public, Le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres*, *Comm. com. électr.* Mai 2004, p. 15 : « La plupart du temps, une même personne incarne un consommateur puis un membre du public. Sa qualité varie en considération des fonctions qu'accomplit cette personne. Dans sa fonction de consommateur, elle achète un vecteur de l'œuvre (un livre, un CD...) ; dans sa fonction de public elle reçoit la communication de l'œuvre reproduite ou représentée par le vecteur. » ; Dans le même sens J. Habermas, *op. cit.*, p. 175 ; M. Kessler, *op. cit.*, p. 218 : « La finalité n'est plus individu-auteur mais l'individu-«consommateur» de l'œuvre et donc l'œuvre elle-même, dont la loi doit favoriser l'éclosion et la protection par une incitation d'ordre économique : les droits de clientèle [...] ».

centre du Livre Vert on retrouve, non pas l'auteur, mais le producteur⁴²². L'œuvre, quant à elle, y est présentée comme une véritable marchandise, bien éloignée de l'émanation de la personnalité de l'auteur qui doit normalement la caractériser dans la tradition du droit français. Ce constat a d'ailleurs conduit à dire du Livre Vert qu'il traite « d'un droit d'auteur sans auteur »⁴²³. Cette approche indubitablement mercantiliste peut certainement s'expliquer par l'essor de ce qu'il est convenu d'appeler les « industries de la culture »⁴²⁴. Elle justifie du même coup l'utilisation du terme de consommateur pour décrire les personnes faisant appel à ce type d'industrie⁴²⁵. On peut entendre l'écho de cette logique mercantile dans l'article L. 311-5 du CPI qui prévoit que, parmi les membres de la commission chargée de déterminer les types de supports, les taux de rémunération et ses modalités de versement, figurent des personnes désignées par les organisations représentant les consommateurs, et les organisations représentant les fabricants ou importateurs des supports⁴²⁶.

Ainsi, dans ce domaine, les divergences entre les différents régimes de propriété intellectuelle s'effacent⁴²⁷. Il en résulte que la fonction de « créateur » du sujet est ici éclipsée au profit de celle de « producteur » de biens marchands. Et, comme l'expliquent très bien les professeurs Lucas : « La culture ne peut aujourd'hui être séparée de l'économie. Dans cette logique d'industrialisation et de marché, le public revient au premier plan, et le mot, même, change insensiblement de signification. Ce n'est plus seulement l'ensemble des personnes qui accèdent à une œuvre. C'est une cible de 'populations' qui 'consomment', de plus en plus à domicile, des 'produits culturels'. Il en résulte par la force des choses un relâchement du lien

⁴²² V. A. Kéréver, *Le droit d'auteur : acquis et conditions du développement de la culture juridique européenne*, in *Droit d'Auteur*, 1990, p. 144 : « Il n'est pas étonnant que, pour le législateur national, le centre de gravité se déplace de l'auteur-créateur vers l'industriel-producteur et diffuseur ». ; M. Moller, *A propos du Livre Vert*, *RIDA*, juil. 1989, pp. 33-34 : « Et si l'on pense au consommateur, qui, bien entendu, cherche à dépenser le moins possible, il est évident que l'auteur, le maillon le plus faible dans la chaîne du copyright, sera de plus en plus relégué au second plan. ».

⁴²³ M. Moller, *A propos du Livre Vert*, *RIDA*, juil. 1989, p. 23, à la p. 25.

⁴²⁴ M. Moller, *op. cit.*, p. 27 ; M. Kessler, *op. cit.*, p. 215 : « La culture est devenue un produit de consommation 'grand public' qui se distribue dans ses magasins à grande surface ».

⁴²⁵ La même approche se trouve d'ailleurs dans la Communication du 17 janv. 1991 intitulée « Suite à donner au Livre vert – Programme de travail de la commission en matière de droit d'auteur et droits voisins ». La commission y souligne en effet que « l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit s'effectuer sur la base d'un niveau de protection élevé, étant donné que ces droits sont indispensables à la création intellectuelle, et souligne aussi que leur protection permet d'assurer le maintien et le développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des industries culturelles, des consommateurs et de la collectivité toute entière », cité par V. Nisato, *Le consommateur et les droits de la propriété intellectuelle*, th. Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2005, n° 181, pp. 115-116.

⁴²⁶ L'article ne mentionne guère les auteurs mais prévoit que la commission est présidée par un « représentant de l'Etat et composée, en outre, pour moitié, de personnes désignées par des organisations représentant les bénéficiaires du droit à rémunération ».

⁴²⁷ Sur la question de l'unité de la propriété intellectuelle V. S. Alma-Delette, *th. préc.* ; Contra F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination*, LGDJ, 1989, n° 90, p. 98 : « La matière des 'propriétés incorporelles' n'a d'unité qu'en surface. ».

entre l'auteur et le (son) public, et plus généralement l'intégration de l'œuvre dans le circuit marchand. »⁴²⁸.

§2. Le retour du modèle féodal

84. Plan. Le modèle féodal ressurgit dans le droit d'auteur par l'effacement de la distinction entre sphère privée et sphère publique (A.), et il revit cependant avec plus d'intensité encore à travers le retour des privilèges⁴²⁹ (B.).

A. L'effacement de la distinction entre sphère privé et sphère publique

85. La *summa divisio* sphère privée/sphère publique et le droit d'auteur. Nous avons vu que l'idéologie individualiste née au XVIII^{ème} siècle donne une importance capitale à la distinction entre la *sphère privée* et la *sphère publique*. Le démantèlement de la structure féodale et l'extension des échanges ont permis la naissance d'une autorité publique non interventionniste dans la production. La société civile devient un domaine privé. En fait, la reconnaissance d'une sphère privée, propre à chaque individu, marque un pas décisif vers l'abandon de l'Ancien Régime et répond aux préoccupations du Siècle des Lumières⁴³⁰. Dans sa version libérale, l'individu et ses intérêts, liés par la *raison* à ceux de la société, est tributaire de la reconnaissance d'une *sphère privée* propre à lui, distincte de la *sphère*

⁴²⁸ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* 3^{ème} éd., n°34, pp. 39-40.

⁴²⁹ V. Ph. Gaudrat, *Propriété littéraire et artistique (1^{ère} propriété des créateurs)*, *Rép. civ.* Dalloz, sept. 2005, n° 5, p. 3 : « Malheureusement, le vent de « néo-libéralisme » qui souffle sur le monde depuis les années Reagan et Thatcher n'épargne pas notre discipline ; il influe sur l'évolution du droit en y installant une logique historiquement *régressive* ; elle nous fait parcourir, à rebours, un chemin qui nous conduit du privilège de libraire conféré, le plus souvent, à l'éditeur à une propriété intellectuelle, presque achevée, du créateur. »

⁴³⁰ B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, *op. cit.*, p. 13 : « En Grèce et à Rome, il était impensable qu'un citoyen, en tant que simple personne privée, soit investi d'une quelconque souveraineté ; il était impensable, au Moyen Âge, qu'un individu, hors de toute hiérarchie ou de tout ordre, puisse revendiquer une quelconque maîtrise de soi, à moins de devenir 'hors-la-loi'. Pour qu'un tel phénomène se produise, une société doit reconnaître à chaque personne le droit imprescriptible et inaliénable d'exister dans son espace propre et d'y régner, hors de tout contrôle et de toute surveillance ; mieux encore le droit de chacun à sa sphère privée doit être consubstantiel à l'organisation sociale, et c'est la philosophie même d'une société des droits de l'homme d'organiser le partage rigoureux entre l'homme privé et le citoyen public. ».

publique. La sphère publique n'existe que par rapport à la sphère privée. Ce qui est intéressant dans notre perspective est le lien fondamental entre la *sphère publique* et la production culturelle et littéraire. Ce lien apparaît clairement chez les penseurs des Lumières, et notamment chez Kant, mais c'est Habermas qui en décrit a posteriori tous les éléments et implications. Dans la *sphère publique* se rencontrent auteurs, œuvres et public. Le public comporte en son sein des lecteurs, des spectateurs, mais également d'autres auteurs et la distinction entre amateurs et auteurs n'est pas si tranchée, du moins pour les philosophes des Lumières, qui considèrent chaque citoyen ayant accès à la sphère publique comme une personne pouvant et devant faire à son tour un usage de sa *raison*, que ce soit par la lecture, la discussion ou la création de nouveaux discours et œuvres⁴³¹. Le public désigne dans la France du XVIII^{ème} siècle, les lecteurs, les spectateurs, les auditeurs en tant qu'ils sont les destinataires et les critiques de l'art et de la littérature⁴³². Ainsi le *raisonnement* est né des œuvres d'art et de la littérature.

86. La création de la sphère publique littéraire. C'est un des principes essentiels du mouvement des Lumières, qui place au rang des premières libertés, celle consistant à faire un usage public de sa raison. Pour Kant, cet usage public de la raison est indissociable de la production des œuvres de l'esprit, car cet usage est « celui qu'en fait quelqu'un en tant que savant devant l'ensemble du public qui lit »⁴³³. C'est donc celui qu'en fait un auteur dans sa relation avec un public. Ainsi, un peu partout dans l'Europe du XVIII^{ème} siècle, se forme une sphère publique littéraire dont les institutions seront les cafés, les salons, les réunions d'habitues dans lesquels se constitue le « terrain d'exercice d'un raisonnement public »⁴³⁴. La *sphère publique* est issue de cette *sphère publique littéraire* et toutes deux s'interposent entre la *sphère privée* (regroupant le domaine de la famille et le domaine de l'échange des marchandises et du travail social) et la sphère du pouvoir public, autrement dit l'Etat⁴³⁵. Ainsi nous pouvons affirmer que la finalité sociale et politique du droit d'auteur, telle qu'elle est alors comprise, est certes de conférer un droit au créateur culturel, mais également de contribuer à la constitution d'un espace public de discussions de telle sorte qu'on peut certainement estimer que la propriété littéraire et artistique est une institution clé de l'intérêt

⁴³¹ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 284, p. 225.

⁴³² J. Habermas, *op. cit.*, p. 42.

⁴³³ Cité par S. Dusollier, *ibid.* ; Dans le même sens J. Habermas, *op. cit.*, pp. 35-36 « Mais surtout, les savants étaient tenus de communiquer au public 'des vérités qu'il puisse appliquer'. Les bourgeois élaborent, pour l'heure, sous l'autorité du Prince, les idées qui ne tarderont pas à devenir les leurs et à être dirigées contre son pouvoir même ».

⁴³⁴ J. Habermas, *ibid.*

⁴³⁵ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 279, p. 221.

général émanant de l'époque des Lumières. Ainsi dans la *sphère publique* on trouve l'origine des exceptions au droit d'auteur, comme, à titre d'exemple, la citation et la parodie⁴³⁶. Alors que les limites au droit d'auteur, comme le cercle de famille et la copie privée, sont l'expression de la *sphère privée*⁴³⁷.

87. La destruction de la sphère publique littéraire. Si la *sphère publique* telle que décrite par Habermas peut constituer un modèle normatif expliquant la naissance du droit d'auteur au XVIII^{ème} siècle, on peut toutefois s'interroger sur la pertinence de ce modèle comme paradigme de la propriété littéraire et artistique, dans la mesure où c'est l'intérêt public qui est la finalité du droit d'auteur. Dans la logique utilitariste, l'œuvre devient une marchandise dans la mesure où l'originalité est soumise aux impératifs du marché (autrement dit à l'intérêt public) : cette dernière appréhendée d'une manière objective, face à une clientèle. On serait passé d'un « public politiquement actif à un public 'privatiste', d'un *raisonnement sur la culture* à la *consommation de la culture* » et la « sphère publique de lecteurs » se serait transformée en un « marché de consommateurs »⁴³⁸. Ainsi, quand la finalité du droit d'auteur appelle un raisonnement en termes de marché et d'intérêt public plutôt qu'en termes de *sphère publique* et d'intérêt général, la conséquence, selon Habermas, est la disparition de la *sphère publique*⁴³⁹, le corolaire de l'intérêt général et de la *raison*, laissant la place à une société de consommation, qui vise à assurer la prospérité économique du marché des « produits culturels »⁴⁴⁰.

88. La critique de la thèse de Habermas. Pourtant Mme Dusollier n'adhère pas à cette conclusion annoncée par Habermas. Selon elle, la thèse de Habermas sur le déclin de la

⁴³⁶ S. Dusollier, *op. cit.*, n°600, p. 466 : « C'est avant tout pour garantir un accès de tous à l'espace public littéraire et artistique que l'exception est reconnue. C'est le cas du prêt public, des privilèges accordés aux bibliothèques et musées et de l'exception, assez récemment reconnue en droit européen, au bénéfice des personnes souffrant d'un handicap. »

⁴³⁷ *Contra* S. Dusollier, *ibid.* : « Les exceptions bénéficiant aux usages privés peuvent également s'expliquer par la notion de sphère publique. Parce que le droit d'auteur a pour objectif de réguler la diffusion des œuvres dans la sphère publique, l'usage privé en est par nature exclu ; la copie personnelle peut, dans certains cas, être admise car elle n'effectue aucun acte de diffusion de l'œuvre. »

⁴³⁸ J. Habermas, *op. cit.*, Préface, p. XVIII. (*Nos italiques*) L'auteur décrit la transformation d'une sphère publique libérale qui trouve sa source dans les Lumières à un public de masse dominé et tout contrôlé par les médias dans une époque qu'il qualifie de « capitalisme de l'Etat-providence et de démocratie de masse ». Au sein de cette transformation, l'opinion publique, consensus rationnel résultant originellement de débats et de discussions dans la presse et la sphère publique littéraire devient contrôlée, manipulée et « fabriquée » par les médias ; *op. cit.*, Préface p. XVI.

⁴³⁹ Dans ce sens A. Strowel, *op. cit.*, p. 282, affirmant que l'évolution du droit d'auteur plaide pour un « effacement de l'espace public [...] derrière le modèle du marché. » ; V. également B. Edelman, *Droits d'auteur et droits voisins, Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993, p. 3.

⁴⁴⁰ A. Berenboom, *op. cit.*, p. 21.

sphère publique doit être nuancée⁴⁴¹. Elle avance que l'espace public littéraire et artistique n'est pas totalement absent dans la société actuelle, même si on peut douter que sa fonction change et que sa structure évolue. Il ne s'agit plus d'une sphère publique bourgeoise qui use de sa raison critique comme contrepoids au pouvoir de l'Etat, mais d'un nouveau type de public qui assume une nouvelle fonction. Selon elle, la société de consommation a élargi l'espace public, autrefois réservé aux bourgeois cultivés, pour inclure désormais un plus large public ou, « plus précisément, une multiplicité de publics »⁴⁴². Elle continue : « La sphère publique, qu'elle soit celle des Lumières ou celle de l'époque contemporaine, est toujours celle où circule le sens et où la culture s'approprie à des fins politiques et éducatives. Le droit d'auteur contribue à définir et à régir cette diffusion de la culture. Le lien entre la législation de la propriété littéraire et artistique et la sphère publique conserve, en conséquence, sa nécessité. Si certains auteurs ont annoncé un changement de paradigme de la propriété littéraire et artistique, le tableau qu'ils dressent se contente souvent de décrire les évolutions du droit d'auteur vers un droit plus économique, sans tenir compte également des finalités culturelles et sociales qui subsistent malgré tout dans la plupart des régimes. »⁴⁴³.

89. La critique de la critique. Pour autant, cette approche ne semble pas totalement convaincante, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, elle néglige le fait que la *sphère publique* n'existe que par rapport à la *sphère privée*. En fait, l'ouvrage de Jürgen Habermas analyse, certes, de manière très approfondie l'apparition d'une *sphère publique* mise en place par la bourgeoisie contre l'absolutisme de l'Etat ; mais, sa perspective n'est pas celle d'une confrontation des notions de public et de privé qui déterminerait le sens de l'une et de l'autre dans une perspective anthropologique. En fait, le modèle de la sphère publique supposait, comme nous avons vu, une stricte séparation entre domaine privé et domaine public, séparation qui impliquait l'appartenance au domaine privé de la sphère publique, elle-même, constituée par des personnes privées rassemblées en un public, et qui jouait un rôle d'intermédiaire entre les besoins de la société et l'Etat. C'est sur ce terrain, en revanche, que l'œuvre d'Hannah Arendt, *La condition de l'homme moderne*, nous apporte une aide précieuse. Selon Arendt, quand la société est assimilée au marché, elle a une structure

⁴⁴¹ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 285, p. 226.

⁴⁴² S. Dusollier, *op. cit.*, n° 288, p. 229.

⁴⁴³ *Ibid.* n° 290, p. 231, note 74.

d'individus au comportement prévisible et calculable, autrement dit : des consommateurs⁴⁴⁴. Cette évolution va entraîner, précise-t-elle, le repli de la notion de privé vers ce qu'elle appelle l'« intime ». Les sources profondes de cette notion sont fort anciennes ; mais la disparition du domaine privé traditionnel dans le marché qui uniformise les individus en une masse consumériste, va entraîner le repli de chacun dans ce qui constitue comme un reste de son identité et de sa singularité, et qui est justement son intimité⁴⁴⁵. Habermas quant à lui poursuit : « A partir du moment où les lois du marché qui dominent la sphère des échanges et du travail social pénètrent aussi dans la sphère réservée aux personnes privées rassemblées en un public, le raisonnement de la communication publique se dissout en des attitudes, comme toujours stéréotypées, de réception isolée. Ce qui a pour effet direct de bouleverser la sphère privée corrélatrice d'un public. Les modèles qui autrefois portaient l'empreinte littéraire du tissu même de l'intimité circulent aujourd'hui comme les secrets de fabrication délibérés d'une industrie culturelle patentée dont les produits, diffusés par les media dans le public, ne produisent à leur manière dans la conscience des consommateurs que l'illusion d'une sphère privée bourgeoise. »⁴⁴⁶. Ensuite, la cohérence du public en tant que public faisant usage de sa raison est profondément ébranlée. Le public n'est qu'une masse d'*homo oeconomicus*. Ce public a une structure effectivement adaptée à l'analyse économique du droit d'auteur, saisissant un ensemble d'individus au comportement prévisible et calculable, c'est-à-dire l'absence de tout usage de la raison⁴⁴⁷. Autrefois, dans la sphère publique du XVIII^{ème} siècle, l'accès et la jouissance d'œuvres littéraires et artistiques font des personnes des acteurs politiques et c'est par la circulation des œuvres de l'esprit qu'une opinion publique empreinte de raison se forme et s'oppose au pouvoir de l'Etat.

90. En résumé. Il est possible de résumer ce déclin de la *sphère publique littéraire* : la surface de résonance que devait constituer le public, c'est-à-dire des personnes capables de faire de leur raison un usage public, a volé en éclats ; le public s'est scindé en cette grande masse des consommateurs, dans une société qui ne distingue plus entre sphère privée et sphère publique, à l'instar de l'Ancien Régime. Dès lors, la politique utilitariste s'est accompagnée comme l'affirme Habermas d'une sorte de « reféodalisation » de la société⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ G. Canivet et C. Champalaune, *Le comportement du consommateur dans la définition du marché*, in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, op. cit., p. 228, note 4 : Le consommateur est un agent « économique disposant de ressources rares dont la meilleure allocation est souhaitée. »

⁴⁴⁵ H. Arendt, op. cit., p. 112, V. J.-A. Mazères, op. cit., p. 1075.

⁴⁴⁶ J. Habermas, op. cit., pp. 168-169.

⁴⁴⁷ V. les développements de Mme V. Nisato th. préc., n° 25, note 75.

⁴⁴⁸ J. Habermas, op. cit., pp. 149-150.

Selon lui, cette relation nouvelle d'interdépendance qui réunit deux sphères jusque-là distinctes trouve son expression juridique dans un éclatement du droit privé classique.

B. Le retour des privilèges

91. Plan. Une partie de la doctrine utilitariste n'hésite pas à affirmer que le droit d'auteur individualiste représente une conception féodale de la propriété⁴⁴⁹. Or, c'est la philosophie utilitariste du *copyright* qui a conservé des éléments du système des privilèges⁴⁵⁰. Le droit d'auteur dans sa conception utilitariste devient à l'instar des privilèges un monopole mercantiliste⁴⁵¹ (1.) Ensuite c'est un monopole qui est accordé⁴⁵² (2.).

1. Un monopole mercantiliste

⁴⁴⁹ A. Abello, *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché »*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle, sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello*, LGDJ, 2005, p. 356 : « Semblable à la propriété féodale, les deux titres du propriétaire du support matériel et du droit de propriété intellectuelle sont concurrents sur le même bien. Autrement dit, il y a une concurrence des propriétés entre le propriétaire de la chose physique et le propriétaire de l'objet intellectuel. Dans un cas comme l'autre on trouve une superposition de droits réels. » Ensuite, « l'auteur a la faculté de céder et de retenir en même temps. Retrouvant cette faculté dans la propriété féodale, la tentation est grande de rapprocher propriété intellectuelle et propriété féodale. », *ibid.* ; Sur le rapprochement entre l'auteur et le seigneur : V. H. Cabrillac, *La protection de la personnalité de l'écrivain et de l'artiste, Essai sur le droit moral*, th. Montpellier, 1926 : « Ainsi l'auteur, comme le seigneur féodal, conserverait sur son œuvre le 'dominium directum', c'est-à-dire un droit absolu sur sa création, tandis que le cessionnaire ne jouirait, comme un vassal, que du 'dominium utile'. », cité par S. Alma-Delette, *th. préc.*, n° 584, pp. 395-396 ; V. *infra* (Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2).

⁴⁵⁰ *Contra* A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, op. cit.*, n° 98, p. 126-127.

⁴⁵¹ M. Moller, *A propos du Livre Vert, RIDA*, juil. 1989, p. 31.

⁴⁵² L. Pfister, *La propriété littéraire est-elle une propriété ?...*, *art. préc.*, pp. 147-148 : « La société se libère de sa dette en concédant au créateur ce que de très nombreux penseurs appellent un 'privilège exclusif' d'exploitation. L'expression aurait pu paraître définitivement bannie depuis la Révolution française. Sa persistance montre la difficulté de rompre avec les origines historiques du droit d'auteur, avec l'ancien régime des privilèges de librairie. Pour autant, l'idée d'assimiler les droits d'exploitation à des privilèges concédés par le législateur au nom du public n'est pas fortuite. Les tenants de la théorie contractuelle, tout comme certains contestataires de la propriété numérique qui défendent une idée similaire, entendent ainsi donner les moyens à la collectivité de préserver ses intérêts. »

92. Le monopole entre les mains des exploitants. Le relâchement du lien entre l'auteur et l'œuvre a pour corollaire, le souci de rentabiliser les investissements⁴⁵³, donc d'abaissement du seuil minimum de créativité. Vainement chercherons-nous à dissimuler cette réalité derrière les mots, la substitution de l'« apport personnel » à celui de l'« apport intellectuel » ne parvenant à faire oublier le changement de cap amorcé⁴⁵⁴. La vérité est que le substantif « apport » est plus à sa place dans un contexte de propriété industrielle et de nouveauté que dans celui du droit d'auteur et d'originalité⁴⁵⁵. Le droit d'auteur se présente alors comme une sorte de « retour sur investissement »⁴⁵⁶, un investissement en temps et en l'argent pour diffuser l'œuvre, en perspective d'un « droit d'auteur » source de rémunération. L'investissement est donc, dans la logique utilitariste du droit d'auteur, une justification du droit⁴⁵⁷. En fait, une des principales justifications économiques de l'existence du *copyright* est de protéger les producteurs originels contre les producteurs « passagers clandestins »⁴⁵⁸ qui exerceraient une concurrence déloyale en reproduisant le bien sans en supporter les coûts fixes. En accordant un monopole d'exploitation au producteur originel, la propriété intellectuelle apporte une solution au risque de sous-production, l'œuvre aurait toutes les chances de ne pas être produite dans la mesure où le producteur originel ne pouvait amortir ses coûts fixes, et incite les producteurs à continuer leur activité⁴⁵⁹. Comme le précise M. Kéréver, quand le centre de gravité se déplace de l'auteur-créateur vers l'industriel-producteur ou diffuseur, « on assisterait au retour des privilèges de l'édition ou du moins à son équivalent moderne »⁴⁶⁰.

⁴⁵³ Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 6, p. 4 : « Les nouveaux 'maîtres du monde' s'emploient depuis une vingtaine d'années à remettre, dans toutes les législations nationales de propriété intellectuelle, l'investisseur à la place du créateur. Le prétexte sous la bannière duquel avance ce 'retour en arrière' est la protection de l'investissement » ; R. Fernay, *Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur*, *RIDA*, juil. 1981, p. 139, à la p. 141 : « Ce n'est pas celui qui a tiré une production de son esprit (ou du moins ce n'est lui que de façon très indirecte) que l'on se souciait de protéger, c'est celui qui, pour diffuser et commercialiser cette production, a investi des sommes parfois importantes et couru, par suite, des risques financiers contre lesquels la puissance publique entendait le prémunir. ».

⁴⁵⁴ J.-M. Tengang, *Essai sur la dépersonnalisation du droit d'auteur*, *th. préc.* p. 108.

⁴⁵⁵ A. Kéréver, *Le droit d'auteur acquis et conditions du développement de la culture juridique européenne*, *D. A.*, 1990, p. 145 : « On verra dans le droit d'auteur un instrument juridique commode pour valoriser les investissements liés à un apport intellectuel, en oubliant que l'objet du droit d'auteur est avant tout culturel et consiste à traduire en droit le lien entre l'auteur et une création reflétant sa personnalité. ».

⁴⁵⁶ V. A. Kéréver, *art. préc.*, p. 145 : « Cette extension du champ d'application du droit d'auteur, considéré comme une modalité de protection des investissements, constitue au mieux une manifestation d'anémie grasseuse, au pire une prolifération cancéreuse ».

⁴⁵⁷ Ch. Geiger, *op. cit.*, n° 28, pp. 33-34.

⁴⁵⁸ En économie, un passager clandestin, par analogie avec le resquilleur dans le transport en commun, est individu qui bénéficie d'un bien ou d'un service sans avoir participé à son financement. J. Farchy, *op. cit.*, p. 389, note 8.

⁴⁵⁹ J. Farchy, *op. cit.*, p. 390.

⁴⁶⁰ *Ibid.* p. 144 ; Dans le même sens Ph. Gaudrat, *Les démolés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur*, *RIDA*, 2001, oct., p. 71 à la p. 115 : « Ainsi, un phénomène d'intendance tout à fait extérieur au

93. Le privilège entre les mains des libraires. Le rapprochement avec le système féodal en place jusqu'à la révolution est significatif. D'abord les privilèges sont apparus au début du XVI^{ème} siècle, les privilèges d'édition sont octroyés par la chancellerie royale sous forme de lettres patentes aux sujets qui le requièrent indépendamment de leur qualité. Jusqu'au milieu du XVII^{ème} siècle, le critère justifiant la concession d'un privilège est la nouveauté du livre imprimé⁴⁶¹. Appréciée au regard de la production du livre, l'absence d'antériorité est un critère objectif, aujourd'hui réclamé par les partisans de la doctrine utilitariste. Ensuite sous l'Ancien Régime on peut constater aussi une nette prééminence des intérêts des exploitants⁴⁶². En fait, l'invention de l'imprimerie transforma les conditions de publication des œuvres de l'esprit. Les risques que les éditeurs avaient à courir dans la publication d'un ouvrage devinrent beaucoup plus nombreux et beaucoup plus grands. Il leur fallut se pourvoir d'un matériel important et coûteux, investir des sommes considérables pour le tirage d'un grand nombre d'exemplaires dont chacun se vendait à un prix relativement bas et à des intervalles de temps incertains⁴⁶³. Dans son ouvrage sur l'origine de l'imprimerie à Paris, André Chevalier évoque une épître dédicatoire de Paul Maillet dans laquelle cet éditeur des ouvrages de Virgile proteste contre les concurrents qui, en contrefaisant des livres beaux et chers, cherchent à ravir le « gain légitime » que pouvait en espérer l'éditeur initial. C'est ce préjudice de nature économique qui a conduit les imprimeurs et libraires à recourir à la protection des institutions⁴⁶⁴. En effet, il ne faut jamais perdre de vue une donnée capitale. Le livre est une marchandise dont l'édition nécessite des moyens financiers importants. La production et le commerce des livres représentent, dès l'apparition de l'imprimerie, un véritable marché. La multiplication des presses intensifie la concurrence et c'est pour se protéger d'un tel risque commercial que les libraires et imprimeurs vont également requérir et obtenir leurs premiers privilèges. Ces privilèges avaient pour but en assurant à l'éditeur un monopole, de le protéger contre la concurrence désastreuse que les autres imprimeurs auraient

processus créatif lui-même (l'investissement financier), tend, par un pur jeu d'influence, à faire glisser le *droit de la création* vers un *droit de la production*, c'est-à-dire à le faire régresser plus au moins radicalement vers ce qu'il était à l'époque originelle des privilèges. ». (Souligné par l'auteur.).

⁴⁶¹ L. Pfister, *L'œuvre une forme originale*, in *Le plagiat littéraire, Textes réunis par Hélène Maurel Indart, Littérature et Nation*, n° 27, 2002, pp. 246-247.

⁴⁶² A. Kéréver, *art. préc.*, p. 138 : « Avec le recul du temps, nous pouvons dégager les facteurs qui expliquent l'apparition de cette notion juridique du privilège [...] ces commerçants ou industriels ne peuvent réaliser cette multiplication des exemplaires qu'en investissant au préalable des sommes importantes. L'opération n'est rentable que si l'investisseur est en droit d'interdire aux tiers de copier l'exemplaire, donc d'interdire la contrefaçon. »

⁴⁶³ M. Cl. Dock, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ, 1962, p. 64.

⁴⁶⁴ L. Pfister, *L'auteur propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, th. Université Robert Schuman, Strasbourg III, 1999, p. 47.

pu lui faire en profitant de son travail et par là de lui permettre de récupérer le montant des dépenses engagées par lui dans l'opération⁴⁶⁵. Seulement, on le remarque, même à ce moment, le privilège n'est pas la consécration du droit d'auteur ; il n'est pas la récompense de la création de l'ouvrage ; il est uniquement destiné à couvrir l'éditeur des frais d'impression. Il n'est même que rarement accordé à l'auteur qui, du reste, n'en pourrait faire usage, sans porter atteinte aux droits de la corporation des libraires et des imprimeurs. Le privilège demeure aux mains de la royauté un moyen d'encourager la publication des œuvres qui lui plaisent et la peuvent servir⁴⁶⁶. Les privilèges avaient pour objet de permettre aux imprimeurs de se rémunérer de leur activité industrielle, de les indemniser de leurs frais. D'ailleurs, toutes les prérogatives individuelles étaient à cette époque des concessions du Roi ; elles étaient une garantie privée, un monopole, une sauvegarde industrielle ou commerciale, en l'espèce celle de reproduire tel ou tel ouvrage pendant un temps déterminé. Telle était leur fonction économique à laquelle s'ajoutait une fonction politique, celle de constituer le moyen le plus efficace pour faire respecter la censure. Lorsque le privilège était obtenu par un auteur, cas plus rare, il n'avait d'autre ressource que d'en faire cession à l'un des libraires, entre les mains desquelles résidait le monopole de la fabrication et de la vente⁴⁶⁷.

2. Un monopole accordé

94. L'Ancien Régime. A l'origine, au cours de la première moitié du XVI^{ème} siècle, l'obtention des lettres de privilèges était facultative. Tout en étant soumis à la censure préalable, les auteurs, libraires et imprimeurs pouvaient imprimer sans solliciter de privilèges, mais s'exposaient alors à la contrefaçon. Or, à partir de 1566, il est obligatoire d'obtenir auprès de la Chancellerie royale des lettres assurant la protection des livres imprimés. Pour le professeur Pfister, l'explication de cette mesure réside dans la finalité poursuivie par le pouvoir, à savoir l'instauration d'un contrôle efficace et centralisé de la doctrine et des idées véhiculées par les œuvres imprimées. L'auteur, le libraire ou l'imprimeur, espérant se voir concéder un droit exclusif par le Roi, doit se plier à ses exigences et notamment à la censure

⁴⁶⁵ L. Pfister, *th. préc.*, pp. 97 et s.

⁴⁶⁶ E. Pouillet, Ch. Claro, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, 3^e éd., 1908, p. 7.

⁴⁶⁷ P. Recht, *Le Droit d'auteur : une nouvelle forme de propriété, histoire et théorie*, LGDJ, 1969, p. 27.

préalable de l'ouvrage. Le privilège n'est donc plus seulement un instrument au service des sujets. Devenu obligatoire, il sert aussi les intérêts de la monarchie en incitant les libraires et imprimeurs à se soumettre à son contrôle. Cet instrument permet également au Roi de mener une politique économique en matière d'édition, puisqu'il peut favoriser la publication de certaines œuvres et constituer autour de lui une clientèle fidèle de libraires et d'imprimeurs, accentuant par la même occasion le caractère gracieux du privilège⁴⁶⁸. En d'autres termes, la protection du requérant à un prix : sa soumission au pouvoir royal. Selon le professeur Pfister, le droit d'octroyer un privilège constitue donc un moyen de récompenser un sujet pour un service rendu soit au souverain lui-même, mais aussi au bien public⁴⁶⁹. L'éminent spécialiste nous donne plusieurs exemples qui désignent clairement l'acte que l'autorité royale souhaite distinguer : seule la publication, et non la composition de l'œuvre, peut constituer un service rendu à la communauté⁴⁷⁰. Le privilège représente la récompense attribuée au requérant, qui par la divulgation de l'œuvre, sert la chose publique ou le public⁴⁷¹. Si l'invocation du bien public a pour but de mettre en évidence le bien-fondé de la concession du privilège, elle reflète également certaines conceptions relatives à la reproduction et la diffusion des œuvres de l'esprit⁴⁷².

95. La doctrine utilitariste. Cette vision féodale est très proche de la vision utilitariste du *copyright*. Celui-ci est un concept fonctionnel : sa fonction, nous explique Patterson, est d'encourager l'auteur à laisser distribuer l'œuvre qu'il ou elle a créée ; son but est de favoriser le progrès. La fonction sert le but par des incitations, et non pas par des menaces : la constitution n'a pas donné au Congrès la puissance de contraindre des auteurs à éditer leurs travaux ou accepter les avantages de *copyright*. Ainsi l'auteur peut maintenir son œuvre dans ses tiroirs poussiéreux ou la condamner aux flammes d'une cheminée⁴⁷³. Mais le *copyright* était nécessaire pour convaincre son titulaire de lancer l'œuvre : le corollaire de ce *droit* était

⁴⁶⁸ L. Pfister, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁶⁹ L. Pfister, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁷⁰ L. Pfister, *op. cit.*, p. 94 : « Ces exemples désignent clairement l'acte que l'autorité royale souhaite distinguer : seule la publication, et non la composition de l'œuvre, peut constituer un service rendu à la communauté. »

⁴⁷¹ *Ibid.* p. 95.

⁴⁷² L. Pfister, *op. cit.*, p. 93 : « Cet argument se trouve exprimé par diverses formules : certaines requêtes évoquent le 'bien, profit et utilité de la chose publique', d'autre ne faisant mention que de l'une ou de l'autre de ces notions. En réalité, cette notion recouvre l'intérêt du public à prendre connaissance d'une œuvre grâce à son impression. Le souci de circulation de l'œuvre au sein du public est notamment exprimé dans la pétition du privilège accordé à Jaques Robin pour la reproduction d'une 'répétition du droit civil' de Pétrusse. Le libraire a notamment fait remonter que l'auteur lui 'a baillé' cette répétition 'pour le bien et utilité de la chose publique'. »

⁴⁷³ L. Ray Patterson, *op. cit.*, p. 53.

le *devoir* de rendre son œuvre accessible au public afin qu'elle soit l'héritage des futures générations. Si un auteur souhaitait éviter d'accomplir cette responsabilité publique, il ou elle devait renoncer seulement à l'avantage du *copyright*⁴⁷⁴. Selon Bentham : « Qu'on examine tous les droits un à un : les uns doivent leur existence à l'existence d'obligations ; les autres la doivent à la non-existence de ces mêmes obligations »⁴⁷⁵. Tous les droits portent donc sur l'idée d'obligation comme base nécessaire⁴⁷⁶. Ainsi, dans ce système tout « se passe comme si d'un côté, l'auteur était le débiteur de la collectivité qui lui a octroyé le monopole, et comme si de l'autre côté, la collectivité était créancière de l'œuvre. Inversement, on peut dire que l'auteur est créancier de la collectivité qui lui doit un monopole, et que cette dernière en est la débitrice. Cette philosophie de l'échange, qui fait de l'œuvre une catégorie économico-culturelle et la métamorphose en un faisceau d'obligations, non seulement institue le cessionnaire du droit d'auteur en maître tout puissant de l'œuvre, mais encore transforme la collectivité en marché. On est donc en présence d'un contrat dont les deux termes sont : le « monopole » d'un côté, l'« accès à l'œuvre » de l'autre. D'où cette conséquence fondamentale que le monopole octroyé à l'auteur est de nature sinon exclusivement économique du moins utilitaire ; il s'agira toujours de savoir si le marché de l'œuvre que permet le monopole n'est pas déséquilibré au profit du droit du public à en jouir. On voit qu'en rompant le lien qui attache l'auteur à son œuvre, et en fondant le monopole sur un contrat utilitaire et équitable, la nature même de la propriété littéraire et artistique en est radicalement bouleversée »⁴⁷⁷. On est passé du « droit subjectif » au « monopole économique ». Cette vision plus fonctionnaliste et plus économique de la propriété correspond bien à la propriété industrielle aujourd'hui, puisque la propriété industrielle peut être envisagée comme une propriété de marché, un monopole⁴⁷⁸. Mais le principe du monopole est un principe d'interdiction, et parce que le principe d'interdiction est lié à la finalité des agissements qu'il prohibe, le droit d'auteur devrait s'effacer lorsque les activités en cause n'affectent pas les intérêts publics protégés par le droit d'auteur, voire se justifier par des motivations jugées supérieures à ceux-ci⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ J. De Sousa E Brito, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁷⁶ J. De Sousa E Brito, *op. cit.*, p. 99; V. Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur, op. cit.*, n° 268, p. 244 : « Ainsi, l'auteur, lorsqu'il exerce ces droits, a des devoirs, des règles, une déontologie à respecter. La sanction de l'abus permet de le lui rappeler. ».

⁴⁷⁷ Edelman, *Une loi substantiellement internationale. La loi du 3 juillet 1985 sur le droit d'auteur et les droits voisins, J.D.I.* 1987, p. 586, n° 20.

⁴⁷⁸ A. Abello, *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », in Droit et économie de la propriété intellectuelle, sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello*, LGDJ, 2005, pp. 371-372.

⁴⁷⁹ Dans ce sens, J. Raynard, *droit d'auteur et conflits de lois, op. cit.*, n°97.

96. La *summa divisio* droit public/droit privé. Mais quand la physionomie du droit d'auteur aboutit à un monopole, il apparaît plutôt comme un droit à caractère public, car il constitue un empiètement sur la liberté du commerce et de l'industrie⁴⁸⁰. Cette physionomie se trouve aussi dans les privilèges : parce qu'ils sont une expression de la puissance législative et parce qu'ils constituent des instruments, entre autres, d'une police du livre, les privilèges revêtent une nature fondamentalement publique⁴⁸¹. De plus, parce qu'il est une grâce accordée à un sujet déterminé, le privilège est exorbitant du droit commun, du moins opposé à l'utilité commune des particuliers. Tout l'oppose donc au droit privé⁴⁸². Sans doute, il reste exacte que ces « monopoles privés » ne sont concevables que si le droit public le permet, mais cela n'est pas suffisant pour leur conférer un caractère de droit public. La vérité est que le droit d'auteur change de nature sous l'influence utilitariste et il n'est plus tout à fait comme les autres droits subjectifs, puisque comme nous l'avons vu, c'est un monopole accordé dans le souci de l'intérêt public. Ce monopole a un caractère hybride, il n'appartient ni au droit privé, ni au droit public. Ce caractère hybride se retrouve aussi dans le privilège. Celui-ci peut être envisagé selon deux critères, l'un formel, l'autre matériel. D'une part le privilège est une « loi » privée : son caractère législatif implique qu'il s'agisse d'un acte émanant de l'autorité ayant le pouvoir d'édicter la loi. On peut dire que par sa source, le privilège d'impression, constitue une loi du roi. D'autre part, le *privilegium* désigne également un droit singulier constitué en faveur d'une certaine personne. Tout en rappelant qu'il est constitué et qu'il trouve sa source dans la volonté du souverain, ce second sens fait apparaître le privilège sous un angle davantage matériel, c'est-à-dire d'après les caractéristiques, le contenu et les effets de la prérogative dont se trouve investi son bénéficiaire. Cette seconde approche, nous explique le professeur Pfister, a souvent été utilisée pour définir le privilège d'impression comme un droit exclusif d'exploiter une œuvre littéraire. Ainsi, le privilège d'impression peut être entendu simultanément comme une loi du roi et un droit singulier concédé à une personne⁴⁸³.

97. Le monopole et la notion du droit subjectif. Autrement dit, quand les « justifications » sont centrées sur l'intérêt public au développement économique et culturel et les conséquences positives qu'il apporte pour le bien être commun, le *droit d'auteur* ne se

⁴⁸⁰ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t. I, pp. 41 et s.

⁴⁸¹ L. Pfister, *th. préc.* pp. 204-205.

⁴⁸² *Ibidem*.

⁴⁸³ *Ibid.*, pp. 48-49 et p. 205.

présente plus comme un droit subjectif⁴⁸⁴, que le législateur ne fait que reconnaître, mais comme un monopole octroyé par l'Etat⁴⁸⁵, ou plutôt par le marché, le grand seigneur⁴⁸⁶, en fonction des bénéfices qu'il entend en tirer, comme un outil économique⁴⁸⁷. En fait, on fonde le caractère absolu du droit subjectif sur l'absence présumée de toute relation entre ce droit et l'Etat. Le droit subjectif n'a pas besoin de l'Etat pour exister. Le droit subjectif est directement attaché à l'individu, sans la médiation de l'Etat. Rousseau par exemple lie la propriété à l'individu en dehors de l'Etat : chacun est obligé de respecter la propriété d'autrui du fait du contrat social⁴⁸⁸. Or, Bentham est contre le contrat social. Ses arguments sont liés aux fondements de son alternative de fondation rationnelle de la politique. Selon sa doctrine utilitariste, L'homme est un *homo oeconomicus*, donc il n'est pas un être raisonnable, alors il ne peut pas être investi d'un droit subjectif⁴⁸⁹, et surtout, il n'en est pas la source⁴⁹⁰. Or, « S'il n'y a plus de droits subjectifs, il n'y a plus de droits en aucun sens »⁴⁹¹. Puisque selon Ripert : « La négation du droit subjectif, ce peut être seulement un amusement de l'esprit pour un juriste qui dans les jeux de la technique se plaît à reconstruire une théorie du droit. Mais qui peut assurer ce juriste que sa construction technique ne sera pas prise par d'autres pour une négation du respect de la personnalité, pour une destruction de situations acquises par l'hérédité ou le travail ? Les jeux de la pensée ne sont pas toujours des jeux innocents »⁴⁹². A juste titre, d'autant que le régime nazi, lui-aussi, niait le droit subjectif : « Considéré sous cet

⁴⁸⁴ V. Tribunal de la Seine le 6 déc. 1933 : « la propriété littéraire et artistique dérive du droit naturel », *RCDIP*, 1934, p. 421, note J.-P. Niboyet.

⁴⁸⁵ L. Pfister, *art. préc.*, p. 151 : « Toujours est-il que la théorie contractuelle constitue aussi une théorie positiviste du droit d'auteur. Ses partisans estiment que l'équilibre entre l'intérêt du public et celui de l'auteur ou de ses ayants droits ne saurait reposer sur la propriété mais nécessite l'intervention du législateur. C'est donc au législateur qu'ils reconnaissent le pouvoir d'instituer les droits d'exploitation mais aussi d'en établir les conditions de jouissance et d'exercice. » ; V. cpdt A. Zollinger, *op. cit.*, n° 172 et s., p. 77 : « Les différences observées entre [le copyright] et le droit d'auteur ne s'expliqueraient alors pas par une question de philosophie de droit (jusnaturalisme ou juspositivisme), mais par une divergence d'opinion sur ce qui est juste et essentiel. Il semble en effet qu'une autre analyse de la création artistique a été retenue comme fondement du copyright. Ici, l'œuvre prend sa valeur, non pas en raison de son origine, le créateur, mais de sa destination, le public. ».

⁴⁸⁶ P. Drahos, *A philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, 1996, p. 119: "Intellectual property rights are rights which are created for and exist within market contexts. In such contexts they have a dangerous inner logic."

⁴⁸⁷ P. Drahos, *op. cit.*, pp. 212-213 "The instrumental attitude to property also draws on economic approach to law. It endorses an approach that calculates the social costs of intellectual property protection." ; D. Ladd, *op. cit.*, p. 3: "copyright should extend no further than what is financially indispensable to motivate creation and publication."; Ch. Geiger, *op. cit.*, n° 26, p. 27.

⁴⁸⁸ A. Abello, *op. cit.*, p. 350, note 50.

⁴⁸⁹ M. El Shakankiri, *op. cit.*, p. 381.

⁴⁹⁰ Ce qui explique, en partie, l'épuisement du droit de divulgation, V. infra, Ch. II, section, I.

⁴⁹¹ R. Saleille, cité par L. Husson, *Droits de l'homme et droits subjectifs*, APD, 1981, p. 345.

⁴⁹² Cité par L. Husson, *op. cit.*, p. 346.

angle, l'individu a d'abord des devoirs envers la collectivité, envers le peuple, et ensuite seulement des droits. »⁴⁹³.

98. La thèse contractuelle. Une conception semblable se trouve chez Renouard que la doctrine utilitariste met souvent en lumière⁴⁹⁴. Ce distingué juriste, sans mentionner franchement l'existence d'un contrat se formant dès la publication entre l'auteur et la société⁴⁹⁵, réclame au profit des auteurs la reconnaissance d'un monopole temporaire d'exploitation qui récompenserait les services que leurs œuvres rendent à la société⁴⁹⁶. Pourtant, plusieurs différences entre les deux visions doivent être signalées. D'abord, Renouard était fidèle à la conception individualiste de Kant⁴⁹⁷ en affirmant que le droit d'auteur n'est pas une faveur accordée par le législateur mais une véritable obligation légale incombant au public de respecter l'œuvre de l'auteur⁴⁹⁸. Autrement dit, c'est la société qui est redevable aux artistes et non l'inverse⁴⁹⁹. Ensuite, l'exploitant, selon cette conception, n'est qu'un simple intermédiaire « transparent » entre l'auteur et son public et non pas un propriétaire originaire comme le soutient la doctrine utilitariste⁵⁰⁰. Dans le système kantien, le

⁴⁹³ H. De Boor, *Lettre d'Allemagne, Le Droit d'Auteur*, 1934, p. 115 : qui affirme fièrement que : « Ces idées ne sont pas neuves. C'est d'elles que procédait le droit allemand du moyen âge [...] ». » !

⁴⁹⁴ V. le rapprochement entre les deux théories S. Dusolier, *op. cit.*, n° 390, p. 310 : « Pour cet auteur important [Renouard], le droit d'auteur est un monopole : l'auteur rend un service à la société par l'apport de ses œuvres, apport qui doit être rémunéré par la société sous la forme de l'octroi d'un droit d'une durée limitée. [...] Cette thèse se rapproche de la vision utilitariste anglo-saxonne et on a pu lui reprocher, à juste titre, de ne pas véritablement trancher la question de la nature juridique du droit, mais uniquement celle de sa justification. »

⁴⁹⁵ C'est Marillot qui justifiait le monopole de l'auteur par « un contrat innomé, *do ut des, do ut facias*, qui, au moment de la publication, intervient entre l'auteur et la société, l'auteur publiant volontairement son œuvre et recevant en retour du service qu'il rend le droit exclusif d'exploiter l'œuvre pendant un certain temps et d'une certaine manière. La société paye le service qu'elle reçoit, en consentant une aliénation temporaire et partielle de sa liberté. A ce contrat, chacun trouve son compte [...] », *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles et aux brevets d'invention, dans l'Empire d'Allemagne*, Paris, 1878, p. 127 cité par B. Edelman, *Nature du droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 27, p. 6.

⁴⁹⁶ A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, t. I, Paris, 1838, *spéc.* pp. 432 et s., pp. 460 et s. ;

⁴⁹⁷ L. Pfister, *th. préc.*, p. 529 ; M. Xifaras, *La propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 352 ; A. Ch. Renouard, *op. cit.*, t. I, pp. 439-440 : « Je n'en adopte ni tous les développements, ni toutes les conséquences ; et je conviens que, se proposant surtout de fonder et de définir le droit des éditeurs, [Kant] n'a pas explicitement résolu la question qui nous occupe. Mais, du moins, il a posé en principe qu'un livre n'est qu'un usage des forces et des facultés de l'auteur, qu'un instrument à l'aide duquel il adresse la parole au public. »

⁴⁹⁸ A.-Ch. Renouard, *op. cit.*, t. 1^{er} p. 460 : « Récompensez les auteurs ; payez-leur la dette sociale. [...] ; en dotant l'humanité d'une nouvelle combinaison de pensées, il a fait bien plus encore ; il a grossi le trésor commun des idées qui sans être propre à tels individus déterminés, est le vaste réservoir dans lequel tous pourront puiser, et qui ne fera que s'accroître par cela même que l'on y puisera davantage. »

⁴⁹⁹ M. Xifaras, *La propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p.397 : « Il faut donc non seulement que les auteurs doivent être rémunérés parce qu'ils travaillent, mais qu'ils doivent de surcroît être reconnus et honorés comme contributeurs aux progrès des Lumières publiques en proportion de leurs talents. »

⁵⁰⁰ Renouard n'était pas un partisan de la théorie utilitariste ; dans son traité on trouve « Non-seulement je crois au droit de propriété ; mais je suis de ceux qui pensent que son établissement repose sur un droit nécessaire et naturel. Je dirai pourquoi je n'accepte pas l'opinion qui réduirait la propriété à n'être qu'une simple création du droit civil, née de conventions variables, établies par des lois positives en vue de la plus grande utilité sociale.

droit d'auteur constitue un élément du domaine personnel de l'auteur. Or, malgré ces différences entre les deux conceptions, il s'agit toujours d'une idée unique : celle de mettre en lumière l'obligation incombant au public et dont le monopole d'exploitation n'est que le produit⁵⁰¹. En effet, d'après les deux théories, la protection du droit d'auteur ne commence que le jour où le législateur impose à tous l'obligation de respecter le monopole⁵⁰². C'est donc au législateur qu'ils reconnaissent le pouvoir d'instituer le monopole d'exploitation mais aussi d'en établir les conditions de jouissance et d'exercice⁵⁰³. En fait, la théorie de Kant se montre assez conservatrice dans son attitude : elle ne parle pas de propriété incorporelle, elle crée un droit *sui generis*. En fait, ce trait caractérise le système kantien et l'oppose à la propriété romaine ou moderne dans laquelle *le droit réel est un pouvoir sur les choses, indépendant de toute obligation*⁵⁰⁴.

99. Une théorie conservatrice. Kant n'était pas un révolutionnaire. Son système était en fait un compromis devant l'autorité féodale. Son système ressemble beaucoup aux arrêts du Conseil du Roi en France de 1777 et 1778 qui accordent aux créateurs et à leurs héritiers la propriété perpétuelle des privilèges qui leur sont concédés⁵⁰⁵. Si les droits d'exploitation

Pour les partisans assez nombreux de cette dernière opinion, si la propriété est légitime, c'est parce qu'elle est utile ; car suivant eux, l'utilité est la racine de tout droit : une loi positive a créée la propriété ; une autre convention pourrait la détruire et la remplacer par une combinaison nouvelle. », *op. cit.*, p. 443.

⁵⁰¹ A.-M. El-Tanamli, *Du droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire et artistique*, th. Paris, 1943, n^{os} 15-16, pp. 19-20 ; Il est important de remarquer que Renouard dans un autre ouvrage admet que sa théorie connaît des contradictions, et ensuite préfère la dénomination anglo-saxonne le *copyright* à la propriété littéraire et artistique : « J'ai dit depuis longtemps et je persiste à croire, malgré les nombreuses contradictions que j'ai éprouvées, qu'il serait prudent et vrai de bannir la décevante expression de propriété littéraire, et d'adopter, avec les Anglais et les Allemands, l'exacte dénomination de *droit de copie*. » ; A. Ch. Renouard, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil : sur les personnes et sur les choses*, Paris, 1860, p. 343. (*Souligné par l'auteur*).

⁵⁰² A.-M. El-Tanamli, *Ibid.* ; V. les critiques du M. le Professeur L. Pfister, *Controverses sur la nature du droit d'auteur...*, *op. cit.*, pp. 151 et s.

⁵⁰³ L. Pfister, *ibid.*

⁵⁰⁴ V. F. Rigaux, *La vie privée une liberté parmi d'autres ?* Trav. Fac. Droit Namur t. 17, Bruxelles 1992, éd. Larcier, n^o 111, p. 115 : « Quand [...] Kant qualifie de 'personnel' le droit de l'auteur d'un écrit, en le distinguant du droit de propriété exercé par l'acquéreur du livre, [...] il n'entend certes pas se référer à la distinction traditionnelle chez les romanistes entre le droit réel et le droit de créance ou obligation personnelle. Il annonce plutôt le caractère insuffisant de cette division des droits dont un sujet est titulaire, sans qu'on puisse lui attribuer l'affirmation d'une catégorie nouvelle, les droits de la personnalité. », cité par A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité. Etude de droit comparé français et allemand*, t. I, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n^o 28, p. 42.

⁵⁰⁵ Il faut savoir que ces arrêts « maintenaient l'autorisation préalable, c'est-à-dire la censure, ce qui est le fondement même de l'arbitraire et comme la règle universelle du privilège. Ensuite ils laissaient à l'auteur la liberté d'exploiter le privilège qu'il demandait pour son propre compte ou de le vendre à un libraire. Dans le premier cas seulement, le privilège était héréditaire, sous la condition de n'être jamais cédé à un tiers. Dans le second, il était réduit à une durée de dix ans. Il est évident que cette dernière supposition était la seule qui put se réaliser et qu'elle contenait toute la législation nouvelle. Cette législation avait donc pour effet de limiter à dix ans le privilège qu'elle consacrait, car il n'est pas facile à un écrivain ou à ses descendants de se faire industriels

constituent donc des biens entrant dans le patrimoine de l'auteur et de ses successeurs, l'autorité royale les soumet toutefois à un régime particulier. Leur transfert à un éditeur en modifie la nature : le cessionnaire ne peut jamais en être propriétaire mais jouit seulement d'une grâce temporaire. De plus, afin de conserver aux auteurs et à leurs héritiers la jouissance de leurs biens, la législation royale soumettait les contrats d'édition aux règles du contrat de mandat⁵⁰⁶. Ainsi, nous adhérons à l'opinion du professeur Pfister selon laquelle au regard « de l'ensemble de la théorie contractuelle⁵⁰⁷, il semble plus que hasardeux d'affirmer qu'elle garantit pour le mieux à l'auteur la maîtrise juridique de son œuvre. »⁵⁰⁸. En effet, le monopole accordé à l'auteur est sensiblement relativisé par sa subordination à l'utilité sociale⁵⁰⁹. Ainsi, la concession de ce monopole par le souverain législateur équivaut-elle à l'exécution par la société de son obligation de rémunérer l'auteur-travailleur. Source du droit exclusif, la loi apparaît également comme l'arbitre des intérêts privé et public, et représente le moyen pour lutter contre l'absolutisme et « l'égoïsme » d'un propriétaire de l'œuvre⁵¹⁰. Pour la doctrine libérale, ce système a pour résultat de placer le créateur dans une situation de dépendance et d'incertitude à l'égard de la société et du souverain⁵¹¹. De même, El Tanamli rajoute que : « [...], le fondement conventionnel de la théorie s'oppose au caractère absolu du droit d'auteur, de telle sorte que la règle *res inter alios acta* se heurterait à l'indétermination des effets que le contrat chimérique entre l'auteur et la société doit produire à l'égard du public. Quant à ne voir dans l'obligation du public de respecter le droit d'auteur qu'un simple devoir négatif, cela n'apporte aucune contribution à la théorie puisqu'un tel devoir peut exister en l'absence de toute obligation. »⁵¹². Pour l'éminent spécialiste : « Les termes monopole ou privilège d'exploitation ont très souvent servi à mentionner la nature particulière du droit d'auteur ou à marquer l'opposition à l'idée ancienne de la propriété littéraire et artistique ; ils ont perdu, dans le langage jurisprudentiel, tout leur sens originaire et

et marchands, pour vendre eux-mêmes les ouvrages qui représentent leur patrimoine et sur lesquels se fonde leurs espérances. », A. Frank, *Philosophie du Droit civil*, Paris, 1886, p. 226.

⁵⁰⁶ L. Pfister, *th. préc.*, pp. 901-902 ; V. M. Xifaras, *op. cit.*, pp. 407-408.

⁵⁰⁷ Selon cette théorie, la société a initialement mis le domaine des idées à la disposition du créateur. En exerçant son activité, le créateur a développé le patrimoine commun, et en publiant son œuvre, il rend au public ce qu'il a puisé mais sous une forme enrichie. En échange, l'auteur a donc droit à une rémunération. Ce droit s'inscrit dans le contrat qui le lie à la société, il s'agit d'un droit de créance, qui prend la forme d'un droit exclusif d'exploitation. V. L. Pfister, *th. préc.* II^{ème} Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ V. A.-M. El Tanamli, *op. cit.*, n° 16, pp. 20-21.

⁵¹⁰ L. Pfister, *th. préc.*, pp. 593-594 qui rajoute : « Cet aspect de la thèse s'inscrit dans le cadre plus général des contestations de la propriété au XIX^e siècle et notamment au moment de la Révolution de 1848. »

⁵¹¹ *Op.cit.*, p. 611.

⁵¹² *Ibid.* ; Dans le même sens G. Michaélidès-Nouaros, *op. cit.*, p. 16 : « Au point de vue juridique le fondement de la doctrine kantienne n'est pas satisfaisant ; il est difficile de concevoir juridiquement que d'un contrat passé entre deux parties puissent dériver des droits au profit de personnes indéterminées, d'un nombre illimité. » .

n'indiquent en rien le succès de la théorie dont ils constituent, scientifiquement parlant, le signalement caractéristique. »⁵¹³. En fait, quand on accorde un « monopole » pour l'auteur, dicté par l'intérêt public, l'auteur en réalité ne reçoit qu'un salaire, ce salaire est en fait, une partie de ce qui lui appartient⁵¹⁴.

⁵¹³ *Ibid.* ; L. Pfister, *Controverse sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, op. cit., p. 163 : « Foncièrement attaché au libéralisme et à la valeur jusnaturaliste du droit d'auteur, Laboulaye, Gastambide et bien d'autres critiquent violemment l'assimilation des droits d'exploitation à des privilèges concédés par le législateur au nom du public. »

⁵¹⁴ V. Ph. Gaudrat, *Le créateur et l'investisseur*, op. cit., à la p. 119 : « Le créateur sort du champ de la propriété intellectuelle – comme aux premiers temps des privilèges – et sa rétribution ne dépend plus que du contrat conclu avec l'exploitant dans les termes du commun (contrat de travail, contrat de prestation de service...). Les circonstances de cette conclusion introduisent de notables différences dans la capacité à faire valoir ses intérêts. On conviendra qu'exclure le créateur du bénéfice d'une propriété de la création a de quoi surprendre. » ; et à la p. 121 : « La construction devient, dans ce cas, un outil universel d'exploitation des *hommes* et non des *œuvres*. » (Souligné par l'auteur.)

Section 2) La thèse individualiste : l'intérêt général comme finalité du droit d'auteur

100. Le droit d'auteur et les Lumières. Nous avons montré auparavant que l'individualisme est la doctrine qui considère l'individu comme la valeur suprême et comme source et fin de tous droits. L'individualisme, en effet, veut être un principe de satisfaction privée, de sorte que l'intérêt privé, l'indépendance individuelle, la culture de soi n'apparaissent pas comme une régression, mais comme un progrès de la vie en commun. Ainsi l'originalité de chaque personnalité individuelle est, en effet, un facteur de progrès social. L'intérêt de la société est donc de favoriser le développement de la personnalité, de chaque individu. Les individualistes du XVIII^{ème} siècle pensent que la société doit laisser l'individu développer sa personnalité, donc lui garantir les libertés nécessaires pour cela, et qu'il doit même, le cas échéant, aider à ce développement des individualités⁵¹⁵. Il n'est donc pas innocent que le droit d'auteur soit apparu à l'époque des Lumières dans laquelle l'auteur occupe une place nouvelle : l'émancipation de la pensée et de l'écriture à l'égard de l'*auctoritas* des Anciens installe au cœur de la modernité la notion d'auteur-génie, libre car il use de sa *raison* de façon critique⁵¹⁶. Cet usage critique de la raison établit également un certain ordre politique, qui s'est organisé autour de la distinction entre *sphère publique* et *sphère privée*. C'est un des principes essentiels du mouvement des Lumières, qui place au rang des premières libertés celle consistant à faire un usage de sa *raison*. A partir de ce moment c'est l'être raisonnable libre lui-même qui impose les règles.

101. Le rôle de la société et de l'Etat. Le droit d'auteur représente selon les individualistes un droit de propriété ressortant de l'exercice libre de la personnalité, assez

⁵¹⁵ N. Martin Hübner, *Les influences philosophiques sur la doctrine du droit d'auteur en Allemagne et en France. Kant, Fichte, Hegel et Schopenhauer*, th. Montpellier I, 2005, n° 150, p. 152 : « Le siècle des Lumières est l'arrière-plan qui catalyse la libre diffusion d'idées, qui est au centre du développement d'une culture de liberté. Le droit à la liberté a son impact sur le développement des droits personnels, sur l'épanouissement individuel. Chez Kant cet épanouissement tient une place universaliste dans la société, le progrès social et culturel est garanti par le développement personnel des individus dans la société. ».

⁵¹⁶ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 274, p. 215-216; V. à la p. 222 : « C'est l'apparition de ce public croissant, autonome et critique – et donc d'un marché –, qui pousse de nombreux défenseurs du droit d'auteur à réclamer l'abolition des privilèges des libraires et l'institution d'une protection des créateurs, libérés du bon vouloir du souverain, tant pour la création que pour la diffusion de leur œuvre, mais désormais soumis au seul goût du public. » ; V. N. Martin Hübner, *op. cit.*, n° 182, pp. 206-207 : « [...] Hegel se montre critique envers le positivisme de la Restauration, et ainsi également envers l'existence des privilèges, une forme de contrôle par l'Etat sur la publication. ».

proche de la théorie de John Locke. La société doit donc, dans cette conception, adopter un régime qui permette à l'individu un développement complet de sa personnalité, puisque celui-ci est avantageux pour lui et la société elle-même⁵¹⁷. Cette idée est affirmée par Locke : le législateur ne doit pas porter atteintes aux droits individuels ; la société et l'Etat sont constitués pour la protection des droits individuels ; cette protection est la raison d'être des lois, donc le but auquel elles doivent tendre.

102. L'acte créatif. Selon Desbois, la conception individualiste anime la loi toute entière et singulièrement les dispositions fondamentales, d'ordre général, tel l'article 1^{er} qui précise que l'auteur jouit d'un droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous, du seul fait de sa création. Pour l'éminent spécialiste, cette locution a une plus ample signification : elle souligne qu'aucune condition autre que le fait de la création n'est mise à la protection des droits d'auteur. L'origine, à la fois théorique et concrète de la protection, est l'acte *créatif*.⁵¹⁸ Ce principe, annoncé par ledit article, marque la différence avec le *copyright* américain qui subordonnait la protection du *Statutory copyright* à la publication. Dans cette perspective authentiquement libérale, l'acte créatif, principe et fondement de la construction, détermine la nature des objets protégés. Enfin, cette condition, lorsqu'elle existe, est nécessairement le reflet d'une personnalité : c'est-à-dire l'élaboration d'une œuvre empreinte d'originalité. Le principe général du droit, qui place la personne humaine au dessus de tout, commande impérativement que l'œuvre de l'esprit reçoive un statut individualiste. L'épanouissement absolu de la personne de l'auteur s'exprime dans une perception subjective des œuvres de l'esprit.

103. Plan. Ainsi, l'intérêt général⁵¹⁹ nous dicte les contours du concept de l'œuvre de l'esprit, il doit s'agir d'une création (§1.) originale (§2.) qui est l'empreinte de la personnalité de l'auteur : le principe général de l'individualisme qui place la personne humaine au dessus de tout, commande impérativement que l'œuvre de l'esprit reçoive un statut humaniste⁵²⁰.

⁵¹⁷ N. Martin Hübner, *op. cit.*, n° 182 : « Mais le bien-être de la société semble devenir quelque chose de sous-entendu, de secondaire, face à l'idée que chacun puisse s'épanouir en liberté ».

⁵¹⁸ Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 9, p. 4.

⁵¹⁹ V. L. Pfister, *Controverse sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, *op. cit.*, pp. 176-177 : « Jules Simon lors des débats parlementaires de 1866 propose de protéger l'intime appartenance de l'œuvre à son auteur, au delà même de sa mort. Il faut défendre ce que Jules Simon tient pour l'intérêt supérieur à tous les autres, 'l'intérêt de la conscience' créatrice, contre des héritiers qui pourraient abuser de leur droit de propriété en portant atteinte à l'intégrité de l'ouvrage. »

⁵²⁰ J. Cedras, *L'œuvre collective*, th., Paris II, 1978, p. 90.

§1. Une création...

104. La création ne peut être qu'une forme. Pour qu'une œuvre soit protégée, elle doit être le fruit d'une création. Il faut entendre par là « un travail intellectuel débouchant sur la production d'un objet littéraire ou artistique, singulier dans sa forme »⁵²¹. Ce ne sont pas les idées véhiculées, ni les informations communiquées qui sont protégées, mais leur présentation, leur articulation, leur mise en forme⁵²². Cet élément est fondamental. En tant que forme d'expression, la création protégée se distingue à la fois des idées et de la technique.

105. L'exclusion des idées selon la doctrine individualiste. Les idées sont en effet « de libre parcours ». Nul ne peut se les approprier. Le premier à exprimer une idée ne peut empêcher sa reprise par un tiers ni prétendre exercer sur elle une quelconque exclusivité. En fait, le principe d'exclusion des idées est affirmé avec force dans la doctrine individualiste. A l'inverse du *Copyright Act* des Etats-Unis⁵²³, la lettre du CPI, n'exclut pas expressément les idées du champ d'application du droit d'auteur. Or ce silence comme l'enseigne Desbois ne doit pas être interprété « comme une reconnaissance tacite de la faculté, pour un auteur, de s'approprier ses idées »⁵²⁴. Pour la doctrine classique dans son ensemble, les idées sont bel et bien exclues de l'objet de la protection du droit d'auteur. Tout en accentuant l'individualisme du droit d'auteur, la théorie individualiste du droit d'auteur insiste à montrer que celui-ci ne constitue pas un monopole ayant pour objet principal les idées. Par exemple selon Hegel celui qui apprend un texte et le comprend peut le reproduire, en se servant de ses mots propres⁵²⁵. Les idées sont et doivent rester communes à tous. Ainsi, lors des débats de 1866 devant le

⁵²¹ M. Muller, *op. cit.*, II, p. 20.

⁵²² V. Ph. Gaudrat, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Mélanges André Françon*, Dalloz, 1995, p. 195, à la p. 203-204.

⁵²³ *Copyright Act*, 19 Oct. 1976, section 102 (b): "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, [...] regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such works."

⁵²⁴ H. Desbois, *Propriété littéraire et artistique*, Rép. civ. Dalloz, 1974, n° 13, p. 4, cité par F. Sardain, *op. cit.*, n° 112, p. 111.

⁵²⁵ G. W. F. Hegel, *Principe de la philosophie du droit*, trad. J.-F. Kervégan, PUF, 1998, § 69; p. 176 ; V. N. Martin Hübnér, *op. cit.*, p. 177 ; V. L. Pfister, *L'œuvre, une forme originale*, *op. cit.*, p. 253 : « La propriété du texte 'n'empêche pas d'en composer à l'infini sur le même objet', c'est-à-dire le même sujet ou thème, comme le souligne Diderot. Si le thème n'est pas l'objet de la propriété intellectuelle, a fortiori ne l'est-il pas du privilège, qui protège le même objet et a la même étendue que la propriété. Par conséquent, revendiquer la perpétuité des droits exclusifs strictement limités à la manière n'entrave nullement la liberté de création littéraire ou la liberté du commerce et de l'industrie. ».

Corps législatif, l'avocat et député libéral Marie précise que : « lorsqu'on revendique la propriété intellectuelle, on ne revendique que la forme », car « c'est cette forme dans son individualité qui fait que l'auteur est propriétaire et seul propriétaire de la forme dont il a su revêtir des idées qui appartiennent à tous ». Autrement dit, tandis que les idées demeurent à l'usage de tous, seule la forme peut être privativement réservée au créateur parce qu'elle seule est susceptible de porter l'empreinte de la personnalité du créateur⁵²⁶.

106. L'unicité de la création. A cet égard M. Rideau souligne que l'inventeur, même le plus ingénieux, a certes le droit d'obtenir une récompense provisoire pour sa « découverte », mais d'autres inventeurs auraient été potentiellement capables du même résultat. On récompense donc, par le monopole, le travail nécessaire du premier « découvreur », gage d'émulation rationalisée, afin d'encourager le travail des futurs nouveaux « découvreurs ». C'est une approche en harmonie avec la logique du privilège comme droit d'exception, puisque le droit de l'inventeur implique la protection monopolistique de quelque chose de libre, à portée de tous, comme l'idée⁵²⁷. En revanche, le droit de l'auteur sur son œuvre ne viole pas le droit naturel de personne dans la mesure où la forme elle-même de l'œuvre, la manière dont elle est exprimée, est unique, singulièrement liée à son auteur⁵²⁸. Si Beethoven n'était venu au monde, la *Symphonie pastorale* serait demeurée à jamais ensevelie dans ce que les chinois appellent le Palais de Nulle-Part. Si Shakespeare n'avait vu le jour, nous n'eussions pas entendu les adieux de Roméo au balcon de Juliette. Sans l'heureux hasard qui fit naître Goethe de l'union d'un conseiller impérial et de la fille d'un bourgmestre de Francfort, nous ignorerions à jamais la scène de la prison entre Faust et Marguerite⁵²⁹. Tandis qu'on a peine à croire que si Watt n'avait jamais vécu, les perfectionnements apportés à la machine à vapeur auraient échappé longtemps à la pénétration d'autres techniciens⁵³⁰.

⁵²⁶ L. Pfister, *th. préc.*, pp. 548-549 : « Cette précision a le mérite de mettre en lumière la condition d'acquisition des droits exclusifs, à savoir l'originalité ».

⁵²⁷ F. Rideau, *op. cit.*, p. 331.

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ M. Bedel, *Problème humains du droit d'auteur*, Science et Lettre, Liège, Sirey, Paris (aucune date d'édition ne figure sur l'exemplaire.), p. 10.

⁵³⁰ Frost, *Law and practice relating to lettres patents*, Londres, 1906, II, Ch. 3, cité par P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, 1952, n° 12, p. 53 ; Dans le même sens V. Ph. Gaudrat, *Le créateur et l'investisseur*, *op. cit.*, p. 131 : « on ne remplace pas Matisse par Kandinsky, ni Woody Allen par François Truffaut. La raison est que l'acte créatif ne se réduit pas à mettre une énergie humaine plus au moins qualifiée à la disposition d'un tiers. » ; En jurisprudence V. T. I. Nîmes, 26 janv. 1971, *JCP* 1971, II, 16767, note M.A. ; Douai 20 nov. 1973, *RIDA*, janv. 1974, LXXIX, p. 76 et dans une certaine mesure : Cass. civ. 5 mars 1968, *RIDA* janv. 1969, LIX, p. 172.

107. La structure de la forme créative. Si ces productions intellectuelles ne sont pas des créations⁵³¹, ce n'est pas parce qu'elles n'ont pas de formes, ni parce qu'elle n'exprime rien, parce que l'invention a bien une forme, elle exprime quelque chose ; mais ce qu'elle « exprime » n'est que des caractéristique utiles de la réalité objective, non une personnalité⁵³². Elle est fonctionnelle en ceci qu'elle est entièrement dédiée à une fonction d'asservissement du réel aux besoins de l'homme⁵³³. En plus, et comme nous enseigne M. le Professeur Gaudrat, la forme de l'œuvre de l'esprit est constituée – *a minima* – de l'emboîtement de plusieurs formes de natures différentes⁵³⁴. Sans même parler du support matériel, la forme de l'œuvre comporte au moins, selon cette distinction, d'origine germanique, deux niveaux : la forme interne (*innere Form*) et la forme externe (*äussere Form*)⁵³⁵. S'il n'y a pas de forme interne, il n'y a pas de création, car on est en présence d'une forme de la nature. En tant que forme mentale, cette forme interne ne vit que dans l'esprit de l'homme : dans l'esprit de l'auteur, d'abord, qui l'y infuse ; dans l'esprit de l'amateur, ensuite, qui l'y recherche⁵³⁶. Tributaire de deux personnes pour se manifester, elle ne se développe pleinement que dans la

⁵³¹ Contra Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 3^{ème} éd. 2007, p. 70 : « Il existe des monopoles d'exploitation, liés à une création intellectuelle : la propriété littéraire et artistique, les logiciels, l'image d'un bien, les brevets d'invention et les dessins industriels. ».

⁵³² On peut dire que le texte du CPI (art. L. 611-10) va dans ce sens en affirmant que « [...] 2. Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article notamment :

b) Les créations esthétiques ; » (*Souligné par nous*).

⁵³³ Ph. Gaudrat, *op. cit.*, p. 214.

⁵³⁴ *Ibid.*, pp. 196-197 : « Il faut se rendre à l'évidence: une œuvre de l'esprit, même envisagée sous son seul aspect incorporel, n'est pas un objet simple. Elle ne comporte pas *une forme unique* mais *plusieurs niveaux de formes* qui s'élaborent les uns par rapport aux autres. ». Dans le même sens De Boor *Urheberrecht und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1917 p. 83 (cité par I Cherpillod, *op. cit.* p. 42), qui considère qu'il n'existe pas une forme externe et une forme interne, mais « une série de formes qui s'échelonnent »

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 198 et pp. 200 et s. ; V. I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 26 : « Pour Kohler, le premier stade de la représentation est réalisé par la manière dont l'artiste construit son œuvre idéalement, dans son esprit. Il s'agit du fondement idéal de l'œuvre, d'une abstraction qui ne dépend d'aucune forme d'expression ; à ce point, le travail de concrétisation n'a pas encore commencé. Cette représentation idéale, Kohler la nomme *imaginäres Bild* [en anglais mind-picture] ; elle constitue l'étape essentielle de la représentation. C'est le moment où l'artiste imagine ce que sera son œuvre. L'*imaginäres Bild* ne se confond pas avec la représentation concrète, ni avec le sujet de la représentation lui-même. Dans une œuvre poétique, *imaginäres Bild* serait formé d'un noyau d'impressions qui résulte de la manière dont chaque poète ressent, évoque et visualise des sensations dans l'imaginaire. [...] Une fois que l'artiste maîtrise cette représentation idéale, il va l'esquisser en lui donnant une forme empruntée au langage littéraire, artistique ou musical. L'écrivain, par exemple, devra regrouper ses idées, leur donner un ordre, leur imprimer un rythme, en bref déterminer l'ossature de son œuvre. Cette ossature, Kohler l'appelle 'la forme interne' (*innere Form*) Cette forme se rencontre aussi dans les beaux-arts. L'artiste peintre, par exemple, a également une manière propre de disséquer la représentation imaginaire grâce à une esquisse qui vient préciser l'inspiration première. En matière musicale Kohler admet aussi l'existence d'une forme interne. Il accorde cependant à ce concept une importance particulière dans les œuvres littéraires : la forme interne, protégée, n'est pas modifiée par une traduction ; c'est pourquoi cette dernière exige l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originale. Après que la représentation imaginaire a été forgée dans l'esprit de l'artiste grâce à cette première mise en forme, l'œuvre recevra son 'habit extérieur', sa concrétisation finale. De l'imaginaire, puis d'une ébauche, elle parvient à l'achèvement par la 'forme externe' (*äussere Form*). Au fur et à mesure de la création, l'auteur a ajouté des traits de détail pour compléter son travail, pour le faire correspondre à l'idéal incertain qu'*imaginäres Bild*. La définition de la forme externe ne présente aucune difficulté : il s'agit de la forme directement perceptible que revêt l'œuvre ; dans une œuvre littéraire, ce sera le choix et l'ordre des termes par exemple ».

⁵³⁶ *Ibid.*

communication de l'œuvre, d'où le fait que tous les actes d'exploitation du droit d'auteur se définissent par rapport à la communication de l'œuvre⁵³⁷. Ainsi, lorsque l'amateur prend connaissance de l'œuvre par un processus symétrique de la réalisation à laquelle s'est livré l'auteur, il conçoit dans son esprit une forme mentale à l'aide de ses propres références culturelles ou personnelles⁵³⁸. En fait même l'invention, qui est une forme façonnée par l'esprit de l'homme, est dotée d'une forme interne, mais toute forme interne n'est pas exploitée en qualité de forme intelligible⁵³⁹. Il n'est pas nécessaire, en fait, de comprendre ni de reconstituer dans son esprit la forme mentale de l'invention pour utiliser un médicament ou une turbine brevetés⁵⁴⁰. En revanche, l'intérêt de l'amateur est d'accéder à la forme intelligible de l'œuvre. Ceci s'explique par le fait que l'acte final sur une invention est un acte d'utilisation portant sur la forme externe alors que, dans le cas d'une œuvre, il est un acte de raisonnement portant sur la forme interne. Ceci oppose d'un côté le consommateur, un *homo oeconomicus*, être rationnel non raisonnable, à l'amateur, être raisonnable. Cet amateur voit les scènes, sent les odeurs, entend parler les personnages ; il s'investit dans leur devenir parce qu'il se projette dans la représentation que l'auteur a donnée de sa propre raison⁵⁴¹.

108. Le rôle de la création dans la construction de l'espace public. Et puisqu'il est essentiel que l'auteur puisse faire un usage public de sa raison, pour reprendre les termes de Kant, notamment en livrant ses écrits au public qui peut alors en discuter et en faire critique, pour construire ainsi *l'espace public littéraire*, il est donc essentiel que la loi protège cet exercice de l'écriture. Le mérite de Kant est de lier cet *usage public de la raison* à la nécessité de reconnaître le droit particulier des auteurs, dont l'exploitant n'est qu'un mandataire, et à l'illégitimité de la contrefaçon des livres. Pour le philosophe, l'œuvre est un discours de l'auteur au public. Voilà comment il raisonne : « Un livre est un écrit [...] représentant un discours que quelqu'un adresse au public au moyen de signes visibles du langage »⁵⁴². Devant une telle logique, on comprend mieux pourquoi Kant réduit ce droit de l'auteur seulement à la production littéraire, et qu'il ne l'applique pas aux œuvres d'art, car celles-ci selon lui ne sont pas porteuses d'idées⁵⁴³. Pour lui, il n'y a que les œuvres littéraires qui sont capables de construire un public, formé des personnes privées qui discutent ce qu'elles ont lu et en font

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 206 et p. 208 : « La forme de l'œuvre littéraire [par exemple] est une forme qui se reconstitue dans l'esprit du lecteur à partir du véhicule du langage. C'est une forme intelligible. ».

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² Cite par G. Michaélidès-Nouaros, *op. cit.*, pp. 15 et s.

⁵⁴³ N. Martin Hübner, *th. préc.*, p. 157.

bénéficier le développement de la *Raison*⁵⁴⁴. Mais ce raisonnement invite à rebours, à approfondir la structure des œuvres artistique et aussi musicale. Selon M. le Professeur Gaudrat, il serait naïf de croire que la forme intelligible soit l'apanage de la seule œuvre littéraire⁵⁴⁵. Ce que l'on apprécie dans le tableau, ce n'est pas réellement une juxtaposition de couleurs, d'empâtement de la transparence, c'est ce qu'exprime cette juxtaposition : la forme intelligible que l'on y décèle. M. Gaudrat nous donne l'exemple d'un jeune enfant qui n'apprécie pas une œuvre picturale ou musicale parce qu'il s'en tient rigoureusement à la seule forme sensible⁵⁴⁶ : c'est pour lui un élément quelconque de son univers sensoriel, élément qui ne se distingue pas des autres couleurs et sons qui l'environnent ; il ne sait pas *identifier* l'œuvre car il ne sait pas reconstituer la forme intelligible à partir des stimuli sensoriels qui l'atteignent ; il lui manque encore, tant la faculté de se dissocier de ces perceptions que l'acquisition de ces références ou de ce code que l'on appelle la culture⁵⁴⁷.

§2. ...originale

109. L'inspiration hégélienne. Nous avons vu que la doctrine utilitariste soutient que la notion de l'originalité, apparue tardivement en jurisprudence, ne serait qu'une théorisation personnelle de Desbois⁵⁴⁸. Certes, comme l'explique M. le Professeur Gaudrat, Desbois avait le mérite de donner un tour systématique et explicatif à la conception, mais il est « plus

⁵⁴⁴ V. J. Habermas, *op.cit.*, p. 51, qui nous explique que les peintures étaient considérées comme un travail artisanal et il a fallu attendre jusqu'à 1747 « pour voir paraître les célèbres réflexions de La Font qui, pour la première fois, formula le principe suivant : 'Une peinture exposée est un livre qui voit le jour grâce à l'impression, une pièce de théâtre jouée sur la scène – tout le monde a le droit de porter jugement sur elle'. Les musées ont institutionnalisé, comme les concerts et les théâtres, le jugement du profane sur l'art : la discussion devient le moyen de l'assimiler. Les innombrables pamphlets qui faisaient de la théorie esthétique dominante l'objet de leurs critiques ou de leur apologie se rattachaient aux propos échangés dans les Salons qui, de leur côté, les accueillirent : la critique d'art devient conversation. ».

⁵⁴⁵ Ph. Gaudrat, *ibid.* ; V. G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. Par J.-F. Kervégan, PUF, 2003, § 68 : « Dans le cas des œuvres d'art, la forme qui met en images les pensées dans un matériau extérieur est, en tant que chose, à ce point le propre de l'individu qui la produit que leur reproduction est essentiellement le produit du talent spirituel et technique propre ».

⁵⁴⁶ *Ibid.* ; V. G. W. F. Hegel, *Cours d'esthétique*, I, trad. de J.-P. Lefebvre et V. von Schenck, Aubier, pp. 395-396.

⁵⁴⁷ V. G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, *op. cit.*, § 20 : « La réflexion qui est en relation avec les impulsions, en [se] les représentant, en les évaluant, en les comparant [d'abord] entre elles et ensuite avec leurs moyens, conséquences, etc., et en les comparant avec un tout de satisfaction – la *félicité* –, apporte l'*universalité formelle* en ce matériau et, de cette manière extérieure, le purifie de sa grossièreté et de sa barbarie. Ce jaillissement de l'universalité de la pensée est la valeur absolue de la *culture*. »

⁵⁴⁸ Par ex. O. Laligant, *op. cit.*, p. 63.

qu'infondé de soutenir que cette conception soit apparue 'tardivement' et sous sa plume »⁵⁴⁹. En effet, cette notion n'est formulée et élevée au rang de valeur esthétique qu'au XVIII^{ème} siècle, qui marque le triomphe de l'idéologie individualiste⁵⁵⁰. Son émergence dans le discours juridique des Lumières a été précédée d'une transformation du régime royal de l'édition tendant à la reconnaissance du sujet « auteur »⁵⁵¹. A cette époque se répand en France le concept formulé par Locke de propriété de la personne. Ce concept est l'une des manifestations majeures de l'individualisme juridique et du libéralisme politique ; il exercera une influence déterminante sur les penseurs du Siècle des Lumières, sur les rédacteurs des Déclarations des Droits de l'Homme. Le philosophe anglais confère à la propriété un sens suffisamment large pour l'étendre à la personne⁵⁵². Sont ainsi des propriétés, au sens d'objets d'un droit exclusif, non seulement les biens corporels et incorporels mais aussi la vie, la liberté et surtout la personne⁵⁵³. Dans la théorie de Locke, la personne représente précisément la première propriété de l'homme, antérieure à toute appropriation des choses communes et sur laquelle l'homme jouit d'un droit originaire et naturel. Ce qui le conduit à écrire que l'homme « en tant que maître de lui-même et propriétaire de sa propre personne est le grand fondement de la propriété. »⁵⁵⁴. Certes, les développements de Locke sur la notion de propriété personnelle revêtent une importance capitale dans l'énonciation du concept de propriété intellectuelle et dans l'élaboration du droit d'auteur (l'homme ne tant que propriété de soi-même est capable d'acquérir une propriété externe), mais ces développements ne suffisent pas à disposer d'une finalité individualiste du droit d'auteur. Si Locke ne semble pas faire de différence entre le labour d'un champ de maïs et le labour d'un auteur⁵⁵⁵, la

⁵⁴⁹ Ph. Gaudrat, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 100, p. 18.

⁵⁵⁰ V. S. Strömholm, op. cit., t. I, p. 105: « la suprématie du génie créateur et la reconnaissance de l'apport indélébile de l'individualité dans l'œuvre d'art sont des principes définitivement acquis dans l'esthétique allemande vers la fin du XVIII^e siècle. »

⁵⁵¹ L. Pfister, *L'œuvre, une forme originale*, op. cit., p. 246.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 249.

⁵⁵³ J. Locke, *Two Treatises of Government*, London, Cambridge University Press, 1967, p. 24 : « [...] every Man has the property in his own Person: thus no Body has any Right to but himself. The labor of his Body and the Work of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labor with, and joined to it something that his own, and thereby makes it his Property. It being by him removed from the common state Nature placed in, it hath by this labor something annexed to it that excludes the common right of other Men. For this Labor being the unquestionable Property of the Laborer, no Man but he can have a right to what is once joined to, at least where is enough, and as good left in common for others. »; V. A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright divergence et convergences*, op. cit., pp. 185-187, qui rappelle que Sieyès, qui déposa le premier projet postérieur à la Révolution en matière de propriété littéraire, s'inspira des idées de Locke. Sieyès écrit : « La propriété de sa personne est le premier des droits. De ce droit primitif découle la propriété des actions et celle du travail ; [...] » (cité par A. Strowel, *Ibid.*, p. 186)

⁵⁵⁴ Cité par L. Pfister, *ibid.*

⁵⁵⁵ V. P. Drahos, op. cit., p. 47 : « When he wrote on property, Locke probably did not have intellectual property in mind. It was the ownership of physical rather than abstract objects that occupied his attention. In any case, as

conception individualiste (civiliste) à l'origine du droit d'auteur est mû par une perception spécifique aux œuvres de l'esprit. Du moins après la Révolution. Car en 1777, lors des débats au parlement français, le président Lefèvre-d'Ormesson invoqua deux justifications pour reconnaître un droit des *libraires* : « [...] le privilège en librairie est une grâce fondée en justice, qui est la récompense du travail de l'auteur, ou l'indemnité des frais du libraire. »⁵⁵⁶ La protection des « frais du libraire » ressemble à s'y méprendre au *Statute of Anne*. En ce qui concerne la « grâce fondée en justice », il s'agit vraisemblablement d'un droit naturel fondé sur le travail de l'auteur. Il ne semble donc pas exagéré de voir une certaine symétrie entre les droits britannique et français au XVIII^{ème} siècle⁵⁵⁷. Mais en France, le paradigme travailliste tombe rapidement après la Révolution au profit d'une approche fondée sur le lien entre l'auteur et l'œuvre. Le fondement de la loi du 19-24 juillet 1793 est clair : l'auteur a un droit sur son œuvre indépendamment du travail fourni ou de la « valeur ajoutée »⁵⁵⁸. En réalité, justifier la propriété par le travail condamne la propriété dans le régime capitaliste actuel, car la propriété des moyens de production n'appartient pas aux travailleurs. En fait, c'est Hegel qui complète les développements de Locke en mettant l'accent sur la liberté. Il part d'une approche différente de ses prédécesseurs. Son objectif est d'insérer la propriété intellectuelle dans son système de propriété pour la rendre encore plus incontestable. Ce sont les termes de liberté et d'exercice d'une volonté libre qui conditionne le système des droits de la propriété.

110. La volonté libre de l'auteur. Hegel a certainement été impressionné par le mouvement des Lumières en France. En tant qu'étudiant, ses déclarations concernant la Révolution française montrent la fascination pour ce mouvement et particulièrement sur l'introduction des libertés personnelles et politiques. Sa philosophie est imprégnée par la Révolution française ; on dit même qu'il n'y a pas « d'autre philosophie plus révolutionnaire que celle de Hegel »⁵⁵⁹. Ce sont les idées des Lumières qui ont contribué au déclenchement de la Révolution surtout l'idée d'une liberté absolue de l'homme. L'idée centrale pour Hegel est

we have briefly tried to show, his writing on property was part of a wider philosophical agenda on the nature of government.”

⁵⁵⁶ Procès-verbal de ce qui s'est passé au Parlement touchant les six arrêts du Conseil du 30 août 1777 concernant la librairie, avec les comptes rendus à leur sujet, reproduit dans Laboulaye et G. Guiffroy, *La propriété littéraire au XVIII^e siècle*, Paris, Hachette, 1859, cité par D. Gervais, *Essai sur le fractionnement du droit d'auteur, Deuxième partie : originalité, créativité et réalignement du droit d'auteur*, *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 2003, Vol. 16, n° 2, p. 363, à la p. 384.

⁵⁵⁷ F. Rideau, op. cit., pp. 385 et s.

⁵⁵⁸ C. Bougeard, *Les racines du droit d'auteur*, in *Le droit d'auteur aujourd'hui* (sous la dir. d'Isabelle de Lamberterie), Paris, éd. CNRS, 1991, p. 10.

⁵⁵⁹ J. Ritter, *Hegel und die französische Revolution*, in: *Metaphysik und Politik*, Frankfurt, 2003, p. 192, cité par N. Martin Hübner, *th. préc.* p. 204, note 571.

l'épanouissement d'une identité de l'homme en tant qu'homme libre. Celui-ci doit s'exprimer librement, sans contrainte. Pour Hegel, c'est la *raison* humaine elle-même qui impose les règles par un exercice de la volonté libre. La nature est dépourvue d'une volonté libre, celle-ci suit des règles rationnelles. Ces règles rationnelles ne sont pas soumises à une volonté libre humaine. L'originalité telle qu'elle est définie par Hegel, est, d'abord, de l'expression d'une volonté libre humaine⁵⁶⁰. En ceci nous reconnaissons aussi l'individualisme de la production intellectuelle : elle représente l'absolu du subjectif. C'est ici que l'artiste extériorise le raisonnable en lui-même en tant qu'œuvre la plus propre à lui-même, où le réel de l'art s'exprime⁵⁶¹. La création de formes dignes de protection du droit d'auteur ne peut s'effectuer, en effet, en suivant une méthode ou en reproduisant une technique préalablement donnée. Au contraire, un raisonnement scientifique ne perd pas son caractère scientifique, même si un autre que son inventeur le reproduit⁵⁶². Une fois que la création littéraire ou artistique est réalisée, elle est personnalisée, en ce sens qu'une seconde création des mêmes formes ne sera jamais empreinte d'une personnalité. En matière scientifique, jamais la création n'a été personnalisée, comme le dit Mounier : « La présence du sujet personnel a, dès l'origine, été expulsée de ce canevas de relations géométriques et intelligibles. »⁵⁶³. Il est particulièrement intéressant de relever l'opposition entre la nécessité et l'originalité. La première exclut la seconde. Par voie de conséquence, ce n'est qu'en exprimant sa liberté et en échappant de ce fait à la nécessité, que l'auteur exprime sa subjectivité et marque sa création d'un caractère original⁵⁶⁴. Ce qui est à la base de l'œuvre d'art ou de l'œuvre littéraire, c'est donc une imprévisibilité irréductible. On exprime parfois cette condition d'imprévisibilité en parlant d'originalité de l'œuvre de l'esprit. Il suffit donc que l'œuvre soit originale – critère subjectif – pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. La protection offerte par les systèmes individualistes n'est pas subordonnée au critère objectif de la nouveauté. Comme l'explique M. le Professeur André Lucas, l'œuvre n'a pas à être nouvelle dans le sens objectif mais seulement à être individualisée. La nouveauté s'apprécie par l'absence objective d'antériorités, l'originalité par rapport à la personnalité de l'auteur. En matière de propriété littéraire, c'est comme l'a noté un auteur : « la personnalité de l'auteur qui est considérée

⁵⁶⁰ N. Martin Hübner, *op. cit.*, n°170, p. 186; V. B. Edelman, *Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique (esquisse d'une théorie du sujet)*, D. 1970, *doctr.*, p. 197 : « La liberté paraît être de l'essence de la création, entendue comme libre production de la personne humaine. »

⁵⁶¹ *Ibid.*, n° 174, p. 190.

⁵⁶² J. Cedras, *L'œuvre collective*, th. Paris II, 1978, p. 91.

⁵⁶³ E. Mounier, *Le personnalisme*, PUF, Que sais-je, 2001, p. 27.

⁵⁶⁴ L. Pfister, *th. préc.*, p. 571; V. cpdt M. Guérin, *Qu'est qu'une oeuvre? Actes Sud*, 1986, p. 29 : « Voici l'essence de l'oeuvre : une nécessité voulue. »

comme génératrice du droit »⁵⁶⁵. Cette distinction terminologique est parfois remise en question en jurisprudence et en doctrine mais elle reste fondamentale et elle montre combien les finalités de la propriété industrielle et de la propriété littéraire et artistique sont divergentes⁵⁶⁶.

111. L’empreinte de la personnalité. Or, dire qu’un auteur doit échapper aux contraintes techniques pour que son œuvre soit protégeable revient à exiger que la forme soit séparable de la fonction recherchée. En fait, si la forme est dictée, dans tous ses éléments, par la fonction, par la nécessité, il va de soi que la personne qui l’a conçue n’a jamais pu laisser s’exprimer sa personnalité. Les contraintes techniques lui ont imposé une forme ; l’application du droit d’auteur s’en trouve logiquement exclue. Il est donc tout à fait pertinent d’affirmer que si la personne qui a élaboré la définition de termes techniques s’est trouvée contrainte d’utiliser des « concepts objectifs ayant un sens précis et déterminé »⁵⁶⁷, ce qui la privait de toute liberté, elle n’a pas pu donner naissance à une œuvre originale⁵⁶⁸. La possibilité d’effectuer un choix, d’exercer son libre arbitre est donc une condition *sine qua non* de l’originalité. En ce sens, on peut donc dire qu’une forme ne peut être protégée par le droit d’auteur que si elle est séparable de sa fonction. Mais c’est une chose de dire que ce caractère détachable de la forme par rapport à la fonction est une condition de protection et c’en est une autre de dire que l’originalité de l’œuvre découle du libre arbitre de l’auteur, comme le soutient une partie de la doctrine ainsi qu’une partie de la jurisprudence⁵⁶⁹ qui considère qu’une œuvre serait protégeable dès que son auteur a su s’émanciper des contraintes techniques⁵⁷⁰. Dans ce cas, on écarte toute référence à l’empreinte de la personnalité de l’auteur et on doit considérer que la forme est originale dès qu’elle dépend de la seule volonté du créateur. Or, selon Hegel « c’est là une mauvaise originalité »⁵⁷¹. Pour ce grand esprit « l’originalité n’a rien de commun avec l’arbitraire et la subjectivité de simples trouvailles, d’idées quelconques qui passent par la tête. »⁵⁷² Les œuvres d’art qui disposent d’originalité ne peuvent pas être des produits

⁵⁶⁵ Boutet, n° spécial sur la loi de 1957, *RIDA*, avril, 1958, p. 19.

⁵⁶⁶ A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975, n°s 67 et s., pp. 61-62.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ C. Bernault, *La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction*, *D.* 2003, p. 957, à la p. 958, note 11.

⁵⁶⁹ Cass.1^{ère} ch. civ., 28 mars 1995, *RIDA*, oct., 1995, p. 327 : « la protection assurée par la première partie du code de la propriété intellectuelle n’est exclue que dans la mesure où la forme de l’objet est dictée par sa fonction. »

⁵⁷⁰ V. par ex. A. Lucas & P. Sirinelli, *L’originalité en droit d’auteur*, *JCP*, I, 3681, 1993, pp. 255-256.

⁵⁷¹ *Cours d’esthétique*, *op. cit.*, p. 338.

⁵⁷² *Ibid.*

dépourvus d'esprit⁵⁷³. « La véritable œuvre d'art doit donc être affranchie de cette fausse originalité, car elle révèle son originalité par le fait qu'elle est la création propre d'un esprit qui ne glane pas les éléments de son œuvre au dehors, pour ensuite les réunir n'importe comment, mais produit d'une seule coulée, pour ainsi dire, et dans un seul ton un ensemble dont les éléments ont réalisé leur union, leur fusion intime dans les profondeurs de son moi créateur. »⁵⁷⁴ C'est ainsi que si l'originalité de l'art « dévore toute particularité contingente, elle ne l'engloutit qu'afin de permettre à l'artiste de suivre entièrement le trait et l'élan de son inspiration de génie, exclusivement empli de la chose, et exposer non point le vide de son arbitraire, mais son véritable Soi-même dans sa chose accomplie selon la vérité. »⁵⁷⁵.

112. La bipolarité de l'originalité. Ainsi, l'originalité est le résultat de l'exercice libre de l'esprit individuel, voire le moment où l'idée de l'individu se réalise, où l'idée devient effective. Néanmoins l'élément caractéristique de la création de l'œuvre, selon Hegel, est le moment où celle-ci est reçue par le public. Car « l'œuvre d'art n'existe pas pour elle-même, mais pour un public qui la contemple et en jouit. En exécutant un drame, par exemple, les acteurs ne parlent pas seulement entre eux, mais aussi pour nous, et doivent être compris dans les deux cas. Et c'est ainsi que l'œuvre entretient un dialogue avec celui qui se trouve devant elle. »⁵⁷⁶ Or, pour réaliser ce dialogue, Hegel nous explique que l'œuvre doit être un produit de l'esprit ; ce qui exige une activité subjective créatrice. En façonnant la forme, l'auteur en fait un objet d'intuition pour les autres et fait appel à leur sensibilité. Ainsi, l'originalité dans la théorie esthétique de Hegel est « bipolaire »⁵⁷⁷. En ce qui concerne la création, elle dépend d'éléments de caractéristiques particulières, de facultés naturelles, du fait d'une créativité extraordinaire. A quoi s'ajoute le moment de la réception de l'œuvre⁵⁷⁸, donc la participation d'un public, qui s'épanouit avec l'auteur. « L'œuvre d'art parle alors aussi à notre vraie subjectivité et devient notre propriété »⁵⁷⁹. Une telle originalité pour Hegel est « l'expression des intérêts les plus élevés de l'esprit et de la volonté, de ce qui est humain et puissant en soi,

⁵⁷³ N. Martin Hübner, *th. préc.*, n°175, p. 194.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 341.

⁵⁷⁵ Hegel, *Cours d'esthétique*, I, trad. de J.-P. Lefevre, et V. von Schenck, Aubier, Paris, 1995, p. 396.

⁵⁷⁶ *Ibid.*; V. Fichte, *Elément métaphysique de la doctrine du droit*, 1797, qui défend l'idée selon laquelle « l'auteur, dans un livre, parle à son lecteur; et celui qui l'imprime parle, par cet exemplaire, non pas en son propre nom, mais au nom de l'auteur [...] Il n'est que le médiateur pour la transmission du discours au public ». Kant quant à lui précise la nature de ce droit de l'auteur : « il ne s'agit pas d'un droit sur une chose, à savoir l'exemplaire [...], mais d'un droit inné, inhérent à sa propre personne, à savoir d'empêcher qu'un autre le fasse parler au public sans son autorisation. » cités par A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 27, p. 41.

⁵⁷⁷ N. Martin Hübner, *op. cit.*, n° 176, pp. 196-197.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ Hegel, *Cours d'esthétique*, *op. cit.*, 1995, p. 370.

des vraies profondeurs de l'âme ; il faut que ce contenu soit perceptible dans toutes les formes extérieures de la représentation, que son ton fondamental résonne à travers tous les rouages de l'œuvre. C'est là l'essentiel et c'est de cela qu'il s'agit avant tout. »⁵⁸⁰. Lorsqu'on examine la finalité individualiste du droit d'auteur, on s'aperçoit qu'il répond à un double besoin : sauvegarder le lien spirituel qui existe entre l'auteur et son œuvre en permettant à ce dernier notamment de disposer d'un droit moral d'une part et d'autre part, d'associer l'amateur à l'œuvre de l'esprit, en ce que, issue de la raison de l'auteur, la création s'adresse à la raison de l'amateur.

113. L'originalité et la propriété personnelle. Dès lors que l'œuvre répond à la nouvelle valeur esthétique qu'est l'originalité, elle est l'expression de la personne du créateur, personne qui est parallèlement conçue comme la propriété originaire de celui-ci. L'œuvre de l'esprit n'est donc nullement présentée comme le résultat d'une imitation. Elle ne trouve pas sa source ailleurs que dans ce qui fait la personne de son créateur⁵⁸¹. L'originalité selon Hegel est « ce qu'a de propre de l'esprit »⁵⁸². Dès lors que l'œuvre est originale, elle a son origine dans la personne et constitue une propriété de l'auteur⁵⁸³. Le processus croissant d'individualisation se manifeste notamment par la place accordée à la personne, présentée comme le fondement de l'œuvre et des droits. La convergence des valeurs esthétique et juridique offre un cadre théorique propice pour reconnaître à l'individu créateur la qualité conjointe de sujet unique de l'œuvre et sujet de droit⁵⁸⁴. C'est donc sur la conjonction des concepts d'originalité et de propriété personnelle que repose le raisonnement individualiste⁵⁸⁵. Aussi, dès lors qu'une œuvre est originale, elle relève de la sphère de la personne et devrait y rester attachée. Renforçant l'appartenance de l'œuvre à son auteur, « la théorie jusnaturaliste de la propriété de l'œuvre intellectuelle constitue un véritable plaidoyer en faveur de l'originalité, comme en témoignent les propos de l'avocat et député Marie lors des débats parlementaires de 1866. Le créateur y est présenté comme la source de l'œuvre et celle-ci comme la *re-présentation* du créateur : 'L'inspiration, cette spontanéité merveilleuse et puissante de l'esprit, la méditation [...], l'enchaînement des idées, la couleur, le style, l'art, la science, *tout est dans l'homme, tout part de l'homme, tout est lui, et dans l'œuvre qu'il a mise au monde, il y a lui, rien que*

⁵⁸⁰ *Op. cit.*, p. 313.

⁵⁸¹ L. Pfister, *L'œuvre, une forme originale*, *op. cit.*, pp. 250-251.

⁵⁸² G. W. F. Hegel, *Principe de la philosophie du droit*, *op. cit.*, §68, p. 174.

⁵⁸³ V. Ph. Gaudrat, *Le créateur et l'investisseur*, *op. cit.* : p. 123 : « Attribuée au créateur personne physique, la propriété intellectuelle est la plus légitime de toutes les propriétés : elle ne prive personne puisque le titulaire apporte à la collectivité ce qu'il se réserve. »

⁵⁸⁴ L. Pfister, *L'œuvre, une forme originale*, *op. cit.*, p. 248.

⁵⁸⁵ L. Pfister, *ibidem*.

lui : *c'est la personnalité vivante, éclatante, c'est l'homme qui s'appartient*'. Ces propos établissent, on ne peut mieux, le lien entre propriété personnelle et originalité. »⁵⁸⁶

114. L'explication individualiste des limites et des exceptions en propriété littéraire et artistique. La conception individualiste de l'intérêt général met en évidence le fait qu'il n'y a pas de différence entre l'intérêt de l'auteur et celui de l'amateur⁵⁸⁷. Leurs intérêts ne peuvent pas être antagonistes. Le premier utilise sa raison, empreinte de sa personnalité dans sa création, le second dialogue avec l'œuvre de l'esprit en utilisant sa raison. Ainsi, se construit, d'abord, une *sphère privée* de l'auteur, puisque, dès lors que son œuvre est originale, elle relève de la *sphère privée* de sa personne. Le droit d'auteur est alors une affirmation du moi créateur, un acte de libre disposition de sa propre personnalité⁵⁸⁸. Corrélativement, l'amateur, dans sa *sphère privée*, ne se contente pas de dialoguer avec l'œuvre ; il en discute aussi dans le cercle de sa famille, pour ensuite discuter de cette œuvre dans les cafés, les salons, les forums d'internet et les revues critiques, en tant qu'auteur, pour ainsi construire *la sphère publique littéraire*. Tout cela, dans la marge des limites et des exceptions en droit d'auteur que le CPI impose. C'est la formation d'un *espace public* qui doit être un lieu de discussion et d'échange entre les individus. L'activité intellectuelle est conçue comme 'l'usage public de la raison', pour reprendre la formule d'Emmanuel Kant.

⁵⁸⁶ L. Pfister, *op. cit.*, p. 259. (Souligné par l'auteur).

⁵⁸⁷ V. F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination*, *op. cit.*, n° 96, p. 103 : « Il y a une hiérarchie des intérêts à protéger, au sommet laquelle se situent la personnalité de l'auteur, le respect de l'activité créatrice et de l'œuvre en elle-même. Les intérêts collectifs ne viennent qu'en suite. Cela ne veut pas dire que le droit d'auteur n'intéresse pas la collectivité. Mais c'est en protégeant la personnalité de l'auteur et son activité créatrice, que le droit satisfait les intérêts culturels de la société. Car ses intérêts consistent à favoriser l'éclosion des artistes et de leurs œuvres. » et à la p. 107 : « L'intérêt général se réalise de deux façons : du vivant de l'auteur et pendant un certain temps après sa mort, en protégeant de la manière la plus étendue possible le créateur ; ensuite en donnant libre accès à l'œuvre tombée dans le domaine public tout en maintenant le droit moral. »

⁵⁸⁸ J. Cedras, *op. cit.*, p. 95.

Titre II : Les sources du droit de l'auteur

115. Sur l'expression « Sources du droit ». Le deuxième aspect de l'individualisme juridique consiste à assigner au droit subjectif une origine individuelle ou sociale⁵⁸⁹. On sait que deux philosophies s'opposent en ce qui concerne les relations entre le droit et l'Etat. L'approche *iusnaturaliste*, soutient l'existence d'un droit naturel extérieur et supérieur à l'Etat. Le législateur étatique a l'obligation de dévoiler et consacrer les normes du droit naturel. Selon l'approche *iuspositiviste*, le droit est une création de l'Etat. Le prince, ou la loi, définit souverainement le droit, qui n'est autre chose que l'ensemble des lois et autres normes rendues obligatoires par le souverain dont le pouvoir législatif n'est limité par aucune norme extérieure⁵⁹⁰.

116. L'approche *iusnaturaliste* du droit de la propriété. Nous avons vu précédemment que l'individualisme est la situation où se trouve l'individu après la disparition des institutions féodales. En effet, dans la société féodale chaque individu se trouvait encadré par une hiérarchie sociale et juridique. L'individu était soutenu, protégé, aidé, en particulier par son suzerain, qui était tenu envers lui d'un véritable devoir de protection. L'individu qui se libère de son suzerain se trouve solitaire, sans protection. Il a besoin des autres individus pour construire une société. C'est donc, par un pacte social, ou plus précisément par un Contrat social librement consenti, que l'individu se lie à la société. Ce Contrat social qui fonde la société est fait par l'individu, pour l'individu. L'individu devient ainsi le centre de tout. Or, le point central dans le système individualiste est que l'individu en se liant à la société par le Contrat social ne s'est pas lié désarmé de tout droit ; au contraire, il s'est lié en imposant à la société ses droits, et plus précisément son droit de propriété. C'est lui la source de ses droits, et non pas la société qui les lui a accordés. Autrement dit, l'Etat est là pour reconnaître le droit subjectif et non pour l'accorder à l'individu. Le droit de propriété ne peut pas être constitué par la loi, qui peut et doit seulement reconnaître et garantir la propriété justement acquise et circonscrite dans ses justes limites. A ce titre, on peut citer Portalis qui dans l'exposé des motifs du Code civil affirme ce principe en disant : « Le principe de ce droit [de propriété] est en nous ; il n'est pas le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive. Il est dans la

⁵⁸⁹ M. Waline, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁹⁰ V. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd. LGDG, V^o *Droits subjectifs*, p. 210.

constitution même de nôtre être et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent. »⁵⁹¹

117. L'approche *iuspositiviste* (non-volontariste) du droit de propriété. Bentham trouve la source de la propriété dans la loi. Exposons son propos : « Pour mieux faire sentir le bienfait de la loi, cherchons à nous faire une idée nette de la propriété. Nous verrons qu'il n'y a point de propriété naturelle, qu'elle est uniquement l'ouvrage de la loi. La propriété n'est qu'une base d'attente de retirer certains avantages de la chose qu'on dit posséder en conséquence des rapports où l'on est déjà placé vis-à-vis d'elle. Il n'y a point de peinture point de traits visibles qui puissent exprimer ce rapport qui constitue la propriété ; c'est qu'il n'est pas matériel, mais métaphysique ; il appartient tout entier à la conception [...] L'idée de la propriété consiste dans une attente établie, dans la persuasion de pouvoir retirer tel ou tel avantage, selon la nature du cas. Or, cette persuasion, cette attente, ne peut être que l'ouvrage de la loi. Je ne puis compter sur la jouissance de ce que je regarde comme mien, que sur les promesses de la loi qui me la garantit. [...] La propriété et la loi sont nées ensemble et mourront ensemble. Avant les lois, point de propriété ; ôtez les lois toutes propriété cesse. »⁵⁹². Selon cette doctrine, c'est la loi civile qui est la source de la propriété. Et par *loi* ils entendent la déclaration d'un pouvoir politique investi de la fonction législative. Le droit de propriété dépend uniquement de la volonté du législateur.

118. Un débat présent en matière de droit d'auteur. Le droit d'auteur est au cœur de ce débat entre Créon, tenant du droit positif, et Antigone, championne du droit naturel⁵⁹³. Un auteur américain souligne la distance séparant une approche *iuspositiviste* d'une conception *iusnaturaliste*, tout en opposant le régime français au régime américain : « alors que dans notre système, c'est la loi qui crée les droits, dans le système français, ce n'est pas le droit qui donne naissance à ces droits, car, par la simple création de l'œuvre, le droit d'auteur est né dans la personne de l'auteur. »⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Cité par H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie de droit*, t. II, Leipzig, 1892, p. 133.

⁵⁹² Traité de législation, t. II, p. 33, Cité par H. Ahrens, *Cours du droit naturel, Philosophie de droit*, Leipzig, t. II, 1892, pp. 131 et s.

⁵⁹³ A. Kerever, *Le droit d'auteur : acquis et conditions du développement de la culture juridique européenne, Le droit d'Auteur*, 1990, avril, p. 138, à la p. 141.

⁵⁹⁴ R. Monta, *The Concept of « Copyright » versus the « Droit d'auteur »*, *Southerne California L. Rev.*, 1959, vol. 32, p. 178. (Cité par A. Strowel, *op. cit.*, n° 108, p. 138.)

119. La formalité, terrain traditionnel du débat. Pour souligner la nature *iusnaturaliste* du droit d'auteur français, la doctrine évoque souvent la question du « fait générateur », ce qui renvoi directement à la place du formalisme en ce domaine. Ainsi, l'absence de formalité constitutive de droit est communément présentée comme caractéristique d'un système *iusnaturaliste*. Le droit d'auteur, affirme-t-on, naît de la création. La protection est acquise à la seule condition que l'œuvre reflète la personnalité de l'auteur. Aucun dépôt, ni enregistrement n'est requis pour jouir de ses droits. La place que le système du copyright accorde à la formalité est rattachée, selon la doctrine, à la nature *iuspositiviste* du copyright. La protection est accordée par l'Etat pour récompenser un service rendu à la société. L'exigence d'une formalité apparaît compatible avec l'idée d'un droit qui trouve sa source dans l'Etat. Cette analyse suggère un lien entre les formalités et le caractère *iuspositiviste*. Leur absence, dans un système qui fait dépendre la naissance du droit de la seule création, manifeste le caractère *iusnaturaliste* de ce système⁵⁹⁵.

Cette vision doit être dépassée, parce qu'elle manque de précision⁵⁹⁶. D'abord, dans le système américain, système utilitariste par excellence, dès la création, l'auteur est titulaire d'un *common law copyright*. Après la première divulgation, ce *common law copyright* s'éclipse au profit d'un *statutory copyright* accordé par l'Etat comme moyen d'encourager l'activité littéraire et artistique et la diffusion des œuvres⁵⁹⁷. La loi de 1976 a annulé cette protection en deux phases pour une seule protection, celle du *statutory copyright*, et dès la création. Ensuite, si tous les pays continentaux admettent que le droit d'auteur naît du seul fait de la création de l'œuvre, tous les pays anglo-saxons n'exigent pas de formalités. Sur ce point, le professeur Strowel nous rappelle que le régime anglais depuis la loi de 1911, ne requiert plus ni enregistrement, ni mention⁵⁹⁸. Faut-il en plus rappeler qu'en France l'article 6 du décret des 19 et 24 juillet 1793 exigeait de l'auteur un dépôt de deux exemplaires à la bibliothèque nationale ou au cabinet des estampes de la République « faute de quoi celui-ci ne pouvait être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs. »⁵⁹⁹.

⁵⁹⁵ A. Strowel, *op. cit.*, p. 139 : « La suppression des formalités depuis l'adhésion à la Convention de Berne indique également que le droit américain adopte une perspective plus conforme à une vision continentale-*iusnaturaliste*. » V. J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits des lois*, Litec, 1990, n° 363 et s.

⁵⁹⁶ V. cpdt S. Carre, *th. préc.*, Partie I, Titre I, Chapitre II, Section 2.

⁵⁹⁷ A. Strowel, *op. cit.*, p. 540.

⁵⁹⁸ A. Strowel, *op. cit.*, n° 21, p. 28.

⁵⁹⁹ J. Raynard, *op. cit.*, n° 152, p. 136, note 523.

En fait, la question de la propriété de l'auteur sur son œuvre non divulguée n'a jamais été contestée par personne, ni dans l'histoire du droit d'auteur, ni en droit comparé. Les querelles ne vont s'éveiller qu'à l'occasion des œuvres divulguées⁶⁰⁰.

120. L'emprise du droit moral sur le droit patrimonial, le nouveau terrain du débat. C'est dans l'interaction respective de l'élément moral et de l'élément pécuniaire qu'il faudra désormais chercher le secret des sources du droit d'auteur.⁶⁰¹

121. La thèse *iusnaturaliste* (volontariste). La thèse *iusnaturaliste* appréhende l'œuvre non divulguée comme une partie intégrante de l'auteur, singulièrement de son esprit. Le droit moral affirme la nature subjective de l'œuvre. Instrument de défense de la personnalité, il est mis au service de la protection de l'œuvre, élément de la personne : « si l'auteur peut défendre sa personnalité à travers son œuvre, c'est parce qu'il s'y investit, et son investissement se marque dans l'originalité du produit »⁶⁰². La conséquence directe de cette thèse est l'extra-patrimonialité de l'œuvre non-divulguée. Tant que l'auteur n'a pas décidé de se séparer de sa création, elle est soustraite à l'emprise de la sphère de la patrimonialité. Les attributs d'ordre patrimonial, conférés à l'auteur par l'article 1 de la loi du 11 mars 1957, constituent, jusque là, « de simples virtualités, qu'il dépendra à l'auteur d'introduire dans le monde des réalités par la voie de l'édition ou de l'exécution publique. »⁶⁰³. Tout dépend de la volonté de l'auteur (**Chapitre II**).

122. La thèse *iuspositiviste* (non volontariste). Si la conception subjective *iusnaturaliste* axe la protection sur la personnalité de l'auteur, la conception objective *iuspositiviste*, quant-à-elle, a pour but d'insérer l'œuvre dans le circuit économique le plus indépendamment possible de son auteur. Les tenants de la thèse utilitariste tiennent la divulgation pour une dépossession définitive de l'œuvre. Le principe est en effet celui de la liberté : toute information qui est divulguée est une chose libre. Or pour inciter les auteurs à produire et à divulguer, le législateur leur accorde un monopole, non sur l'œuvre mais sur les utilités économique de celle-ci⁶⁰⁴. Ainsi, le droit vient sceller l'opposition entre liberté intellectuelle

⁶⁰⁰ P. Recht, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁰¹ Escarra, Rault & Hepp, *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris, Grasset, 3^e éd., 1937, p. 31.

⁶⁰² Ph. Gaudrat, *La protection des logiciels*, art. préc. n° 20.

⁶⁰³ H. Desbois, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 387, p. 476.

⁶⁰⁴ V. M.-A. Frison-Roche, *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété*, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, étude offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 759 à la p. 761 : « Dès lors, une solution plus raisonnable, plus crédible, plus juste aussi sans doute pour celui qui a produit à grand coût

de l'information et réservation de son utilité économique, autorisant le passage de la première condition à la seconde, laquelle apparaissant comme un état d'exception, qui ne peut surgir que du respect des critères posés par la loi⁶⁰⁵. En conséquence, la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse d'un droit de brevet, d'un droit d'auteur ou de tout autre droit, doit être tenue pour une figure d'exception à la liberté du commerce et de l'industrie⁶⁰⁶. Source du droit exclusif, la loi apparaît également comme l'arbitre des intérêts privés et publics, et représente, aux yeux de ces juristes le moyen de lutter contre l'absolutisme de la propriété littéraire et artistique et l'égoïsme du l'auteur (**Chapitre I**).

l'information, est de reconnaître d'un côté un droit de propriété de l'information pour celui qui l'a produite, et d'un autre côté un droit des tiers d'accéder à l'information. Il faut alors poser que la légitimité du premier droit tient dans l'existence du second. »

⁶⁰⁵ A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 24, p. 11.

⁶⁰⁶ Ch. Caron, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 15, p. 12 : « Par définition le droit d'auteur est anticoncurrentiel. ».

Chapitre I : La thèse utilitariste attribuant une source non-volontariste au droit d'auteur

123. Présentation. Selon cette thèse, la divulgation est le don définitif de l'œuvre au public. La création se sépare de l'auteur pour vivre une existence autonome et affronter le public. Une fois que l'œuvre est divulguée, l'auteur ne dispose plus, *a priori*, d'aucun moyen d'exclure la consommation ou la jouissance libre de son œuvre. La conséquence économique de cette absence d'exclusivité est évidente : s'il est possible de jouir du bien gratuitement, les utilisateurs ou consommateurs qui payaient jusqu'ici le prix de l'accès au bien seront tentés de ne plus le payer. Les auteurs des œuvres ne vont plus les produire à un niveau socialement optimal, ne recevant pas un revenu suffisant pour rémunérer cette production. L'auteur, par sa création, procure un bénéfice à l'ensemble de la société, sans pouvoir s'en faire payer le coût. L'ampleur des coûts de création d'une œuvre fait face à des coûts de copie et de jouissance des œuvres très bas. Une défaillance du marché en résulte car, en l'absence d'une allocation claire de ces ressources intellectuelles, la quantité d'œuvres produites sera insuffisante, à défaut d'incitants adéquats favorisant cette production et, corrélativement, le public ne jouira pas d'un accès aux biens culturels. La maximisation de la richesse sociale, de ce point de vue, ne sera pas optimale. L'octroi des droits privatifs aux auteurs par l'Etat poursuit donc principalement une *fonction incitative* : la réservation juridique supplée à l'absence d'une réservation économique naturelle ; elle leur rend l'exclusivité que la nature immatérielle des œuvres leur ôte, afin de les inciter à produire ces œuvres de manière optimale.

124. Plan. Après avoir exposé cette doctrine utilitariste (**Section 1.**), nous tenterons une appréciation critique de celle-ci (**Section 2.**).

Section 1) L'exposé de la doctrine utilitariste

125.Plan. Une partie de la doctrine soutenait déjà la thèse selon laquelle la création est la source de droit pécuniaire (§1.). La doctrine utilitariste, prend cette thèse comme postulat et y rajoute que la divulgation serait un fait juridique transformant le droit de divulgation en un attribut, épuisable, incapable d'engendrer les droits patrimoniaux (§2.).

§1. La création « fait juridique », source des droits patrimoniaux

126. La qualification juridique de l'acte de création. Est-elle un acte juridique ou un fait juridique ? En fait, l'acte juridique est celui dans lequel la volonté de l'agent est dirigée vers l'effet de droit à produire. On peut dire alors qu'il y a un acte juridique toutes les fois que l'intention d'engendrer les effets de droit est indispensable, et nécessaire à la production de ces effets. Nous serons au contraire en présence d'un fait juridique lorsque les résultats produits interviendront sans qu'il soit nécessaire que le déclarant ait eu la volonté de les voir se réaliser⁶⁰⁷. L'exemple que nous donne De la Moutte est celui d'un propriétaire qui exerce matériellement son droit de propriété en construisant des bâtiments nouveaux et pouvant par là donner naissance à des effets de droit, obligations de voisinage, impôt, etc... Il peut, certes, avoir eu la volonté, précise, de voir la réalisation de ces conséquences ; mais il peut aussi bien ne pas les avoir voulues, ce qui n'empêchera pas cependant leur réalisation. Que les effets soient voulus ou non, peu importe. Car rien n'est changé à la situation qui résulte de l'opération qualifiée de « fait juridique »⁶⁰⁸. On peut faire le rapprochement entre cet exemple et l'acte de création. L'auteur qui a créé une œuvre de l'esprit est titulaire du droit moral sur son œuvre, même non achevée, qu'il l'ait voulu ou pas. Donc, la création ne peut être qu'un fait juridique : le droit moral naît automatiquement du fait de la création et indépendamment de la volonté de l'auteur. Ainsi, si on cherche à qualifier la création en acte ou en fait juridique, nous trouvons qu'il ne peut s'agir que d'un fait juridique volontaire. La raison est que la

⁶⁰⁷ J.-M. de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, Thèse, Université de Toulouse Faculté de droit, 1949, p. 145.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

création fait naître le droit moral indépendamment de la volonté de l'auteur. Or, si, comme l'affirme certains, la création est la source créatrice du droit patrimonial, cela veut dire que la source créatrice du droit ne réside plus, ici, dans la volonté de l'auteur individu, mais dans la loi.

127. La divulgation un attribut négatif. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine soutient que les attributs du « monopole » d'exploitation de l'œuvre existent tous dans le patrimoine de l'auteur, dès la création. Mazeaud critique la conception qui repose sur l'inexistence des droits patrimoniaux dans le patrimoine de l'auteur, tant que celui-ci n'a pas exercé son droit de divulgation. Il estime que cette conception repose sur une confusion entre l'existence de ces droits et l'exercice de ceux-ci⁶⁰⁹. Pour lui quand l'écrivain passe un contrat d'édition, et quand il publie son œuvre, il ne fait pas naître son droit pécuniaire, il l'exerce. Pour l'éminent spécialiste le droit de divulgation est un droit négatif de « non-divulgation ». Selon lui, la Cour d'Orléans dans l'affaire *Bonnard*, quand elle affirme que les modes d'exercice du droit de divulgation sont : « [la] vente, [la] mise en vente, [l']exposition en vue de la vente ou [les] reproductions à titre onéreux »⁶¹⁰ prête à confusion, puisqu'elle n'avait pas eu de peine à démontrer que la divulgation, ainsi entendue, est sans rapport avec le droit moral de l'artiste, et ne consiste que dans l'exercice d'un droit pécuniaire d'exploitation. Pour lui, le droit de divulgation ne consiste que dans la faculté, pour l'artiste, de garder secrète son œuvre, de la modifier, de l'achever et même de la supprimer⁶¹¹, c'est donc un droit de « non-divulgation ».

128. Du seul fait de sa création. M. Laligant, quant à lui, avance que la loi du 11 mars 1957, dans son esprit, confirme la thèse de l'existence des droits patrimoniaux avant la divulgation⁶¹². Selon lui, dès l'article 1^{er} de ladite loi⁶¹³, le législateur déclare que les droits patrimoniaux d'auteur naissent, comme les prérogatives d'ordre moral, au moment de la création de l'œuvre, puisqu'aux termes de cette disposition « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle ». Ensuite, l'article 7 de la même loi⁶¹⁴, quand il dispose que « l'œuvre est réputée créée,

⁶⁰⁹ H. Mazeaud, *Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence*, D. 1959, p. 133.

⁶¹⁰ CA. d'Orléans, le 18 Fév. 1959, D. 1959, jur. p. 441, note H. Desbois.

⁶¹¹ V. Cass. Civ. 4 déc. 1956, *op. cit.*; Dans le même sens, Charles Lyon-Caen distingue lui aussi entre le droit de publier droit pécuniaire, et le droit de ne pas publier droit moral. La notion de droit de divulgation est une notion purement négative, Ch. Lyon-Caen, note au S. 1902.1.305 sous l'arrêt *Lecocq*.

⁶¹² O. Laligant, *La divulgation des œuvres artistique littéraire et musicales en droit positif français*, LGDJ, 1983, n° 32, p. 88.

⁶¹³ L'article L. 111-1 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶¹⁴ L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle.

indépendamment de toute divulgation publique, ... » est la preuve pour M. Laligant que les attributs du monopole d'exploitation naissent à l'instant où la pensée de l'auteur s'est extériorisée⁶¹⁵. Pour lui, le fait que le législateur donne à l'auteur une action en justice pour protéger son droit pécuniaire avant la divulgation est la preuve que ce droit subjectif existe.

129. La valeur synonyme du droit patrimonial. De plus, il souligne qu'il est assez artificiel de prétendre que la propriété corporelle d'une œuvre d'esprit est, avant la divulgation, dépourvue de toute valeur économique⁶¹⁶. Le manuscrit ou une esquisse d'une œuvre littéraire ou musicale non divulguée possède bien une valeur économique dès l'instant où la conception de l'auteur s'est extériorisée et fixée sur un support matériel⁶¹⁷. Recht raille ainsi la situation d'un peintre versatile qui, son œuvre terminée, décide de l'exposer dans sa vitrine pour la vendre, puis, se ravisant, enlève celle-ci de son présentoir afin de la conserver pour son plaisir personnel, et, ayant ensuite besoin d'argent, la propose à nouveau au public⁶¹⁸. Le Doyen Strömholm, tout en admettant que la conclusion selon laquelle l'œuvre est patrimonialisée depuis sa création, aboutira à des conséquences inacceptables, avance de sa part l'exemple d'un artiste de renom qui fait assurer ses œuvres avant toute divulgation, et qui se fait voler. L'assureur répondra-t-il que les œuvres, en tant qu'inédites, ne sont pas « entrées dans la sphère des biens »⁶¹⁹.

130. Associer la création au monopole d'exploitation. En retardant l'apparition du droit patrimonial jusqu'à la divulgation, on le disjoint, en effet, de la création. Par exemple Renauld, dans sa thèse intitulée « *Droit d'auteur et contrat d'adaptation* », remet en cause l'idée de Michaélidès-Nouaros, selon laquelle les droits pécuniaires n'ont qu'une existence hypothétique, éventuelle, avant la divulgation⁶²⁰. Selon lui : « c'est en vain que Michaélidès-Nouaros tente d'affirmer l'existence d'un droit éventuel d'exploitation, pour constituer un lien

⁶¹⁵ O. Laligant, *ibid.*

⁶¹⁶ V. E. Laboulaye : « Quand donc comprendra-t-on que valeur et propriété sont des termes synonymes ? », *Etudes sur la propriété littéraire, en France et en Angleterre*, p. XLI, cité par A. Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, 1^{re} série, Paris, 1869, n°239, p. 190.

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ P. Recht, *Le droit d'auteur : une nouvelle forme de propriété*, L.G.D.J./Duculot, Paris, 1969, p. 218 et 219 : « Une œuvre de l'esprit, dès qu'elle est créée, est élément de fortune ou de richesse susceptible d'appropriation au profit de son auteur [...]. Elle fait partie de son patrimoine, indépendamment de toute divulgation ». Puis à la page 223, quant à la conception qui voit dans l'œuvre un bien à condition qu'elle ait été divulguée, elle résulte d'une « erreur fondamentale » et témoigne « d'un juridisme abstrait », car « ce n'est pas la divulgation qui en fait un bien ».

⁶¹⁹ Strömholm, *op. cit.*, II, t. 2, p. 235.

⁶²⁰ Michaélidès-Nouaros, *op. cit.*, p. 59.

entre lui et la création de l'œuvre »⁶²¹. Aussi longtemps que ne s'est point réalisée la divulgation, dont dépend la perfection du droit éventuel, celui-là n'est encore qu'une espérance. Le droit éventuel d'exploitation n'a aucune existence effective tant que l'œuvre reste inédite. Ainsi, pour Renauld, la conséquence inéluctable de la théorie volontariste est de dissocier radicalement de la création artistique, le monopole d'exploitation. Pour lui, la divulgation ne peut pas être la source du droit patrimonial parce que la découverte et la « divulgation », d'une œuvre cachée, ne confèrent aucun droit à celui qui l'a mise ainsi à jour et que seul peut prétendre à la qualité d'auteur celui qui a effectivement réalisé l'œuvre protégée. Pour conclure ainsi que le droit d'auteur pécuniaire découle de la création, et la divulgation est insuffisante à le faire naître⁶²².

§2. La divulgation « fait juridique » épuisable

131. Plan. Les partisans de la théorie de l'épuisement du droit de divulgation partent d'abord du postulat selon lequel le droit de divulgation est un fait juridique, synonyme de communication au public (A.), pour développer ensuite des arguments en faveur de l'épuisement de droit de divulgation (B.).

A. La divulgation synonyme d'une communication au public

132. Le droit de divulgation et la vie privée de l'auteur. La doctrine française qui soutient l'idée que le droit de divulgation est épuisable, donne au verbe « divulguer » le sens de « porter à la connaissance du public »⁶²³, c'est donc le droit qui concerne seulement la décision prise par l'auteur de porter à la connaissance du public une œuvre jusqu'alors

⁶²¹ J. R. Renauld, *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 193.

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ A. H. J. Lucas, *op. cit.*, n° 384 ; M. E. Laporte-Legeais, note sous CA Paris, 4^e ch. 12 déc. 2001, *JCP éd. E*, 2002, p. 2024.

ignorée de ce dernier⁶²⁴. La divulgation doit alors s'entendre d'un fait matériel⁶²⁵, telle est l'acception retenue en droit de brevet. La divulgation dans le domaine de la propriété industrielle a bien ce sens précis, c'est l'initiative que prend l'inventeur de porter sa découverte à la connaissance de la société. Tant que l'auteur n'a pas décidé de la divulgation de l'œuvre, celle-ci n'est pas extériorisée. L'œuvre se confond avec la personne même de l'auteur faisant partie de sa vie privée, selon les auteurs de ladite doctrine, l'objet du droit de divulgation est la protection de l'intimité de la *vie privée* de l'auteur. Autrement dit, le droit de divulgation est une prérogative qui permet à l'œuvre de rencontrer le public, il s'agit de la première divulgation, semblable à son homologue anglo-saxon : un « *right of first publication* ». Le droit de divulgation devient ainsi une arme négative, un droit de « non-divulgation », il s'ensuit que l'auteur ne peut pas user de cet attribut pour faire sanctionner l'inexploitation de son œuvre⁶²⁶.

133. L'œuvre étant une information portée à la connaissance du public. Puisque l'objet du droit de divulgation est la protection de la vie privée de l'auteur, le consentement de celui-ci est requis⁶²⁷. Cet accent mis sur le consentement de l'auteur incline à penser qu'il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve que l'œuvre ait été effectivement portée à la connaissance du public. Il suffit que la création ait été rendue « accessible » à ce public, un peu à la manière des droits de propriété industrielle, qui s'épuisent par la première mise en circulation des produits, le droit au respect de la vie privée de l'auteur s'épuise ainsi par la

⁶²⁴ A. Françon, *L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ?*, *GRUR Int.*, 1973, p. 264.

⁶²⁵ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 471, p. 372 : « Divulguer l'œuvre est un acte à la fois objectif et subjectif. La divulgation relève d'un acte matériel (*objectif*) qui traduit la volonté (*subjective*) de l'auteur de verser l'œuvre à l'espace public. Il s'agit d'un fait matériel qui peut ou non coïncider avec l'acte juridique qui consiste en l'exercice d'un droit patrimonial, telle l'autorisation de publication de l'œuvre littéraire, d'édition de l'œuvre musicale ou de diffusion de l'œuvre audiovisuelle. Cette définition se démarque des notions largement psychologiques de Desbois ou de Ph. Gaudrat, qui considèrent que vaut divulgation la seule prise de décision, dans le chef de l'auteur, de communiquer l'œuvre au public. ».

⁶²⁶ CA Paris 4^e ch. A, 28 mai 2003 (*inédit*), obs. A. Lucas, *P.I.*, n° 9, p. 382 ; *Com. Com. électr.*, 2003, n° 102, note Ch. Caron ; Dans ce sens P. Y. Gautier, *op. cit.*, n°145, p. 274 : « Le droit moral n'a pas pour objet de faire sanctionner une non exploitation » ; *Contra* Cl. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz, 1999, n° 136 ; *aff. Dubuffet*, *Cass. 1^{er} civ.*, 16 mars 1983, *RIDA* 1983, n° 117, p. 80, La Cour de cassation évoque « l'obligation contractuelle de mener la réalisation de l'œuvre jusqu'à son terme de façon à satisfaire pleinement aux exigences du droit moral » ; B. Edelman, *Le droit moral dans les œuvres artistiques*, *D. chron.* 1982, p. 263, spéc. p. 266 : « On voit alors que droit moral – l'esprit de l'œuvre – peut contraindre, à lui seul, le propriétaire d'une œuvre non seulement à la respecter en son état présent, mais encore dans sa réalisation future. » ; Plus clairement encore, et s'agissant des entrepreneurs de spectacles, la loi exige qu'ils assument « la représentation ou l'exécution publique dans des conditions techniques propres à garantir le respect des droits intellectuels et moraux de l'auteur. » (art. L. 132-22 du CPI)

⁶²⁷ Par exemple : la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur est subordonnée, conformément aux dispositions légales protectrice de sa personne et de ses biens, à l'autorisation de la personne ayant autorité sur lui, *Cass. civ. I*, 18 mai 1972, *Bull.* 1972, n° 134.

première mise en circulation de l'œuvre « information »⁶²⁸. Le rapprochement fait entre les notions de divulgation en propriété industrielle ou la protection de la vie privée, et le droit de l'auteur de divulguer son œuvre, soumet le droit de divulgation à un critère objectif, celui de la (*la nouveauté*). Cela a pour résultat de détacher, en réalité, ce droit de son sujet : l'auteur. L'œuvre par sa révélation au public, entre dans toutes les intelligences, le public détient l'œuvre éternellement. Le droit de divulgation (non divisible) ne peut pas avoir une conception subjective, qui repose sur la volonté de l'auteur⁶²⁹. Cette idée fut exprimée par Renouard dans son traité : « Cette pensée, une fois livrée, pénètre les intelligences auxquelles elle parvient, non parce que l'auteur y consent, mais par cela seul qu'il l'a émise. Il n'est pas possible que d'autres conditions soient faites. Donner et retenir sa pensée est une impossibilité, un non sens ; et nul n'est maître de diviser par la puissance de sa volonté, ce qui, par nature est indivisible. Il n'y a pas d'hypothèse de raisonnement qui puissent prévaloir contre une aussi évidente réalité. »⁶³⁰. Si l'invention est divulguée, elle rentre définitivement dans l'état de technique, pareil pour le droit du respect à la vie privée, qui s'épuise aussi à la première divulgation d'un fait relevant de la vie privée ; la re-divulgation de celui-ci constituant une simple révélation d'un fait devenu public. Le critère de savoir si l'œuvre est divulguée ou pas devient un critère objectif, et non pas subjectif, c'est-à-dire soumis à la décision arbitraire de l'auteur. Sous cette optique l'œuvre se réduit à une simple information⁶³¹, et la divulgation devient l'outil qui permet la relation de communication entre l'auteur qui relève une information et le public qui la reçoit pour l'éternité. Il ressort que la divulgation révèle une sollicitude marquée pour le public.

⁶²⁸ Sur la question de l'épuisement du droit au respect de la vie privée, V. Cass. 1^{er} civ., 3 avr. 2002, *Bull. civ. I*, n° 110, G. Loiseau, *L'épuisement du droit au respect de la vie privée, Droit & patrimoine*, n° 111, janvier 2003, p. 115, « la Cour de cassation reconnaît, en effet, que ce droit s'épuise à la première divulgation d'un fait relevant de la vie privée,... » ; V. TGI Paris, 1^{re} ch., 8 sept. 1999, obs. Ch. Caron, *D. somm.*, 2000, p. 271, spéc. 272 : « l'épuisement du droit au respect de la vie privée exige un consentement dénué d'équivoque à la divulgation. »

⁶²⁹ V. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 385 : « Même s'il est vrai que la divulgation ne se ramène pas à sa dimension psychologique, il n'en reste pas moins que le fait matériel ne vaut exercice du droit de divulgation qu'à condition de révéler clairement la volonté de l'auteur de communiquer l'œuvre au public. », (*Souligné par nous*), dans le même sens, S. Carre, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse, Montpellier I, 2004, n° 293 ; *Contra* F. Pollaud-Dulian, note sous Cass. 1^{re} ch. civ., nov. 21 nov. 2006, *RTD com.* 2007 p. 536 : « Le premier argument consiste à dire que la divulgation n'est qu'un fait. Il met complètement de côté la volonté de l'auteur et la nature de la création auxquelles le procédé de divulgation et l'étendue de celle-ci sont subordonnés. C'est là un point de vue, mais qui relève essentiellement de la pétition de principe et n'explique pas pourquoi ce fait devrait être considéré comme indivisible dans ses effets juridiques. La divulgation est présentée à l'article L. 121-2 comme un choix de l'auteur et il est précisé que ce choix ne porte pas seulement sur la décision de divulguer ou de communiquer l'œuvre mais aussi sur les modalités et conditions de cette divulgation. »

⁶³⁰ A. Ch. Renouard, *op. cit.*, p. 258-259.

⁶³¹ V. P. Catala, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information, op. cit.*, :« L'information apparaît promise à la communication, vouée à elle à peine de perdre sa raison d'être. ».

134. L'intérêt public à la jouissance intellectuelle de l'information. Si la notion de divulgation en droit de brevet, et en droit de respect à la vie privée, par la technique de l'épuisement, cache le souci de protéger un intérêt public, qui est dans le premier le développement technique, et dans le deuxième le droit du public à l'information, l'épuisement en droit d'auteur repose sur le même souci de protéger un intérêt public. La divulgation engendre un « droit du public » à la jouissance intellectuelle de l'œuvre⁶³². En fait, la théorie de l'épuisement du droit de divulgation conduit à considérer que ce droit s'éteint après la première communication au public. Or pour justifier et appliquer cette règle, ses partisans ont recours à la théorie de *la fonction essentielle des droits*, une fois celle-ci accomplie et préservée le droit n'a plus de raison d'être, il s'éteint. Par cette théorie, une pondération des intérêts s'est opérée au détriment du droit moral de l'auteur.

B. Les arguments en faveur de l'épuisement du droit de divulgation

135. Une arme à un seul coup. Puisque la divulgation est qualifiée de fait matériel⁶³³, selon la doctrine qui soutient cette thèse, il s'épuise par la première communication au public. En d'autres termes, une fois l'œuvre communiquée, l'auteur ne saurait exercer de nouveau son droit de divulgation par un autre moyen⁶³⁴. L'auteur exercera seulement ses droits d'exploitation, même si l'exercice du droit de divulgation précède l'exploitation effective, c'est-à-dire une exploitation accompagnée d'une communication au public. Mais cet exercice ne conditionne pas la naissance des droits patrimoniaux. Pour eux, l'article L. 111-2⁶³⁵, signifie que l'œuvre a une valeur patrimoniale avant d'être divulguée.

⁶³² S. Carre, *op. cit.*, n° 294.

⁶³³ V. dans ce sens la cour d'appel de Paris, qui adhère à cette analyse et partant de l'idée que la divulgation était un fait matériel, en le considérant ne pouvait servir qu'une fois, CA Paris. 4^e ch. A, 14 févr. 2001, *P.I.* 2001, p. 60, obs. A. Lucas.

⁶³⁴ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n°259, note 81, T. com. Lyon, 28 avr. 1997, *RIDA* 1997, n°173, p. 373 : « le droit moral de divulgation a été exercé et est désormais épuisé par l'édification de la statue de dans un lieu public [...] le droit ne peut être exercé de nouveau [...] ».

⁶³⁵ « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de sa réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ».

136. L'inutilité du recours au droit de divulgation. L'auteur selon cette thèse n'est pas désarmé en épuisant son droit de divulgation⁶³⁶, il peut toujours faire appel soit au droit de respect⁶³⁷, soit au droit patrimonial⁶³⁸. C'est dans cet esprit là que Monsieur le Professeur André Lucas, critique l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, qui a jugé que la reproduction de l'intégralité d'une œuvre de l'esprit, dans un hebdomadaire, porte atteinte aux droits patrimoniaux et au droit moral (droit de divulgation et droit au respect), puisque la reproduction de l'œuvre a été « réalisée sur un support que J.-M. Baylet n'a pas choisi et dans des conditions telles qu'il semble avoir été invité à s'exprimer et à réagir aux écrits de C. Llabres, ce qui ne correspond pas à la réalité, altère l'esprit de l'article et donc porte atteinte au droit moral de son auteur ». La solution est excessive selon l'éminent spécialiste. L'œuvre en cause a bel et bien été divulguée la première fois par voie de presse, et c'est par la même voie qu'elle a été communiquée au public dans le litige. D'après lui, le droit moral aurait dû être laissé en dehors du débat⁶³⁹. Dans un autre arrêt rendu le 28 janvier 2004, la Cour d'appel de Paris établit l'atteinte au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre en même temps qu'elle réaffirme le principe de l'épuisement de droit de divulgation, en précisant qu'il n'y a pas lieu de retourner vers l'auteur pour solliciter son accord afin de reproduire sur un site *web* une œuvre qui a déjà été diffusée par la voie d'un magazine papier⁶⁴⁰. Dans une autre affaire, après avoir pris en compte l'atteinte au droit patrimonial, la même Cour a jugé que l'auteur « [...]est mal fondé à se prévaloir d'une atteinte à son droit moral consécutive à la divulgation de ses œuvres sur un autre support alors que le droit de divulgation s'épuise par la première communication au public ; que, par ailleurs, il ne rapporte pas la preuve d'une quelconque altération des photographies du fait de leur reproduction sur le support électronique ; que son

⁶³⁶ Dans ce sens V. P. Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., PUF, 2004, 120, p. 224 : « Si l'œuvre est adaptée, exploitée sous de nouvelles formes, etc..., il n'est pas non plus évident que son droit de divulgation renaisse, mais qu'importe puisqu'il restera le droit d'autoriser de l'art. L. 131-3. Il suffit d'appliquer le principe d'interprétation stricte des cessions, que l'on retrouvera à propos des droits pécuniaires. Il faudrait éviter que l'auteur monnaie deux droits. », il faut remarquer que l'éminent spécialiste tout en adhérant à la thèse de l'épuisement de droit de divulgation (V. *op. cit.*, n° 120, 126, 145, 210, 465), soutient la thèse selon laquelle le droit de divulgation est la source des droits patrimoniaux, n° 144 et s., n° 469 et s.

⁶³⁷ Ce qui signifie que le droit moral n'a pas une structure unitaire V. *infra*, pourtant les professeurs Lucas affirment les deux principes : l'unité du droit moral (*op. cit.* 3^e éd. n° 447, p. 344 : « Nous avons jusqu'ici tenu pour acquise l'unité du droit moral, [...]. L'essentiel est de ne pas perdre de vue que, même si ses attributs ont une 'intensité variable', le droit moral a un fondement unique et présente des caractères communs ») et l'épuisement du droit de divulgation (V. *op. cit.* 3^e éd. n° 461 et s.).

⁶³⁸ CA Paris 4^e ch. A., 28 janv. 2004, obs. P. Sirinelli, *P.I.*, n°11, p. 640, la Cour tout en épuisant le droit de divulgation, affirme le principe de respect de l'intégrité ; A. Lucas, note sous CA Paris 4^e ch. A, 12 déc. 2001, *P.I.* n° 5 p. 49 : « Il nous semble qu'il serait anormal, dans pareille circonstance, que le droit de divulgation permît d'obtenir ce qui est refusé au titre du droit au respect ».

⁶³⁹ CA Toulouse, 3^e ch., 13 juin 2002 (*inédit*), obs., A. Lucas, *P.I.* n° 9, p. 383 : « Il y a des meilleures causes pour plaider la nécessité d'un droit moral fort, « à la française », que de le jeter au travers du chemin de la liberté d'expression. ».

⁶⁴⁰ CA Paris 4^e ch. A., 28 janv. 2004, obs. P. Sirinelli, *P.I.*, n°11, p. 640 et p. 644.

nom a, de plus, été expressément cité ;... »⁶⁴¹. Pourtant, dans une affaire où l'un des co-auteurs d'une œuvre audiovisuelle ne pouvait pas exercer ses droits patrimoniaux, faute d'avoir attiré en la cause son coauteur, puisque l'article L.113-3, du CPI, exige que « les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord ». Son seul recours était le droit de divulgation. La Cour d'appel de Paris souligne que le droit de divulgation « s'épuise par la première communication au public »⁶⁴². En d'autres termes, une fois l'œuvre divulguée, l'auteur ne saurait exercer de nouveau ledit droit pour la divulguer par un autre moyen, par exemple une réédition, et le fondement devra se rechercher dans le droit des contrats ou les droits patrimoniaux appelés « monopoles d'exploitation »⁶⁴³. Les professeurs Lucas, avancent de leur côté qu'il est bien difficile d'admettre qu'une œuvre éditée depuis 50 ans puisse être réputée non divulguée⁶⁴⁴.

137. L'argument tiré de l'article L. 122-5 du CPI. Les partisans de la théorie de l'épuisement s'appuient sur les dispositions de l'article L. 122-5 du CPI, qui subordonne la paralysie et les limites du droit pécuniaire à la première divulgation au public. La doctrine majoritaire admet cette solution, quand l'œuvre a bien été préalablement divulguée ; l'application de l'article L. 122-5 CPI vaut pour tous les modes de communication⁶⁴⁵. Dans une affaire opposant deux journalistes français à un auteur russe, ces premiers avaient écrit un ouvrage critique en incorporant des extraits d'une œuvre ayant été publiée en Russie et en langue russe écrite par le dernier. Mais l'auteur russe reprochait, entre autres, aux deux Français, de faire une reproduction partielle illicite, puisqu'il n'a divulgué son œuvre ni en français, ni en France. Pourtant le TGI de Paris a jugé que dès lors que l'ouvrage avait bien été divulgué en Russie, l'application de l'article L. 122-5 CPI était acquise quelle que soit la langue, ou le mode de divulgation⁶⁴⁶. La doctrine favorable à l'épuisement avance de sa part que l'une des conséquences du non-épuisement du droit de divulgation serait la prohibition de tous les usages, tolérés au titre de l'article L. 122-5 du CPI, portant sur ce qui n'a pas été divulgué ; pour eux, considérer que le droit n'est pas né, puisque la divulgation fait naître le droit d'exploitation, ramène à dire qu'on ne peut pas admettre une exception à son égard.

⁶⁴¹ CA Paris, 4^e ch. A, 12 décembre 2001, note M.-E. Laporte-Legeais, *op. cit.*, n° 15 : « La Cour déplace ainsi le débat du droit moral de divulgation vers le droit patrimonial de reproduction. Cette solution doit être approuvée. ».

⁶⁴² CA Paris, 4^e ch. A, 14 févr. 2001, *Comm. Com. électr.* Mars 2001 p. 20, Note Ch. Caron.

⁶⁴³ A. Bertrand, *le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 1999, p. 277.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ Françon, art. *préc.*, p. 264 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 386 ; Desbois *obs.* sous T.G.I. Seine, 1^{er} oct. 1964, *R.T.D. Civ.* 1965, p. 407.

⁶⁴⁶ TGI Paris, 3^e Ch. 10 mai 1996, *RIDA*, oct. n° 170, p. 321, *obs.* A. Kéréver.

138. Le droit de divulgation et les œuvres posthumes. L'autre argument est tiré de l'article L. 123-4. Cet article traite du droit de divulgation après la mort de l'auteur. Or il est remarquable qu'il ne parle que du « droit de divulgation des œuvres posthumes ». Le problème de sa transmission *post mortem* ne peut donc se poser que pour les œuvres dites posthumes. Une œuvre posthume, en droit français, c'est l'œuvre qui n'a fait l'objet d'aucune divulgation du vivant de l'auteur ; mais dans la conception défendue par la doctrine de l'épuisement si la loi ne mentionne pas le cas des autres œuvres, c'est bien que le droit de divulgation a été épuisé durant la vie de l'auteur. Raisonner autrement donnerait une autre signification aux œuvres posthumes. Puisque si le droit de divulgation ne s'épuise pas, cela veut dire, que l'œuvre posthume est l'œuvre dont un ou plusieurs modes de communication n'ont pas fait l'objet d'une divulgation, ce qui revient à dire qu'il y a des œuvres partiellement posthumes, donc une conception large de la notion d'œuvre posthume⁶⁴⁷. L'œuvre posthume selon la quasi-totalité de la doctrine est une œuvre qui n'a jamais été communiquée au public ; le législateur a, au surplus, affirmé le caractère très exceptionnel du droit de publication posthume et des œuvres posthumes en tant que telles⁶⁴⁸. La difficulté peut émerger, néanmoins, du fait qu'il peut y avoir deux titulaires distincts : un titulaire du droit de divulgation et un autre titulaire de droit d'exploitation. Une hypothèse qui existe seulement si l'on admet que le droit de divulgation survit en dehors des œuvres posthumes⁶⁴⁹, l'héritier de droit d'exploitation ne pourra jamais exercer son droit indépendamment de la fantaisie de l'héritier de droit de divulgation. L'autre difficulté à laquelle confronte le non épuisement du droit de divulgation peut dégager, est la suppression du domaine public. En effet, le non épuisement du droit de divulgation, supposerait que celui-ci pourrait être invoqué à l'encontre d'un très grand nombre d'œuvres, notamment pour toutes celles dont les auteurs n'ont pu autoriser la communication au public par les nouveaux procédés de communication propre à l'environnement numérique. On n'a jamais demandé l'autorisation des ayants droit des Balzac pour mettre ses œuvres sur l'Internet⁶⁵⁰. Le plus simple donc, selon MM. Lucas, serait d'en rester à l'idée que le droit de divulgation est une « arme à un seul coup »⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ O. Lalignant, *op. cit.*, n° 61.

⁶⁴⁸ H. Desbois, *op. cit.*, n° 365, p. 458 ; O. Lalignant, *ibid.* ; Cl. Joubert, *La protection des œuvres posthumes*, Paris, 1959, p. 48 et s. ; et du même auteur, *Les conditions d'application du statut des œuvres posthumes*, RIDA, avril-juillet, 1963, p. 123,

⁶⁴⁹ Sur cette question V. *infra* (Patrie II, Titre I, Chapitre II, Section 2, §1.)

⁶⁵⁰ S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002, n° 387. ; M.-E. Laporte-Legeais, note sous CA Paris, 4^e ch. A, 12 décembre 2001, *op. cit.*, n° 20.

⁶⁵¹ *Op. cit.*, n° 465.

139. Un législateur maladroit. Mais cette théorie confronte à un sérieux problème quand l'article L. 111-3, du CPI, dispose que : « Néanmoins, en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'exercice du droit de divulgation,... », il faut admettre que l'œuvre a été vendue, ou donnée ; elle a par définition été divulguée, puisque la cession de l'œuvre au tiers doit sans doute être regardée comme emportant une première divulgation⁶⁵². Pourtant après cette cession, l'article précité envisage encore une nouvelle divulgation : « ... empêchant l'exercice du droit de divulgation,... ». Si, malgré la première divulgation, ledit article évoque encore une nouvelle divulgation, comment peut-on parler d'un épuisement du droit de divulgation ? Les partisans de la thèse de l'épuisement estiment que le législateur a mal rédigé le texte. Selon eux c'est plutôt le droit d'exploitation que le législateur devrait viser. Certains auteurs, toujours partisans de la thèse de l'épuisement, soutiennent que l'auteur peut céder la propriété du support de son œuvre sans pour autant avoir décidé de sa communication au public. Pour eux la propriété incorporelle de l'œuvre est indépendante de la propriété de l'objet matériel qui est le support, et la remise de l'objet à un tiers n'implique pas la divulgation de cette œuvre⁶⁵³.

La divulgation est, dans cette conception, le fait matériel de la communication au public, et la création des droits patrimoniaux est indépendante de ce fait matériel de la divulgation. D'après MM. Lucas, l'affirmation de l'article L. 111-2 CPI, que « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur », est selon les éminents spécialistes, une affirmation que le fait matériel de la communication au public ne règle pas le sort des droits patrimoniaux ; la divulgation pourrait aussi bien précéder que suivre la conclusion des contrats d'exploitation. Ladite définition de la divulgation comme le fait juridique de communiquer l'œuvre au public, signifie que la conclusion des contrats d'exploitation n'est pas une divulgation, tant que l'œuvre n'est pas effectivement communiquée au public, la seule

⁶⁵² Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, n° 235.

⁶⁵³ S. Carre, *th. préc.*, n° 774, A. Bertrand, *op. cit.*, p. 277; *Comp.* avec la conception adoptée par les magistrats de la Cour d'Orléans dans leur arrêt du 18 Février 1959 qui déduisent indifféremment la divulgation d'actes juridiques manifestant la volonté de l'auteur de se dessaisir de la propriété corporelle de l'œuvre (vente, mise en vente, exposition en vue de la vente) ou de tirer profit de son monopole d'exploitation (reproduction à titre onéreux), semblant ainsi considérer que la divulgation effectuée pour l'un des attributs du monopole vaut pour la propriété corporelle de l'œuvre et vice-versa. Dans les observations faites par Desbois, sous le même arrêt, où il reproche à la Cour d'Orléans de ne pas avoir envisagé les aliénations à titre gratuit (*aff. Préc.*, D. 1959, p. 441) : « Car le peintre ou le sculpteur se dessaisit de son œuvre, la détache de sa personnalité, à quelque titre qu'il en dispose ou en permette la reproduction. [...] L'œuvre est mise en circulation par les unes comme par les autres : la divulgation en est opérée par des voies différentes, mais le résultat demeure le même. » ; V. Cass. 1^{re} ch. civ. 29 nov. 2005 *PI*. 2006, p. 174, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 19, note C. Caron ; *Gaz. Pal.* 3-4 fév. 2006, *jurispr.* p. 18, avis de J. Sainte-Rose, Avocat général, p. 16, et notre note *JCP éd. E*, 2007, 1114, p. 22.

cession de droits n'est pas une divulgation tant qu'on n'a pas porté l'œuvre à la connaissance du public. Or une telle affirmation contredit le texte de la loi. En fait, le droit de repentir et de retrait, qui est le corollaire du droit de divulgation, intervient logiquement après la divulgation. L'article L. 121-4 précise que l'auteur jouit du droit de repentir ou de retrait « même postérieurement à la publication de son œuvre. » L'adverbe « même » sous-entend une précision dans la mesure où l'auteur dispose, certes, du droit de retrait avant la publication prise, bien évidemment, comme synonyme de communication, mais également après. Or, la conséquence de la définition du droit de divulgation comme synonyme de communication, nous oblige à faire une nouvelle lecture de l'article L. 121-4, qui règle le droit de repentir ou de retrait « **même postérieurement à la publication de son œuvre** », MM. Lucas disent que l'adverbe « **même** » ne doit pas induire une confusion. Cet article ne peut être appliqué qu'après une *publication*, prise de toute évidence comme synonyme de divulgation⁶⁵⁴.

140. L'utilité sociale de la création. Le premier résultat de l'épuisement de droit de divulgation est l'affranchissement des droits pécuniaires de toute dépendance par rapport au droit de divulgation⁶⁵⁵. La création d'un droit d'exploitation, dépendant du rapport de l'auteur à son œuvre, est critiquée souvent par la doctrine de l'épuisement de droit de divulgation. Si la divulgation est un fait matériel, comparable à ce qu'est la divulgation en droit des brevets⁶⁵⁶, le droit de divulgation se rapproche de son homologue anglo-saxon, le droit de « *first publication* ». Dans les juridictions de *common law*, la protection du droit moral est souvent négative ; puisque ce dernier est justifié par des raisons d'ordre social, tirées des arguments traditionnels pour justifier la propriété intellectuelle, telle que la compensation juste de la société pour encourager la créativité intellectuelle⁶⁵⁷. Comme le souligne les professeurs A. et H.-J. Lucas, « ce n'est pas un hasard si la théorie de l'épuisement des droits s'est imposée dans des systèmes juridiques qui fondent le monopole de l'auteur sur 'l'utilité sociale de la création' »⁶⁵⁸. Introduire le concept de « l'utilité sociale de la création » par le biais du principe de l'épuisement, en rapprochant le droit d'auteur avec le droit de brevet et le *copyright*, invite à considérer le contenu du droit d'auteur sous l'aspect d'un monopole légal. Si le droit d'auteur est un monopole « *jus prohibendi* », il est alors une restriction aux règles

⁶⁵⁴ *Op. cit.*, n°392.

⁶⁵⁵ R. Durie, *Moral Rights and the English Business Community*, *Ent. L. R.*, 1991, p. 41.

⁶⁵⁶ A., H. J. Lucas, *op. cit.*, n°384 ; A. Françon, *op. cit.*, p. 266.

⁶⁵⁷ R. Durie, *ibid.*

⁶⁵⁸ A. et H. J. Lucas, *op. cit.*, n°254, p. 220.

générales sur le « droit de la liberté d'action ». Mais le principe du monopole est un principe d'interdiction, et parce que le principe d'interdiction est lié à la finalité des agissements qu'il prohibe, le droit d'auteur devrait s'effacer lorsque les activités en cause n'affectent pas les intérêts publics protégés par le droit d'auteur, voire se justifier par des motivations jugées supérieures à ceux-ci⁶⁵⁹.

141. Le caractère abusif d'un droit de divulgation divisible. Selon cette vision, le droit moral n'interviendrait pas dans la naissance des droits pécuniaires dans le patrimoine de l'auteur⁶⁶⁰, et les rapports entre le droit moral et le « monopole », n'apparaîtraient qu'au cours des actes d'exploitation. Et puisque le droit moral est une sorte de servitude grevant le « monopole », ayant pour fonction de contrarier l'exploitant, il faut le soumettre au principe de l'abus de droit. Ce rapprochement entre la théorie de l'épuisement et la théorie de l'abus de droit est souvent invoqué par les partisans de la thèse de l'épuisement. Pour eux les deux constructions juridiques, supposant une finalité sociale des droits, sont fondées sur l'idée que le droit n'est pas sans limites, que son exercice doit être mesuré et que les intérêts qu'il met en cause doivent être conciliés⁶⁶¹.

142. La prise en considération des intérêts de l'exploitant. La notion d'épuisement est basée sur le mécanisme de pondération des intérêts. Poser la question de la définition du droit de divulgation en termes d'épuisement implique ainsi d'analyser les limites de ce droit en termes de conciliation des intérêts. M. Sirinelli, qui est plus favorable à un épuisement par étapes⁶⁶², souligne que le principe d'épuisement du droit de divulgation peut, dans certains cas, et, de façon que l'éminent spécialiste qualifie d'heureuse, tarir une source de conflit d'intérêts, voire de chantages mal venus d'un droit de divulgation à vocation de devenir le

⁶⁵⁹ Dans ce sens, J. Raynard, *droit d'auteur et conflits de lois*, op. cit., n°97.

⁶⁶⁰ Il faut préciser que certains partisans de la thèse de l'épuisement nient l'unité du droit moral, et parlent des droits moraux, V. dans ce sens, J. Raynard, *Propriété incorporelles : un pluriel bien singulier*, in *Mélanges offerts à J. J. Burst*, Litec 1997, p. 533 ; J. -M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, *De la propriété comme modèle*, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 290 et s.

⁶⁶¹ S. Carre, op. cit., n°294 et s. ; Les deux théories supposent, en fait, l'éclatement du droit moral V. *infra*

⁶⁶² Dans le même sens V. A. Berenboom, *Le droit d'auteur*, Larcier 3^{ème} éd., 2004, n° 103, p. 181 : « La décision de divulguer ne peut être prise qu'une seule fois. Dès que l'auteur a exercé son droit de divulgation, celui-ci est-il 'épuisé' ? C'est ce que soutient la doctrine, mais encore faut-il nuancer cette opinion : cet épuisement ne vaudra que dans la version prévue par l'auteur, s'il l'a spécifiée : ainsi, si le titulaire du droit d'auteur sur une chanson inédite, autorise une adaptation et une exploitation de cette chanson en russe, elle ne peut être ensuite divulguée en français sans son autorisation spécifique. Les conditions et limitations mises par l'auteur à l'exercice d'une partie de son droit de divulgation peuvent dans ce cas le préserver des autres usages ou modes d'exploitation qu'il n'a pas accepté de divulguer. ».

« joker » des auteurs « négligents »⁶⁶³. On retrouve dans le discours de la doctrine favorable à l'épuisement du droit de divulgation, un argument qui consiste à amplifier la menace du non-épuisement du droit pour la sécurité de toute cession portant sur les droits patrimoniaux, ce qui correspond à l'intérêt direct des exploitants⁶⁶⁴. Un certain auteur parle même « du danger du droit moral », pour expliquer la peur « des producteurs américains d'œuvres audiovisuelles de voir l'exploitation de leurs produits se heurter au droit de divulgation. »⁶⁶⁵. Admettre l'épuisement du droit de divulgation revient à favoriser une exploitation sans le « joker » de l'auteur, ce qui suggère une mise en valeur des intérêts des exploitants, et les consommateurs (ces intérêts qualifiés plus souvent d'intérêt public), par rapport à l'intérêt de l'auteur individu. Pour les partisans de l'épuisement, l'application de ce principe permet d'éviter un « excès » de protection des auteurs, et les dispositions protectrices de leurs intérêts, qui commandent les contrats d'exploitation, seraient considérablement amoindries. Les auteurs favorables à la thèse de l'épuisement soulignent enfin qu'un droit de divulgation non-épuisable ferait « double-emploi » avec les droits patrimoniaux, une protection qu'ils qualifient d'excessive est inopportune⁶⁶⁶.

Pour cela les partisans de l'épuisement montrent souvent la dichotomie entre le droit moral et les droits pécuniaires, ceci consiste à dire que le droit moral ne précède pas les droits pécuniaires, que le droit moral est l'accessoire des droits pécuniaires⁶⁶⁷. Pour cela les professeurs Lucas, soutiennent que le droit pécuniaire, appelé monopole, est saisissable avant la divulgation, et que la restriction de l'article L. 333-2⁶⁶⁸, ne concerne pas le « monopole » lui-même. Quand le droit de divulgation de l'auteur s'épuise dès la première communication au public, l'auteur n'est plus en mesure de bloquer l'initiative de ses créanciers. Et puisque le droit pécuniaire est né depuis la création, il n'y a aucune raison de déroger au principe selon lequel tout élément du patrimoine fait partie du gage des créanciers⁶⁶⁹.

⁶⁶³ P. Sirinelli, *obs.* sous Paris, 4^{ème} ch. A, 14 févr. 2001, *D.* 2001, *somm. comm.*, p. 2637.

⁶⁶⁴ Ch. Caron, *obs.* sous Paris, 4^{ème} ch. A, 14 févr. 2001, *comm. comm. électr.*, mars, 2001, n°25, p. 20 : « En effet, l'omnipotence d'un droit de divulgation qui permettrait d'accompagner l'œuvre durant toute sa carrière pourrait être excessive. » ; A. Lucas, *obs.* sous Paris 4^{ème} ch. A, 14 févr. 2001.

⁶⁶⁵ G. Koumantos, *Faut-il avoir peur du droit moral ?*, *RIDA*, avr. 1999, p. 87 à la p.95.

⁶⁶⁶ V. Ch. Caron, *Le droit d'auteur*, Litec, 2006, n° 259, pour l'éminent spécialiste, l'avantage de la théorie de l'épuisement réside dans le fait que les exploitants n'ont pas à subir éternellement l'épée de Damoclès que constitue cette prérogative.

⁶⁶⁷ J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, *De la propriété comme modèle*, art. précit.

⁶⁶⁸ Cet article déclare que les redevances d'auteurs sont insaisissables « dans la mesure où elles ont un caractère alimentaire ».

⁶⁶⁹ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 644 et s. ; *Contra* P. Y. Gautier, *op. cit.*, n°469, mais donne aux créanciers de l'auteur de faire apposer les *scellés*, c'est-à-dire, faire défense à l'auteur d'exploiter sans leur concours ; en droit comparé : P. Recht, *Le droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, 1955, p. 80 ; F. Gotzen, *Le droit moral en Belgique*, *Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 260.

Section 2) L'appréciation critique de la thèse utilitariste

143. Plan. Non seulement la thèse utilitariste contredit les textes du CPI (§1.), mais, en plus, va à l'encontre du système juridique français (§2.)

§1. Une thèse en contradiction avec le CPI

144. Plan. Dans un premier temps nous allons démontrer que la création est un fait juridique incapable de créer des droits patrimoniaux, selon les textes du CPI (A.). Nous verrons, ensuite, que la théorie de l'épuisement du droit de divulgation est en totale contradiction avec les textes du CPI (B.).

A. La création : fait juridique incapable de créer des droits patrimoniaux selon le CPI

145. Droit d'auteur entre monisme et dualisme. En fait, la question de savoir si la création est la source des droits patrimoniaux, n'est pas récente. Avant la loi de 1957, deux analyses ont été proposées⁶⁷⁰, s'agissant de déterminer comment s'articule droit moral et droits pécuniaires, et dans quelle mesure ces éléments font partie du patrimoine de l'auteur. Selon une première thèse⁶⁷¹, le droit moral est l'essentiel du droit d'auteur. Le caractère personnel de ce droit le fait échapper au patrimoine de l'auteur. Et son attraction est telle qu'il soustrait à l'emprise de celui-ci le monopole d'exploitation de l'auteur. Ne tombent dans le patrimoine que les sommes perçues par l'auteur à l'occasion de l'exercice de son monopole d'exploitation, en d'autres termes, les redevances acquises des représentations et

⁶⁷⁰ Pour une analyse des deux thèses, V. Desbois, *op. cit.* n° 206 et s. ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 29.

⁶⁷¹ M. Naste, dans sa note sous, TGI civ. De la Seine, 1 avril 1936, *D. P.*, 1936, 2^{ème} partie, p. 65 (*affaire Canal*).

reproductions qu'il a autorisées⁶⁷². C'est la théorie dite *unitaire* du droit d'auteur. Par exemple, dans la fameuse affaire *Lecocq*, la Cour de Paris, le 1^{er} février 1900, infirma le jugement qui avait incorporé à la masse commune les droits d'auteur afférents aux compositions musicales du mari, publiées au cours du mariage⁶⁷³. Selon une autre conception appelée conception *dualiste* de la propriété littéraire, le droit moral reste en dehors du patrimoine. Mais dès l'instant où l'œuvre est divulguée, le droit pécuniaire, dont l'auteur a déterminé la naissance par l'exercice de son droit de divulgation, rentre dans le patrimoine à l'égal des sommes que son usage procure à l'auteur. Or, la conception moniste, personnaliste des droits d'auteur procède, selon M. Desbois, « d'une erreur optique, d'une déformation des données réelles »⁶⁷⁴. La Cour de cassation, a toujours consacré la conception dualiste de la propriété littéraire et artistique, dans la « *diversification des droits pécuniaires et du droit moral de l'auteur* »⁶⁷⁵ ; dès le moment de la divulgation un droit pécuniaire apparaît. Pour cela, la Cour de cassation, dans l'affaire *Canal*, a bien précisé, que « la masse partageable doit comprendre le monopole d'exploitation afférent aux œuvres publiées, [...] »⁶⁷⁶. Nier la nécessité de l'acte de divulgation pour l'apparition des droits patrimoniaux de l'auteur, prive donc la théorie dualiste de l'un de ses principaux fondements : deux droits avec deux sources différentes⁶⁷⁷. En plus la naissance décalée des prérogatives morales et patrimoniales justifie la dépendance des secondes vis-à-vis des premières : dès la réalisation de l'œuvre, l'auteur est investi du droit moral, mais les droits patrimoniaux ne font pas encore partie du patrimoine de l'auteur.

146. Le fameux argument « du seul fait de sa création ». Quand le législateur français précise, dans l'article L. 111-2 du CPI, que « L'œuvre est réputée créée, **indépendamment de toute divulgation publique**, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur. », c'est pour se distinguer de son homologue anglo-saxon, qui recouvrait une protection en deux phases : de la création à la publication, protection par le *common law*

⁶⁷² Selon le professeur Nast, la première publication : « [...] ne donne donc pas prise à un monopole, et le patrimoine ne peut s'emparer que du produit des éditions ou représentations successivement décidées. », *ibid.*

⁶⁷³ Sirey, 1900, 2^{ème} partie, p. 121, note Saleilles.

⁶⁷⁴ Desbois, note sous Cass. civ. 14 mai 1945, *D.* 1945, p. 285 ; S. 1945, 1^{ère} partie, p. 101, note H. Battifol.

⁶⁷⁵ Desbois, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, n° 210.

⁶⁷⁶ Cass. civ. 14 mai 1945, *op. cit.*

⁶⁷⁷ V. A. Dietz, *Le droit moral de l'auteur (droit civil) Rapport général*, in *Le droit moral de l'auteur*, ALAI, 1993 Congrès d'Anvers, 1993, p. 25, spéc. p. 33 « Le droit moral, d'après la théorie dualiste, d'une certaine façon prédomine chronologiquement et systématiquement ; par rapport au droit de divulgation le droit moral précède l'existence réelle des droits économiques, mais, par rapport à la perpétuité proclamée du droit moral, le dernier survit aussi les premiers. » ; Pour un exposé de la thèse moniste du droit d'auteur, qui défend l'épuisement du droit de divulgation V. J. Raynard, thèse précitée ; et J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, *De la propriété comme modèle*, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 290.

copyright, à partir de la publication, protection par le *Statutory copyright*⁶⁷⁸. Sous le régime antérieur à loi américaine de 1976, une œuvre devait être publiée pour bénéficier de la protection du copyright fédéral. Le législateur n'a pas sous-entendu que les droits patrimoniaux préexistent à la divulgation ; il n'a éprouvé le besoin de porter une telle disposition, que pour souligner le fait qu'avant la publication, les œuvres de l'esprit étaient déjà placées sous l'égide de la loi⁶⁷⁹. Les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957 ont voulu, avec l'article L. 111-1 alinéa 2⁶⁸⁰, et l'article L. 111-2⁶⁸¹, imposer la règle selon laquelle *nul ne saurait, sans le consentement de l'auteur, user des pouvoirs de reproduction et de représentation, même si ces droits ne font pas encore partie de son patrimoine*. D'ailleurs ces articles doivent être lus avec l'article L. 122-5 concernant les exceptions et les limites au droit d'auteur, qui indique que « lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire » certaines utilisations de l'œuvre. Or, en délimitant ainsi le droit pécuniaire de l'auteur, « lorsque l'œuvre a été divulguée », le législateur démontre bien que les droits patrimoniaux n'apparaissent qu'avec et après l'exercice du droit de divulgation : implicitement mais nécessairement. En droit comparé, où le monopole du *statutory copyright*, existe dès que l'œuvre est fixée sur un moyen tangible d'expression, le *fair use* s'applique, même si l'œuvre n'est pas encore publiée⁶⁸².

147. Le dilemme de la disparition des droits patrimoniaux des œuvres *anthumes* à la mort de l'auteur. L'intention du législateur français de 1957, de faire de la source des droits patrimoniaux l'exercice du droit de divulgation, se trouve dans article 23 alinéa 1^{er}⁶⁸³, précisant que « Pour les œuvres posthumes, la durée du droit exclusif est de cinquante années à compter de la date de publication de l'œuvre ». On peut observer que le législateur de 1957 n'a pas repris la règle antérieure qui ne faisait courir le délai de protection, que de la date du

⁶⁷⁸ La Grande-Bretagne, suite à son adhésion à l'Union de Berne, a abolie, depuis 1911, le *common law copyright* et a soumis à la protection de la loi aussi bien les œuvres non publiées que les œuvres publiées. Par contre les Etats-Unis ont aboli la protection du *common law copyright* à partir de la 1976 *copyright act*. L'article 102 (a), V. A. Strowel, *op. cit.*, n° 420.

⁶⁷⁹ Desbois, *op. cit.*, n° 387, p. 476. ; En fait, avant le *Copyright Act* de 1976, l'œuvre devait être publiée pour bénéficier de la protection du copyright fédéral. Or, celui qui publiait est souvent l'exploitant, de ce fait, le copyright se trouvait dès l'origine entre les mains de l'éditeur. Mais si le *Copyright Act* de 1976 a supprimé ce système en deux phases, il n'a pas pourtant abandonné son esprit mercantiliste, puisque conformément à l'article 101 « A work is created when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time ». Ainsi, le copyright demeure toujours entre les mains de l'exploitant, puisque c'est lui le fabricant du support qui fixe l'œuvre, V. A. Strowel, *op. cit.*, n° 423.

⁶⁸⁰ « Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, ... ».

⁶⁸¹ « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur. ».

⁶⁸² L. R. Patterson & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright, A Law of User's Rights*, University of Georgia Press, 1991, pp. 213 et s.

⁶⁸³ L. 123-4

décès de l'auteur. Donc si la création est la source des droits pécuniaires, l'œuvre non divulguée durant la vie de l'auteur porte des droits pécuniaires, et ses droits devront être transmis à la mort de l'auteur. Mais le législateur de la loi du 11 mars 1957 a voulu faire naître le droit pécuniaire de la publication faite par un ayant droit. L'article 23 montre bien qu'avant la publication de l'œuvre posthume, cette œuvre ne porte pas de droits pécuniaires, et que le *cujus* de l'auteur n'a pas pu transmettre lesdits droits de l'œuvre posthume, par ce qu'ils n'ont jamais existé dans son patrimoine. Quelle lecture est plus simple : dire que l'œuvre non divulguée porte des droits pécuniaires dès la création, lesquels disparaissent « bizarrement » à la mort de l'auteur, jusqu'à la publication par un ayant droit ? Ou dire que la création n'est pas la source de droits patrimoniaux ? D'ailleurs pourquoi cette distinction « arbitraire » entre les œuvres divulguées ou pas durant la vie de l'auteur si la divulgation n'est pas la source des droits pécuniaires ? L'article 23 de la loi du 11 mars 1957 devient l'article L. 123-4 CPI⁶⁸⁴, après l'adoption de la directive européenne du 29 octobre 1993. La formule de l'article L. 123-4, n'est pas très heureuse. En fait, le législateur français précise dans l'alinéa 1^{er}, que « Pour les œuvres posthumes, la durée du droit exclusif est celle prévue à l'article L. 123-1 ». Sans préciser la date du « fait générateur » du droit pécuniaire, le législateur français revient à traiter sur le même pied d'égalité des œuvres inédites et publiées. Le professeur Gautier donne l'exemple d'une publication à la 68^e année après le décès de l'auteur, ce qui ne donne que deux ans de protection aux bénéficiaires du droit⁶⁸⁵. Et puisque l'alinéa 2, de l'article L. 123-4, précise que « Pour les œuvres posthumes divulguées après l'expiration de cette période, la durée du droit exclusif est de vingt-cinq années à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de la publication. » ; ne vaut-il mieux pas attendre la deuxième période⁶⁸⁶ ? Il est clair que le législateur exprime mal sa pensée en adoptant la directive européenne, dont l'unique objet était d'unifier la durée de protection dans les états membres⁶⁸⁷.

148. La valeur comme synonyme du droit patrimonial. Pour faire la preuve de ce que le droit pécuniaire de l'auteur entre dans son patrimoine avant la divulgation, les tenants de cette

⁶⁸⁴ L. n° 97-283, 27 mars 1997, art. 8.

⁶⁸⁵ F. Pollaud-Dulian, *Droits moraux. Régimes matrimoniaux et succession, Juris-Classeur, Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1225, n° 128 : « La matière mériterait que le législateur apporte quelques améliorations au texte parfois maladroit de ce code ».

⁶⁸⁶ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 220, p. 427, note 2.

⁶⁸⁷ P. A. Maier, *L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, Revue du Marché Unique européen*, 2/1994, p. 49 à la page 72.

thèse évoquent souvent la valeur vénale de la création non divulguée⁶⁸⁸. Or, le patrimoine de la personne est la masse des droits et obligations ; et parce que tous les droits ont une valeur vénale, le patrimoine est une notion d'ordre pécuniaire⁶⁸⁹. Mais toute valeur vénale n'est pas un droit ; une simple idée, une proposition scientifique peuvent être des valeurs⁶⁹⁰. Par exemple : le possesseur d'une invention technique peut choisir de la conserver secrète ; elle constituera, alors, un savoir-faire non breveté, dont la valeur économique est incontestable, sans que cette valeur ne constitue un droit⁶⁹¹. Pour cette raison, même si la création a bel et bien une valeur vénale, avant la divulgation, cela ne veut pas dire qu'elle soit l'objet des droits pécuniaire pour faire partie du patrimoine de l'auteur. L'œuvre, du seul fait de la création, entre dans le domaine des valeurs patrimoniales, tout en demeurant hors du commerce, tant que le créateur n'en a pas décidé autrement⁶⁹². Conscient, donc, de l'importance du droit de divulgation, le législateur a pris soin de préciser que seul l'auteur détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci. Ce texte montre clairement que le droit de divulgation exerce une influence déterminante sur la naissance des droits patrimoniaux d'auteur⁶⁹³.

B. La contradiction de la thèse de l'épuisement du droit de divulgation avec le CPI

⁶⁸⁸ V. par ex. O. Lalignant, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁸⁹ A. Sériaux, *La notion juridique du patrimoine*, RTD civ., 1994, 801.

⁶⁹⁰ R. Savatier, *Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959, n°494 et s. ;

⁶⁹¹ A. Bertauld, *op. cit.*, p. 190: « J'ai par avance donné un démenti à cette proposition. Tout bien, toute chose appropriée est une valeur ; mais toute valeur n'est pas appropriable, toute valeur n'est pas susceptible de devenir l'objet d'un droit de propriété. M. Victor Modeste avait pourtant fait la très judicieuse remarque que tout droit de propriété suppose une personne, une chose et un rapport. Et bien ! la conception, en tant que conception, est-elle une chose ? Oui, en tant qu'elle a un corps, qu'elle s'est traduite dans un livre, dans une statue, dans un instrument. Mais si elle est séparée de sa forme extérieure, de son mode de manifestation, elle restera une *valeur*, parce qu'elle pourra être utilisée, réalisée ; mais si elle n'est encore que *réalisable*, elle n'est pas une *chose*, parce qu'elle n'a pas une réalité matérielle. » ; V. J.-M. Mousseron, *Valeur, biens droits*, Mélanges André Breton-fernand Derrida, Dalloz, 1991, p. 279.

⁶⁹² A. Le Tarnec, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2^e édition, 1966, n° 17, p. 21 : « La divulgation de l'œuvre aura précisément cette fonction, commandée par le droit moral de l'auteur, de faire sortir l'œuvre de la catégorie des biens « hors du commerce ». C'est au moment précis où intervient cette divulgation que se concrétise la décision de l'auteur de détacher l'œuvre de sa personnalité pour la faire entrer dans le commerce. »

⁶⁹³ *Infra*.

149. L'unité du droit moral (renvoi)⁶⁹⁴. D'abord, le principe de l'«épuisement» est mis en échec dans son application au droit moral de l'auteur. La doctrine française et une jurisprudence, quasi-majoritaires, affirment que les attributs du droit moral « occupent la sphère de la personnalité intellectuelle en tant qu'elle s'extériorise en des œuvres marquées de son sceau »⁶⁹⁵. Ou comme l'affirme pertinemment Françon, ces attributs sont « l'expression juridique du lien qui unit l'œuvre à son créateur »⁶⁹⁶. Ce lien est si important qu'il ne doit pas être rompu tout au long du processus de commercialisation de l'œuvre. L'épuisement du droit de divulgation va entraîner un éclatement et par conséquent un affaiblissement considérable du droit moral.

150. L'historique de la théorie. Bien que des doutes aient été émis sur le maintien de la prérogative de divulgation par la doctrine depuis le début du XX^{ème} siècle⁶⁹⁷, le terme « *épuisement du droit de divulgation* », n'est apparu que très tardivement. M. Lyon-Caen soutenait, que la personnalité de l'auteur est suffisamment respectée par le fait qu'il décide lui-même de la première mise en circulation de l'œuvre. Pour cette doctrine, il est donc inutile de lui reconnaître le même droit à propos de chaque édition. Ces doutes, qui révèlent un souci trop marqué par les intérêts des éditeurs, n'ont pas convaincu le Tribunal civil de la Seine le 1^{er} avril 1936, lequel a décidé dans l'affaire *Canal* : « qu'après une première édition ou après une ou plusieurs exécutions publiques de son ouvrage –auxquelles il n'a pu d'ailleurs consentir qu'à titre d'essai – il [l'auteur] doit demeurer à tout moment seul maître de décider s'il convient ou non d'autoriser de nouvelles éditions, auditions ou représentations sans qu'il y ait à discuter avec qui que ce soit de l'opportunité ou de l'intérêt de ces publications nouvelles »⁶⁹⁸. Le premier qui ait utilisé le terme « *épuisement de droit de divulgation* » fut M. le Doyen Strömholm, dans sa thèse parue en 1968⁶⁹⁹, ce terme ne paraît dans aucune jurisprudence ni doctrine auparavant. C'est une création purement doctrinale et très récente⁷⁰⁰,

⁶⁹⁴ V. *infra* Partie II, Chapitre II.

⁶⁹⁵ H. Desbois, *op. cit.*, n° 380.

⁶⁹⁶ A. Françon, *Cours de propriété littéraire et artistique et industrielle*, *op. cit.*, p. 107

⁶⁹⁷ Cf. Lyon-Caen, note sous l'affaire *Lecocq*, D. 1903, I, p. 7,

⁶⁹⁸ *DH*, 1936, p. 262.

⁶⁹⁹ *Op. cit.*, t II, 2, p. 213. ; Du même auteur, *Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur Etude de droit comparé*, D. A., 1968, p. 279, à la pp. 300-301 « [...], le droit moral – à l'exception toutefois du droit de divulgation (article 12 LA), normalement épuisé avec la première communication au public – impose certaines limites à la liberté pour le propriétaire d'un exemplaire d'en faire ce qu'il veut. ».

⁷⁰⁰ Par exemple, le terme « épuisement de droit de divulgation » ne paraît pas dans la 1^{ère} édition de l'ouvrage de M. le Professeur P.-Y. Gautier, (*Propriété littéraire et artistique*, PUF, 1991), pour le retrouver dans la 2^{ème} édition, n° 94, p. 155 : « A noter que cette prérogative s'épuise lors de son premier exercice, du moins pour l'usage principal concédé par l'auteur [...] ; en revanche, si l'œuvre est adaptée, exploitée sous de nouvelles formes, etc., il semble bien que son droit de divulgation renaisse » ; pour adhérer à la thèse de l'épuisement à

reprise par quelques décisions de jurisprudence qui restent toujours minoritaires par rapport à deux siècles de jurisprudence qui consacrent la notion du droit moral.

151. Une solution loin de faire l'unanimité de la jurisprudence. D'ailleurs, la jurisprudence française, à plusieurs reprises, a refusé d'appliquer le principe d'épuisement du droit de divulgation⁷⁰¹. Dans l'affaire *Lacordaire*, le célèbre abbé s'est opposé à un éditeur, qui avait décidé de publier un volume des « *Conférences de l'abbé Lacordaire* » d'après des notes prises pendant les exposés publics de celui-ci. Le Tribunal correctionnel de Lyon le 10 juin 1845, affirma que « au point de vue de sa personnalité morale et dans l'intérêt même de ses doctrines, *l'auteur doit toujours conserver le droit de revoir et de corriger son œuvre, d'en surveiller la fidèle reproduction, et de choisir le moment et le mode de publication.* »⁷⁰². L'auteur conserve donc le droit de divulgation, celui dû au respect de son nom, de la qualité de son œuvre ainsi que la prérogative de repentir et de retrait. Lorsqu'un auteur divulgue son œuvre, il garde toujours son droit de s'opposer à ce qu'elle demeure au service d'une autre œuvre ou d'un autre produit, donc une nouvelle divulgation. C'est dans ce sens que la Cour de Paris a jugé que : « [...] il convient de rappeler qu'il appartient à l'auteur-interprète seul de déterminer les conditions dans lesquelles il entend que son œuvre soit exploitée ». Mais puisque la Cour affirme que ce droit « relève du pouvoir discrétionnaire », « reconnu à l'auteur par la loi », on peut facilement deviner que c'est le droit moral et plus précisément la prérogative du droit de divulgation⁷⁰³. Dans une autre affaire, un auteur compositeur a appris que la société *La cinq* et la société *M6* avaient utilisé sans son autorisation la musique de son œuvre comme support sonore d'un film publicitaire. La Cour a jugé que : « l'article L. 121-2 du CPI laisse à l'auteur le pouvoir de contrôler les conditions de divulgation de son œuvre ; que dès lors l'incorporation dans l'œuvre nouvelle d'une œuvre préexistante nécessite l'autorisation de l'auteur de cette œuvre ». De même, la Cour rajoute que l'incorporation de

partir de la 3^{ème} édition parue en 1996, n° 120, p. 179-180 : « [...] ; il n'est de ce point de vue évident que son droit de divulgation renaît, [...] ».

⁷⁰¹ V. Cass. 1^{re} ch. Civ., 21 nov. 2006, *Bull. civ. I*, n° 499 : « c'est sans dénaturer le contrat du 27 novembre 1996 portant cession des droits d'édition de l'album 'Oklahoma Jim', y compris sous forme publicitaire, que la cour d'appel a décidé que cette autorisation ne s'étendait pas à la divulgation de l'œuvre sous une forme de prime gratuite, un tel mode de divulgation, à défaut d'autorisation spécifique, constituant une atteinte au droit moral des auteurs [...], obs. F. Pollaud-Dulian, *RTD com.* 2007, p. 536 : « [...], force est de constater que l'arrêt fait jouer le droit de divulgation au-delà de la première publication, écartant ainsi nécessairement l'idée de l'épuisement par le premier usage. » *Adde* P. Sirenelli *RIDA* janv. 2007, p. 241 à la p. 247 : « C'est le droit de divulgation de coauteur apparu dans un deuxième temps qui a permis de faire échec à l'opération. » ; *Contra* A. Lucas *PI* janv. 2007, p. 84 : « La question dite de 'l'épuisement' ne se posait pas en l'espèce puisque l'exploitation litigieuse constituait la première divulgation publique de l'œuvre. ».

⁷⁰² *D.P.* 1845, II, p. 128, Cité par S. Strömholm, *op. cit.*, t. I, p. 121.

⁷⁰³ CA Paris 4^e ch. A, 7 juin 2000, *D.* 2001, *somm. comm.*, p. 2555, obs. P. Sirinelli ; TGI Paris, 29 nov. 1996, *Légipresse*, 1997, n° 142, I, p. 69.

l'œuvre dans un film publicitaire, porte atteinte en plus à son droit au respect, en altérant le caractère de cette œuvre musicale, conçue au départ comme un divertissement, et ce, d'autant plus qu'elle était associée à une messagerie et à une émission érotique⁷⁰⁴.

152. L'avis de la Cour de cassation. En plus, cette conception défendue par les tenants de l'épuisement du droit de divulgation est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a jugé récemment que « c'est sans dénaturer le contrat du 27 novembre 1996 portant cession des droits d'édition de l'album 'Oklahoma Jim', y compris sous forme publicitaire, que la cour d'appel a décidé que cette autorisation ne s'étendait pas à la divulgation de l'œuvre sous forme de prime gratuite, un tel mode de divulgation, à défaut d'autorisation spécifique, constituant une atteinte au droit moral des auteurs [...] »⁷⁰⁵ La Cour de cassation affirme clairement la divisibilité du droit de divulgation. Selon la cour, un auteur qui a admis l'exploitation de ses œuvres sous forme d'albums vendus dans les librairies peut s'opposer à la distribution de ses mêmes œuvres sous forme de prime gratuite. Une solution heureuse, parce que comme le souligne le professeur Sirinelli : « On mesure l'intérêt pour l'auteur. Alors même que sur le terrain du droit au respect il aurait été nécessaire de rechercher si l'utilisation retenue ne portait pas atteinte à la forme de l'œuvre ou à l'esprit de cette dernière, la voie offerte par le droit de divulgation paraît plus simple pour le créateur puisqu'il faut s'en remettre à l'interprétation de sa volonté. Point de démonstration délicate à faire sur la dénaturation de l'œuvre par une exploitation qui serait contraire à l'esprit de la création mais simple analyse de ce que le créateur a voulu ou non. La solution est d'autant plus remarquable qu'en l'espèce la société exploitante pouvait se recommander de la volonté du dessinateur

⁷⁰⁴ CA Paris, 4^e ch. 7 avril 1994, *RIDA*, avril, 1995, p. 354 ; V. CA Paris, 1^e ch. A. 25 juin 1986, *RIDA*, janv. 1987, n° 171, p. 337 : « l'utilisation à des fins publicitaire d'une œuvre dont ce n'est pas la vocation première, constitue un détournement de sa finalité lui faisant quitter le domaine purement artistique ou littéraire pour celui de commerce ». Or, le détournement de la finalité de l'œuvre est un détournement des conditions de la divulgation (champ publicitaire) ; Cass. civ. 1^{ère} ch., 15 févr. 2005, Bull. civ., n° 83, obs. F. Pollaud-Dulian, *RTD com.* 2006, p. 93, à la p. 94 : « Notons que l'arrêt de la Cour de cassation vise aussi l'article L. 121-2, c'est-à-dire une atteinte au droit de divulgation. Une fois de plus, la jurisprudence montre que cette prérogative ne s'épuise pas par le premier usage, mais au contraire, qu'elle s'applique chaque fois qu'une destination ou une finalité complètement différente est donnée à l'œuvre. » ; V. Cass. civ. Bruxelles (réf.), 9 février 1996, *Auteur & Médias*, 1996, p. 413 et Cass. civ. Bruxelles, 3 avril 2001, *Auteur & Médias*, 2001/4, p. 464 (les deux décisions dans la même affaire : Brel c/ Promo) Dans cette affaire il était jugé que si le titulaire du droit d'auteur sur une chanson inédite, autorise une adaptation et une exploitation de cette chanson en russe, elle ne peut être ensuite divulguée en français sans son autorisation spécifique. Les conditions et limitations mises par l'auteur à l'exercice d'une partie de son droit de divulgation peuvent dans ce cas le préserver des autres usages ou modes d'exploitation qu'il n'a pas accepté de divulguer. (cité par A. Berenboom, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 103, p. 181.) ; V. toutefois, Cass. civ. Gand, 3 sept. 2001, *I.R.D.I.*, 2002, p. 104 (la mise en ligne d'un site web vaut épuisement du droit de divulgation de l'œuvre que constitue le site.), cité par S. Dusollier, op. cit., n° 472, p. 373, note 225.

⁷⁰⁵ Cass. civ. 1^{er} ch., 21 nov. 2006, *préc.*

principal, créateur de l'univers en cause. C'est le droit de divulgation de coauteurs apparus dans un deuxième temps qui a permis de faire échec à l'opération. »⁷⁰⁶.

Si le droit moral, par le biais du droit de divulgation, donne à l'auteur le « pouvoir », selon l'article L. 121-2, de n'autoriser la divulgation que sous certaines formes, on peut en déduire que, en choisissant les modalités et la finalité assignées à cette divulgation, l'exercice de cet attribut du droit moral s'étend au delà de la première divulgation⁷⁰⁷. C'est en ce sens que la Cour de cassation a tranché dans une affaire où deux auteurs avaient cédé à une société d'exploitation un certain nombre de photographies destinées à illustrer un catalogue. Les deux auteurs ont appris plus tard que la société d'exploitation avait l'intention de reproduire, sans leur autorisation dans un nouveau catalogue, une partie desdites photographies qui lui avaient été livrées en premier lieu. La cour de cassation a jugé que : « Attendu que MM. Leprêtre et de Nève avaient encore réclamé réparation de l'atteinte portée à leur droit moral d'auteur par une divulgation de leurs œuvres dans des conditions non autorisées par eux et que le rejet de cette demande n'était implicitement justifié que par la décision de la cour d'appel ayant à tort reconnu l'existence d'une cession totale du droit de reproduire les photographies litigieuses »⁷⁰⁸.

153. L'avis des spécialistes de l'épuisement. D'ailleurs, Mme B. Castell, dans sa thèse intitulée « *L'épuisement du droit intellectuel en droit allemand français et communautaire* », exclut de son étude, entre autres, le droit moral de divulgation parce qu'elle le considère « inépuisable »⁷⁰⁹. Dans le même sens, Reimer dans son article « *Principle of Exhaustion of the Rights* » considère que le principe de l'épuisement ne peut pas s'appliquer au droit de divulgation parce que selon lui : « [...] *the right of divulgation does not come to an absolute end because the right of divulgation is mainly a right which has its sources in the moral interests of the author. The author has always the right to forbid any sort of publication which*

⁷⁰⁶ Note préc., pp. 246-247.

⁷⁰⁷ F. Pollaud-Dulian, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n°616.

⁷⁰⁸ Cour de cassation ch. Civ. 1, 13 déc. 1989, *Bull. Civ. I.* N° 391, *D.* 1990, *IR*, p. 32; Dans le même sens TGI Paris 1^{re} ch., 17 mai 1989, *RIDA* janv. 1990, p. 349 ; TGI, 3^e ch. 14 février 2003, *RIDA*, juillet, p. 219 : « que se faisant, les défenderesses ont porté atteinte au droit de l'auteur de déterminer, seul, les conditions dans lesquelles il entend que son œuvre soit exploitée », ce qui constitue une application de l'article L. 121-2 du CPI : « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre », et « il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci », V. obs. X. Daverat, *P.A.*, 19 janvier 2004, n° 13, p. 13.

⁷⁰⁹ B. Castell, *L'épuisement du droit intellectuel en droit allemand français et communautaire*, PUF, 1989, p. 21, note 40 : « L'auteur conserve donc le droit de divulgation, celui de respect de son nom et de la qualité de l'œuvre ainsi que la prérogative de repentir ou de retrait » Selon l'auteur : « Elles ne font pas directement l'objet de cette étude parce qu'elles sont 'inépuisables' ».

he has not consented in. »⁷¹⁰. Pour lui si on comprend bien l'origine de la théorie de l'épuisement, elle ne devrait pas s'appliquer au droit moral⁷¹¹. Faut-il rappeler que l'épuisement d'un droit suppose son existence, quelles que soient les limites apportées à la faculté de l'exercer. La théorie de l'épuisement s'inspire de la distinction entre l'« existence » et l'« exercice » du droit intellectuel. Un arrêt du 24 septembre 1979 de la Cour suprême allemande explique bien la fonction de l'idée de l'épuisement du droit intellectuel : « Cette théorie a été découverte pour assurer la libre circulation des marchandises tout en sauvegardant les prérogatives du titulaire du droit de propriété industrielle, littéraire ou artistique. »⁷¹². La justification de cette théorie est dans la nécessité de faciliter la circulation des produits au sein de l'Union européenne. Comment peut-on appliquer cette vision à un droit extrapatrimonial en dehors du contexte de la distribution d'un exemplaire corporel ? En plus l'épuisement suppose que nous sommes devant un droit de divulgation qui existe mais qui ne s'exerce pas ? Or, les partisans de l'épuisement du droit de divulgation nous enseignent que le droit de divulgation s'efface, disparaît définitivement. La doctrine de l'épuisement du droit de divulgation reste muette sur ces questions⁷¹³. Cette théorie vient du droit allemand *via* le droit communautaire de la concurrence appliqué aux brevets. Elle est intégrée au droit français des brevets et par le biais des directives, aux droits patrimoniaux d'auteurs de logiciels. D'ailleurs, le législateur dans l'article L. 122-6, CPI, utilise clairement le terme « La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, [...] par l'auteur ou avec son consentement *épuise* le droit de mise sur le marché ... », et s'il avait l'intention d'épuiser le droit de divulgation, on voit mal pourquoi il n'a pas introduit une disposition expresse. Rien ne dit que le législateur français, de la loi de 1957⁷¹⁴, ait voulu rompre avec la chaîne d'arrêts le principe qui a établi le droit de divulgation⁷¹⁵. Comme le souligne M. le Professeur Gaudrat, la référence à l'épuisement est doublement fâcheuse : outre que le vocable renvoie à une problématique de propriété industrielle, qui ne doit être transposée en droit d'auteur, les tenants de la théorie en font une application plus radicale au droit moral qu'au droit

⁷¹⁰ D. Reimer, *Principle of Exhaustion of the Rights*, NIR, n° spécial, 1982, p. 362, à la p. 363.

⁷¹¹ *Ibid.* : « So I think that if we have understood this origin of the whole theory we will have no more so much fear concerning the principles of exhaustion. »

⁷¹² BGH, 24 sept. 1979, *Fullplastverfahren*, Grur., 1980, p. 39, II, Cité par B. Castell, *op. cit.*, n°7, p. 15.

⁷¹³ P. Gaudrat, *Juris-Cl. Civil, Annexes Propriété littéraire et artistique*, 8, 2001, fasc. 1211, *Droit de divulgation*, n°68 : « En contradiction avec le droit positif comme avec *l'analyse des concepts*, cette thèse n'a guère pour elle que de satisfaire les intérêts des exploitants. » (*Nos italiques*).

⁷¹⁴ Ce qui conforte cette analyse, est que la loi DADVSI 2006, après avoir introduit le principe de l'épuisement du droit de distribution, n'a pas touché, heureusement, au droit de divulgation.

⁷¹⁵ T. correctionnel de Lyon le 10 juin 1845 : « L'auteur doit toujours conserver le droit de revoir et de corriger son œuvre [...] et de choisir le moment et le mode de sa publication. », *D.P.* 1845, II, p. 128 ; C. Lyon le 23 juin 1847, La Cour décida que l'éditeur n'avait pas le droit de changer le genre de publication, Cité par S. Strömholm, *op. cit.* t. I, p. 121 ; Paris, 6 mars 1931, *D.P.*, 2^{ème} partie, p. 88, note M. Nast.

patrimonial⁷¹⁶. Articuler, par exemple, avec le droit de commercialiser les exemplaires d'un logiciel, l'épuisement cesse de produire effet si l'exemplaire est mis en location ; ce qui montre bien que l'épuisement n'éteint pas le droit mais le suspend simplement dans un espace à définir⁷¹⁷.

154. La critique de l'assimilation du droit de divulgation en droit d'auteur à celui en droit de brevets. Apparemment, la thèse de l'épuisement de droit de divulgation n'est qu'une sorte d'abus de langage, par les défenseurs de celle-là, pour identifier la divulgation comme un fait juridique de révélation d'une information (en l'espèce l'œuvre). Ce fait juridique a lieu une fois pour toutes, pour prendre la définition de la divulgation qu'en fait le droit de brevet⁷¹⁸. Même si le droit d'auteur inclut, naturellement, un aspect révélateur⁷¹⁹ ; ainsi par exemple, à l'article L. 122-5 du CPI, en traitant les exceptions aux droits patrimoniaux, la loi exige qu'il y ait eu divulgation de l'œuvre. Or, pour que les tiers aient l'occasion de faire valoir une exception, on se serait attendu à ce qu'il y ait eu publication, donc communication au public, qui est postérieure à la divulgation mais pas un synonyme. En ce qui concerne la divulgation en propriété industrielle, elle s'articule avec la notion objective de nouveauté qui ne peut pas avoir une place en droit d'auteur⁷²⁰. D'abord, le droit d'auteur exclut les critères objectifs, l'article L. 112-1 dispose en fait que le CPI, protège toutes les œuvres de l'esprit « quel qu'en soient la forme d'expression, le mérite ou la destination ». Ensuite, dans le système du droit de la propriété industrielle, le monopole n'est pas attaché à une forme originale unique, mais à une invention utilitaire : une solution technique, destinée à résoudre un problème technique. Or, une invention est nouvelle tant qu'elle n'a pas été déjà révélée. Traditionnellement le droit français considère comme éléments destructeurs de la nouveauté, en propriété industrielle, les divulgations qui dévoilent le secret de l'invention. Ces divulgations ne s'attachent pas à une forme précise, contrairement à la divulgation en propriété littéraire et artistique, laquelle protège une forme déterminée émanant de la personnalité de son auteur.

⁷¹⁶ Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 70, p. 34.

⁷¹⁷ « Si l'on veut vraiment appliquer la théorie de l'épuisement, appliquons-la sans détournement, dépouillée de sa problématique transactionnelle de propriété industrielle et d'une référence implicite à une notion de divulgation étrangère au droit d'auteur ; on s'apercevra alors qu'elle coïncide simplement avec les limites inhérentes à tout droit subjectif et ne permet en rien de fonder les conclusions qu'on lui attribue. », *ibid.*

⁷¹⁸ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 384 : « Telle est également l'acception retenue en droit des brevets. ».

⁷¹⁹ Desbois parle de l'importance de la première communication au public : « Le jour de la première édition ou représentation, une transformation a lieu, non moins importante que celle qui se réalisera le jour où l'œuvre tombera dans le domaine public. », *op. cit.* n° 208.

⁷²⁰ L'article L. 611-11 alinéa 1 et 2 du CPI, dispose qu'« une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ».

155. La critique de l'assimilation du droit de divulgation en droit d'auteur à celui en *copyright*. En plus, si le droit de divulgation avait pour seul objet la protection de la vie privée de l'auteur, semblable à son homologue anglo-saxon, (*right of first publication*), les conséquences seraient considérables⁷²¹. Le droit à la vie privée se limite au secret et à la protection contre toute divulgation portant sur la vie privée du sujet. C'est un droit qui se traduit par un devoir d'abstention : « laissez-moi tranquille »⁷²². Cette tranquillité, qui est la valeur psychologique protégée, revêt des aspects multiples : ne pas voir divulguer sa biographie ou sa généalogie, l'état de sa fortune ou de ses dettes, etc⁷²³. L'empreinte de la personnalité n'est pas une condition pour la protection de la vie privée. Or, le droit de divulgation, droit moral par excellence, n'a pour objet qu'une œuvre de l'esprit originale. Une œuvre de l'esprit, originale, peut contenir ou non des aspects de la vie privée de l'auteur. Cependant, le droit de divulgation existera toujours. D'ailleurs, pourquoi le Code de la propriété intellectuelle mentionnerait-il la notion de droit de divulgation si les principes du droit civil, à eux seuls, suffisaient à protéger la vie privée⁷²⁴ ? Dans le cas de la doctrine américaine, le « *right of first publication* », n'est attribué qu'à certaines catégories d'œuvres : les œuvres à caractère privé, telles que les lettres, les journaux intimes,...etc.)⁷²⁵. Or, une telle distinction n'existe point dans le droit d'auteur français, et le droit de divulgation s'applique à toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.

156. Le principe de la non-transmission du droit de divulgation aux ayants droit des œuvres *anthumes* selon les textes du CPI.⁷²⁶ Dans la conception défendue par les tenants de la thèse de l'épuisement du droit de divulgation, le problème de sa transmission *post mortem* ne peut pas se poser. Autrement dit, si le droit de divulgation ne s'épuise pas, quel est le sort du droit de divulgation afférent à des œuvres qui n'ont été que partiellement divulguées au

⁷²¹ En effet, la notion *right to privacy* s'est fait construire par la jurisprudence anglaise autour de la divulgation illicite des œuvres artistiques. Les deux affaires les plus significatives avaient pour objet une divulgation d'œuvres artistiques ou intellectuelles, jugée illicite parce qu'elle a été faite contre la volonté de l'auteur. Ce que les défendant appellent *privacy* couvre une phase intermédiaires, qui sépare la création de l'œuvre et sa divulgation privée (en ce sens qu'elle ne dépasse pas un cercle restreint de destinataires) d'une publication proprement dite, seule en mesure de placer l'œuvre sous la protection du *Statutory copyright*. F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brulant, 1990, p. 13.

⁷²² J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes*, PUF, 21^{ème} éd., 2000, n° 86.

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ Art. 9 du Code civil.

⁷²⁵ L. R. Patterson & Stanley W. Lindberg, *op. cit.*, p. 215.

⁷²⁶ V. *infra* (Partie II, Titre I, Chapitre II, Section 2, §1.).

moment du décès de l'auteur⁷²⁷ ? Surtout qu'on peut légitimement hésiter à l'étendre à des œuvres qui ont déjà fait l'objet d'une divulgation du vivant de l'auteur. Si le droit de divulgation ne s'épuise pas suite à la première publication de l'œuvre, il est donc nécessaire de justifier les raisons et les conditions de cette extinction posthume qui affecte également le droit de repentir, corollaire du droit de divulgation⁷²⁸. Dans une affaire, la société FRANCE 3 a diffusé sur ses antennes le film « LE COUPABLE », diffusion réalisée, selon les héritiers de cette œuvre de collaboration, au mépris, entre autres, du droit de divulgation. La Cour d'appel de Paris⁷²⁹ définit le droit de divulgation, « lequel doit s'entendre de la première communication de celle-ci au public ». Selon la Cour, la diffusion du film par FRANCE 3 ne porte pas atteinte au droit de divulgation. Elle fonde son raisonnement sur le fait que ce droit de divulgation s'épuise par la première communication au public. En l'espèce il s'est trouvé épuisé par la diffusion en salle dès 1936. La Cour de Paris, en définissant ainsi le droit de divulgation, déforme complètement le concept de droit de divulgation. Dans cette définition, elle fait de la première communication un synonyme de divulgation. Le rapport entre les deux notions est simple, la divulgation étant la cause et la communication l'effet. Mais la déformation du concept de droit de divulgation ne s'arrête pas ici. Pis encore : la personne même de l'auteur n'a, selon la Cour, aucun lien avec l'exercice du droit de divulgation, puisqu'elle poursuit en précisant que les héritiers ne peuvent pas exercer le droit de divulgation : il est *épuisé* ! D'abord, elle méconnaît le fait que la personne de l'auteur est indispensable à la construction juridique du droit de divulgation ; la loi dispose pourtant : « *l'auteur a seul le droit de divulguer* » (l'article L. 121-2). Or l'affirmation de la cour ignore le fait que la mort de l'auteur éteint le droit de divulgation, et non l'exercice de ce droit durant la vie de l'auteur⁷³⁰. La loi dispose que le droit de divulgation, dans la mesure où l'auteur lui-

⁷²⁷ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n°465.

⁷²⁸ S. Hovasse-Banget, *La propriété littéraire et artistique en droit de successions*, Thèse, Rennes, 1990, pp. 54 et s.

⁷²⁹ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 18 déc. 2002, *G.P.* 2004, 1, *jurispr.* p. 31 ; *JCP éd. E.*, p. 2067, notre note ; V. dans le même sens CA Paris 4^e ch. A., 18 janv. 2006 : « Considérant, outre le fait que le droit de divulgation de Jean-Louis Castelli s'est épuisé lorsqu'il a consenti que les deux clichés litigieux anthumes soient divulgués au public pour assurer la promotion du film 'Les Tontons Flingueurs' par la société Gaumont, que le préjudice allégué par Isabelle Castelli n'est aucunement fondé sur une atteinte au droit de divulgation des photographies de son père, mais sur celle portée au respect de l'œuvre, résultant selon ses propres écritures, des retouches qui 'auraient été opérées sur le cliché que Jean-Louis Castilli a réalisé lors de la scène filmée à l'église. », *RIDA*, oct. 2006, note P. Sirinelli, p. 219.

⁷³⁰ L'article L (121-2, al.2) ne traite que le cas très particulier des œuvres posthumes, conformément à la décision de la Cour de cassation, Cass. Civ. 1^{er}, 11 janvier 1989, *JCP G.* 1989, II 21378, note A. Lucas ; Dans ce sens V. R. Savatier, *Le droit de l'art et des lettres ; Les travaux des musées dans les balances de la justice*, LGDJ, 1953, n°20-21 : « D'abord, il faut reconnaître que la mort de [l'auteur] change bien les choses. Lien intime rattachant l'œuvre à une personne humaine, le droit moral, pour garder sa force, suppose celle-ci vivante. [...] Du droit moral, il ne subsiste plus, chez les héritiers désigné par la loi ou par l'auteur pour le représenter, que le droit au respect, c'est-à-dire le droit d'empêcher l'usurpation de l'œuvre par autrui, [...] » ; V. cpdt du même auteur *in*

même ne l'a pas exercé de son vivant, est exercé par les personnes désignées par l'article L.121-2, al. 2. Toute divulgation durant la vie de l'auteur prive l'œuvre après la mort de son créateur de sa qualité d'œuvre posthume. Or, l'article L. (121-2, al.2) ne traite que le cas très particulier des œuvres posthumes, conformément à la décision de la Cour de cassation⁷³¹, en plus l'article L.121-1 ne mentionne guère la dévolution du droit de divulgation⁷³². C'est pour cette raison que les héritiers des co-auteurs ne peuvent pas exercer le droit de divulgation car ils ne sont pas titulaires⁷³³. Ainsi le Tribunal civil de la Seine, à propos d'un litige relatif à une symphonie de Bizet, a jugé « qu'après la révolution des droits d'auteur, le monopole des héritiers ou de leurs ayants droit disparaît totalement et que seul subsiste un droit moral qui ne leur permet d'interdire la divulgation qu'au cas où l'auteur lui-même se serait opposé à toute publication de l'œuvre inédite,... »⁷³⁴. Si les héritiers ne peuvent pas exercer cette prérogative du droit moral c'est parce qu'elle a disparu avec la mort de l'auteur, le seul titulaire.

157. Un droit anéanti en pratique. Les contradictions de la thèse de l'épuisement ne s'arrêtent pas là. MM. les Professeurs Lucas définissent le droit de divulgation comme le fait de porter l'œuvre à la connaissance du public ; par cette définition ils excluent de l'exercice du droit de divulgation les conclusions des contrats d'exploitation tant que l'œuvre n'est pas *réellement communiquée*. Or, dans la grande majorité des cas, ce n'est pas l'auteur qui accomplit les opérations matérielles destinées à porter l'œuvre à la connaissance du public, c'est l'exploitant qui les réalise. L'article L. 121-2, du CPI, disposant que l'auteur a « seul » le droit de divulguer son œuvre au public, ne mentionne guère les ayants droit de l'auteur, par contrat ou par succession. Dans cette perspective, l'analyse de MM. Lucas ne saurait être appliquée qu'aux cas où l'auteur porte lui-même son œuvre au public, comme par exemple les poètes ou les chansonniers qui improvisent, sur la scène ou sur leurs sites *web*, quelques couplets ou quelques vers.

Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, op. cit., n° 47 : « Le texte ne parle, dans l'article 19, que l'œuvre posthume, c'est-à-dire de l'œuvre que l'auteur n'a pas publiée en son vivant, quelle que soit d'ailleurs sa nature. Mais l'attribution du droit de publication paraît nécessairement semblable pour les nouvelles publications, encore non consenties, de l'œuvre déjà divulguée par l'auteur. Il s'agit bien là du droit moral et non du droit pécuniaire. » ; sur le principe de l'éclatement du droit moral à la mort de l'auteur V. *infra* (Partie II, Chapitre II, Section 2).

⁷³¹ Cass. Civ. 1^{er}, 11 janvier 1989, *op. cit.*

⁷³² V. *infra* (Partie II, Titre I, Chapitre II, Section 2, §1.)

⁷³³ R. Savatier, *op. cit.*, n°20.

⁷³⁴ Trib. civ. Seine 3e ch., 20 nov. 1956, *RIDA*, juill. 1957, p. 136.

158. La contradiction de la thèse de l'épuisement avec la lecture de l'article L.121-4 du CPI. Pour que cette définition soit cohérente, les cessions des droits patrimoniaux ne peuvent faire partie des actes de divulgation, lesquels se limitent aux communications qui ont pour effet de porter l'œuvre à la connaissance du public. Cela veut dire que l'auteur en cédant son droit patrimonial, sans que son œuvre ne soit effectivement ou matériellement portée à la connaissance du public, ne l'a pas encore divulguée, cette assertion est contredite par la lecture de l'article L. 121-4⁷³⁵. Cet article dispose très clairement, que le droit de retrait ou de repentir s'exerce après l'acte de divulgation et même après une communication au public. La confusion serait inévitable⁷³⁶ si la divulgation était un synonyme de communication au public, donc un fait juridique.

§2. Une thèse incompatible avec le système juridique français

159. L'individualisme au cœur du système juridique français. Avec l'introduction de principe de l'épuisement, en général, et l'épuisement du droit de divulgation en particulier, c'est la conception économique du droit d'auteur qui est en train de prendre le pas sur la conception individualiste. Mais nous avons vu que l'idéologie individualiste anime le système juridique français tout entier. En effet, les critères économiques de la définition d'une propriété en général et la notion de propriété utile en particulier tendent à se développer au profit d'une évolution du droit d'auteur vers un modèle plus économique, détaché du droit moral (A.). Cette conception, anti-individualiste, met en cause le principe de l'autonomie de la volonté, et, en conséquence, la distinction entre droit public et droit privé (B.).

A. Le « *right of disclosure* » : une conception anti-individualiste

⁷³⁵ Qui dispose « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, **même postérieurement à la publication** de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. ». (Souligné par nous).

⁷³⁶ V. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n°392 : « L'adverbe « **même** » ne doit pas induire en confusion. En réalité, c'est seulement après la publication, prise de toute évidence comme synonyme de divulgation, que le droit peut trouver à s'exercer, prenant ainsi le relais du droit de divulgation ». (Souligné par les auteurs).

160. Le *right of disclosure*. Le système du *Copyright* dans son esprit anti-individualiste ne connaît pas le « droit moral »⁷³⁷, ce droit à caractère personnel, s'intègre mal dans le système de *common law*, qui préfère la notion de « *property* »⁷³⁸. En plus le concept même du « *moral right* » a une connotation éthique qui déplaît aux juristes anglo-saxons, réticents à l'idée que les considérations éthiques sont capables de construire des arguments proprement juridiques⁷³⁹. Dans la logique économique du *copyright* il n'est pas concevable que la bonne marche d'une entreprise soit perturbée par « les scrupules » de l'auteur⁷⁴⁰, surtout que l'auteur est conçu comme un entrepreneur et que son œuvre n'est qu'un produit⁷⁴¹. Pour cela, la volonté de l'auteur, qui devrait être protégée par le droit de divulgation, s'y trouve remplacée par un « *right of first publication* », une notion plus adaptée au système anglo-saxon que le droit de divulgation continental. Ce « *right of first publication* » peut être défini comme le droit pour un auteur ou pour le propriétaire du manuscrit de s'opposer à la publication d'une œuvre inédite. L'article 2 du *Copyright Act* de 1909 disposait que : « *nothing in this title shall be construed to annul or limit the right of the author or proprietor of an unpublished work, at common law or in equity, to prevent the copying, publication, or use of such unpublished*

⁷³⁷ V. cpdt S. Delayen, *Droit d'auteur contre copyright, L'actualité Poitou-Charentes*, n° 81, 2008, p. 98, l'auteur évoque un « *pseudo-droit moral* » en copyright américain.

⁷³⁸ L. Ray Patterson & S. W. Lindberg, *The Nature of Copyright*, The University of Georgia Press, 1991, p. 166; V. dans le même sens E. Bellini, *Moral Right and Droit moral, a matter of paradigms, R.I.D.A.*, avril, 2005, p. 4; "England and North America were not touched by the category of rights of personality, whose roots is the Hegelian and Kantian philosophy, instead flourish in civil law countries."

⁷³⁹ S. Nérison, *Le droit moral de l'auteur décédé en France et en Allemagne, Cahiers IRPI*, n° 4, 2003 : « Il faut préciser comme le fait M. Schack que le terme *moral* ne fait pas référence à la notion de meurs. *Moral* désigne ce qui est intellectuel, ce qui ressort d'une fiction juridique, telle que la personnalité morale des entreprises. » ; V. cpdt G. Michaélides- Nouaros, *Le droit moral de l'auteur, op. cit.*, p. 66 : « Ce terme [droit moral] est justement critiqué. Il fait supposer qu'il s'agit d'un droit protégé par la morale et non par le Droit. Son succès s'explique par la difficulté de trouver une appellation meilleure. On a proposé le terme 'droit personnel' ou droit de la personnalité (*Persönlichkeitsrecht*). La première dénomination prête à confusion avec le droit de créance portant le même nom. La seconde – qui domine en Allemagne et dans les pays d'influence germanique – a le défaut de donner à ce droit une appellation d'une catégorie entière de droits. C'est pourquoi on y ajoute... 'de l'auteur' (*Urheberpersönlichkeitsrecht*), ce qui rend le terme trop long et incommode. On parle aussi de droit moral ou personnel de contrôle et de droit au respect. Ces expressions désignent plus spécialement le droit d'interdire les modifications à l'œuvre et de contrôler son usage. Elles ne visent, dès lors, que l'aspect négatif du droit moral ; elles ne peuvent pas s'appliquer à ce qu'il y a de positif en lui. Il s'ensuit qu'on doit conserver, faute de mieux, le terme 'droit moral'. » ; V. J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français*, Dalloz, 1927, p. 332 : « L'emploi du qualificatif moral prête tout naturellement à confusion. Il ne s'agit nullement en l'espèce d'un concept éthique, mais d'une notion toute intellectuelle. La protection de la personnalité intellectuelle de l'auteur n'est qu'une des formes de la défense de la liberté individuelle et de la dignité de l'homme considéré, [...]. La morale ne fait rien à l'affaire, et la qualification du droit incontestable que l'on s'accorde, en doctrine et en jurisprudence n'apparaît par conséquent comme absolument défectueuse. Nous n'avons pas cru cependant devoir bannir absolument l'expression critiquée. Le motif en est qu'il est difficile de trouver une qualification meilleure, c'est-à-dire moins mauvaise. Il est toutefois bien entendu que nous n'y recourons qu'à contre cœur. » ;

⁷⁴⁰ G. Gavin, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, Paris, Dalloz, 1960, p. 300.

⁷⁴¹ B. Edelman, *Le droit d'auteur et le marché, Le monde diplomatique*, juillet 1990, p. 32.

work without his consent, and to obtain damage therefore ». Ce droit, qui était garanti à la fois par le *Statutory Law* et le *Common Law*, donne une protection qui n'était pas liée à la personne de l'auteur, puisque comme le dit le texte très clairement, il n'y a pas de distinction entre l'auteur et le propriétaire du manuscrit⁷⁴². Le CA de 1976, élimine le *Common Law* copyright, et consacre la protection du copyright à partir du moment où l'œuvre est fixée sur un medium tangible, sans que la publication de l'œuvre soit une condition de la protection comme le faisait le *Common Law* copyright. Reste à savoir si le « *right of first publication* », qui n'est plus mentionné dans le *Copyright Act* de 1976, existe toujours.

161. L'affaire *Harper & Row v. Nation Entreprises*. Dans cette affaire qui concernait la publication des mémoires du président Gerald Ford⁷⁴³, dont le contrat d'édition prévoyait le droit exclusif pour l'éditeur de concéder un droit de prépublication de certains extraits de l'ouvrage en vue de stimuler l'intérêt pour le livre à paraître, l'éditeur *Harper & Row* vendit ainsi au magazine *Time*, en lui garantissant l'exclusivité, le droit de publier 7500 mots tirés de l'ouvrage. Il s'agissait de passages concernant l'affaire du *Watergate* et le pardon de *Ford* à *Nixon*. Avant l'apparition de l'article du *Time*, *The nation* obtint une copie non autorisée des mémoires de *Ford* et s'empressa de publier un article de 225 mots largement consacré à l'affaire *Watergate*, à *Nixon* et au pardon, ce qui amena le *Time* à annuler son contrat avec *Harper & Row*. Ce dernier intenta un procès à *The Nation* pour atteinte au *copyright* ; l'article du magazine reprenait en effet 300 mots utilisés par l'ancien président dans ses mémoires. La Cour Suprême américaine jugea que cette publication ne rentrait pas dans les cas du « *fair use* » autorisé par l'article 107 du CA 1976. Dans cette affaire, la Cour suprême des Etats-Unis a expressément reconnu que l'exception du « *fair use* » a tendance à devoir être repoussée pour les œuvres non encore publiées en raison du « *right of first publication* »⁷⁴⁴. Les éditeurs américains, ont considéré cet arrêt susceptible de faire une jurisprudence favorable aux intérêts personnels des créateurs. Ils ont invoqué la liberté de la presse, pour essayer de faire passer un projet de loi visant à renverser la règle de *Harper & Row*. Le congrès américain décida en 1992, par une loi qui a reçu la signature du président *Bush* père, d'ajouter à l'article 107 CA 1976, que l'exception du *fair use* s'applique aux œuvres non

⁷⁴² Damich E.J., *State 'Moral rights' statutes : An Analysis and Critique*, *Columbia VLA Journal of Law & the Arts*, 1989, 13, p. 1733, Cité par A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, BRUYLAN, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1993, n° 422, p. 545 et s.

⁷⁴³ *Harper and Row Publishers Inc. V/ Nation Entreprises*, 105. SCT. 2227.28 (1985) ; *RIDA* juill. 1987, p. 153, obs. J. Ginsburg.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

publiées qu'aux œuvres publiées⁷⁴⁵. La doctrine américaine pourtant distingue entre les œuvres non éditées, les œuvres non éditées mais qu'on a l'intention de publier et les œuvres non éditées, à caractère privé, comme un journal intime, pour conclure que le (*right of privacy*) prévaut sur l'intérêt public, et donc que le *fair use* ne s'applique pas⁷⁴⁶. Il faut en conclure que le « *right of first publication* » qui est maintenant plutôt un « *right of disclosure* » est protégé malgré l'absence d'un texte et l'élimination de *common law* qui le protégeait avant le CA de 1976. Ce droit de « *first publication* » ou « *right of disclosure* », n'est pas fondé sur la volonté de l'auteur, qui est réduit au respect de la vie privée, prend son origine dans l'école utilitariste du droit, ce qui explique son hostilité à la volonté humaine. Cette protection minimale d'une *pseudo-sphère privée* de l'auteur, qui n'offre aucune protection à la volonté de l'auteur, se trouve au surplus restreinte par deux exceptions : la première concerne le propriétaire d'un exemplaire d'une œuvre qui peut l'exposer publiquement sans l'autorisation de son auteur bien que l'œuvre soit inédite. La deuxième exception est consacrée par l'article 201 alinéa (e) : dans le cas d'une faillite de l'auteur, les créanciers sont autorisés à publier les manuscrits de l'auteur, même inédits.

162. Le fondement du *right of disclosure*. Nous avons vu que les doctrines utilitaristes du droit, sont parmi celles qui nient l'idée que l'individu soit la fin du droit. Cette école utilitariste est très explicitement reconnue comme la source d'inspiration de l'école de Chicago de l'analyse économique du droit⁷⁴⁷. Sa conception fait de l'homme une machine à maximiser les plaisirs et minimiser les peines, hors toute espèce de contexte social ou institutionnel⁷⁴⁸ ; la raison n'étant que l'esclave des passions, elle serait incapable de définir le vrai ; les désirs sont irrationnels ; cette position est due au fait que, selon elle, les désirs ont une profondeur ontologique supérieure à la raison. Cette conception *néo-libérale* présente le droit comme l'expression et le moyen de vivre en accord avec les autres utilités ; pour cette raison les *néo-libéraux* militent contre la liberté individuelle. Cette tradition anti-individualiste est très liée au « révélationnisme » protestant ; on peut y voir l'effet de l'anthropologie calvinienne et, en particulier, de la doctrine de la corruption radicale de la nature humaine⁷⁴⁹. C'est à cause de ce pessimisme profond sur la nature humaine que le protestantisme est si dépendant de la révélation ; or le protestantisme est la tradition

⁷⁴⁵ *Ibid.*

⁷⁴⁶ L. R. Patterson & Stanley W. Lindberg, *op. cit.*, p. 215.

⁷⁴⁷ A. Strowel, *Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit, A.P.D.*, t. 37, 1992, p. 143.

⁷⁴⁸ Th. Kirat, *op., cit.*, p. 40.

⁷⁴⁹ J. Bosc, *Sur la doctrine du droit de Calvin, dans, La révélation chrétienne et le droit*, p. 87, Dalloz, 1961 ; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 285, PUF, 2003

dominante en Amérique du Nord⁷⁵⁰. Il est extrêmement important de noter que les théoriciens du protestantisme dans l'Amérique du Nord ne comprennent manifestement rien à cette notion de la liberté, qui a tellement préoccupé et préoccupe encore les penseurs européens. Ainsi Bargy dit que « en Amérique, les 'professeurs d'énergie' les plus convaincus sont peu enclins à reconnaître la liberté de la volonté »⁷⁵¹. Il explique cela par le fait que ces hommes, en tant qu'hommes d'action, préfèrent « les décisions fatalistes »⁷⁵². Bargy critique cette vision « Pour quiconque s'est, jamais dans sa vie, proposé un but déterminé, la liberté, c'est la faculté de mettre toute son âme à poursuivre ce but »⁷⁵³. On comprend mieux le professeur Sirinelli quand il distingue les « pays commerçants et pays moins commerçants ; pays protestants et pays catholiques. Les premiers appartiennent majoritairement à la famille du Copyright et les seconds à celle des droits d'auteur. »⁷⁵⁴.

163. Une doctrine hostile à la volonté humaine. L'utilitarisme fait absorber le droit par l'économie, cette approche est permise par l'efficacité du droit, spontané, envisagé selon une logique immanente d'auto-institution d'un ordre. Le droit doit obéir à l'économie et non à la volonté humaine⁷⁵⁵. Le principe de l'utilitarisme permettrait le sacrifice de la liberté individuelle, chaque fois que cela pourrait contribuer à l'augmentation maximale de l'utilité générale⁷⁵⁶. La dissolution du juridique dans l'économie, jusqu'à la confusion du juste et de l'utile, fait partie de l'idéologie de l'analyse économique du droit. La création et la vie du droit doivent être envisagées dans la perspective de l'échange « économie », et non du commandement « volonté ». Selon les défenseurs de cette théorie, la raison ne serait plus que l'esclave des passions, bornée à rechercher mécaniquement des moyens pour des fins dont le choix serait nécessairement arbitraire. Ce qui explique en partie pourquoi les doctrines d'inspiration Benthamienne sont hostiles à la volonté humaine, en général, et à la volonté de l'auteur, en particulier, exprimée dans la prérogative morale de la divulgation.

164. La dictature du marché. Face à l'idéologie individualiste se trouve alors la conception économique de droit, basée sur la suppression de la volonté individuelle pour valoriser *l'intérêt public*, puisque les droits de la société sont antérieurs à ceux de l'individu.

⁷⁵⁰ M. Rothbard, *L'éthique de la liberté*, Les Belles Lettres, 1991, p. 18.

⁷⁵¹ A. Bargy, *La religion dans la société aux Etats-Unis*, Paris, 1902, p. 88-89.

⁷⁵² *Op. cit.*, p. 97-98.

⁷⁵³ *Ibid.*

⁷⁵⁴ Cité dans le rapport Muller, *op. cit.*, II, p. 76.

⁷⁵⁵ V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, 2002, p. 150.

⁷⁵⁶ J. De Sousa E Brito, *Droits et utilité chez Bentham*, APD, t. 26, L'utile et le juste, Sirey, 1981.

Ainsi, l'individu serait nettement subordonné à la société, et les fins individuelles aux fins sociales⁷⁵⁷. L'idée fondamentale est que la production du droit a une fonction économique. Quel que soit son contenu, une règle de droit a pour but et fonction d'abaisser le coût de transaction. M. Lepage le dit clairement dans son ouvrage *Demain le capitalisme* : « Le droit n'est autre chose, qu'une activité sociale dont la finalité est de contribuer à l'augmentation du surplus économique par la définition de règles qui contribuent à abaisser le niveau des coûts de transactions au sein de la société. », et aussi une autre raison d'être du droit est de faire progresser les échanges⁷⁵⁸. L'analyse économique du droit détecte dans le droit une logique de gestion prudente de ressources rares (y compris le temps, l'attention et l'information dont les consommateurs et les producteurs doivent disposer dans une économie de marché) et d'incitation à la découverte de façon à économiser ces ressources⁷⁵⁹. Par exemple dans l'économie du droit *néo-libéral*, la fonction du droit de propriété est de favoriser les échanges pour permettre une utilisation optimale des ressources ; cela induit que les droits se définissent (s'établissent et s'exploitent) en fonction de l'avantage attendu, c'est-à-dire de leur valeur économique. L'économie du droit présente la règle du droit comme une incitation extérieure au comportement qu'elle est censée régir. C'est le point en commun avec le positivisme juridique qui conteste lui aussi le rôle de la volonté humaine comme source de droit⁷⁶⁰. Ce système a succédé au système politique et au système religieux comme système politique dominant dans les sociétés développées⁷⁶¹. Le fait de soumettre l'activité juridique à l'intérêt du marché relève selon M. Farjat d'une idéologie totalitaire⁷⁶². Le marché serait ainsi un Dieu ; l'homme agent du marché, agirait aveuglement par le jeu de sa rationalité économique qui s'articule avec les règles objectives de maximisation de l'utilité⁷⁶³. En cela, le marché a seul la prétention théorique, l'arrogance de tout comprendre, de tout connaître et de tout régler. Selon la théorie de l'économiste Hayek, le marché suffit, par son fonctionnement et sans autre référence que ses propres lois, à obtenir un équilibre général de la société⁷⁶⁴.

⁷⁵⁷ Marcel Waline, *L'individualisme et le droit*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 1949, p. 6.

⁷⁵⁸ H. Lepage, *Demain le capitalisme*, Hachette, 1983, p. 32-33.

⁷⁵⁹ E. Mackaay, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, édition CUJAS, p. 11

⁷⁶⁰ Th. Kirat, *Economie du droit, Repères*, Editions La Découverte, 1999, p. 6.

⁷⁶¹ Gérard Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 26.

⁷⁶² *Ibid.*

⁷⁶³ M. A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, A.P.D., t. 40, 1995, p.287.

⁷⁶⁴ *Droit, législation et liberté*, PUF, 1980.

B. Le principe de l'autonomie de la volonté, et la *summa divisio* droit public/droit privé

165. L'individualisme juridique. L'individualisme dans le système juridique français trouve sa racine dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789. Elle déclare que l'homme a des droits parce qu'il est homme, que ces droits sont antérieurs à la société, qu'il les apporte en entrant dans la société, et que c'est parce que les individus ont des droits qu'il y a une règle sociale dont l'objet et le but consistent dans la protection de ces droits. Ces droits de l'individu sont des pouvoirs propres à sa volonté. La règle de droit n'a de valeur que dans la mesure où elle a pour objet de protéger le droit subjectif. L'individualisme définit le but final propre au droit, comme le bien des individus qui composent cette société⁷⁶⁵. L'incidence de cet individualisme sur le droit se trouve dans la notion même du droit subjectif⁷⁶⁶. Dans l'individualisme on place la propriété privée au cœur du système ; et selon Hobbes : « l'Etat n'a point créé la propriété, mais a été créé pour la défendre »⁷⁶⁷, et cette propriété ne s'entend pas seulement des objets matériels extérieurs, l'homme a la propriété de son corps, de son travail et par suite des produits de son travail⁷⁶⁸. La propriété ainsi entendue est inséparable de la liberté : c'est en fin de compte dans la sauvegarde de la liberté individuelle que se trouve la fin ultime de l'Etat, donc du droit⁷⁶⁹. Selon les auteurs de cette doctrine l'individualisme est une vérité essentielle et définitive, le droit est fait pour l'homme, la substance du droit est la protection de l'individu⁷⁷⁰. Ce qui fait le prix de la vie humaine c'est la liberté : la société n'a donc pas de sens si elle ne se donne pas pour objectif la protection et le développement de la liberté individuelle. La traduction juridique de cette vision protectrice de la volonté individuelle trouve son écho dans la fameuse formule du Code civil (art. 1134) : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Et, le fait que le code civil emploie ici le mot *loi*, n'est pas hasardeux, ce n'est certainement pas à la légère qu'il l'emploie. Il a voulu rendre hommage, à cette liberté humaine dont la prérogative essentielle est de pouvoir créer des droits. Le contrat exprime la volonté libre, c'est-à-dire précisément ce que le droit doit considérer comme sa fin ultime de sauvegarder⁷⁷¹.

⁷⁶⁵ M. Waline, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁶⁶ M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, 1969, pp. 140 et s.

⁷⁶⁷ T. Hobbes, *Second Treaties on civil government*, Cité par H Batiffol, *op. cit.* p. 353.

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ *op. cit.*, p. 357.

⁷⁷¹ R. Savatier, *Du droit civil au droit public*, L.G.D.J., 1945, p.54.

166. L'organisation juridique de la société individualiste. Le droit est le résultat de conflits d'intérêts, menés par des forces sociales antagonistes, le droit positif est un système d'équilibres entre ces forces sociales. Chaque règle de droit est une sorte de clause, de traité d'armistice entre les forces sociales. Le droit est le fruit d'un arbitrage entre lesdites forces. Or parmi les forces antagonistes, la doctrine française individualiste distingue la société et l'individu, impossible de concevoir l'homme en dehors de l'état de société, et aussi une société humaine sans individus humains⁷⁷². Le système juridique ne se contente pas de pacifier les conflits entre l'individu et la société, mais encore il les utilise tous les deux pour sa propre organisation. Ainsi s'élabore un droit public et un droit privé. Le droit public s'élabore dans l'institution politique sous la double forme disciplinaire et statutaire, tandis que le droit individuel, « le droit de l'autonomie de la volonté » se constitue surtout dans les usages du commerce juridique⁷⁷³. Le principe juridique qui caractérise l'individualisme juridique est l'autonomie du droit public par rapport au droit privé. La démarcation entre droit public et droit privé suppose une séparation matérielle des deux domaines, malgré leur communauté formelle, méthodologique⁷⁷⁴. Le critère de distinction entre les deux grandes masses, la masse des règles de droit public et la masse des règles du droit individuel, tient dans l'idée de domination. Le droit public est le droit qui régit l'ensemble des phénomènes qui touchent à la relation verticale que la domination établit entre l'Etat et ses sujets. Le droit public est le droit qui saisit les individus en tant que membres de la communauté politique. Mais le droit public ne les saisit que comme soumis à la domination de l'Etat, d'où le critère du droit public qui en fait le système des possibilités de volonté en tant que la volonté exprime la domination. Du moment où une relation juridique se détache de la relation de domination, il tombe dans le droit privé, car il n'est plus que l'expression d'un rapport de volontés libres d'individus déterminées d'après leurs intérêts, d'individus qui ne participent plus au « règne éthique » de la politique mais au système des échanges des biens.

Cette distinction entre le droit public et le droit privé prend comme critère la source de chacun, l'un ayant son origine dans le pouvoir créateur de droits des institutions, et l'autre trouvant sa source dans le pouvoir de création de droits des individus dans le commerce juridique, c'est-à-dire, en définitive, dans ce que on appelle en droit « l'autonomie de la

⁷⁷² Hauriou, *Principes de droit public*, op. cit., p. 18.

⁷⁷³ *Ibid*,

⁷⁷⁴ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800 – 1918)*, PUF, 2006, p. 193.

volonté »⁷⁷⁵. Voilà comment l'individualisme juridique répond à la question de la source de droit, la définition même de l'individualisme juridique. Il est entendu que le droit privé accorde aux individus, juridiquement capables, de disposer de leurs biens et d'arranger leurs affaires selon leurs propres intérêts : c'est le principe de l'autonomie de la volonté ou la liberté dans la conclusion des actes juridiques privés qui règne au sein du droit privé⁷⁷⁶. Mais quand la législation intervient au nom d'un intérêt économique, comme c'est le cas du système néo-libéral, en vue de coordonner, de « rationaliser » les actes juridiques et, en l'espèce, le droit de divulgation, les conséquences auxquelles aboutit pareil système sont désastreuses. Il est évident que la distinction, non admise dans le système anglo-saxon⁷⁷⁷ et par l'analyse économique du droit⁷⁷⁸, mais, si chère au droit français, entre droit public et droit privé, devient vague. Quand l'auteur n'est plus le maître absolu de son œuvre, quand il n'est plus capable de divulguer son œuvre au moment qu'il choisit, dans le mode et la destination qu'il a choisis, quand le droit de divulgation devient un simple droit de première publication parce que l'intérêt économique du marché l'exige, l'auteur se rapproche d'une sorte de fonctionnaire, tenu d'approvisionner le marché des « marchandises » et des services d'intérêt économique. Il est, dans une certaine mesure, chargé d'un service public. C'est la subordination systématique et doctrinale de l'homme au social, de la personne humaine au marché, de l'individu à l'économie. L'auteur, au lieu d'être une personne, devient seulement un instrument au service de l'économie. Tout disparaît de ses droits propres dans la mesure où l'intérêt économique l'exige, principalement son droit de divulgation, ce droit individuel, ce droit privé attaché à la personne humaine, et dont les règles du droit privé sont le rempart et la définition.

167. La publicisation du droit d'auteur. En restreignant la liberté individuelle de l'auteur par l'épuisement de son droit de divulgation, en le transformant en un « *right of first publication* », le droit d'auteur perd son caractère individualiste. L'auteur n'est plus libre

⁷⁷⁵ Rappelons que la *common law*, donne une importance différente à la volonté, contrairement au système continental, par exemple les obligations contractuelles naissent non parce que le promettant a voulu les assumer, mais parce qu'il a paru le vouloir : on est obligé par ce qu'on a dit, non par ce qu'on a voulu. V. *Droit anglais*, sous la direction de J. A. Jolowicz, Dalloz, 2^e éd., 1992, n°186 ; J. C. Montanier, G. Samuel, *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999, n° 56 ; V. J. Habermas, *op. cit.*, p. 158 : « Ce qui constituait à l'origine l'autonomie privée n'est plus qu'une autonomie dérivée et qui est déjà si restreinte du point de vue juridique que, dans bien des cas, elle n'est plus considérée comme une condition de la validité des contrats. »

⁷⁷⁶ J. Dabin, *Individu et Société. Les transformations du droit civil, du Code Napoléon à nos jours*, Bull. de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques, Académie royale de Belgique, t. XLIV, 1958, p. 192.

⁷⁷⁷ D. Oliver, *Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ?*, *R.I.D.Comp.* 2-2001, p.327.

⁷⁷⁸ M. A. Frison-Roche, S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005, p. 47.

après la première publication, pour que son droit prenne une finalité utilitariste ; le droit d'auteur sort de la citadelle de droit privé individuel, dont le droit civil est le gardien par excellence. Car le code civil fait de la volonté individuelle le fondement principal de tout le droit privé. Or, quand on épuise le droit de divulgation, il n'est plus considéré comme une libre construction de la volonté humaine, mais comme une simple défense d'un aspect de la vie privée de l'auteur individu. Il est essentiel de savoir ici, que tout passage du droit privé vers le droit public se manifeste par la limitation de la liberté de l'individu, dans un *intérêt public*. En réalité, la distinction entre droit privé et droit public dans l'analyse économique du droit perd son sens. En effet, cette analyse, qui prend ses qualifications directement de l'économie, est un mixte d'investissement privé, et aussi d'ordre public de direction et de régulation, ce que parfois l'on désigne comme « gouvernance de marché »⁷⁷⁹. Le droit de la concurrence et ses filières (par ex. : droit de brevet, droit de marque) exprime déjà cette mixité. Ce terrain neutre entre les deux branches du droit est l'exception dans le système français. Le droit d'auteur, droit subjectif, dans un système qui distingue entre droit privé et droit public, même dans la présence de ce terrain neutre, ne doit appartenir qu'au droit privé, le droit des individus. Toute la distinction du droit privé et du droit public repose sur un postulat, celui de l'existence des « individus ». Et dans cette notion d'« individus » réside une sorte de mystique, qui n'est autre que celle de la liberté des personnes privées⁷⁸⁰. Ce caractère sacré de la liberté individuelle qui règne dans le système juridique français, cette mystique de l'autonomie de la volonté dans les actions juridiques, englobe le respect de la vie privée⁷⁸¹. Ce qui caractérise le droit privé, et sa fonction et fin essentielles, est « le service privé, le service de l'homme, de l'individu » ; et il a pour fondement sa liberté. Or, la doctrine qui essaie de faire du droit privé l'instrument de l'économie, auquel il s'agirait de faire concourir et de plier les individus, aux dépens, bien entendu, de leur liberté, est condamnable, car la société elle-même, selon l'idéologie individualiste n'existe que dans l'intérêt de l'homme. Voilà la définition de l'*intérêt général* selon l'individualisme juridique⁷⁸². Savatier nous enseigne que la publicisation croissante du droit privé au XX^{ème} siècle vient, de l'immense multiplication du nombre de personnes morales dont les intérêts des personnes individus sont inférieurs à l'intérêt du groupement auquel elles appartiennent. Il en résulte qu'une part de leur liberté

⁷⁷⁹ M. A. Frison-Roche, S. Bonfils, *op. cit.*

⁷⁸⁰ R. Savatier, *Droit privé et droit public*, D. 1946, p. 25.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² R. Savatier, *Du droit civil au droit public*, *op. cit.*, p. 12. ; *Contra*, C. Eisemann, *Droit public, droit privé* (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du 19^{ème} au 20^{ème} siècle), *Revue du droit public*, 1952.

propre est sacrifiée⁷⁸³. De la même façon, on peut dire que, le non moins immense développement quantitatif de la législation du droit de la concurrence, terrain intermédiaire entre droit public et droit privé, doit être limité le plus possible avant qu'il n'anéantisse toute différence entre droit privé et droit public.

168. La *summa divisio* et le droit de la concurrence. Selon la conception individualiste du droit d'auteur français, l'auteur ne peut être en principe que celui dont la personnalité s'est exprimée. Cela signifie que le droit d'auteur ne peut naître normalement que sur la tête d'une personne physique, et puisque cet auteur individu est le centre de la législation française de droit d'auteur, cela montre bien que le droit d'auteur fusionne avec le droit privé, le droit de l'autonomie de la volonté, et la liberté des actes juridiques. L'épuisement du droit de divulgation, seul à protéger la volonté de l'auteur, altère significativement le caractère individualiste du droit d'auteur. En plus il fait sortir le droit d'auteur français de la citadelle du droit privé, où il était bien protégé par le gardien de cette citadelle, le droit civil, pour le glisser petit à petit sur le terrain neutre du droit de la concurrence, entre droit privé et droit public, à côté du droit de brevet et du droit de marque. Tout le fondement politico-économique du droit de la concurrence prend comme postulat la prééminence de l'intérêt économique sur les intérêts des individus. En conséquence, les volontés privées sont soumises aux exigences du droit de la concurrence⁷⁸⁴. Cette tutelle que le droit de la concurrence exerce sur les volontés individuelles ne peut pas trouver de légitimité dans la logique du droit privé⁷⁸⁵ auquel le droit d'auteur appartient. La place occupée aujourd'hui par le droit de la concurrence dans le système juridique français, qu'on s'en félicite ou qu'on la déplore, n'est pas contestable. C'est une réalité juridique « envahissante » dont témoignent ouvrages, revues, colloques et enseignements⁷⁸⁶.

169. La *summa divisio* et le *common law*. Pareillement dans le système juridique anglo-saxon, durant son histoire, la division entre droit public et droit privé n'a joué qu'un rôle très restreint, la notion même entre privé et public n'est pas perçue d'une façon aussi marquée qu'en France⁷⁸⁷. Pour cela, le système du copyright fait sienne cette logique, une logique qui

⁷⁸³ P. François, *Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, RTD com., 2005, p. 7 ; G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J., 1961, p. 140.

⁷⁸⁴ A. Bienaymé, *Principes de concurrence*, Economica, 1998, p. 8

⁷⁸⁵ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Paris I, 2002, n° 556 ;

⁷⁸⁶ M. Chagny, *op. cit.*, n° 53.

⁷⁸⁷ *Droit anglais, sous la direction de J. A. Jolowicz, op. cit.*, n° 68 ; A. J. Bullier, *La Common Law*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2007., p. 138.

n'admet pas le concept d'acte juridique. Il était donc naturel de ne pas accepter la divulgation, acte juridique unilatéral, dans ce système. Ainsi, dans leur droit des contrats, la volonté ne suffit pas en elle-même à faire naître une obligation contractuelle. Selon les systèmes de *common law*, ce qui est nécessaire pour qu'un contrat acquière la force obligatoire, c'est la signature attestée, ou bien la *consideration* de « quelque chose » en retour⁷⁸⁸. Dans le *common law*, les obligations contractuelles naissent non parce que le promettant a voulu les assumer, mais parce qu'il a paru le vouloir : on est obligé par ce qu'on a dit, non par ce qu'on a voulu dire.⁷⁸⁹ Au contraire, l'élément essentiel du contrat en droit civil français est la volonté, elle est l'élément moteur de la formation du contrat : elle en est alors la condition essentielle. La validité d'un contrat suppose donc non seulement une volonté certaine, mais une volonté exempte de toute altération dite « vice de consentement »⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ J. C. Montanier, G. Samuel, *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999, n°34.

⁷⁸⁹ *Droit anglais, op. cit.*, n°186.

⁷⁹⁰ A. Bénanent, *Droit civil Les obligations*, Montchrestien, 2005, n°54.

Chapitre II : La thèse individualiste attribuant une source volontariste au droit d'auteur

170. Le droit moral contre l'effacement de l'auteur. Les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957 sont restés fidèles à l'esprit individualiste révolutionnaire qui conçoit la propriété littéraire et artistique comme un droit sacré, en dépit de l'introduction de l'art au sein de l'industrie. L'acte de création donne, en effet, naissance au droit moral, au caractère incessible, perpétuel et imprescriptible. Le droit de divulgation constitue le premier des attributs du droit moral selon l'ordre chronologique⁷⁹¹ ; cet attribut est, en règle générale, la source des droits pécuniaires de l'auteur sur son œuvre. Mais, à l'heure actuelle, on constate l'importance grandissante des investisseurs ; l'auteur doit s'effacer ou être effacé au profit de ceux-ci. Sur ce point, nous nous référons au philosophe Michel Foucault qui dit : « [...], j'en emprunte la formulation à Beckett : ' Qu'importe qui parle, quelqu'un a dit, qu'importe qui parle '. [...] ; l'écriture est maintenant liée au sacrifice, au sacrifice même de la vie ; effacement volontaire qui n'a pas à être représenté dans les livres, puisqu'il est accompli dans l'existence même de l'écrivain. L'œuvre qui avait le devoir d'apporter l'immortalité a reçu maintenant le droit de tuer, d'être meurtrière de son auteur. »⁷⁹². Ce rapport de la création à la mort se manifeste dans l'effacement du droit moral, et surtout, le droit de divulgation⁷⁹³. En conséquence, les règles de cession de droits d'auteur, selon une partie de la jurisprudence, ont été « assouplies »⁷⁹⁴, et une présomption simple d'auteur s'applique à quiconque apparaît comme tel sur l'œuvre du fait de la mention de son nom ou d'un sigle permettant de l'identifier⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ Desbois, *op. cit.*, n° 385, p. 474.

⁷⁹² M. Foucault, *Qu'est ce qu'un auteur ?*, *Compte rendu de la séance du samedi 22 février 1969*, *Bulletin de la société française de Philosophie*, juill. Sept. 1969, p. 77 et 78.

⁷⁹³ B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, *op. cit.*, p. 10 : « [...] ; on aurait traversé le Moyen Âge chrétien, on ne se serait perdu dans l'unité supérieure du *corpus mysticus* ; puis aux XVII^e et XVIII^e siècles, on aurait peu à peu élaboré un auteur, suscité par l'imprimerie et l'intensification des échanges, un auteur-sujet, dont la liberté serait consacrée par la propriété ; et au XXI^e siècle, après qu'on lui eut reconnu une souveraineté sans partage, on l'aurait enfin assassiné sous le poids de la technologie et du marché. »

⁷⁹⁴ A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd. Larcier, 1997, § 5 et § 132.

⁷⁹⁵ V. l'abondante et constante série d'arrêts qui présume la titularité des droits chez l'exploitant, personne morale à l'encontre des tiers contrefacteurs : Cass. 1^e ch. civ., 24 mars 1993, *Bull. civ.* n° 126, p. 84 ; *RIDA* oct. 1993, p. 200 ; CA Versailles, 31 mars 2005, *RIDA* juil. 2005, p. 478.

171. Plan. M^e Edelman instaure une *summa divisio* inédite : d'un côté, il y aurait les œuvres avec producteurs qui sont investis du pouvoir redoutable d'autoriser ou d'interdire la diffusion des produits (**Section 2.**), et, d'un autre côté, il y aurait un droit moral qui domine le droit pécuniaire ; l'ordre économique ne met point l'auteur en esclavage⁷⁹⁶. Ce sont les œuvres sans producteurs, où les auteurs ont gardé la maîtrise juridique de leurs créations⁷⁹⁷ (**Section 1.**).

⁷⁹⁶ R. Savatier, *L'artiste ou l'écrivain salarié*, in *Hedengaags arbeidsrecht : opstellen aangeboden aan prof. M. G. Levenbach*. (Mélanges Levenbach) Alphen aan den Rijn : N. Samson, 1966, p. 269 ; et du même auteur, *L'exercice libre de l'Art et des Lettres au regard du Droit Economique*, *Archiv Für Urheber-Film-Funk-Und Theaterrecht*, 55/1970, p. 1.

⁷⁹⁷ B. Edelman, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 97.

Section 1) Le principe : L'auteur souverain⁷⁹⁸

*L'écrivain propriétaire, c'est l'écrivain libre. Lui ôter la propriété, c'est lui ôter l'indépendance*⁷⁹⁹.

172. L'avis de la doctrine classique. Suivant la voie tracée par la jurisprudence, le législateur de 1957 a donné la préférence au système dualiste et traité avec la plus vive sollicitude les intérêts d'ordre spirituel des créateurs. Le droit moral précède dans la vie juridique les attributs d'ordre pécuniaire et leur survit. C'est en exerçant le droit de divulgation, le premier des attributs de droit moral, que l'auteur investit son œuvre d'un droit patrimonial. Dabin de son côté estime que « avant la divulgation de l'œuvre au public, la matière reste sous l'empire exclusif du droit moral de l'auteur »⁸⁰⁰. Pour Roubier, ce serait un non sens d'admettre l'existence d'un droit exclusif d'exploitation avant la divulgation de l'œuvre. Le langage s'y oppose aussi bien que le sens commun. Comment parler d'un droit de reproduction avant que la création n'ait été divulguée au public ? Au surplus, comment l'œuvre pourrait-elle faire l'objet d'un droit d'exploitation alors qu'elle est hors commerce et insaisissable ? Pour l'éminent spécialiste le premier acte d'exploitation de l'œuvre est la cession de celle-ci. Cette cession réalise elle-même la production de l'œuvre au public,

⁷⁹⁸ C'est l'expression utilisée par A. Marillot, *De la protection accordée aux œuvres d'art dans l'Empire d'Allemagne*, Paris et Berlin, 1878, p. 108 : « Il est certain que l'auteur exerce sur son œuvre une pleine souveraineté morale, non seulement avant, mais après la publication. » ; cité par E. Potu, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre*, *Annales du Droit commercial*, 1909, p. 211. ; V. l'avocat Marion affirmant que chacun « doit être seigneur de ce qu'il fait, invente et compose [...] L'auteur d'un livre en est tout maître, et comme tel en peut librement disposer, même le posséder toujours sous sa main privée, ainsi qu'un esclave, ou l'émanciper en lui concédant la liberté commune, et la lui accorder ou pure et simple sans y rien retenir, ou bien à la réservation, par une espèce de droit de patronage, qu'autre que lui ne pourra l'imprimer qu'après quelque temps », cité par L. Vanois, *L'évolution du droit moral*, in *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey 1960, p. 295, à la p. 296.

⁷⁹⁹ Victor Hugo, in *Congrès littéraire international de Paris, Comptes-rendus in extenso et documents*, Paris, Société des Gens de Lettres de France, 1879, p. 106.

⁸⁰⁰ J. Dabin, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, *R. Crit. Lég. Jurispr.*, 1939, p. 413, à la p. 429, Pour lui, le droit pécuniaire naît d'une sorte de « monnayage » du droit moral, l'auteur pouvant exiger une redevance fixe ou forfaitaire en contrepartie de la divulgation de son œuvre. Il rajoute « La communication elle-même relève du droit moral, puisqu'il dépend exclusivement de la volonté de l'auteur d'apprécier, en tenant compte de ses sentiments et de son idéal, de l'opportunité de la publication. [...] non seulement pour la première fois, mais toutes les fois, jusqu'au moment où l'œuvre sera tombée dans le domaine public. », (*Souigné par nous*), *Ibid.*

laquelle « fait naître le droit privatif au moment même où il change de mains »⁸⁰¹. Cette conception, qui convient parfaitement à la conception dualiste du droit d'auteur consacré par la Cour de cassation, a trouvé un accueil extrêmement favorable auprès la doctrine classique française du droit d'auteur⁸⁰². A sa suite, Desbois considère que l'auteur exerce simultanément son droit de divulgation et le droit patrimonial qui en résulte. C'est, dira-t-on, en concluant le contrat d'exploitation qu'il décide de divulguer sa production. Desbois affirme qu'un trait de temps sépare l'exercice du droit moral de divulgation et la conclusion du contrat par lequel sera aménagée la publication ; la dissociation est conforme à l'ordre naturel des démarches de l'esprit. »⁸⁰³.

173. Plan. Autrement dit, l'exercice du droit de divulgation doit rationnellement précéder la conclusion du contrat. Le contrat d'exploitation a pour but d'aménager l'exploitation d'un droit patrimonial, d'un droit qui n'aurait pas vu le jour si le créateur n'avait pas pris la décision de divulguer son œuvre et par-là même de l'introduire dans le circuit des biens de l'ordre économique. De plus, la décision qui est prise dans l'exercice du droit de divulgation aboutit à la conclusion du contrat d'exploitation (§2.). Cette affirmation, semble être cohérente avec la conception jurisprudentielle du droit de divulgation avant comme après la loi du 11 mars 1957. (§1.).

§1. La conception jurisprudentielle du droit de divulgation avant la loi du 11 mars 1957

174. L'exercice de la divulgation par l'édition. Si l'on veut cerner le sens du droit de divulgation avant la loi de 1957, il est indispensable de se rappeler les observations faites successivement à propos de l'affaire *Vergne* et à propos de l'affaire *Whistler*. Dans l'affaire *Vergne*, l'œuvre avait déjà été exécutée en public et par conséquent, fait l'objet d'une communication au public. Cela est intéressant à plusieurs points de vue. D'abord, elle manifeste une vision suivant laquelle la communication de l'œuvre au public par une

⁸⁰¹ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle.1, Les droits privatifs, les actions en justice*, Paris, 1952, n° 24, p. 107.

⁸⁰² V. Cass. 1^{re} ch. civ., 4 juin 1971, *JCP G*, 1971, II, 16913, note J.-F. Durand et Ph. Le Tourneau, qui précise que : « du fait de sa divulgation », l'œuvre « se trouvait dans le commerce ».

⁸⁰³ H. Desbois, *op. cit.*, n° 391.

représentation n'a pas l'effet d'épuiser ce droit. Ensuite, dès lors que la divulgation ne coïncide pas avec la communication « effective » de l'œuvre au public, il est manifeste que la fonction réelle de la divulgation se trouve ailleurs. Dans l'affaire *Whistler* une œuvre peut être portée à la connaissance du public sans pour autant être divulguée. En fait, les juges adoptent une vision selon laquelle le droit de divulgation ne s'exerce que par l'édition. La Cour de Lyon, le 23 juin 1847, a rendu un arrêt, dans un conflit intéressant puisqu'il opposait à l'auteur d'un ouvrage, l'éditeur cessionnaire de celui-ci et donc porteur des droits distincts à l'égard de l'ouvrage⁸⁰⁴. Le tribunal de la Seine, le 30 décembre 1834, a jugé que le cessionnaire qui « achète » le droit de faire une seule édition, avec la condition de publier sous telle forme, ne peut choisir un autre mode de publication, sous peine de dommages-intérêts⁸⁰⁵. Aussi le jugement du tribunal correctionnel de Lyon qui condamne du chef de contrefaçon l'éditeur de sermons que Lacordaire avait prononcés en public mais dont il n'avait pas délivré le texte pour une publication écrite⁸⁰⁶. Egalement à propos de l'édition non autorisée d'un enseignement oral d'un cours de droit constitutionnel⁸⁰⁷.

175. L'obligation d'éditer relevant du droit moral. Quant aux aspects positifs du droit de divulgation, Renouard cite un jugement du Tribunal civil de la Seine en date du 24 avril 1837, qui a fait droit aux conclusions d'un auteur dont l'éditeur empêchait par une élévation exagérée du prix des volumes restants, l'écoulement de la première édition de son livre⁸⁰⁸. Dans une autre affaire, un artiste a passé un contrat avec une société de publicité pour lui livrer des maquettes d'affiches payables par unité avec un minimum de rémunération annuelle. La société ne les a, cependant, pas éditées car elle a jugé qu'un certain nombre de maquettes ne plairait pas à sa clientèle. La Cour d'appel de Paris le 27 novembre 1931 a jugé

⁸⁰⁴ *Aff. Girard et Guyet c. Fabvier*, D. 1847, 2^{ème} partie, p. 152.

⁸⁰⁵ A. Gastambide, *Traité théorique et pratique Des contrefaçons en tous genres*, Paris 1837.

⁸⁰⁶ Corr. Lyon, 10 juin 1846, *op. cit. (aff. Lacordaire)*.

⁸⁰⁷ Civ. Seine 9 déc. 1893, *Aff. Esmein*, D. P. 1894, 2, p. 262 (cité par F. Rigaux, *La protection de la vie privée...*, *op. cit.* n° 35, p. 57.)

⁸⁰⁸ Renouard, *op. cit.*, II, n° 188, p. 329, selon lui, « Lorsqu'un auteur fait cession de ses droits, ce n'est pas seulement pour en recevoir un prix, c'est aussi pour obtenir la publication de son ouvrage. Si donc on prétendait que le droit de cessionnaire va jusqu'à pouvoir supprimer ou altérer l'ouvrage, on violerait essentiellement la nature du contrat et les intentions des parties. 'La vente d'un manuscrit sans aucune réserve [...] n'a pas les mêmes effets que celles des propriétés ordinaires. Elle ne donne pas à l'acheteur le droit de disposer du manuscrit de la manière la plus absolue ; par exemple de le changer, refondre, augmenter par des intercalations, ou réduire par suppressions. Il ne peut aussi le détruire ou se dispenser de le publier par la voie de l'impression ; il n'est, en réalité, qu'un usufruitier, qui doit jouir en conservant la substance de la chose. Le vendeur, en recevant un équivalent du profit que l'ouvrage eût pu lui procurer s'il l'eût imprimé et débité pour son compte, n'a pas aliéné l'espérance de réputation que peut lui assurer la publicité, parce que c'est une chose inévaluable' Ces principes sont incontestables, alors même qu'il y a eu vente totale du privilège, sans restrictions ni réserve. Ils acquièrent une nouvelle force, lorsqu'à l'intérêt de réputation et de publicité se joindre pour l'auteur un intérêt pécuniaire. », n° 186, p. 327.

que celui qui acquiert une œuvre, doit l'éditer⁸⁰⁹. Cette solution était retenue malgré l'abandon du droit pécuniaire⁸¹⁰, c'est-à-dire que l'obligation d'éditer relève bien du droit moral. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris, le 13 octobre 1927, dans une autre affaire a jugé que : « si un musicien cède à titre gratuit son droit d'auteur sur l'exécution, l'éditeur ne peut à son gré user ou ne pas user de son droit »⁸¹¹. Deux remarques préciseraient mieux le caractère du droit de divulgation. D'abord, le fait que l'auteur confie à un tiers (éditeur) la publication de l'œuvre, constitue en même temps l'exercice du droit de divulgation⁸¹². Ensuite, si le tiers en question (éditeur) néglige d'exercer la faculté qu'on lui a confiée, il porte atteinte au droit moral de l'auteur, et pourrait être condamné à des dommages-intérêts, même si l'auteur avait fait abandon de tous les droits pécuniaires⁸¹³. C'est dans cet esprit là que le Conseil d'Etat le 3 avril 1936 avait jugé que « L'atteinte portée au droit moral d'un artiste sur son œuvre, soit par la faute du service public, soit par le fait du non entretien ou de la non-exécution d'un ouvrage public, cause à l'artiste dommage dont il est fondé à demander réparation devant la jurisprudence administrative... »⁸¹⁴. Pour Waline, un éditeur ayant acquis le droit de publier une œuvre porte atteinte au droit moral de l'auteur quand l'éditeur le prive de « [...] voir l'œuvre publiée (au sens le plus large de ce mot, c'est-à-dire susceptible d'être connue du public) aussi longtemps que l'auteur l'en juge digne... »⁸¹⁵. Ainsi nous pouvons nous nous référer à Gastambide qui met en avant l'idée que l'éditeur qui n'exécute pas son obligation d'exploiter l'œuvre « paralyse un droit qui intéresse au plus haut degré et l'auteur et le public ; il faut se rappeler que l'auteur ne cède son droit de propriété qu'à condition, pour le cessionnaire, de *publier*. »⁸¹⁶ Pour lui, l'éditeur qui refuse d'exécuter son obligation d'exploiter « paralyse *sans motif suffisant* le droit qui appartient à l'auteur de donner à son ouvrage toute la publicité possible. »⁸¹⁷. Desbois nous cite un jugement rendu par le tribunal civil de la Seine (3^e ch.), le 5 janvier 1954 qui met parfaitement en relief l'économie du contrat d'édition ; celle-ci est bouleversée, dès lors que l'éditeur ne s'acquitte pas de

⁸⁰⁹ Paris 4^e ch. 27 nov. 1931, *Gaz. Pal.* 1932, 1^{ère} partie, p. 131.

⁸¹⁰ R. Demogue, note sous Paris 1^{ère} ch. 13 oct. 1927, *D.H.* p. 545 ; *RTD civ.* 1928, n° 32, p. 151.

⁸¹¹ Paris 1^{ère} ch. 13 oct. 1927, *op. cit.*

⁸¹² A. El Tanamli, *op. cit.* n° 134.

⁸¹³ Paris, 13 oct. 1927, *op. cit.*

⁸¹⁴ *D.* 1936, p. 57, note M. Waline.

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ A. Gastambide, *op. cit.*, n° 96, p. 137 (*Souligné par l'auteur*) ; Ceci est conforme à la conception Kantienne du droit d'auteur. Selon le philosophe, l'auteur parle au public par le moyen de l'imprimeur qui est son *operarius* en vertu d'un mandat que le premier a octroyé à ce dernier. Du contrat d'édition naît, selon Kant, l'obligation de l'éditeur de publier le manuscrit, et le droit respectif du public d'exiger que cette publication soit faite. Mais Kant précise que « on parle point ici d'un droit du public sur le manuscrit, mais sur une affaire avec l'auteur. » Kant qualifie ce droit d'inaliénable et faisant partie de la personnalité, cité par G. Michaélidès-Nouaros, *op. cit.*, n° 5, pp. 15-16.

⁸¹⁷ *Ibid.*

l'obligation de publier l'œuvre⁸¹⁸. Dans cette affaire la société éditrice (les *Ed. Frougères*) s'abstenait d'éditer les œuvres de l'auteur. Elle prétendait tirer argument d'une clause du contrat, qui, si elle avait été tenue pour valable, aurait livré à sa merci sans recours l'auteur : « les *Ed. Frougères* pourront publier l'œuvre de l'auteur qui leur plaira sans qu'elles soient tenues vis-à-vis de l'auteur à aucune indemnité pour retard ou défaut de publication. »⁸¹⁹. Une telle convention, selon Desbois, n'avait plus d'un contrat d'édition que le nom. Le tribunal en a prononcé la nullité : « attendu qu'une des principale raisons qui ont incité la jurisprudence à sous-entendre dans tout contrat l'obligation d'éditer pour l'éditeur est que, s'il était autrement, un éditeur quelconque pourrait par ce procédé empêcher les œuvres des auteurs de voir jamais le jour, ce qui est manifestement contraire au droit moral que les auteurs possèdent sur leurs œuvres. »⁸²⁰. La très fameuse citation de Pardessus va aussi dans le même sens. Selon ce grand esprit : « Lorsque l'auteur fait cession de ces droits, ce n'est pas seulement pour en recevoir le prix, c'est aussi pour obtenir la publication de l'ouvrage. »⁸²¹. Pour lui la vente du manuscrit ne donne pas à l'éditeur le droit « [d'en] disposer [...] de la manière la plus absolue ; par exemple de le changer, refondre, augmenter par des intercalations, ou réduire par des suppressions. Il ne peut aussi le détruire ou se dispenser de la publier par la voie de l'impression ; il n'est, en réalité, qu'un usufruitier, qui doit jouir en conservant la substance de la chose. [...] Ces principes sont incontestables. »⁸²².

176. La divulgation synonyme de communication ? Or, quand on a essayé de déterminer si l'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise son droit de divulgation lorsqu'il l'exerce, on a vu que la détermination de cette incidence dépend essentiellement de la conception que l'on fait du droit de divulgation. Si l'on considère, comme le pense une grande partie de la doctrine moderne, que la divulgation est le fait matériel par lequel l'auteur communique pour la première fois son œuvre au public, il semble alors évident que le droit de divulgation s'épuise par le premier usage qui en est fait. Sauf que, rien, en cent trente ans de jurisprudence précédant la loi de 1957, ne paraît justifier une telle interprétation. A l'examen des solutions données à l'affaire *Vergne*⁸²³ (1826) par la Cour de Paris, l'affaire *Esmein*, par le Tribunal

⁸¹⁸ Trib. civ. de la Seine, 3^e ch., 5 janv. 1954, *RIDA*, n° 3, p. 122, cité par H. Desbois, *L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique*, *RIDA*, oct. 1968, p. 163 à la p. 169.

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ *Ibid.* (Souligné par nous).

⁸²¹ *Cours de droit commercial*, n°310, partie III, titre I, chap. V, cité par M. Xiafaras, *La propriété étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 426, note 3.

⁸²² *Ibid.*

⁸²³ CA Paris 11 janv. 1828, S. 1828-1830, 2^{ème} partie, p. 5.

civil de la Seine (1893)⁸²⁴ et l'affaire *Whistler*⁸²⁵ (1900) par la Cour de cassation, on voit clairement qu'une œuvre peut être portée à la connaissance du public sans pour autant se trouver divulguée. L'exécution d'une messe, à deux reprises, dans deux églises de Paris (*aff. Vergne*), ou un cours de droit constitutionnel ayant fait l'objet d'une publication orale (*aff. Esmein*) et l'exposition d'un tableau, durant quelques semaines au Salon du Champ de Mars (*aff. Whistler*), constituent en effet, sans le moindre doute, des communications au public, et pourtant, ni le tribunal civil de la Seine ni la Cour de Paris, ni la Cour de cassation n'ont estimé qu'il y avait eu divulgation. De ces espèces très opposées (une concernant le problème de la saisie du droit d'exploitation d'une œuvre musicale en manuscrit, une autre le problème de la détermination du moment où a lieu le transfert de la propriété corporelle d'une œuvre exécutée sur commande et une troisième à propos de l'édition non autorisée d'un enseignement oral) résulte donc qu'une communication au public, effectuée pour des raisons essentiellement intellectuelles ou morales et, par conséquent, sans contrat d'exploitation, est non susceptibles d'être considérée comme une divulgation⁸²⁶.

177. La divulgation acte juridique manifestant la volonté de l'auteur. A l'inverse, si l'on considère, comme y invitent notamment les décisions rendues dans les affaires *Vergne*, *Esmein* et *Whistler*, que la divulgation est l'acte par lequel l'auteur manifeste la volonté de faire jouir le public de son œuvre par le mode de communication conféré par la prérogative patrimoniale cédée ou exploitée, il devient alors beaucoup moins évident que le droit de divulgation s'épuise par le premier usage qui en est fait. Le droit de divulgation était conçu comme la cession d'une prérogative patrimoniale. En effet, l'exercice du droit de divulgation ne saurait concerner que la prérogative patrimoniale en cause. Cela peut nous aider à comprendre la nature véritable de cet acte appelé « divulgation » selon la loi de 1957. En fait, l'article 19, alinéa 1⁸²⁷, de la loi du 11 mars 1957, définit le droit de divulgation comme le pouvoir discrétionnaire de l'auteur de déterminer le procédé de divulgation et de fixer les conditions de celle-ci. Mais, dans la plupart des cas, l'auteur n'accomplit pas lui-même cet acte : il ne reproduit pas son œuvre ou il ne la représente pas lui-même. Il passe un contrat en vertu duquel il confère à son cocontractant le pouvoir de reproduire ou de représenter son œuvre. L'exercice du droit de divulgation se réalise ainsi, dans la plupart des cas, avec celui

⁸²⁴ T. Civ. Seine 9 déc. 1893, *D.P.* 1893, 2, p. 262.

⁸²⁵ Civ. 14 mars 1900, *D.* 1900, 1^{ère} partie, p. 500.

⁸²⁶ V. dans ce sens, M. Waline, note sous Cons. D'Et. 3 avr. 1936, *D.* 3^{ème}, p. 58 ; A. El Tanamli, *op. cit.*, n° 130, p. 171.

⁸²⁷ L. 121-2, alinéa 1.

de l'aménagement des contrats d'exploitation, et c'est pour ça que la prérogative du droit de divulgation est la plus importante du droit moral⁸²⁸.

178. Une conception cohérente avec la structure synthétique du droit d'exploitation.

L'auteur peut aussi divulguer son œuvre sans conclure des contrats d'exploitation, en l'exploitant lui même. Définir la divulgation comme l'acte par lequel l'auteur manifeste la volonté de porter, sans réserve, son œuvre à la connaissance du public par un contrat d'exploitation, qui détermine le mode de communication et le procédé, explique fort bien que les manifestations de l'exercice du droit de divulgation ne puissent être précisées dans une formule générale et qu'elles varient même, au contraire, à l'infini selon les hypothèses envisagées. Il est indispensable de se rappeler, que le droit moral de l'auteur dans sa prérogative de divulguer n'est pas seulement la source des prérogatives patrimoniales, mais surtout qu'il est la source de la seule prérogative patrimoniale en cause, et que les autres attributs patrimoniaux n'existent pas encore dans le patrimoine de l'auteur⁸²⁹. C'est en ce sens que Desbois explique l'effet du droit de divulgation sur les droits patrimoniaux : « Mais encore, convient-il de tenir compte de l'incidence du droit de divulgation. L'écrivain ou l'artiste a, seul, la qualité pour prendre la décision qui fera surgir les droits patrimoniaux et donnera carrière à l'exploitation. La reproduction demeure donc insaisissable. Les créanciers d'un dramaturge ne peuvent mettre aux enchères le droit de représentation, afférent à une pièce, dont il n'a pas encore décidé la représentation. Il n'en va pas autrement des compositions musicales. Bien plus, la saisie n'est praticable qu'à l'égard des droits patrimoniaux qui correspondent aux modes d'exploitation agréés par l'auteur : le droit d'édition sonore échappera aux sollicitations des créanciers, si le compositeur n'a pas permis l'enregistrement phonographique en même temps que la diffusion des partitions, et le droit de radiodiffuser les interprétations publiques sera soustrait aux saisies, que dans la mesure et sous la forme auxquelles l'auteur s'est prêté en exerçant le droit de divulgation : tout autre mode aussi lucratif qu'il puisse être, demeure hors commerce. »⁸³⁰. Cela explique mieux l'analyse synthétique des droits patrimoniaux qui fait face à l'épuisement de ceux-ci. Il est donc normal que, en épuisant le droit de divulgation, les droits pécuniaires s'épuisent,

⁸²⁸ V. dans ce sens P. Kayser, *Les droits de la personnalité aspects théoriques et pratiques*, RTD civ., 1971, p. 474, n° 27.

⁸²⁹ V. dans ce sens Desbois, *op. cit.*, n° 391.

⁸³⁰ Desbois, *op. cit.*, n° 391.

puisqu'ils deviennent analytiques⁸³¹. C'est ainsi, par exemple, que le Tribunal de Paris a jugé que, méconnaît le droit de divulgation et est donc contrefacteur celui qui publie sous forme de livre une œuvre cédée uniquement pour sa diffusion à la télévision⁸³². Et dans une autre affaire la Cour d'appel de Paris a jugé que celui qui diffuse à la télévision une photographie pour laquelle l'auteur n'a donné son autorisation que pour une publication dans un hebdomadaire est un contrefacteur⁸³³. Antérieurement à la loi du 11 mars 1957, il n'était question que de publication. A ce terme, le législateur de 1957 a préféré substituer celui de « divulgation » plus général. Par « divulgation », il faut entendre désormais l'acte discrétionnaire qui, à la fois livre l'œuvre à la connaissance du public, « la communication », et l'acte par lequel l'auteur crée un droit patrimonial sur son œuvre.

179. Une conception en harmonie avec le principe de l'autonomie de la volonté. On peut affirmer ainsi que le droit d'auteur français représente le développement maximum de l'autonomie de la volonté privée. Non seulement un acte de volonté sera nécessaire pour la création des droits patrimoniaux, mais encore la volonté créatrice de l'auteur pourra en déterminer arbitrairement les effets⁸³⁴. L'article L.121-2 définit et ordonne les contours de l'acte juridique, en fonction de l'intérêt général, qui comme nous l'avons vu, est en totale harmonie avec la protection de l'auteur. Le droit de divulgation dans cet article représente le siège de la volonté créatrice des droits pécuniaires, mise en œuvre dans les contrats d'exploitation. Cette situation n'est pas unique en droit privé. On trouve aussi le cas des contrats producteurs de droit de créance, dans lesquels les droits des cocontractants peuvent être à peu près entièrement définis et réglementés par les parties au contrat elles-mêmes⁸³⁵. La distinction entre les droits subjectifs et les *rights* n'est pas basée sur la présence ou l'absence

⁸³¹ Comme l'explique M. le Professeur P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^{ème} éd. Gualino éditeur, 2007, n°182, p. 161 : « Ainsi conçu, le droit de destination est un démembrement du droit de reproduction. Surtout il forme le **pendant exact du droit de divulgation** dans la mesure où l'on admet que ce dernier ne s'épuise pas par le premier usage. » (Souligné par l'auteur.).

⁸³² TGI Paris, 22 janv. 1972, *RIDA* juill. 1972, p. 223 ; Cass. 1^{ère} ch. civ., 13 déc. 1989, *op. cit.*

⁸³³ CA Paris 13 févr. 1981, *RIDA* av. 1982, p. 126 : « Considérant que si François Pagès avait autorisé Paris-Match à divulguer les cinq photos en cause dans son magazine, il n'a jamais autorisé TF 1 à les divulguer par la voie de la télévision » ; Ainsi, une œuvre divulguée pour un usage télévisuel ne l'a pas été pour une diffusion par écrit (TGI Paris, 22 janv. 1972, *RIDA* 1972, n° LXXIII, p. 223 ; V. aussi l'édition d'une conférence, TGI Paris, 11 déc. 1985, *D.* 1987, *somm.* p. 155, obs. Colombet ; L'affaire *Barthes* : TGI Paris, 20 nov. 1991, *RIDA*, janv. 1992, p. 340 ; Dans le même sens TGI Paris 1^{re} ch., 17 mai 1989, *RIDA* janv. 1990, p. 349 ; TGI, 3^e ch. 14 février 2003, *RIDA*, 2003, juillet, note Kéréver, p. 223 : « Le Tribunal relève [...] que l'œuvre originale a été utilisée pour illustrer une œuvre théâtrale de caractère dramatique très éloignée de l'inspiration légère et libertine de la chanson. Dès lors, les défenderesses ont porté atteinte au droit de l'auteur de déterminer seul les conditions dans lesquelles il entend que son œuvre soit exploitée. »

⁸³⁴ G. Michaélidès-Nouaros, *Le droit moral de l'auteur, étude de droit Français de droit comparé et de droit international*, Paris, 1935, n° 2, p. 8.

⁸³⁵ P. Roubier, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, *APD*, 1957, p. 1.

d'un acte juridique ; elle est tirée du contenu même des prérogatives qui constituent des droits plutôt que des devoirs vis-à-vis de la collectivité. Ainsi, la doctrine individualiste conçoit le droit de divulgation comme essentiellement un pouvoir de volonté, une volonté souveraine et indépendante de toute volonté étrangère. Mais cette volonté n'est pas supérieure au droit objectif, elle est définie par celui-ci. Cette conception découle du principe de l'autonomie de la volonté. Nous pouvons à cet égard citer les développements de Stolfi : « C'est au philosophe, Emmanuel Kant, que revient l'honneur d'avoir soutenu avec le plus d'efficacité la théorie qui voit dans le droit d'auteur un *droit de la personnalité*. On lui doit d'avoir mis en lumière le côté hautement personnel des droits d'auteurs. Selon lui le livre est un discours tenu par l'auteur au public, avec l'éditeur comme intermédiaire. Le livre étant une action de l'auteur, c'est à celui-ci de décider de quelle manière et par qui ce discours doit être présenté au public et si un autre que lui prend, à sa place, cette décision à son insu ou contre sa volonté, il viole sa liberté d'action, sa personnalité. »⁸³⁶

§2. L'aménagement des contrats d'exploitation : une manifestation du droit de divulgation

180. Le principe de l'interprétation restrictive des contrats relevant du droit moral.

Puisque la divulgation est réalisée, la plupart de temps, dans le cadre des contrats ayant pour fin de transférer tout ou partie du droit d'exploitation, l'exercice du droit de divulgation s'effectue par l'intermédiaire d'actes juridiques⁸³⁷. Cela veut dire qu'aucun droit pécuniaire ne peut être exercé sans une divulgation préalable. L'œuvre ainsi divulguée ne donne prise aux droits patrimoniaux que dans la mesure et la limite de la décision clairement exprimée de son créateur. La question qu'on peut poser est, dans l'hypothèse où l'auteur se dessaisit de son droit de reproduction ou de représentation en utilisant une cession pure et simple, à quel moment intervient donc l'exercice du droit de divulgation ? Desbois nous enseigne qu'un trait de temps sépare l'exercice du droit moral de divulgation et la conclusion du contrat par lequel sera aménagée la publication. Ainsi la divulgation est réalisée en deux étapes, l'auteur commence par admettre le principe de la communication au public, puis il en vient à

⁸³⁶ N. Stolfi, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Trad. Par E. Potu, Paris, Giard & Brière, 1916, n° 383.

⁸³⁷ C. Juvet-Delage, *L'influence du droit moral sur l'aménagement des droits d'auteur dans la législation et la jurisprudence françaises*, Thèse Paris II, 1971, n°13.

l'exploitation par la conclusion des contrats. Pour lui, aucune exploitation de l'œuvre ne pourrait avoir lieu, sans l'exercice du droit de divulgation⁸³⁸. Et quand l'œuvre est divulguée, l'exploitation ne peut avoir lieu que dans les limites et sous la forme que l'auteur a lui-même fixées. L'œuvre, en effet, n'est *patrimonialisée* que dans les limites de la divulgation exercée précédemment. On conçoit qu'un auteur délimite la portée de la décision de divulguer et précise les modes de divulgation auxquels il consent, en aménageant les contrats d'exploitation. L'œuvre n'accède au patrimoine et ne donne prise aux droits patrimoniaux que dans la mesure strictement nécessaire à l'exécution de la décision qui aura été prise. C'est-à-dire que le principe d'interprétation restrictive, que le législateur de 1957 a imposé, n'est en fait qu'un résultat du droit de divulgation.

181. Le moment de la divulgation. Peut-on dire, alors, que l'acte de divulgation s'achève à la signature du contrat d'exploitation et que l'œuvre n'est pas divulguée avant cette signature ? Desbois va encore plus loin. Il affirme que l'œuvre peut être divulguée avant la signature du contrat. Il nous donne l'exemple d'un auteur qui engage des négociations sérieuses avec un exploitant à propos d'une œuvre. Il énonce par là sa décision de « divulguer » sa production, et celle-ci est désormais un « bien » entrant dans le commerce puisque l'auteur a consenti à ce que son œuvre soit communiquée au public sans que ce soit de manière effective⁸³⁹. L'analyse de Desbois nous semble assez séduisante, d'autant que nous adhérons à la doctrine qui qualifie la divulgation d'acte juridique unilatéral ; cette qualification est en elle-même significative. L'exercice du droit de divulgation est, en effet, une activité créatrice des droits d'exploitation par un personnage unique qui est l'auteur (*l'auteur seul*, art. L. 121-2 du CPI), en revanche, le contrat d'exploitation, qui est un accord entre l'auteur et l'exploitant, comporte nécessairement deux volontés et on voit mal comment la volonté de l'exploitant pourrait déterminer l'exercice du droit de divulgation. Monsieur le Doyen Strömholm critique cette conclusion puisque les conséquences juridiques produites, selon la loi de 1957, par la divulgation au commencement des pourparlers avec l'exploitant, sont assez graves. Pour lui, la question est la mise en œuvre d'un critère : faut-il une manifestation explicite ? Les juges sont-ils en droit d'interpréter librement l'ensemble des actes de l'auteur, même ceux qui se réalisent à l'intérieur de son atelier, par exemple la remise de l'œuvre, en tant qu'achevée, parmi des productions dont le traitement, le placement ou d'autres indications semblables témoignent de ce que le travail créateur est terminé en ce qui

⁸³⁸ *Op. cit.*, n°389.

⁸³⁹ *Op. cit.* n° 388, p. 430.

les concerne ? Il paraît assez difficile d'admettre que les actes qui se déroulent, si l'on peut dire, dans l'intimité de l'atelier ou du bureau du créateur intellectuel, dans son for intérieur puissent être invoqués contre lui comme preuve de sa décision de considérer son œuvre comme achevée. On peut conclure qu'il faut bien des manifestations extérieures de cette décision⁸⁴⁰ et que ces manifestations sont des expressions de volonté, adressées au cocontractant de l'auteur⁸⁴¹. Selon l'éminent spécialiste, la question devient encore plus troublante dans le cas où l'auteur, ayant exercé son droit de divulgation, « rétracte sa décision » : que faut-il, en cas de conflit, pour que les créanciers perdent leur gage général sur une œuvre qui a fait, une fois, l'objet, selon des indications objectives suffisantes, de l'exercice du droit de divulgation de l'auteur ? Pour cela M. le Doyen Strömholm affirme que l'exercice du droit de divulgation ne peut se caractériser par la « décision de publier », comme l'affirme Desbois, ni comme une « étape [...] d'ordre moral » : *la décision étant un procédé intérieur et inaccessible, ce qui compte est la manifestation extérieure de la décision*⁸⁴². En plus, la Cour d'appel d'Orléans en recherchant dans l'affaire *Bonnard* parmi les toiles qui composaient l'atelier de *Bonnard* celles qui avaient fait l'objet d'une divulgation de la part de leur auteur, opta pour le critère de la « vente, mise en vente, exposition en vue de la vente ou reproduction à titre onéreux »⁸⁴³. Ce qui est certain est que selon les principes généraux du droit positif le créateur est celui qui décide, seul, de l'achèvement de sa production ; les tiers ne peuvent acquérir un droit privatif sur celle-ci avant la manifestation de cette décision. Le critère qu'il faut rechercher est sans aucun doute la nature plus au moins *définitive* de l'acte par lequel l'auteur manifeste cette décision. La signature d'un contrat relatif à un droit d'exploitation réservé est incontestablement une décision de divulguer, entre autres, contrairement à ce que professe l'opinion doctrinale⁸⁴⁴ qui s'appuie sur la décision de la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Antonin Artaud*⁸⁴⁵. Dans cette affaire les magistrats ont considéré que la divulgation peut, aussi bien, précéder que suivre la conclusion des contrats d'exploitation, puisqu'il était jugé que le contrat confiant à un éditeur le soin de publier les « œuvres complètes » n'emportait pas, en lui-même, exercice du droit de divulgation. Dans les affaires *Whistler* et *Bonnard*, ce n'est pas le degré de publicité mais plutôt la permanence

⁸⁴⁰ W. Klopferl, *L'acte unilatéral et le consentement*, *Revue de la recherche juridique droit prospectif*, 2004 – 2 (1), p. 937.

⁸⁴¹ V. S. Strömholm, *article précité*, n°8.

⁸⁴² S. Strömholm, *thèse précitée*, p. 198 et 199 ; M. le Doyen Strömholm conclut à la page 203 que la seule interprétation possible de l'article L. 121-2 est : « celle qui fait de 'divulgation' un synonyme de 'communication au public' » ; V. *supra*.

⁸⁴³ CA Orléans, 18 févr. 1959, *D.* 1959, p. 440, note Desbois.

⁸⁴⁴ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 384.

⁸⁴⁵ CA Paris, 4^e ch., 19 déc. 1997, *RIDA* 2/1998, p. 433, note Caron Ch.

de la publicité qui décide si un acte de divulgation fait sortir une œuvre de la catégorie des « inédits ». En ce qui concerne les autres actes de publication qui ne s'appuient pas sur un contrat de cession mais constituent des opérations matérielles réalisées par l'auteur lui-même : l'exposition d'une peinture, la lecture publique d'un roman ou d'un recueil de poésie, ou encore toute sorte de communications au public voulues par l'auteur, sont aussi des manifestations de divulgation⁸⁴⁶, puisque la divulgation produit effet même en l'absence de tout but lucratif. La conclusion des contrats d'exploitation ne peut pas être conçue indépendamment de l'exercice du droit de divulgation⁸⁴⁷. L'écrivain, qui a pris le parti de faire publier son œuvre et est en pourparlers avec son éditeur, n'a pas encore divulgué son œuvre, tant que le contrat n'est pas conclu.

182. Une conception contradictoire avec l'article L. 121-9 alinéa 1 du CPI. Toutefois si l'on s'efforce de faire rentrer l'aménagement des contrats d'exploitation dans le cadre du droit de divulgation, les difficultés ne tardent pas à se présenter. Il convient donc d'examiner, maintenant, si cette interprétation peut être conciliée avec les utilisations faites par le législateur. En fait, c'est l'article 25 de la loi de 1957, devenu l'article L. 121-9, al. 1, qui peut soulever un problème puisqu'il dispose que : « Sous tous les régimes matrimoniaux et à peine de nullité de toutes clauses contraires portées au contrat de mariage, le droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité reste propre à l'époux auteur... ». Si le droit de divulgation englobe l'aménagement des modes d'exploitation, pourquoi le législateur, dans cet article, les dissocie-t-il ?

183. Une rédaction maladroite. En fait, jusqu'à la loi de 1957, la Cour de cassation refusait de soustraire les droits d'auteur, en tant que droits pécuniaires, aux règles normales de la communauté conjugale. La Cour de cassation appliquait à la propriété littéraire le droit commun des régimes matrimoniaux, tout en réservant les prérogatives attachées au droit moral de l'auteur. Distinguant ainsi les éléments constitutifs du droit d'auteur, le droit pécuniaire et le droit moral, elle soumettait le premier aux règles du droit commun des régimes matrimoniaux, elle en excluait le second à raison de son caractère strictement personnel. En séparant nettement les deux catégories de droits ainsi reconnus et en les

⁸⁴⁶ V. dans ce sens Laligant, *op. cit.*, n°20 et s. ; *Contra*, Stromholm, article précité, n°10.

⁸⁴⁷ Dans ce sens P. Sirinelli, note sous TGI Paris le 12 sept. 2007, *RIDA*, 2007, oct. p. 359, *chr.* p. 211, à la p. 235 : « La décision de divulgation peut clairement être exprimée par l'intermédiaire d'un contrat (c'est la manifestation la plus éclatante) [...]. Ce qui importe est la réalité de la volonté profonde. Le contrat comme des représentations ouvedrtes au public en sont des extériorisations indiscutables, mais non les seules manifestations possibles. ».

attribuant à deux personnes différentes, le Cour de cassation consacrait la thèse dualiste. Effrayée par l'introduction du droit d'exploitation à la communauté, la Cour atténue, en retour, sa source, le droit moral : « ...pourvu qu'il n'agisse point dans un but de vexation à l'égard de son conjoint ou des représentants de ce dernier »⁸⁴⁸. L'alinéa 1^{er} de l'article 25 entend marquer le caractère personnel du droit moral : « le droit de fixer les conditions d'exploitation de l'œuvre ». La rédaction de cet alinéa est critiquable. Il déclare que, sous tous les régimes matrimoniaux, ces droits restent « propres à l'auteur ». Une telle disposition serait arbitraire, car l'article 25 n'aurait aucune raison d'être : l'article 6 et l'article 19, § 1^{er} suffiraient à exclure le droit moral de la masse commune, en disposant qu'il est « attaché à la personne de l'auteur (al. 2 art. 6) et « inaliénable » (al. 3). Savatier nous enseigne que si le droit moral de l'auteur, qui est par nature extrapatrimonial, n'entre pas dans le patrimoine, et par conséquent reste étranger à la communauté, on ne peut exactement le qualifier de bien propre, puisque au sens patrimonial, il n'est pas même un bien⁸⁴⁹. De plus, il convient d'observer que l'expression « le droit de fixer les conditions de son exploitation » n'est pas heureuse, puisque elle fait référence au droit de divulgation. Ce qui a poussé une partie de la doctrine à considérer que le droit patrimonial rentre dans la masse commune. Par exemple MM. Mazeaud, considèrent que le texte précise en quoi consiste le droit moral : « droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité ». Selon eux, ce droit demeure propre quel que soit le régime matrimonial, pour conclure, après, que le droit pécuniaire suit le sort des meubles et celui des produits pécuniaires⁸⁵⁰. Le législateur en 1992 ne facilite pas l'interprétation puisque ce texte a été placé parmi les dispositions générales relatives au droit d'auteur, qui figure dans le chapitre I du titre II (« Droits des auteurs ») intitulé « Droits moraux »⁸⁵¹. Ce déplacement peut surprendre, dans la mesure où la disposition semble traiter des biens patrimoniaux⁸⁵². Desbois est d'avis que la comparaison des versions successives pour aboutir à l'article 25, n'est pas inutile pour prendre parti dans ces controverses d'interprétations.

184. Retour aux sources : l'article 22 du projet d'ordonnance de 1944. Le droit moral accorde à l'auteur des facultés d'adopter des modifications à son œuvre, de la détruire, en plus

⁸⁴⁸ Cass. civ. 25 juin 1902, Sirey 1902, 1, 305, (*Aff. Lecocq*).

⁸⁴⁹ R. Savatier, *La réforme de la loi du 11 mars 1957 et sa portée*, Défrenois, 1960, art. 27867.

⁸⁵⁰ H. L. et J. Mazeaud, *Leçon de droit civil*, t. IV, vol. 2, éd. Montchrestien, 1966, n° 161.

⁸⁵¹ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 384 : « On relèvera l'erreur de plume résultant de cette ventilation qui fait que le dernier des deux textes continue à viser les représentants de l'auteur « visés à l'art. L. 121-1 » alors que cet article ne concerne que le droit de divulgation ».

⁸⁵² V.-L. Bébabou et V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, La Documentation française, 1998, n° 131 et 153.

du « pouvoir » donné par le droit de divulgation à l'auteur de créer des droits patrimoniaux. Or, dans l'application aux régimes matrimoniaux de communauté, de vives critiques se sont élevées⁸⁵³. L'auteur, dans un esprit de vengeance, pourrait abuser de son droit moral, surtout en cas de divorce, afin de réduire à néant le droit pécuniaire de son ancien conjoint. Cela constituerait un abus de droit par excellence⁸⁵⁴. Boulanger, dans le *Traité de Planiol*, nous explique que : « Une fois publiée, l'œuvre demeure sous l'empire du *droit moral* de l'auteur qui peut la *modifier* à sa guise ou même la *supprimer*. Il faut simplement faire réserve d'un abus possible de ce droit moral, en soulignant l'extrême difficulté de la preuve : ce droit tient à ce qu'il y a de plus intime chez un auteur, et son exercice n'a pas à s'accompagner d'un exposé des motifs. L'intention de nuire, si elle existe, se dissimule derrière des apparences qu'il sera malaisé d'écarter. Quoi qu'il en soit, il y a au moins un élément du droit de propriété littéraire qui est nécessairement exclu de la communauté. »⁸⁵⁵ Pour réagir contre de tels errements et pour éviter de soumettre le droit moral durant la vie de l'auteur au principe d'abus de droit⁸⁵⁶, Desbois nous explique que le législateur a pris le parti radical d'exclure les droits d'auteur, dans leur ensemble, de la masse commune⁸⁵⁷. Le projet d'ordonnance de 1944 était ainsi rédigé (art. 22) : « Sous tous les régimes matrimoniaux, et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage, le droit de défendre l'intégrité de l'œuvre littéraire et artistique, de la divulguer, **de l'exploiter ou d'en tirer un profit pécuniaire** reste propre à l'époux auteur ou à celui des époux à qui de tels droits ont été transmis. ». Il convient d'observer que l'expression « le droit de fixer les conditions de son exploitation », utilisée dans l'article L. 121-9 du CPI, n'est pas heureuse et que le législateur aurait été mieux inspiré en reprenant simplement la formule contenue dans le projet d'ordonnance de 1944 (art. 22), qui constitue la première version de l'article 25, actuellement codifié⁸⁵⁸.

185. L'exception de l'article L. 132-24 du CPI. En fait, cet article devrait être lu avec les autres dispositions du CPI. L'article L.121-2 dispose que l'auteur détermine les procédés et les conditions de la divulgation. : « Sous réserve des dispositions de l'article L.132-24 ». Or,

⁸⁵³ H. Mazeaud, *Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence...*, *op. cit.*

⁸⁵⁴ Il en est ainsi par exemple des décisions rendues dans les célèbres affaires *Lecocq* (Cass. civ. 25 juin 1902, Sirey 1902, 1, 305) et *Canal* (Cass. civ. 14 mai 1945, Sirey, 1945, 1, 101), dans lesquelles la Cour de cassation subordonnait la mise en œuvre du droit moral à la condition que l'auteur « n'agisse pas dans un but de vexation à l'égard de son conjoint ou des représentants de ce dernier ».

⁸⁵⁵ J. Boulanger, *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, 1^{ère} partie, 2^{ème} éd. L.G.D.G., 1957, n° 189-2, p. 404 et s.

⁸⁵⁶ *Ibid.*

⁸⁵⁷ H. Desbois, *op. cit.*, 2^{ème} éd., n° 211, p. 240.

⁸⁵⁸ H. Desbois, *op. cit.*, 2^{ème} éd., n°220, p. 248, note 1, qui cite les différentes versions qui ont été celles de l'article 25.

l'article L. 132-24 évoque « le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle ». En fait, le producteur, à raison des contrats qui le lient aux autres auteurs, est présumé cessionnaire des droits patrimoniaux de chacun d'entre eux afin de pouvoir conclure les contrats qu'impliquent la distribution et la projection des films. Les nécessités économiques et commerciales de la pratique justifient une telle dérogation au droit de divulgation. C'est une exception à la règle selon laquelle : la cession des droits patrimoniaux est un exercice du droit de divulgation⁸⁵⁹.

186. La mise en pratique du droit moral dans les contrats d'exploitation. Le législateur n'a pas oublié que le droit moral de l'auteur, en ses divers attributs (divulgation, respect, paternité), doit avoir une portée réelle et pratique. C'est pourquoi il dispose, dans l'article L.132-11 du CPI, que « L'éditeur est tenu d'effectuer ou de faire effectuer la fabrication selon les conditions, dans la forme et suivant les modes d'expression prévus au contrat. ». Cet article précité est la mise en pratique du droit de divulgation ; l'alinéa 2⁸⁶⁰, quant à lui, est la mise en pratique du droit du respect. L'éditeur doit, enfin, respecter le droit à la paternité de l'auteur, puisque, sauf convention contraire : « Il doit, [...], faire figurer sur chacun des exemplaires le nom, le pseudonyme ou la marque de l'auteur. »⁸⁶¹. De plus, et puisque le droit moral appartient au créateur de l'œuvre originale, il en est ainsi de tout auteur quel que soient son âge, son sexe, ou son état. La jouissance du droit d'auteur naît avec la création intellectuelle et comme nous l'avons vu la création est un fait juridique n'exigeant aucune capacité juridique⁸⁶². Un enfant, un interdit légal peuvent eux-mêmes créer une œuvre artistique. L'incapacité juridique ne coïncide pas toujours avec l'inaptitude de l'esprit à la production d'œuvres intellectuelles ou à la titularité du droit moral. Or, si l'aménagement des contrats d'exploitation relève du droit pécuniaire, et non du droit moral comme le soutient une partie de la doctrine, les règles relatives à l'incapacité juridique seront applicables à cette matière. Pourtant, le législateur français n'a pas fait ce choix. Ainsi en est-il quand le législateur dispose, dans l'article L. 132-7 du CPI, que le consentement personnel de l'auteur est obligatoire, même lorsqu'il s'agit d'un auteur légalement incapable. Or, les actes pour lesquels le mineur doit donner son consentement personnel sont toujours des actes extra patrimoniaux. Par exemple, le mineur doit donner son consentement personnel à toute

⁸⁵⁹ G. Gavin, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, Dalloz, 1960, n° 155, p. 152.

⁸⁶⁰ « Il [l'éditeur] ne peut, sans autorisation écrite de l'auteur, apporter à l'œuvre aucune modification. ».

⁸⁶¹ L'alinéa 3.

⁸⁶² N. Stolfi, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, t. II, 2 éd., Paris, Marcel Giard, 1925, n° 706

demande de changement de prénom le concernant (art. 60 al. 2 du C. civ.). Il est évident que la règle imposée par l'article L. 132-7, quand il exige que le consentement personnel de l'auteur est toujours nécessaire pour la conclusion d'un contrat, il est clair que c'est le droit moral qui est en cause ici, notamment le droit de divulgation. Cela veut dire que cet article énonce un principe qui devrait être appliqué à tous les contrats de cession de droit d'auteur⁸⁶³. Striffling, dans sa thèse intitulée « *Le contrat d'édition* » nous explique que à la différence du droit commun, le père ou le représentant légal ne pourra agir seul au nom de l'enfant, car la : « cession met en jeu le droit moral de l'auteur sur son œuvre, et seul l'auteur peut en disposer. Un père n'a par conséquent pas le droit de publier l'œuvre de son fils mineur sans que ce dernier y consente ; et il faudrait appliquer la même règle au cas d'une simple réédition de l'œuvre : l'auteur a d'aussi justes motifs de faire intervenir son droit moral au moment du renouvellement du contrat que lors de la première publication »⁸⁶⁴. MM. les Professeurs Lucas réfutent ce principe. Pour eux la divulgation ne se ramène pas à une manifestation de volonté, pour admettre qu'elle conditionne la validité d'un acte juridique. Mais c'est un fait matériel, synonyme de porter l'œuvre à la connaissance du public, et qu'elle pouvait précéder aussi bien que suivre la conclusion du contrat d'exploitation⁸⁶⁵. De plus ils rajoutent que si cet article est une simple manifestation du droit moral, et plus précisément du droit de divulgation, cela n'explique pas l'exclusion des titulaires *post mortem* du droit de divulgation désignés par l'article L. 121-2 et qui devraient être traités comme l'auteur lui-même⁸⁶⁶. Mais puisque nous avons montré que le droit de divulgation s'éteint avec la mort de l'auteur, il est évident que le législateur, dans l'article L. 132-7, écarte les ayants droits de l'auteur.

187. L'*intuitus personae*. En fait, l'auteur créateur peut s'opposer à toute cession (à ne pas confondre avec le sous-contrat ou la cession partielle des droits) de son droit cédé, au nom de

⁸⁶³ Cette règle est commune aux contrats d'édition et de représentation, la seule différence apparaît dans la nécessité d'un accord écrit pour le second. V. Desbois, n°601. (V. cpdt CA Paris 10 mai 1973, *JCP éd. G*, 1973, II, 17475 concl. Cabannes, obs. H. Desbois, *RTD com.* 1973, p. 796 ; Dans le même sens Cass. civ. 21 nov. 2006, le formalisme de l'écrit ne concerne que les contrats d'édition, V. J. Matthyssens, *Les auteurs devant la Commission Escarra*, *RIDA* avr. 2004, p. 77, à la p. 93 : « Je regrette simplement d'avoir oublié d'inscrire l'obligation de l'écrit. » V. les critiques de F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination*, LGDJ, 1989, n° 171, pp. 169-170 : « On le voit, l'exigence de l'écrit posée, d'une façon peu claire, par l'article 31, alinéa 1, pose de délicats problèmes d'interprétation. Nous pensons que l'exigence d'écrit aurait dû être étendue à l'ensemble des contrats d'exploitation de façon explicite. Mais il nous semble que si l'on se réfère à l'esprit général de la loi et à la notion d'édition telle que définie sous l'empire de la loi de 1793, notamment on peut développer une interprétation large de l'alinéa 1. ».

⁸⁶⁴ R. Striffling, *Le contrat d'édition*, Paris, éd. Domat-Montchrestien, 1936, p. 32.

⁸⁶⁵ H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 497, p. 406.

⁸⁶⁶ *Op. cit.*, n° 563.

son droit de divulgation, lequel est fortement marqué d'*intuitus personae*⁸⁶⁷. L'importance donnée à l'*intuitus personae* s'explique, en réalité, par la nature des œuvres de l'esprit, selon Desbois, et nous adhérons aussi à cette thèse. C'est le développement, l'épanouissement du droit moral qui a, semble-t-il, inspiré au Parlement la disposition rigoureuse de l'article L. 132-16.⁸⁶⁸ Etant donnés les intérêts moraux que met en jeu la conclusion d'un contrat d'édition, l'*intuitus personae* est évidemment prépondérant. L'éditeur ne peut pas céder, à titre gratuit ou onéreux, le bénéfice du contrat d'édition à un tiers sans avoir obtenu l'assentiment de l'auteur (article L. 132-16 al. 1) et en ce qui concerne le contrat de représentation, la même règle s'impose (L.132-19, al.4). La référence au droit moral est encore plus claire dans l'alinéa 2 du précédent article, qui vise la protection des intérêts moraux en cas de l'aliénation du fond de commerce d'édition⁸⁶⁹. Le législateur n'a pas exigé l'agrément de l'auteur en cas d'aliénation volontaire de tout le fonds de commerce de l'éditeur. Des intérêts économiques imposent cet effacement de l'*intuitus personae*. Aucun fonds ne pourrait être vendu si les contrats en cours n'étaient pas compris dans la cession. Les intérêts moraux des auteurs ne sont cependant pas méconnus puisque aussi bien l'auteur est fondé, s'il parvient à démontrer que ceux-ci sont gravement menacés, à demander la résiliation du contrat⁸⁷⁰. Le respect du droit de divulgation recule devant certains intérêts économiques que le législateur a jugés supérieurs. Les fonds de commerce d'édition perdraient la plus grande partie de leur valeur si les contrats ne pouvaient les accompagner au fur et à mesure des mutations ; les auteurs éprouveraient eux-mêmes des déboires du fait de l'intransmissibilité, puisque le commerce de l'édition pâtirait d'une dépréciation des entreprises⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ « On ne céderait pas une œuvre, comme on le fait pour un bail. » Gautier, *op. cit.*, n° 368, p. 702

⁸⁶⁸ Desbois, *op. cit.* n° 593.

⁸⁶⁹ « En cas d'aliénation du fonds de commerce, si celle-ci est de nature à compromettre gravement les intérêts matériels ou **moraux** de l'auteur, celui-ci est fondé à obtenir réparation même par voie de résiliation du contrat. »

⁸⁷⁰ P. Sirinelli, *op. cit.* p. 375.

⁸⁷¹ V. TGI Paris, 3^e ch., 1 fév. 2006, « l'éditeur ne peut transmettre à titre gratuit ou onéreux, ou par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur », *P.I.* n° 19, p. 184, note A. Lucas.

Section 2) Les tempéraments : les auteurs dépossédés

188. Plan. D'une certaine façon, la définition de l'auteur est comprise dans la définition de l'œuvre de l'esprit. Celle-ci doit s'entendre comme la création d'une forme originale, cette originalité exprime la personnalité de l'auteur. Sur cette base, le droit moral est « l'expression juridique du lien qui unit l'œuvre à son créateur ». Mais l'introduction des œuvres informationnelles au sein du droit d'auteur révèle une réalité brutale : ce n'est plus la « personnalité » des auteurs qui est le fondement du droit attribué mais les intérêts économiques (§1.). Des nouvelles restrictions sont imposées à l'exercice du droit de divulgation en tant que source des droits patrimoniaux. Il s'agit des créations plurielles⁸⁷² (§2.).

§1. L'œuvre informationnelle⁸⁷³

189. Une protection par le droit d'auteur dictée par des raisons d'opportunité. Afin de protéger les intérêts des investisseurs et des créateurs de logiciels, le législateur français a choisi la voie du droit d'auteur. Ce choix était dicté par des considérations plutôt économiques que juridiques. En fait, l'introduction du logiciel dans le droit d'auteur est le résultat d'une tendance à gommer les différences entre le droit d'auteur et les propriétés industrielle et commerciale. Une tendance qui considère le droit d'auteur comme un monopole, une rémunération à l'investissement plutôt qu'une protection de l'individu. L'industrie des logiciels souhaitait disposer d'une protection privative par le droit de la propriété intellectuelle lequel, à la différence d'un recours au droit des obligations, ne pourrait leur assurer qu'une protection indirecte, jugée à ce titre juridiquement insuffisante et économiquement inopérante. Pourtant, la protection du logiciel par le droit d'auteur est une chose acquise en droit positif, une réalité. Or, malgré cette réalité le logiciel ne peut pas être

⁸⁷² Malheureusement, la nouvelle loi DADVSI vient rajouter une nouvelle dérogation au modèle classique. Cette fois-ci, ce n'est plus une œuvre en particulier qui est ciblée, mais l'auteur lui-même. Il s'agit de l'auteur fonctionnaire. Sur cette question V. M. Cornu, *Droits d'auteurs des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public*, D. 2006, p. 2185 spéc. pp. 2186 et s. ; M. Guillemain et A. Lallement, *La réforme du droit d'auteur des agents publics : difficultés d'application aux enseignants-chercheurs*, D. 2005, p. 1418.

⁸⁷³ M^e Edelman désigne les œuvres informatiques : « Des œuvres sans esprit », B. Edelman, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 67.

l'objet d'un droit de divulgation. Nous allons dans un premier temps justifier l'absence de droit de divulgation en matière de logiciel (A.) pour voir ensuite les conséquences de cette absence (B.)

A. Les justifications de l'absence du droit de divulgation

190. Méthode législative. L'article L. 121-7 règle seulement le cas du droit de repentir et du droit au respect de l'œuvre, sans souffler mot du droit de divulgation. On est donc confronté à la question de l'application éventuelle du droit commun. L'opiniâtreté de certains à éparpiller les diverses règles relatives aux logiciels, révèle en fait leur désir de les fondre définitivement dans le régime général, puisqu'il n'est pas certain, à la lecture des travaux préparatoires, que le législateur ait voulu construire un régime spécial pour les logiciels⁸⁷⁴. Soulignons surtout que le principe d'assimilation des logiciels aux œuvres littéraires, imposé par la directive, va dans ce sens⁸⁷⁵. Toutefois, le recours au droit commun de la propriété littéraire et artistique en matière de logiciels est impossible. D'abord, le droit commun ne s'applique qu'aux œuvres originales (1.) ; ensuite, l'œuvre informationnelle n'a pas une forme communicable au public (2.).

1. L'absence d'originalité

191. Le cheval de Troie. Récusant officiellement l'idée d'une protection spécifique, la loi du 3 juillet 1985 s'était ralliée à une solution de compromis elle ajouta les logiciels à la liste de l'article 3 la loi du 11 mars 1957, tout en prévoyant pour eux un régime dérogatoire, exposé dans un titre autonome⁸⁷⁶. La loi de 1992, a supprimé le titre spécial consacré aux logiciels par la loi de 1985. La loi de transposition du 30 mai 1994 ajouta le logiciel à la liste

⁸⁷⁴ V. les propos du M. J. Lang, *La loi du 3 juillet 1985*, RIDA janvier, n° 127, p. 7.

⁸⁷⁵ A. Lucas, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, n°553, p. 338.

⁸⁷⁶ Titre V, art. 45 à 51. *Comp.* l'intervention de M. Jolibois, rapporteur du projet au Sénat : « Il est donc bien clair que l'ensemble des dispositions relatives aux logiciels constituent un droit nouveau, un droit voisin, qui n'est pas rigoureusement un droit d'auteur. », *J.O. CR, Sénat*, 17 juin 1985, p. 1253.

des œuvres protégeables contenue dans l'article L. 112-2, (°13). Pour cela, on a avancé qu'il est interdit de dénier par principe à ces créations l'originalité. On a même soutenu qu'adapter le critère d'originalité en matière de logiciel était une tâche aisée, pour « l'excellente » raison que cette notion est tellement « floue » et « abstraite » que l'on peut y introduire un nombre quasi infini de variations⁸⁷⁷. Cette doctrine va encore plus loin en affirmant qu'une empreinte de personnalité du créateur de logiciel, comme n'importe quel auteur d'une « œuvre scientifique », se trouverait principalement dans le « choix » effectué entre plusieurs méthodes possibles matérialisés dans le programme définitif⁸⁷⁸.

192. L'analogie avec les anthologies. C'est ce raisonnement qui avait conduit à faire héberger les bases de données par le droit d'auteur en reposant sur une analogie avec les anthologies. En fait la directive du 11 mars 1996 inscrit, une fois encore, sa démarche dans le cadre de la Convention de Berne, puisque dans le 28^e considérant elle indique que le droit moral reste « en dehors » de son champ d'application. Et comme la loi de transposition n'a pas davantage abordé la question, certains ont soutenu que c'est donc le droit commun auquel il faut se référer⁸⁷⁹. Ce raisonnement n'est pas du tout convaincant. En fait le droit commun s'applique aux œuvres originales. L'anthologie est bien l'objet d'un droit d'auteur comportant un droit moral ; mais elle l'est parce que son auteur s'est exprimé à travers les textes qu'il a choisis. Il a, en quelque sorte, fait preuve de créativité dérivée par identification à la créativité d'autrui ; ce qui n'est possible qu'à condition de partir de créations originales et non d'informations brutes (adresse, horaires, températures, etc...). Or, cette démarche est étrangère à la constitution d'une base de données. Outre que la base de données est fréquemment constituée à partir d'objets dépourvus de toute expressivité, aucun processus d'identification à ce qui est exprimé n'est décelable ; bien au contraire, la base est conçue comme un cadre à l'intérieur duquel les données évoluent. En bref, la constitution d'une base de données requiert un important et utile travail documentaire qui ne relève en rien d'un processus créatif. Comment de telles « œuvres » qui sont, au mieux, le fruit d'un travail compétent, pourraient-elles engendrer le moindre embryon de droit moral ?

⁸⁷⁷ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n°82.

⁸⁷⁸ *Ibid.* ; V. la critique du M^e Sardain de la théorie de « choix » dans sa thèse précitée : « Il nous semble, en tout état de cause, que les choix effectués par un programmeur ne relèvent pas de l'expression d'une personnalité mais de la mise en œuvre d'un savoir-faire et, à la rigueur d'une activité inventive. » et que « La possibilité de choix dans la rédaction des instructions ne doit pas être un leurre : l'important 'ce n'est pas l'expression en elle-même', mais son efficacité fonctionnelle. », n° 250, p. 224.

⁸⁷⁹ A. Lucas, J. Dvèze, Jean Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, 2001, n° 589.

193. L'inadaptation du critère classique de l'originalité. Desbois fait de la notion d'originalité la « pierre de touche »⁸⁸⁰ de la propriété littéraire et artistique ; notion qui s'entend classiquement de l'*empreinte de personnalité de l'auteur*. Le logiciel ne peut pas contenir une telle empreinte. Son « originalité » relève plutôt de l'apport intellectuel, une notion objective, qui met un seuil à l'originalité. Aucun lien entre le logiciel, fonctionnel par nature, et l'auteur individu ne peut être constitué. La seule façon de donner pour le logiciel un sens à l'exigence d'originalité est de s'en tenir à une approche objective, comme le fait la jurisprudence dominante⁸⁸¹. Le logiciel original n'est pas celui dans lequel on retrouvera la marque de la personnalité de son auteur⁸⁸², en réalité indifférente, puisque le logiciel n'existe que pour satisfaire un besoin pratique. Le sens de l'originalité dans le logiciel est celui qui révélera un minimum d'activité inventive. Ce qu'on cherche à protéger en réalité est un investissement⁸⁸³. Le code source ne peut rien exprimer de l'univers du programmeur, il n'exprime rien, il représente seulement un processus logique⁸⁸⁴. Et comme l'affirme M. le Professeur Gaudrat : « C'est pourquoi il peut avoir un sens, sans pour autant 'exprimer' une personnalité. »⁸⁸⁵ En fait, ni les logiciels ni les bases de données ne sont des formes dans lesquelles la personnalité s'exprime. M. Gaudrat nous enseigne que : « Toute la théorie qui depuis cinq siècles, fonde la propriété de l'auteur, s'effondre. La rencontre entre *l'intérêt culturel général* et *l'intérêt du créateur* autour de *l'empreinte de la personnalité* déposée dans l'œuvre, la superposition d'un *droit de la personnalité* à un *intérêt collectif juridiquement protégé* deviennent radicalement caducs. »⁸⁸⁶.

194. L'adoption d'un nouveau critère. Ce qui est certain est que le recours aux critères de la propriété industrielle est indispensable en matière de logiciels⁸⁸⁷. Cela veut dire, qu'en ce qui concerne les logiciels, on ne cherche plus à déceler l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans une œuvre, mais la trace de son habileté, de son travail ou de son effort⁸⁸⁸, ce qui permet de gommer toute appréciation de la subjectivité et de protéger tout investissement en

⁸⁸⁰ Desbois, *op. cit.*, n° 2, p. 4.

⁸⁸¹ TGI Paris, 3^e ch., 27 juin 1984, *G. P.* 1985, 1, p. 66, note J. R. Bonneau ; CA Paris, 4^e ch. 27 janv. 1987, *Expertises* 1987, p. 69 ; CA Paris 4^e ch. 23 oct. 1998, *Expertises*, 1999, p. 31.

⁸⁸² La directive européenne du 14 mai 1991 définit le programme original comme celui qui est « la création intellectuelle à son auteur ». (art. 1.3).

⁸⁸³ A. Lucas, *Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels*, *Juris-Cl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1160, n°59.

⁸⁸⁴ Ph. Gaudrat, *La protection des logiciels par le droit d'auteur, bilan et perspectives*, *RIDA*, 1988, n°138, p. 113, n° 24.

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ Ph. Gaudrat, *Droit moral & Multimédia – Rapport pour le colloque Sapporo*, mai 2004, n°48.

⁸⁸⁷ F. Sardain, *op. cit.*, 264, p. 234.

⁸⁸⁸ *Op. cit.*, n° 269.

travail ou en capital. Qu'il s'agisse d'un logiciel ou d'une base de données, c'est le caractère exclusivement utilitaire de la méthode, caractère, qui fait que même, concrétisé dans une forme, c'est une forme utilitaire, donc qui n'exprime rien. Elle résout un problème. Sous ce rapport, si l'on avait dû apparenter la protection à une propriété incorporelle, c'est plutôt de la propriété industrielle qu'il aurait convenu de la rapprocher. Si forme il y a, la forme est fonctionnelle et non protégeable par le droit d'auteur⁸⁸⁹. En ce qui concerne les œuvres informatiques, ce n'est plus *l'empreinte de personnalité* qui est le critère subjectif de protection mais *l'apport intellectuel*⁸⁹⁰, qui est le critère objectif. Le logiciel n'est pas le lieu d'élection des prérogatives morales. Le droit sur le logiciel n'est qu'un droit industriel masqué par une apparence de propriété littéraire et artistique⁸⁹¹. La Cour d'appel de Douai ne s'est pas embarrassée d'affirmer qu'en matière de logiciel, le droit moral se réduisait au droit au nom⁸⁹².

195. Un glissement vers le copyright. Séparer, ainsi, la notion d'œuvre de l'esprit de celle d'originalité a pour effet d'intégrer de nouvelles catégories d'œuvres. C'est ce qui explique que les deux questions soient tellement liées en jurisprudence⁸⁹³. Il en résulte que les frontières entre le système continental et celui du *copyright*, se trouvent désormais incertaines. La création passe de plus en plus par la mise en œuvre d'un savoir-faire qui se concrétise dans les logiciels et les bases de données. Si la loi nous oblige désormais à les regarder comme des œuvres protégeables, il faut s'attendre à de nouvelles controverses.

196. Une confusion entre œuvre et information. En abandonnant la définition subjective de l'originalité, et en adoptant d'une conception anglo-saxonne du critère d'originalité, la distinction entre œuvre de l'esprit et information ne peut qu'être gommée. Dans la démarche

⁸⁸⁹ Ph. Gaudrat, *Loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur*, RTD com. 1998, p. 598.

⁸⁹⁰ Sur la distinction entre apport intellectuel et apport artistique, V. l'image du juriste britannique Frost, cité par Roubier : « On peut affirmer que si Shakespeare n'avait jamais existé, ses œuvres n'auraient sûrement été écrites par personne, tandis qu'on a peine à croire que si Watt n'avait jamais vécu, les perfectionnements apportés à la machine à vapeur auraient échappé longtemps à la pénétration d'autres techniciens », *Law and practice relating to lettres patentes*, Londres, 1906, II, Ch. II, cité par P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, 1952, n° 12, p. 53 ; en jurisprudence V. T. I. Nîmes, 26 janv. 1971, JCP 1971, II, 16767, note M.A. ; Douai 20 nov. 1973, RIDA, janv. 1974, LXXIX, p. 76 et dans une certaine mesure : Cass. civ. 5 mars 1968, RIDA janv. 1969, LIX, p. 172.

⁸⁹¹ V. TA de Lyon, 2^e ch., 21 nov. 1994, JCP éd. E, 1996, I, 559, p. 217, chr. M. Vivant et Ch. Le Stanc, : « Toutefois, nous noterons que, pour ce faire, le tribunal déclare que les droits dits d'auteur sur le logiciel doivent être rangés parmi les droits de 'propriété industrielle' composant le fonds. »

⁸⁹² CA Douai, 1^{er} ch., 1^{er} juillet 1996, PIBD, 1997, n° 627, III, p. 129.

⁸⁹³ Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1992 : « la cour d'appel a souverainement retenu que la composition de jeux de lumière destinés à révéler et à souligner les lignes et les formes du mouvement constituait une 'création visuelle' originale, et, partant, une œuvre de l'esprit », D. 1993, p. 358, note B. Edelman.

subjective, l'accent est mis sur le lien entre l'œuvre et le créateur, ce lien que le législateur a protégé par le droit moral. Or dans la démarche objective, le cheminement importe peu et seul compte le résultat⁸⁹⁴. On peut dire que la notion d'« œuvre information » est née à partir des années quatre-vingt, à la fois par l'introduction du logiciel dans le droit d'auteur et par le droit du public à l'information. Il suffit à travers l'exposé des motifs du projet de loi qui entendait « favoriser la diffusion dans le public des œuvres »⁸⁹⁵. Et comme l'exprime M^e Edelman : « L'individualisme ne serait plus désormais le fondement du droit d'auteur »⁸⁹⁶. Mais, c'est surtout l'émergence de l'information dans le droit d'auteur qui favorise une renaissance de *l'intérêt du public*⁸⁹⁷. Dans ce contexte « le créateur apporte, révèle, fait connaître quelque chose à la collectivité : il lui apporte une information »⁸⁹⁸. De même, M. le Professeur Lucas déduit qu'« en poussant plus loin l'analyse, on aboutit à la conclusion que la 'Joconde' et les 'Fleurs du mal' sont des créations informationnelles au même titre que les cartes de météorologie, que les cours de la Bourse »⁸⁹⁹. Il conclut, néanmoins, en d'autre lieux, que la définition classique de l'originalité entendue comme la marque de la personnalité de l'auteur, se révèle inadaptée en matière de logiciels⁹⁰⁰. Pour lui, chercher « la personnalité du programmeur à travers des instructions adressées à la machine nous a toujours paru relever de l'artifice. La démarche montre, en réalité, combien la dimension subjective de l'originalité a été exagérée »⁹⁰¹.

197. Le déséquilibre dans le système du droit d'auteur. L'originalité à cachet subjectif ne peut s'attacher qu'aux formes d'expression, et ne peut pas s'attacher au contenu (pour l'essentiel : idées et informations). Or, le contenu et l'information sont essentiels dans les logiciels et les bases des données. Mais, le droit moral de l'auteur qui exprime le lien entre l'auteur et son œuvre ne peut pas avoir pour objet une information brute, ou une création utilitaire, puisqu'elles ne peuvent pas être liées à un créateur. Cette objectivation du critère, qui ramène désormais l'exigence d'originalité à une simple « notion statistique », a pour conséquence l'affaiblissement du lien entre l'auteur et son œuvre, ce qui entraîne à son tour un déséquilibre dans le système de protection mis en place depuis le XIX^{ème} siècle, d'où, la réduction du droit moral de l'auteur, et la naissance des droits dans le patrimoine des

⁸⁹⁴ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 44.

⁸⁹⁵ Projet de loi, *Doc. Ass. nat.*, n° 2169, annexé au procès verbal de la séance du 4 juin 1984, p. 3.

⁸⁹⁶ B. Edelman, *Droit d'auteur, droits voisins*, Dalloz, 1993, n° 4, p. 4.

⁸⁹⁷ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 282, p. 252.

⁸⁹⁸ M. Vivant, *A propos des biens informationnels*, *JCP* 1984, I, 3132.

⁸⁹⁹ A. Lucas, *Droit d'auteur, information et entreprise*, *Cah. Dr. Entr.* 1988, 1, p. 7.

⁹⁰⁰ Note sous Cass. 1^{re} ch. civ. 7 mars 1986 (*Pachot*) *R.I.D.A.* juillet, 1986, n°129, p. 137.

⁹⁰¹ *Ibid.*

investisseurs⁹⁰². M^e Edelman nous enseigne que : « [...] l'originalité, ainsi détournée de sa fonction, servira à justifier n'importe quelle activité de l'homme, pour autant qu'elle soit 'intellectuelle' ». Pour lui, le cas du logiciel et « la technique informatique a profondément modifié la nature du droit d'auteur par une subversion de ses concepts fondamentaux »⁹⁰³. On peut donc affirmer que le droit d'auteur applicable aux logiciels est un droit voisin, ou même un droit fonction⁹⁰⁴, pour qu'il devienne alors plus aisé de lui appliquer la notion d'épuisement⁹⁰⁵. La remarque est d'autant plus vraie que le logiciel n'est pas une « œuvre de l'esprit » mais un outil utilitaire et que le droit qui s'y attache n'est pas, à proprement parler, un droit subjectif mais un monopole⁹⁰⁶.

2. L'absence de communication au public

198. Absence de forme. Un logiciel n'est pas une « œuvre de l'esprit » : Le logiciel, en tant que langage fonctionnel s'adressant à une machine, ne saurait être assimilé à une œuvre de langage humain susceptible de laisser transparaître la personnalité de celui qui l'a écrite. D'autant que les partisans de l'inclusion du logiciel dans le droit d'auteur, ont vite saisi l'intérêt qu'il y avait à assimiler le code source du logiciel à une œuvre de langage, ou même l'assimiler aux compositions musicales qui sont exprimées en langage codé⁹⁰⁷. Mais comme MM. les Professeurs Lucas nous l'enseignent : « Il n'empêche que l'œuvre musicale ainsi codée s'adresse à l'auditeur. Au contraire, le langage informatique, indépendamment de sa complexité, s'adresse à l'ordinateur, [...] »⁹⁰⁸. Le logiciel ne constitue jamais qu'une forme

⁹⁰² A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n°99, p. 97 ; F. Sardain, *op. cit.*, n° 261, p. 232.

⁹⁰³ B. Edelman, *Nature de droit d'auteur et des droits voisins*, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, 2001, fasc. 1112, p. 18, n° 103.

⁹⁰⁴ F. Sardain, *La propriété intellectuelle à l'épreuve du logiciel, L'exemple des interfaces*, th. Poitiers, 2002, n° 32, p. 46.

⁹⁰⁵ L'article L. 122-6, 3°, V. *infra* (Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2, §2.).

⁹⁰⁶ F. Sardain, *op. cit.*, n° 120, p. 117, et n° 206.

⁹⁰⁷ TGI Paris, 1^{re} ch., 21 sept. 1983 : « si les programmes d'ordinateur ne sont pas immédiatement perceptibles par les sens de tout un chacun comme le sont les œuvre littéraires ou plastiques, ils sont néanmoins accessibles et intelligibles grâce à leur transcription sur divers supports matériels », puisque pour le tribunal « si, à l'évidence, leur lecture n'est pas à la portée de tous et requiert une technicité certaine, cette seule particularité n'est pas de nature à les exclure de la catégorie des œuvres de l'esprit, pas plus que n'en sont exclues, par exemple, les compositions musicales qui sont, elles aussi, exprimées en un langage codé et complexe dont la compréhension immédiate suppose une éducation spécialisée. », *JCP* 1984, II, 20249, note Wagret ; *D.* 1984, p. 77, note Le Stanc ; *D.* 1984, *IR*, obs. J. Huet.

⁹⁰⁸ H.-J. Lucas et A. Lucas, *op. cit.*, n° 62., V. les développements de F. Sardain, thèse précitée, n° 237.

intellectuelle, totalement assujettie au but utilitaire défini par les programmes qu'elle génère⁹⁰⁹. Une forme qui est exclusivement logique et utilitaire ne se rapporte pas à la personnalité du créateur individu, cet individu qui est l'essence de la création au sens du droit d'auteur. Parce que le logiciel n'exprime pas la personnalité d'un auteur, la jurisprudence et le législateur communautaire ont infléchi le critère traditionnel vers plus d'objectivité.

199. Absence d'un public d'amateurs. A l'évidence, ce ne sont pas des objets culturels mais des objets utilitaires. Ce ne sont même pas des objets culturels à contenu utilitaire, comme peuvent l'être les œuvres scientifiques, comme les qualifient certains⁹¹⁰. Ce sont de purs outils qui gèrent l'interface sans être communiqués par son entremise ; ces œuvres-là n'ont pas de public, seulement des « utilisateurs-consommateurs ». Faut-il alors rappeler l'importance de l'aspect personnel dans la notion du public indispensable à la construction juridique constitutive du droit d'auteur⁹¹¹ ? M. le Professeur Gaudrat définit le public comme étant l'ensemble des personnes « susceptibles d'entrer en relation intellectuelle avec l'œuvre d'un auteur » dès lors que celui-ci a décidé de la divulguer⁹¹².

200. L'émergence d'un public d'utilisateurs. Si le droit de divulgation se manifeste la plupart du temps en aménageant les contrats d'exploitation des œuvres de l'esprit, et que cette exploitation a pour finalité sa communication au public, l'exploitation d'un logiciel ne peut avoir la même finalité. La patrimonialisation de l'œuvre a précisément pour objet de faire apparaître le droit qui en structure le partage⁹¹³. En fait, le logiciel constituant fondamentalement un objet utilitaire et non une forme d'expression littéraire, son exploitation ne peut être mise en œuvre que par son utilisation, non par sa communication. Or, la notion d'utilisation n'a aucun sens en matière d'œuvre de l'esprit. Ce qui conforte cette analyse est que la loi désigne un utilisateur et non pas un public. Le logiciel s'inscrit dans une logique de propriété industrielle. Appliquerait-on le droit moral d'auteur à une invention ?

201. Le culte du secret. En plus, les leaders de l'industrie informatiques souhaitent toujours garder leurs codes sources, qui recèlent leurs innovations techniques et leur savoir-faire, confidentiels ; ce qui est contraire à la notion de divulgation. En fait, le terme

⁹⁰⁹ Sur la question de la forme en droit d'auteur, V. les développements du professeur Ph. Gaudrat, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 195.

⁹¹⁰ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 82.

⁹¹¹ A. Kerever, *Le droit d'auteur est-il anachronique ?*, *Le Droit d'Auteur*, déc. 1983, p. 360.

⁹¹² Ph. Gaudrat, *Droit de représentation*, *J. Cl. Propriété littéraire*, Fasc. 1242, 2004, p. 3, n° 7, et n° 11.

⁹¹³ Ph. Gaudrat, *Droit moral & Multimédia*, *op. cit.*, n°50.

« divulgation » contient une idée de partage de la forme. Même en raisonnant comme une partie de la doctrine moderne qui assimile la divulgation en droit d'auteur à la divulgation en droit des brevets, l'invention est divulguée quand elle est connaissable par autrui. Or la forme « littéraire » du logiciel n'est jamais partagée ; mieux, il est interdit d'y accéder puisque la décompilation est illicite. En posant le principe de l'illicéité de la décompilation, l'article L. 122-6-1, 4° consacre donc une protection sur l'information brute. Comme l'observe M. Gaudrat : « on aboutit donc à une œuvre de langage qui n'est jamais divulguée – puisque aucun membre du public n'est en droit d'y accéder – mais qui est néanmoins objet d'un droit de reproduction/traduction permettant d'interdire l'accès du public à l'œuvre »⁹¹⁴.

202. La *summa divisio* sphère privée/sphère publique. Si on considère le logiciel comme une œuvre de langage, la décompilation, qui est une exception au monopole sur le logiciel selon le CPI, devrait être licite. Le droit d'exploitation de la propriété littéraire et artistique est structuré autour de la communication d'une œuvre à un public et couvre donc les exploitations publiques qui en sont faites. Par opposition, les exploitations privées de cette même œuvre sont classiquement les limites au droit d'auteur, par l'article L.122-5. Or, aux termes de l'article L.122-6-1, IV, 1° du CPI, l'attributaire du droit de décompilation est la personne « ayant le droit d'utiliser le logiciel pour son compte, ou une personne habilitée à cette fin »⁹¹⁵. Nulle référence n'est donc faite ici au caractère public ou privé de l'usage de l'objet protégé. Il est indiscutable que l'utilisation d'un logiciel a toujours lieu dans une sphère privée, c'est l'affaire de l'utilisateur final⁹¹⁶. C'est la raison fondamentale pour laquelle le critère public/privé ne peut jouer avec les œuvres logicielles et que le monopole dont elles sont l'objet est également étendu à la sphère privée. Cela montre bien que la communication au public ne conditionne pas le monopole sur le logiciel⁹¹⁷. Ainsi, la mutation du contenu de la notion de divulgation se conçoit aisément pour l'œuvre informationnelle, qui est créée pour être utilisée et non communiquée au public.

⁹¹⁴ Ph. Gaudrat, *La titularité des droits sur les droits œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, Rapport aux Ministre de la Culture, de la Justice et au Secrétaire d'Etat à l'industrie, févr. 2000, n° 32, cité par F. Sardain, *Le droit d'auteur à l'épreuve du logiciel : l'exemple du droit de décompilation*, *Com. comm. électr.* Oct. 2002, p. 18.

⁹¹⁵ X. Linant de Bellefonds, *Le droit de décompilations des logiciels: une aubaine pour les cloneurs?*, *JCP G* 1998, I, 118, p. 483, n° 23 : « nous ne sommes pas dans le 'public' du droit d'auteur avec ses contours imprécis pour ne pas dire nébuleux ».

⁹¹⁶ F. Sardain, *th. préc.*, n°319 et s.

⁹¹⁷ F. Sardain, *th. préc.*, n° 331.

B. Les conséquences impliquées par l'absence du droit de divulgation

203. Le caractère *sui generis* des règles concernant l'œuvre information. L'intérêt public assure un rôle primordial en matière de protection du logiciel. Il est notoirement connu que le logiciel est un outil utilitaire, attaché artificiellement à la catégorie des œuvres de l'esprit, essentiellement pour des raisons d'opportunité. Ainsi, afin de protéger au mieux les intérêts des investisseurs et les industries de l'informatique, le législateur français, mû par des considérations pragmatiques plutôt que juridiques, a choisi la voie de protection par le droit d'auteur. C'est l'intérêt public qui est au centre de cette protection, et non pas la logique individualiste. Il était normal que le législateur ne consacrait aucun droit destiné à protéger la volonté du créateur, donc un droit de divulgation. Le monopole accordé sur les logiciels s'inscrit dans une simple logique d'incitation à la production des créations utiles pour l'industrie. Quoique, les dispositions propres au logiciel figurent dans le titre relatif au droit d'auteur⁹¹⁸, sommes-nous vraiment devant un droit d'auteur ? M^e Sardain affirme le caractère de « droit voisin » du monopole sur un logiciel, en citant les propos du rapporteur Jolibois : « s'agissant d'un *droit d'application industrielle*, le Sénat a, pour sa part, estimé paradoxal de donner aux logiciels une protection supérieure à celle dont bénéficient les brevets d'invention (vingt ans), ce délai ne pouvant toutefois être inférieur à vingt-cinq ans puisque telle est la durée minimale de protection exigée par la Convention de Berne, pour les œuvres d'art appliquées à l'industrie »⁹¹⁹. De plus, le droit de la propriété littéraire et artistique est structuré autour de la communication d'une œuvre à un public et couvre, en conséquence, les exploitations publiques qui sont faites, par voie de représentation ou de reproduction, consécutives à un acte de divulgation. Or, une œuvre informationnelle ne peut être communiquée ni directement, ni indirectement, puisque son exploitation ne peut être mise en œuvre que par son utilisation, non par sa communication au public, comme dans le cas des œuvres de l'esprit en général et de l'œuvre littéraire à laquelle on l'assimile en particulier. C'est la raison fondamentale pour laquelle le monopole des œuvres informationnelles est étendu à la sphère privée, ou plutôt n'a vocation à exister que dans la sphère privée. Ainsi, le professeur Françon s'interrogeait pour savoir si « avec les développements technologiques, le clivage public-privé qui est la base du système actuel, ne risque pas d'être remis en cause et

⁹¹⁸ A. Françon, *op. cit.*, p. 613 ; V.-L. ; Benabou et V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 120.

⁹¹⁹ Rapp. Sénat, n° 350, xx xx 1985, Tome II, p. 52, Cité par F. Sardain, *op. cit.*, n° 190, p. 175, note 160.

si, dans ces conditions, la notion de public n'est pas appelée à devenir une notion dépassée »⁹²⁰. Donc, pour empêcher « une déplorable » confusion des genres, qui provoquera de « regrettables » effets, nous adhérons à la thèse de M^e Sardain, et sommes d'avis que les règles concernant l'œuvre informationnelle constituent en somme, des règles *sui generis*⁹²¹.

1. La conception analytique du monopole

204. Mutation de la *summa divisio* du monopole d'exploitation. Nous avons vu qu'aucun droit pécuniaire ne peut être exercé sans une divulgation préalable⁹²². L'œuvre ainsi divulguée ne donne prise aux droits patrimoniaux que dans la mesure et la limite de la décision clairement exprimée de son créateur. Mais en matière de logiciel l'approche adoptée par le législateur est tout autre. Procédant de manière analytique et non plus synthétique, il a reconnu expressément à l'auteur du logiciel, dans l'art. L. 122-6 du CPI, l'ensemble des droits d'une manière analytique. Les prérogatives de l'auteur sont limitativement énumérées dans cet article. C'est-à-dire que le législateur décompose le processus d'utilisation du logiciel en diverses phases⁹²³, auxquelles correspondent des monopoles spécifiques indépendants. Cette segmentation du monopole révèle une réelle et profonde différence avec le droit d'auteur individualiste. D'abord, le texte prévoit deux types de droit de reproduction, l'un concernant les reproductions permanentes du logiciel initial et dérivé (le droit d'adaptation et traduction)⁹²⁴, l'autre la reproduction provisoire qui camoufle, en fait, le droit d'utilisation⁹²⁵.

⁹²⁰ A. Françon, *La notion de public selon le droit d'auteur français*, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 248.

⁹²¹ F. Sardain, *op. cit.*, n° 320, p. 286.

⁹²² V. *supra* (Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 1, §2)

⁹²³ V. Ph. Gaudrat : « Il n'existe de public que sur décision de l'auteur, parce que qu'il n'y a pas de public tant qu'il n'a pas divulgué son œuvre. », *Droit de représentation, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc.319*, 1992, p.3, n° 7. A s'en tenir de la lettre de l'article L. 122-6 du CPI, le droit de représentation se trouve absent, et comme le précise M^e Sardain dans sa thèse : « L'absence du droit de représentation trahit d'ailleurs à elle seule la volonté de n'appréhender que les utilisations de la forme exécutable du logiciel. Outil, le logiciel s'utilise. Or, le logiciel-outil, à savoir le code objet, ne se trouve jamais communiqué au public. D'où l'inutilité d'un droit de représentation ! » (*Souligné par nous*), *op. cit.*, n° 478 ; *Contra* D. Masson, *Les droits patrimoniaux de l'auteur à l'épreuve de la communication au public, pour une nouvelle « cristallisation » des droits ?*, th. Montpellier I, 1997, n° 40 pp. 33-34 l'auteur cite le rapport rédigé par M. Bignon sur le projet de loi portant mise en œuvre de la Directive du 14 mai 1991, qui écrit : « Le Gouvernement a délibérément, comme dans le droit actuel, réserve la possibilité de faire jouer le droit de représentation en faveur du logiciel que certains commentateurs n'hésitent pas à rapprocher de l'œuvre audiovisuelle. »

⁹²⁴ L'article L. 122-6, 2° du CPI.

Certes, la duplication du code objet en mémoire vive s'apparente à un acte de reproduction, mais elle permet surtout de contrôler l'utilisation du logiciel⁹²⁶.

205. L'épuisement du droit de distribution. Ensuite le législateur consacre le droit de mise sur le marché prévu par l'article L. 122-6, 3°. L'insertion de ce nouvel attribut s'avérait nécessaire en raison du texte communautaire, qui prescrivait également l'épuisement du droit. Il fallait donc bien affirmer le droit de distribution pour pouvoir dire qu'il s'épuisait par la première vente⁹²⁷. Bien évidemment, l'énoncé distinct de cet attribut constitue une nouveauté dans notre ordonnancement juridique, qui ne peut qu'affaiblir, selon certains⁹²⁸, la conception synthétique traditionnelle des prérogatives patrimoniales, et une rupture avec la très symétrique *summa divisio* entre droit de représentation et droit de reproduction⁹²⁹. Cette différence de structure des droits patrimoniaux, inspirée par le modèle du copyright⁹³⁰, qui est due à l'absence du droit de divulgation, révèle une profonde différence de conception de droit d'auteur. Alors que le système « synthétique » correspond à une approche individualiste, selon laquelle le droit d'auteur apparaît comme un droit subjectif et non comme un simple monopole, l'approche analytique répond davantage à l'intérêt du public : les prérogatives sont divisées selon les actes que le législateur considère utiles de reconnaître ou de rendre libres⁹³¹. On sait que le concept juridique d'épuisement, qui éteint le droit de distribution du titulaire après la première commercialisation, est importé du droit communautaire de la concurrence et de la propriété industrielle, notamment du droit de brevets⁹³². Et comme l'affirme M. le Professeur Bonet : « On observe que le phénomène de l'épuisement ne concerne que les 'produits industriels' »⁹³³. Est-il encore nécessaire de rappeler que la propriété littéraire et artistique ne vise que la catégorie des « œuvres de l'esprit »⁹³⁴. Il n'est donc pas anodin que la première apparition de l'épuisement dans la propriété littéraire et artistique concerne les

⁹²⁵ Y. Monelli, *La protection juridique des programmes d'ordinateur*, JCP G, 25 juin 1994, *Actualité*, p. 1, n° 24, note 25.

⁹²⁶ F. Sardain, *thèse précitée*, n° 483.

⁹²⁷ J.-L. Goutal, *Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur*, RIDA 2001, n° 187, p. 93.

⁹²⁸ A. Lebois, *Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée*, D. aff. 2002, p. 2322.

⁹²⁹ V. *infra* (Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 2, §2.)

⁹³⁰ Sur la méthode analytique employée par les autorités communautaires et des comparaisons avec le *copyright* américain, B. Czarnota et R. Hart, *Legal protection of computer programs in Europe*, Butterworths, 1991, p. 56, cité par F. Sardain, th. préc.

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² G. Bonet, *L'épuisement des droits de propriété intellectuelle*, in *L'avenir de la propriété intellectuelle*, acte du colloque IRPI du 26 oct. 1992, Litec, 1993, p. 89 ; F. Sardain, *op. cit.*, n° 478, note 35.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ L'article L. 111-1 CPI « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre... ».

logiciels, produits industriels parmi tant d'autres⁹³⁵. Pour cette raison, nous pouvons considérer qu'il s'agit là d'une exception qui ne saurait remettre en cause l'approche synthétique en droit d'auteur⁹³⁶.

2. La présomption de cession du monopole

206. *Works made for hire*. Il n'est pas dans la tradition du droit d'auteur français de reconnaître artificiellement la titularité des droits à l'investisseur, employeur ou producteur qui n'est pas la personne physique titulaire du droit de divulgation, « prétendu inaliénable », source des droits patrimoniaux. Le salarié a sauvegardé par là ses droits d'auteur. Mais en l'absence du droit de divulgation il était normal que les droits patrimoniaux sur les logiciels créés par le salarié dans le cadre de ses fonctions soient « dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer »⁹³⁷. Le législateur a institué un droit de propriété naissant directement sur la tête de l'employeur (art. L. 113-6, 9 CPI), même si le législateur utilise le mot « dévolution », qui peut exprimer un transfert de patrimoine à patrimoine. Mais la volonté d'attribuer directement les droits à l'employeur, comme nous explique très pertinemment M. le Professeur Gautier, semble clairement s'aligner sur la propriété industrielle (art. L. 611-7 CPI)⁹³⁸. Cette attribution montre très clairement que le droit moral se trouve ici substantiellement amputé. L'œuvre appartient à l'employeur, qui va décider, de sa première mise sur le marché. En fait l'article L. 121-7 du CPI énonce que si l'employeur entend commercialiser le logiciel l'auteur du logiciel ne peut en outre s'opposer à la « modification » du logiciel, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son « honneur ni à sa réputation » (écho de l'article 6 *bis* de la Convention de Berne, qui adopte une conception à *minima* du droit moral). Cette conception restrictive, proche de la conception anglo-saxonne et son rapprochement avec l'article 6 *bis* de la convention de Berne semble exclure la possibilité du renvoi aux

⁹³⁵ F. Sardain, *op. cit.* n°488, p. 435.

⁹³⁶ *Contra*, A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 251 : « Il nous semble même que certains développements récents vont à l'encontre de la théorie [de destination]. »

⁹³⁷ L'article L. 113-9, du CPI. ; V. TGI Paris, 3^e ch., 9 juin 1995, obs. M. Vivant, Ch. Le Stanc, *JCP éd. E*, 1997, 657.

⁹³⁸ *Op. cit.* n° 83, note 5.

règles du droit commun, contrairement à l'opinion de M. Lucas⁹³⁹. Cette Convention ne reconnaît officiellement au droit moral que deux attributs, encore que le terme « droit moral » n'y figure pas. Le premier attribut, selon l'article 6 *bis*.1, est le droit pour l'auteur de « revendiquer la paternité d'une œuvre » dont la Convention exige le respect. Le second attribut, selon le même texte, est le droit pour l'auteur au respect de l'œuvre, qui n'est pris en compte que s'il y va de l'honneur de la réputation de l'auteur⁹⁴⁰.

207. Une structure synthétique pour les bases de données ? Si le logiciel qui est une œuvre fonctionnelle, d'où la personnalité de son auteur est absente, ne peut pas porter un droit moral, et conséquemment un droit de divulgation, comment explique-t-on qu'un certain nombre de concepts, du CPI, relatif au logiciel ne sont pas reconduits pour les bases de données ? Ainsi en est-il du concept dédoublé de reproduction (permanente et provisoire), du droit de mise sur le marché et de son épuisement. C'est surtout en ce qui concerne le droit de mise sur le marché et son épuisement que l'absence surprend. M. Gaudrat en déduit même que le droit de destination s'applique aux bases sur CD Rom, *a contrario*, par comparaison avec les textes sur le logiciel. Ce n'est certainement pas la volonté du législateur communautaire.⁹⁴¹

3. Le nantissement du logiciel

208. L'application du principe avant la divulgation du logiciel. Selon l'article L.132-34, alinéa 1, du CPI, le droit d'exploitation d'un logiciel pourra être nanti isolément ou inclus dans le cadre d'un nantissement de fonds de commerce ou encore dans le privilège du vendeur de fonds. Cet article transpose les règles applicables aux brevets, dessins et modèles et marques⁹⁴². Sur le fond, on aura noté que ce qui est nanti, ce n'est pas à proprement parler le logiciel mais le « monopole d'exploitation » de ce dernier, qui existe en dehors de toute

⁹³⁹ A. Lucas, *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, 2001, n° 555, p. 339 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.* p. 157, *Contra* A. Strowel et J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Story-Scientia et Bruylant, 2001, n° 242, n°238, p. 211.

⁹⁴⁰ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 1108, p. 898.

⁹⁴¹ *Op. cit.* ; p. 608.

⁹⁴² H. Croze, *Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels. Décret n°96-103 du 2 février 1996*, JCP éd E 1996, I, 546.

divulcation. Ce droit moral dont il ne subsiste que des traces en matière de logiciel ne pourrait donc faire face même au nantissement de logiciels en cours de développement⁹⁴³.

§2. Les œuvres plurales

209. Plan. Selon l'article L. 121-1, le droit moral est un droit attaché à la personne. Le droit de divulgation est de ce fait une prérogative attachée à la personne du créateur ; il est donc par nature individualiste. Chaque auteur, dans une œuvre plurale, dispose en principe d'un droit de divulgation absolu. Mais dans ce genre d'œuvres, résultant d'une coopération entre différentes personnes, le droit de chacun se heurte à celui des autres. Le législateur a dû instaurer certains tempéraments. Nous allons étudier d'abord le cas de l'œuvre audiovisuelle (A.). Dans d'autres conditions, la personnalité de l'auteur disparaît, plus au moins, pour faire valoir un « auteur apparent » qui fait office de véritable auteur de l'œuvre aux yeux du public. Il en est ainsi d'une œuvre collective, où cette apparence juridique est admise dès lors que la personnalité des créateurs disparaît⁹⁴⁴, c'est-à-dire selon l'article L. 113-2 al. 3 : « la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé » (B.).

A. L'œuvre audiovisuelle

210. Le régime commun de l'œuvre de collaboration. L'article L. 113-3, alinéa 1^{er}, pose le principe que « l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs ». La règle, formulée par l'article L. 113-3, alinéa 2, est que les « coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord ». Pendant toute la période d'élaboration de l'œuvre de collaboration et

⁹⁴³ Sur le nantissement des logiciels en cours de développement V. I. Gavanon, *Nantissement de logiciel*, J. Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1360, n°11.

⁹⁴⁴ V. TGI Paris 3^e ch. 27 fév. 1968, D. 1968, p. 375 : « l'anonymat des « divers auteurs » au regard de l'éventuel acheteur de l'ouvrage est l'un des éléments constitutifs de la qualification d'œuvre collective ».

jusqu'au moment où celle-ci peut enfin être considérée comme matériellement achevée, les conflits susceptibles de naître sont essentiellement ceux qui résultent du refus de l'un des coauteurs de livrer sa contribution. Le refus de divulguer, fondé sur l'article L. 121-2 du CPI, trouve ses limites dans la pluralité des auteurs. L'œuvre de collaboration doit, pour être divulguée, satisfaire tous ses auteurs. La divulgation requiert logiquement l'unanimité des collaborateurs. En pratique, l'unanimité peut ne pas être obtenue, c'est alors que l'article L. 113-3, alinéa 3, prévoit qu'en cas de désaccord⁹⁴⁵, il appartiendra à la juridiction civile de statuer. Le juge pourra imposer à l'auteur récalcitrant, la divulgation de sa prestation. Si l'un des coauteurs peut exercer son droit négatif de non-divulgaration, il importe de ne pas oublier qu'il empêche ainsi les autres d'user de leur droit positif de divulgation⁹⁴⁶. M. Lalignant nous donne deux raisons qui semblent militer en faveur de l'idée qu'un auteur, ayant accepté de travailler en collaboration ne peut refuser souverainement de livrer sa contribution, ni s'opposer discrétionnairement à son utilisation en vue de l'achèvement de l'œuvre commune : « la première est qu'en acceptant de participer à la réalisation d'une œuvre de collaboration, il a contracté le devoir d'adapter son comportement à l'intérêt commun et la seconde est qu'en le laissant libre d'imposer unilatéralement ses volontés, on sacrifierait par le fait même l'intérêt moral qu'ont les autres coauteurs à divulguer leurs propres contributions. »⁹⁴⁷. M. Lalignant poursuit son propos en faisant valoir que lorsque deux droits absolus entrent en conflit, ils ne peuvent plus garder leur caractère absolu, force est de reconnaître leur relativité l'un par rapport à l'autre. Entre la protection de l'intérêt moral de l'un des coauteurs à ne pas divulguer sa création et la protection des intérêts moraux des autres auteurs à divulguer leur réalisation, il n'y a aucune raison de choisir *a priori*⁹⁴⁸.

211. Le régime dérogatoire de l'œuvre audiovisuelle. En matière audiovisuelle, la règle posée par l'article L. 121-6 du CPI place l'auteur défaillant dans une situation particulièrement sévère. Selon certains, l'œuvre audiovisuelle n'aurait pas la même fonction que les œuvres qui relèvent des Beaux Arts, à savoir communiquer au monde l'expression de

⁹⁴⁵ Parmi les exemples que la jurisprudence nous offre sur les conflits ayant éclaté entre collaborateurs lorsque l'un d'entre eux s'oppose à la divulgation de l'œuvre commune : CA Paris 7 mai 1884, *Ann.* 1885, p. 50 ; CA Paris 21 février 1873, *Ann.* 1873, p. 153, Trib. civ. Seine 15 oct. 1954, *RIDA* janvier 1955, p. 146.

⁹⁴⁶ L. Vaunois, *L'évolution du droit moral*, in *Mélange Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 300 : « [...] le prestige d'un coauteur ne peut conférer à celui-ci un droit moral de nature supérieure à celui des autres, et lui assurer une prééminence quelconque. »

⁹⁴⁷ O. Lalignant, *op. cit.*, p. 384.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, La haute juridiction s'est prononcée dans ce sens pour limiter le droit moral d'un contributeur dès lors que les modifications apportées sont justifiées par « l'intérêt de l'œuvre prise dans sa totalité », V. le cas d'une œuvre collective : Cass. 1^{ère} ch. civ. 16 déc. 1986, *D.*, 1988, *jurispr.*, p. 173, note B. Edelman.

la personnalité d'un auteur⁹⁴⁹. Sa seule fonction, selon eux, est, quoi qu'on dise, de générer le plus grand bénéfice sur les investissements réalisés en attirant le plus grand nombre de spectateurs. Selon cette doctrine, la personne physique ou morale qui prend l'initiative de l'œuvre, et surtout la charge de son financement, ainsi que la responsabilité de son exploitation, peut également contrôler son contenu de manière à pouvoir s'assurer de son adéquation au marché⁹⁵⁰. Les nouvelles techniques de communication ont induit un nouveau type de marché, un nouveau type d'organisation commerciale, un nouveau type de normes légales et, partant, un nouveau type de créateur. En d'autres termes, ce sont désormais les lois du marché de la culture qui ont suscité le statut de l'œuvre audiovisuelle et par voie d'entraînement le statut de l'auteur de masse⁹⁵¹.

212. Plan. Dans cette perspective nous allons aborder de façon chronologique le droit de divulgation et la phase d'élaboration de l'œuvre audiovisuelle (1.), pour ensuite étudier le droit de divulgation et l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle (2.). Cette approche nous paraît justifiée dans la mesure où l'article L. 121-5 du CPI distingue les conditions d'exercice du droit moral dans la phase de création et dans la phase d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle.

1. Le droit de divulgation dans la phase d'élaboration

213. Une dérogation au droit commun dictée par la prise en considération des intérêts financiers. Déjà considérée par la jurisprudence antérieure à la loi du 11 mars 1957 comme une œuvre de collaboration⁹⁵², l'œuvre cinématographique « ancêtre » de l'œuvre audiovisuelle aurait dû, en principe, connaître le même régime d'indivision et de plénitude du droit moral. Cependant, en raison de nombreux risques de paralysie, dans la réalisation de l'œuvre dus à la multiplicité d'auteurs, il est apparu nécessaire d'admettre un *tempérament* aux prérogatives morales des auteurs jugées trop puissantes⁹⁵³. L'idée était admise en jurisprudence avant même l'édiction de solutions propres aux œuvres cinématographiques

⁹⁴⁹ A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 1999, p. 758.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ B. Edelman, *Droit d'auteur et droits voisins*,..., *op. cit.* p. 8.

⁹⁵² Cass. 1^{er} civ., 10 nov. 1947, *D.* 1947, jur. p. 529, note P. L. ; Cass. civ., 20 déc. 1949, *D. jurispr.* 1951, p. 73.

⁹⁵³ P. Sirinelli, *L'œuvre audiovisuelle*, Lamy, *Droit des médias et de la communication*, t. 1, 130-124.

dans la loi du 11 mars 1957⁹⁵⁴. Ce texte a souhaité rassurer clairement les producteurs qui investissaient des sommes importantes dans la création des œuvres et craignaient de voir cet investissement perdu⁹⁵⁵. C'est pour cette raison que l'article 15, alinéa 1 de la loi de 1957⁹⁵⁶ prévoyait que : « Si l'un des auteurs refuse d'achever sa contribution à l'œuvre audiovisuelle ou se trouve dans l'impossibilité d'achever cette contribution par suite de force majeure, il ne pourra s'opposer à l'utilisation, en vue de l'achèvement de l'œuvre, de la partie de cette contribution, la qualité d'auteur et jouira des droits qui en découlent. » Il n'était pas concevable que le veto d'un seul auteur puisse bloquer l'entreprise commune⁹⁵⁷. Une interprétation littérale des textes de la loi du 11 mars de 1957 conduisait à conclure que, tant que l'œuvre cinématographique n'était pas achevée, les auteurs ne pouvaient invoquer leur droit moral et notamment leur droit de divulgation. Puis, le projet de loi de 1985 avait rappelé l'importance du producteur de l'œuvre audiovisuelle et la nécessaire liberté dont il devait jouir. « En contrepartie d'investissements financiers importants, le producteur doit être libre de commercialiser aisément l'œuvre fixée, tout en assurant aux auteurs et aux artistes les rémunérations adéquates. »⁹⁵⁸. En effet, le producteur, qui est l'entrepreneur de la création audiovisuelle, est le personnage essentiel du marché de la communication. C'est sous son égide qu'une gestion cohérente peut se développer ; c'est pour lui permettre la meilleure exploitation de son entreprise qu'une concertation doit s'établir entre les différents partenaires et c'est aussi à cette fin que les droits d'auteur sont aménagés. Cette fois-ci, en revanche, pas question de prétendre qu'il s'agit d'une conséquence de la collaboration que suppose toute création en commun. Le régime applicable à l'œuvre de collaboration ne prévoit jamais la suspension des prérogatives extrapatrimoniales⁹⁵⁹.

⁹⁵⁴ La paralysie du droit de divulgation d'un coauteur d'une œuvre cinématographique avait en effet déjà été admise lors de l'affaire « *La bergère et le ramoneur* », TGI de la Seine, 5 mai 1954, qui avait estimé que le droit moral de chacun des auteurs ne peut être absolu et qu'il trouve sa limite dans celui des autres, *RTD com.* 1954, p. 826, *obs.* Desbois. ; CA Paris, 18 avril, *D.* 1957 *jurispr.*, note Desbois ; Cass. civ. le 13 avril 1959, *D.* *jurispr.* 1959, p. 324, note G. Lyon-Caen et P. Lavigne.

⁹⁵⁵ Cette interprétation, aussi désastreuse qu'elle puisse être pour les intérêts moraux des créateurs, peut se recommander des débats parlementaires, au cours desquels ces dangers ont été perçus et appréciés. A ce propos on peut citer les considérations de Jacques Debu-Bridel : « Je comprends fort bien les réserves des producteurs quand ils déclarent que, une centaine de million étaient engagés pour la réalisation d'un film, il est très grave de courir le risque d'une interruption de cette réalisation, et cela pour des motifs qui peuvent ne pas être justifiés...mais il serait très grave, dans une loi comme celle-ci qui a pour but d'assurer le droit d'auteur sous ses deux aspects, le patrimonial et le moral, et je dirai même d'abord l'aspect moral, de priver les auteurs de films, et les auteurs de films seuls, de la garantie donnée par l'article 6 », *Déb. parlement., conseil, séance du 31 oct. 1956, J.O.*, p. 2153, cité par Desbois, *op. cit.*, n° 664, note 1.

⁹⁵⁶ L. 121-6 du CPI.

⁹⁵⁷ Desbois, *op. cit.*, n° 663.

⁹⁵⁸ Projet de loi, *Doc. Ass. nat.* n°2169, annexé au procès-verbal de la séance du 4 juin 1984, p. 4, cité par B. Edeman, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.* p. 8.

⁹⁵⁹ C. Bernault, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, L.G.D.J., 2003, n° 468.

214. La suspension du droit moral jusqu'à l'achèvement. La notion d'achèvement traduit la perfection subjective de la création. L'auteur n'a aucune raison de divulguer une œuvre qu'il perçoit comme inachevée. A l'inverse, une œuvre qui satisfait pleinement les exigences de l'auteur à un instant déterminé peut ne plus rencontrer l'agrément du créateur à un moment postérieur. La nature essentiellement subjective est donc à l'origine de la divulgation, ce qui explique l'impossibilité d'un contrôle judiciaire. Mais, dans le cas de l'œuvre audiovisuelle, l'article L. 121-5 alinéa 1er du CPI dispose : « L'œuvre audiovisuelle est réputée achevée, lorsque la version définitive a été établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur ». En vertu de ce texte, les créateurs ne peuvent opposer au producteur aucun des attributs du droit moral, tels qu'ils sont définis à l'article L. 121-1 du CPI, tant que l'œuvre n'est pas achevée. Or, si le renvoi vise à clarifier les attributs concernés par ceux que nomme l'article L. 121-1, seuls sont inopposables avant l'achèvement le droit au nom et le droit au respect. Le droit de divulgation comme le droit de repentir et de retrait restent-ils opposables ? En effet, alors qu'il résulte de l'article L. 121-5 alinéa 2 que les droits au nom et au respect de l'œuvre peuvent au moins être exercés lorsque l'œuvre est achevée⁹⁶⁰, au sens donné à ce terme par l'article L. 121-5, alinéa 1, il résulte à l'inverse du silence de l'article L. 121-5 alinéa 2 à l'égard du droit de divulgation que la règle de l'article L. 121-6 s'appliquant toujours, la faculté de s'opposer à la divulgation est purement et simplement refusée, puisque selon cette règle l'auteur dissident ne peut s'opposer à l'utilisation de ce qu'il a réalisé. Il y a donc là on le voit, non pas une simple limitation, mais véritablement une exception au jeu du droit de divulgation⁹⁶¹. M. Bougerol, quant à lui, affirme que le droit de divulgation disparaît pendant la phase d'élaboration de l'œuvre audiovisuelle. Pour lui, le texte en disposant que le droit de paternité et le droit au respect de l'œuvre ne s'exercent que sur « l'œuvre achevée », méconnaît le fait qu'avant l'exercice des droits de paternité et le respect de l'œuvre, devrait

⁹⁶⁰ V. D. Bougerol, *La notion d'œuvre audiovisuelle*, th. Poitiers, 2006, n° 272, p. 363 et 364 : « En effet, en s'engageant dans un processus de production cinématographique, l'auteur professionnel accepte, par avance, de se situer dans une logique différente du droit de la création littéraire et artistique. Il ne dispose plus d'un droit de divulgation, mais uniquement d'un *quasi-droit de paternité* et d'un *quasi-droit au respect* sur l'œuvre achevée, car la ou les versions commercialisées de l'œuvre cinématographique à laquelle il a participé ne seront pas établies directement par lui en accord avec les autres collaborateurs, mais, plus prosaïquement par le producteur et le réalisateur, selon les usages professionnels en vigueur. » (*Nos italiques*) Nous trouvons cette analyse assez pertinente, surtout que l'article L. 121-5, alinéa 2, interdit de détruire la « matrice » de la version définitive. La protection de la matrice va aussi dans le sens de la défense du droit moral, et si le législateur avait bien senti le besoin de le protéger dans une disposition distincte, peut être ce « quasi-droit moral » n'existerait pas sans elle.

⁹⁶¹ O. Laligant, *op. cit.*, p. 399.

pourtant s'intercaler l'exercice du droit de divulgation. Le régime légal des œuvres audiovisuelles semble ainsi méconnaître la logique propre au droit de divulgation⁹⁶².

215. Le producteur titulaire d'un droit de divulgation ? D'un autre côté, quand l'œuvre reflète, plus au moins, la vision du réalisateur et des autres coauteurs, la loi exige que le producteur donne son accord à la version définitive. Si ce dernier n'en est pas satisfait, il demandera des modifications de montage, voire même une reprise du tournage, et tout sera recommencé. Seulement cet accord-là entend la livraison de l'œuvre audiovisuelle, sans réserve, au public. Il faut alors admettre que c'est aussi en effectuant la divulgation. On comprend mal comment le producteur, personne qui n'est généralement pas auteur⁹⁶³, pourrait déterminer ce que sera la version devant être montrée au public. En toute logique cette faculté doit être réservée aux seuls auteurs ; on se demande alors comment pourrait s'exercer le droit de divulgation ; pourtant comme nous l'avons vérifié, la divulgation est l'acte juridique unilatéral par lequel est manifestée la volonté de son créateur, qu'une œuvre peut être portée sans réserve à la connaissance du public par un mode et un procédé de communication déterminée. La « divulgation » de l'œuvre audiovisuelle n'est pas uniquement le fruit de la volonté des auteurs, mais le résultat d'un accord, entre un exploitant et un ou plusieurs créateurs⁹⁶⁴. Ces pouvoirs que le législateur a donnés au producteur ont conduit certains à soutenir que cette présomption de cession conférait au producteur le droit de divulgation⁹⁶⁵. M. Kerever en se fondant sur l'article L. 121-2, alinéa 1, qui dispose que « l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, alinéa 1, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci », a en déduit que cet article : « paraît bien transférer le droit de divulgation de l'auteur au producteur. »⁹⁶⁶ M^e Edelman critique cette analyse pour deux raisons. En premier lieu, l'article L. 121-5 soumet à l'accord du réalisateur et du producteur l'établissement de la version définitive de l'œuvre

⁹⁶² *Ibid.*

⁹⁶³ P. Le Guay, *Dictionnaire des personnages du cinéma*, Bordas, 1988, V^o Producteur : « Ce fumeur de havanes sort son carnet de chèque quand il entend le mot culture. Si le cinéma n'a pas épuisé la liste des empereurs romains, c'est qu'il a su trouver digne substitut mythologique dans la personne du producteur. La plupart du temps inculte, sans scrupules, arborant tel un sceptre l'éternel cigare, jouant des vies humaines à coup de dollars, cette caricature ne s'éloigne pas de la réalité. »

⁹⁶⁴ *Ibid.*, n^o 270 : « [...] les règles légales relatives aux œuvres cinématographiques étaient le fruit de compromis professionnels dont l'objet était d'assurer un fonctionnement harmonieux au sein du secteur de la production cinématographique. Le régime légal des œuvres cinématographiques en général, mais bel et bien comme une enclave de droit professionnel formant un tout autonome. »

⁹⁶⁵ V. Sirinelli, thèse précitée, p. 134 : « Il semble bien que le coauteur d'une œuvre audiovisuelle exerce et épuisse en quelque sorte son droit de divulgation dès l'instant où d'une part il accepte de collaborer à l'élaboration d'un film, ou d'un vidéogramme, et où, d'autre part, sa propre contribution commence à prendre forme. » (*Souligné par nous*).

⁹⁶⁶ A. Kerever, *La modernisation de la loi de 1957, RIDA*, janvier, 1986, p. 33.

audiovisuelle ; et l'absence de cet accord paralyse la divulgation⁹⁶⁷. Dès alors, « admettre le transfert du droit de divulgation au producteur, reviendrait à rendre cet article lettre morte »⁹⁶⁸. En second lieu, M^e Edelman note que la mention de la réserve des dispositions de l'article L. 132-24, ne s'applique qu'à la deuxième phrase de l'article L. 121-2, c'est-à-dire aux procédés de divulgation et aux conditions de celle-ci, et non à la première partie qui vise le principe du droit de divulgation. Cette critique n'emporte pas la conviction, puisque nous avons déjà vu que l'aménagement des contrats d'exploitation, c'est-à-dire déterminer les procédés de divulgation, et les conditions de celles-ci, n'est pas dissociable du principe de divulgation⁹⁶⁹. Certes, il n'est pas très soutenable, non plus, de prétendre que le droit de divulgation a été transmis au producteur, mais la raison pour nous vient, plus précisément, de l'article L. 121-2, qui dispose que « l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre »⁹⁷⁰.

216. Une hiérarchie entre les créateurs. Or, à ce sujet, il est dit à l'article L. 121-5 alinéa 1 que la version définitive a été établie « d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et d'autres part, le producteur. » On conçoit aisément que le législateur ait jugé indispensable la présence du réalisateur, qui est le maître d'œuvre et celle du producteur, qui est le bailleur de fonds⁹⁷¹. En revanche, on ne comprend pas pourquoi il a seulement ménagé l'éventualité de l'intervention des coauteurs tels que le scénariste, l'adaptateur, le dialoguiste⁹⁷². Les débats précédant l'adoption de la loi du 3 juillet 1985 ont contribué à éclaircir le sens de l'alinéa premier de l'article L. 121-5. M. J. Lang, ministre de la Culture, a en effet souligné devant le Sénat que le réalisateur « est le vrai maître d'œuvre et que, selon les usages professionnels, c'est lui qui établit la version définitive de l'œuvre en accord avec le producteur »⁹⁷³. Cette solution, théoriquement contestable dans la mesure où elle crée une hiérarchie entre les créateurs, prend acte du pragmatisme nécessaire à l'exploitation d'un produit industriel⁹⁷⁴. Cette interprétation est à la fois conciliable avec le

⁹⁶⁷ Cass. civ. 1^{er} ch., 7 fév. 1973, p. 363, note B. Edelman.

⁹⁶⁸ B. Edelman, *op. cit.* n° 165.

⁹⁶⁹ V. *supra*, (Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 1, §2.)

⁹⁷⁰ P. Kamina, *Exploitation des droits. Dispositions particulières à certains contrats. Contrat de production audiovisuelle, J-Cl., Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1340, n° 52 ; V. *supra*, le producteur ne divulgue pas.

⁹⁷¹ CA Paris 4^e ch. B, 9 sept. 2005, *RTD com.* 2005, p. 723 obs. F. Pollaud-Dulian ; P. I. 2006, p. 176 obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.* Mai 2006, p. 18 chr. B. Montels et p. 23 note C. Caron.

⁹⁷² V. O. Laligant, *La divulgation des œuvres audiovisuelle*, L.G.D.J., 1986 : « Aujourd'hui, au lendemain de la loi du 3 juillet 1985, les choses n'ont pas changé puisque le législateur moderne, choisissant de toutes les solutions la plus mauvaise, a laissé subsister un texte qui pose un problème d'interprétation insoluble. »

⁹⁷³ J.O., *Déb.*, Sénat, séance du 3 avril 1985, p. 103, col. 1.

⁹⁷⁴ CA Paris, 9 sept. 2005 : « Qu'en vertu de ce texte, la consultation des coauteurs de l'œuvre audiovisuelle, autre que le réalisateur n'est pas obligatoirement requise pour l'établissement de la version définitive de l'œuvre ;... » *Comm. com. élec.*, mai 2006, p. 23, note Caron ; *RTD com.* 2005, p. 723, obs. F. Pollaud-Dulian.

désir exprimé par le législateur de protéger les exploitants contre d'éventuels retards dans la commercialisation de l'œuvre, et avec la formulation de l'article L. 132-24 du CPI, qui indique que les droits d'exploitation sont présumés cédés au producteur.

2. Le droit de divulgation dans la phase d'exploitation

217. La présomption de cession des droits d'exploitation. Nous avons vu que les auteurs participants à la création d'une œuvre audiovisuelle sont privés de leur droit moral avant l'achèvement de cette œuvre. Pourtant, l'achèvement de l'œuvre ne signifie absolument pas qu'ils retrouvent l'intégralité de leurs prérogatives. D'abord, on peut se fonder sur les dispositions de l'article L.121-6 du CPI, lequel affirme que si l'auteur n'a pas pu achever sa contribution il ne peut s'opposer à sa divulgation. Les auteurs qui ont achevé leur travail ne doivent pas non plus pouvoir l'empêcher⁹⁷⁵. Ensuite, nous avons soutenu que le droit de divulgation confère à son auteur le droit d'aménager les contrats d'exploitation. C'est-à-dire que la perspective du droit moral, du droit de divulgation, n'est pas étrangère à la méthode d'interprétation restrictive que le législateur a imposée aux juges⁹⁷⁶. Ce qui n'est point le cas en matière audiovisuelle. En fait, dans les nouvelles dispositions concernant le contrat de production audiovisuelle (articles L. 132-23 à L. 132-30), on retrouve la philosophie de la loi de 1985⁹⁷⁷, d'une part, le producteur doit avoir la plus grande liberté d'exploitation possible, d'autre part, l'auteur doit percevoir une juste rémunération. A cet égard le projet de loi était très explicite, il s'agissait de « - *garantir au producteur une présomption de cession exclusive des droits d'exploitation audiovisuelle de l'œuvre : en contrepartie d'investissements financiers importants, le producteur doit être libre de commercialiser aisément l'œuvre fixée, tout en assurant aux auteurs et aux artistes les rémunérations adéquates.* »⁹⁷⁸. L'exploitation de l'œuvre est assurée par le producteur. Le contrat, qui doit nécessairement intervenir pour définir les relations entre coauteurs et producteur, fait l'objet d'une règle interprétative favorable au producteur puisque ce contrat est réputé, sauf clause contraire, emporter au profit du producteur la cession du droit exclusif d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle.

⁹⁷⁵ Dans ce sens V. O. Laligant, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁷⁶ Desbois, *op. cit.*, n° 390.

⁹⁷⁷ B. Edelman, *op. cit.* n° 163.

⁹⁷⁸ Projet de loi, *Doc. Ass. nat.*, n° 2169, p. 4.

Il en résulte, ainsi, de la lecture des textes, que le droit de divulgation ne peut guère servir de remède à l'exploitation d'une œuvre audiovisuelle. Car l'article L. 132-24 dispose que les auteurs sont liés au producteur par un contrat qui emporte cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle. Déchirée entre deux ordres d'intérêts bien connus en droit d'auteur, l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle révèle les conflits d'intérêts entre artistes créateurs et exploitants financiers. L'enjeu de priver les auteurs de l'œuvre audiovisuelle de leur droit de divulgation est très claire : la présomption de cession des droits patrimoniaux. Le législateur s'est efforcé de réaliser un compromis entre intérêts opposés des producteurs et des coauteurs en choisissant une solution « moyenne », à mi-chemin entre une cession obligatoire des droits des coauteurs et l'absence de toute cession présumée, à savoir une présomption simple. Ce texte dispose que, en l'absence de clause contraire, la présomption doit jouer au profit du producteur et s'étendre à tous les modes d'exploitation audiovisuelle. La Cour de cassation, par un arrêt du 22 mars 1988, a fait jouer la présomption de cession du droit d'auteur au profit du producteur, alors même que le contrat de production ne comportait aucune limitation de durée, contrairement à l'obligation énoncée à l'article L. 131-3 du CPI. De sorte que le producteur s'est trouvé investi, par l'effet de la loi et sans limitation de durée, de l'ensemble des droits d'exploitation de l'œuvre⁹⁷⁹.

218. La présomption de cession du droit de divulgation. Une partie de la doctrine considère que les auteurs de l'œuvre audiovisuelle ont cédé leur droit de divulgation au producteur⁹⁸⁰. Pour eux, le fait d'avoir participé à une œuvre de collaboration entraîne pour les coauteurs une réduction de leurs droits, résultant du jeu de la règle de l'unanimité : « sous cet aspect, déjà, la collaboration entraîne une certaine aliénation du droit moral. »⁹⁸¹ En effet certains auteurs, parmi les plus éminents, n'hésitent pas à nier plus au moins catégoriquement le caractère inaliénable du droit moral. Pour Plaisant, il convient, « de rappeler que le droit moral n'est pas absolu et souverain » et que le législateur « soumet son exercice à des conditions protégeant les tiers »⁹⁸². M. le Doyen Strömholm soutient que le droit de divulgation, pour des raisons qu'il estime excellentes, ne partage pas l'inaliénabilité des attributs énumérés à l'article L. 121-1⁹⁸³. Pour lui, si le législateur avait introduit un droit de divulgation inaliénable « c'en aurait été fait de l'adage *pacta sunt servanda* en matière de

⁹⁷⁹ B. Parisot, *La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de protection audiovisuelle : réalité ou mythe ?*, D. chr. 1992, p. 75

⁹⁸⁰ B. Parisot, *op. cit.*, n° 6. et s.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² R. Plaisant, note sous Trib. Paris 3^{ème} ch. 1969, JCP 1970, II, 16415.

⁹⁸³ Sur l'aliénabilité du droit moral V. *infra* (Partie II, Titre I, Chapitre I, Section 1)

propriété littéraire et artistique »⁹⁸⁴. Certes, il faut admettre que l'accord mentionné dans l'article L. 121-5, alinéa 1, donné par les auteurs de l'œuvre audiovisuelle leur interdit définitivement de discuter les conditions dans lesquelles leur contribution a été utilisée. Mais, nous ne considérons pas qu'il y ait eu une aliénation. En effet, l'aliénation du droit de divulgation, si nous voulons suivre les règles générales de cession en droit d'auteur, présuppose un contrat, écrit, qui mentionne la cession explicite de la faculté de déterminer les conditions de l'exploitation de l'œuvre, en d'autres termes le droit de divulgation, ce qui n'est pas le cas. En plus, l'article L. 121-9, en matière de régimes matrimoniaux⁹⁸⁵, rappelle que l'aliénation du droit de divulgation est tout simplement impossible⁹⁸⁶.

219. L'obligation d'exploiter découlant du droit de divulgation et le régime de l'œuvre audiovisuelle. En matière audiovisuelle, il est assez fréquent que l'exploitant de l'œuvre cesse unilatéralement l'exploitation de celle-ci sans intervention d'une cause étrangère. Il arrive que le distributeur d'un film le retire de l'affiche ou le distribue dans des conditions très pénalisantes, parce que son intérêt financier lui commande de privilégier un autre produit. Le droit de divulgation, en propriété littéraire et artistique, est une prérogative positive, qui impose le respect des conditions de la divulgation de l'œuvre⁹⁸⁷. Donc, si, sans cause étrangère, l'exploitant cesse l'exploitation, il porte atteinte au droit de divulgation de l'auteur⁹⁸⁸. Mais l'exploitation due par le producteur n'a rien d'aussi précis ; le droit de divulgation est inexistant. Le mécanisme de la présomption de cession met le cessionnaire à l'abri des conséquences d'une définition imparfaite du champ de l'exploitation, ne l'engage pas à définir précisément l'exploitation à laquelle il s'engage, surtout que les auteurs de l'œuvre audiovisuelle, comme le précise l'article L. 121-2 du CPI, ne peuvent pas déterminer les procédés de divulgation et fixer les conditions de celle-ci. Cette solution permet aux producteurs de se considérer comme bénéficiaires des droits d'exploitation, de manière à

⁹⁸⁴ S. Strömholm, *op. cit.*, p. 135.

⁹⁸⁵ « Sous tous les régimes matrimoniaux et à peine de nullité de toutes clauses contraires portées au contrat de mariage, le droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité reste propre à l'époux auteur ou à celui des époux à qui de tels droits ont été transmis. Ce droit ne peut être apporté en dot, ni acquis par la communauté ou par une société d'acquêts. »

⁹⁸⁶ P. Sirinelli, *th.*, *op. cit.*, p. 250.

⁹⁸⁷ Cl. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz, 1999, n° 136 ; *aff. Dubuffet*, Cass. 1^{er} civ., 16 mars 1983, *RIDA* 1983, n° 117, p. 80, Dans sa décision la Cour de cassation évoque « l'obligation contractuelle de mener la réalisation de l'œuvre jusqu'à son terme de façon à satisfaire pleinement aux exigences du droit moral » ; *Contra* Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n°48, p. 23 et n°74 : « S'il y a cessation unilatérale d'exploitation, la sanction est, à l'évidence, à rechercher dans l'exécution forcée du contrat d'exploitation ou dans sa résolution avec dommages-intérêts. Le droit de divulgation n'étant pas un droit à la divulgation, [...] », *Adde* P. Y. Gautier, *op. cit.*, n°145, p. 274 : « Le droit moral n'a pas pour objet de faire sanctionner une non exploitation ».

⁹⁸⁸ V. *supra*, (Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2.).

pouvoir conduire à leur gré l'exploitation du produit qu'ils ont financés, comme dans le cas d'une production industrielle. On est cependant en droit d'attendre du producteur qu'il déploie les moyens nécessaires pour assurer à l'œuvre une exploitation conforme aux pratiques du secteur. Deux affaires vont, peut-être, éclaircir l'obligation d'exploitation, qui découle du droit de divulgation, et le régime de l'œuvre audiovisuelle. Dans la première affaire, la société TF1 avait conclu deux contrats ayant pour objet la commande d'un texte de caractère documentaire artistique de treize épisodes. Les quatre premiers furent livrés à TF1 et diffusés par cette dernière. Cependant la société de télévision refusa de continuer à exécuter les contrats. Les auteurs furent conduits à demander en justice la condamnation de TF1 à poursuivre jusqu'à son achèvement la réalisation de la série aux conditions initialement prévues. Les juges firent droit à leur demande constatant que la société avait souscrit « l'obligation contractuelle de réaliser cette œuvre jusqu'à son terme » et qu'elle ne pouvait invoquer ni la faute du demandeur ni un cas de force majeure, le Tribunal estima que l'obligation de faire de TF1 ne pouvait se résoudre en dommages-intérêts sans qu'il soit porté atteinte au droit moral qu'ont les auteurs de voir leur œuvre réalisée »⁹⁸⁹. Les juges ont appliqué le régime général de cession des droits d'auteur, puisqu'à l'époque, c'est-à-dire avant la loi de 1985, le régime spécial se limitait aux œuvres cinématographiques, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Dans la seconde affaire opposant un réalisateur qui, à la suite d'un contrat, réalise un documentaire sur la danse, pour des raisons non exposées par l'arrêt, le Ballet du Nord s'oppose à la diffusion de l'œuvre, et quand l'auteur choisit d'intenter une action fondée sur son droit de divulgation à cause de l'inexploitation forcée qu'il doit subir, l'argument est que « l'interdiction de diffuser serait contraire, même en l'absence de dénaturation, à la destination intellectuelle fixée initialement par lui à son œuvre, à savoir une exploitation télévisuelle ». La Cour de Paris rejette sa demande puisque « le Ballet du Nord n'a porté atteinte à aucun des droits moraux protégés, [...], l'inexploitation d'une œuvre ne relevant pas de la protection du droit moral de l'auteur »⁹⁹⁰. Dans cette affaire les juges ont appliqué le

⁹⁸⁹ TGI Paris le 14 déc. 1983, *RIDA*, 1984, avr., p. 172 ; *D.* 1984, *I.R.*, p. 287, obs. C. Colombet ; *RTD com.* 1984, p. 284, obs. A. Françon, Pour les éminents spécialistes qui ont commenté cette affaire, il faudrait ici songer au droit de divulgation et au droit au respect. ; *Contra*, P. Sirinelli, *th. préc.*, p. 353, estimant que seul le droit au respect devrait être envisagé.

⁹⁹⁰ CA Paris 4^e ch. A, 28 mai 2003 (*inédit*), obs. A. Lucas, *P.I.*, n° 9, p. 382 ; *Com. Com. électr.*, 2003, n°102, note Ch. Caron, *JCP E*, p. 1923, note M.-E. Laporte-Legeais, ni les juges, ni les éminents spécialistes qui ont commenté l'arrêt, n'ont mentionné une application d'un régime spécial propre à l'œuvre audiovisuelle ; V. Cass. 1^{ère} ch. civ., 10 mai 1995, *D.* 1996, p. 114, note B. Edelman, *spéc.* p. 117 : « Il nous semble évident que la *non-exploitation fautive* d'une œuvre de l'esprit, outre qu'elle lèse l'auteur dans ses intérêts pécuniaires, le lèse aussi dans ses droits moraux. ».

régime spécial de l'œuvre audiovisuelle qui limite considérablement les pouvoirs du droit moral.

220. Le changement de support. Nous avons préalablement soutenu que le changement de support requiert un exercice distinct du droit de divulgation⁹⁹¹. Or, l'article L. 121-5 alinéa 4 dispose que « tout transfert de l'œuvre audiovisuelle sur un autre type de support en vue d'un autre mode d'exploitation doit être précédé de la consultation du réalisateur ». Cet article exige, en quelque sorte, une simple consultation du réalisateur. Comme le remarqua l'ensemble des commentateurs, cet article est silencieux sur les conséquences du résultat de cette consultation. En l'absence de dispositions précises, il ne semble pas que l'opposition du réalisateur soit à elle seule suffisante pour interdire le transfert. Le non respect de cette obligation légale est susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur, selon les règles du droit commun⁹⁹². Pourtant, le producteur est libre de tenir compte ou de passer outre à l'opinion du réalisateur. S'agissant d'une simple consultation, le producteur peut passer outre à l'avis négatif du réalisateur.

B. L'œuvre collective

221. Données du problème. Le système du droit d'auteur français élaboré par la loi du 11 mars 1957 fut conçu pour protéger les auteurs en leur attribuant un « droit moral perpétuel, inaliénable et imprescriptible »⁹⁹³. Le droit moral est, dans la loi, l'apanage exclusif de l'auteur constituant le gardien contre une exploitation commerciale ou industrielle qui serait dominée par les seules directives de l'entreprise. Le droit moral est également le facteur essentiel de « l'individualisation » de la création qui distingue le droit continental de la conception anglo-saxonne. Le droit de divulgation est, au regard de la loi du 11 mars 1957, le passage obligé de l'œuvre au public. Selon le professeur Sirinelli, et comme nous l'avons soutenu précédemment, l'auteur, en décidant de procéder à la diffusion de son œuvre, fait de celle-ci « un bien et donne prise à des droits et obligations de caractère pécuniaire. Son exploitation s'effectue par l'intermédiaire d'actes juridiques. Mais tout lien n'est pas rompu

⁹⁹¹ V. *Supra* (Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1., B.).

⁹⁹² P. Kamina, *op. cit.*, n° 63.

⁹⁹³ Art. L. 121 du CPI.

avec la personnalité de l'auteur ; dès lors les contrats conclus par ce dernier restent en fait subordonnés en tout point à la décision de divulgation. »⁹⁹⁴.

C'est la règle qui attribue les droits au créateur qui est mentionnée dans l'article L. 111-1 du CPI, et dans laquelle s'intègre implicitement l'existence d'un droit de divulgation permettant à l'auteur de choisir le moment et les conditions dans lesquelles son œuvre va être communiquée au public. Contrairement à la loi américaine fondée sur des principes constitutionnels favorables à la diffusion des œuvres auprès du public par le meilleur des promoteurs, la loi française s'est attachée au principe *in caput auctoris* afin que le créateur maîtrise et contrôle la diffusion de son œuvre. L'œuvre collective, à titre exceptionnel⁹⁹⁵, fait disparaître la personnalité de l'auteur, et octroie cette souveraineté aux non-créateurs. En ce qui concerne les œuvres d'auteurs vivants, l'œuvre collective est surtout l'unique cas où une personne morale devient titulaire *ab initio* des droits sur l'œuvre, sans cession ni autorisation de la part des auteurs dès lors qu'il s'agit de l'œuvre prise dans son ensemble⁹⁹⁶. C'est, en effet, la personne morale ou physique qui publie l'œuvre sous son propre nom qui, en plus des autres facteurs d'une œuvre créée collectivement, fait perdre aux yeux du public l'individualité des créateurs⁹⁹⁷.

222. Plan. Nous allons dans un premier temps étudier le droit de divulgation sur l'ensemble de l'œuvre collective (1.). Mais si, en principe, l'auteur exerce donc sur son œuvre une « pleine souveraineté morale » non seulement avant sa publication, mais encore après sa publication, l'œuvre collective est, sans doute, une situation qui met la personne de l'auteur en réel danger (2.).

1. Le droit de divulgation sur l'ensemble de l'œuvre collective

⁹⁹⁴ P. Sirinelli, *th. préc.*, p. 27.

⁹⁹⁵ V. Debois, *op. cit.*, n° 693, p. 820.

⁹⁹⁶ V. cpdt CA Paris, 4^e ch. A, 27 sept. 2006, *inédit*, obs. A. Lucas, *P.I.* 2007, n°22, p. 80, selon la Cour : « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée, et [...] en l'absence de revendication du ou des auteurs, l'exploitation de l'œuvre par une personne morale sous son nom fait présumer, à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, que cette personne est titulaire, sur l'œuvre, du droit de propriété intellectuelle de l'auteur. »

⁹⁹⁷ Piriou, F. M., *Personne morale et droit d'auteur en France et aux Etats-Unis*, th. Paris II, 2001, t. 1, n° 173.

223. La qualité de titulaire de droits de la personne morale. Pour qu'une œuvre plurale soit dite « collective », il faut, selon la loi, qu'elle soit : « créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et sous son nom ». Il est important de remarquer que même si la loi assigne au promoteur un rôle matériel et intellectuel, le législateur ne lui donne en aucune façon un rôle de création littéraire ou artistique. Pourtant il entraîne l'attribution « des droits de l'auteur » à son profit. L'investiture du promoteur est donc fondée sur ses activités d'initiative entrepreneuriale, de coordination des apports et de diffusion de l'ensemble réalisé. Le titulaire originaire des droits sur l'œuvre collective doit-il alors jouir également du droit moral? La raison de douter d'un tel effet vient de ce que la personne investie des droits sur l'ensemble, le plus souvent une personne morale, n'est pas un auteur⁹⁹⁸. De même, le promoteur d'une œuvre collective est selon la lettre du texte, détenteur du droit de divulgation puisque l'article L. 113-2, al. 3 du CPI dispose qu'il l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction. En plus, la Cour de cassation le 8 décembre 1993, a rappelé que « bien que n'étant pas l'auteur à proprement parler, la personne morale investie des droits sur l'œuvre collective est titulaire de prérogatives de droit moral. »⁹⁹⁹. Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation juge que l'éditeur de l'œuvre collective peut jouir du droit moral. Dans une autre affaire, un auteur, professeur de droit, ne s'entendant pas sur les mises à jour du dictionnaire juridique proposées par son éditeur, l'a assigné sur le fondement du non-respect du droit moral. L'auteur invoqua la nullité des clauses de son contrat qui stipulait la renonciation à l'exercice de son droit en faveur de l'éditeur. La Cour de cassation a répondu que, s'agissant du droit moral du contributeur, « ce droit est limité par la nature collective de l'œuvre qui impose la fusion de la contribution de l'auteur dans un ensemble, de sorte que le responsable de la publication est en droit d'apporter aux contributions des différents auteurs, les modifications que justifie la nécessaire harmonisation de l'œuvre dans sa totalité. »¹⁰⁰⁰. Statuant sur la validité de la clause arguée de nullité « comme comportant renonciation au droit moral de l'auteur », la cour a jugé qu'elle était parfaitement valable, dès lors qu'elle se bornait à rappeler l'existence du principe sus-énoncé, à savoir la limitation du droit moral, en matière d'œuvre collective¹⁰⁰¹. Pour la cour, une atteinte à l'inaliénabilité du droit moral est inévitable lorsqu'il s'agit d'œuvre collective. Dans

⁹⁹⁸ V. cpdt CA Paris, 4^e ch. B, 18 avril 1991, *RIDA* juillet 1992, p. 166, qui parle de « la personne morale créatrice de l'œuvre ».

⁹⁹⁹ Cass. 1^{re} ch. civ. 8 déc. 1993, *RIDA* juil. 1994, p. 303.

¹⁰⁰⁰ Cass. 1^{re} ch. civ., 16 déc. 1986, *D. jurispr.* 1988, p. 173, note B. Edelman.

¹⁰⁰¹ V. dans le même sens : Cass. 1^{re} ch. civ., 1 juil. 1970, la cour reconnaît que le « collaborateur » dans une œuvre collective « a aliéné sa liberté d'auteur au profit d'une personne morale dans les conditions prévues à l'art. 9, al. 3 de la loi du 11 mars 1957, et qu'il était lors dépourvu d'un droit distinct sur l'ensemble réalisé. », *D. jurispr.*, 1970, p. 769, note B. Edelman.

l'œuvre collective, en effet, les différents créateurs n'ont même plus la qualité d'auteur, « il n'existe qu'une seule personne physique ou morale qui mérite la qualification d'auteur, bien que plusieurs personnes aient apporté leur concours »¹⁰⁰². C'est ainsi qu'en se plaçant sous la « subordination juridique » d'une personne physique ou morale nommée « auteur », le vendeur de son esprit créateur, selon l'expression du M^e Edelman, voit disparaître la qualification de son apport artistique, qui, « magiquement » s'est mué en autre chose qui le comprend et le dépasse tout en niant la spécificité d'une œuvre collective¹⁰⁰³.

Le droit d'auteur naît directement sur la tête du promoteur. Ce dernier n'est plus l'ayant cause du créateur. Il est *ab initio*, l'auteur de l'œuvre. Cette proposition se rapproche de l'idée selon laquelle l'intervention de la personne physique ou morale dans le processus d'élaboration de l'œuvre, permet la dépendance du créateur salarié, et l'empêche d'exprimer sa personnalité, donc, de faire perdre à celui qui a participé la qualité d'auteur. C'est aux termes d'une renonciation abdicative que le créateur, qui s'engage à demeurer dans l'anonymat, permet au surplus que le promoteur appose sur l'œuvre sa propre signature, et se présente aux yeux de tous comme le créateur véritable¹⁰⁰⁴. Une telle convention de « commande totale » fait du créateur un « nègre »¹⁰⁰⁵.

224. L'attribution d'un droit voisin au promoteur. Pour que l'œuvre collective accède, en tant que telle, à l'existence juridique, il faut qu'elle soit éditée, publiée et divulguée, sous le nom du promoteur. Mais en droit commun, la divulgation est une faculté laissée à la seule appréciation de l'auteur, or rien de tel n'est disposé en matière d'œuvre collective. M. Cedras nous explique dans sa thèse que l'œuvre collective avant sa divulgation est une œuvre coordonnée qui peut grouper, soit une suite d'œuvres individuelles, appartenant, en principe, à

¹⁰⁰² Cass. 1^{re} ch. civ. 1^{re} juil. 1970, *op. cit.*

¹⁰⁰³ B. Edelman, *Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique (esquisse d'une théorie de sujet)*, D. Doctr. 1970, p. 197 ; *contra* B. Parisot, *L'inaliénabilité du droit moral...*, *op. cit.*, n° 10.

¹⁰⁰⁴ V. M.-Cl. Dock, *op. cit.*, p. 60 « L'anonymat de la plupart des ouvrages médiévaux a pour nous une toute autre raison. Nous en trouvons l'explication dans la composition même de l'œuvre. Les abbayes étaient des foyers de vie intellectuelle, de réflexion, de méditation. Un seul écrivait, mais il transcrivait la doctrine de la communauté à laquelle il appartenait, doctrine qui n'était formée au sein même de cette communauté et à l'élaboration de laquelle tous avaient concouru, le plus souvent d'ailleurs sur l'ordre d'un seul, la résultante des apports respectifs de toute la communauté, apports entre lesquels il existait une indivisibilité matérielle absolue. Dans une terminologie moderne, nous dirions qu'il s'agissait d'une œuvre collective. »

¹⁰⁰⁵ J. Cedras, *thèse précitée*, p. 35. ; « L'œuvre collective est une sorte d'œuvre anonyme, les dictionnaires, les encyclopédies, que l'éditeur publie sous son nom et qui ne cessent pas d'être anonymes, puisqu'il est impossible de déterminer le rôle ou la part de chacun dans la composition de l'œuvre » ; Cass. ch. civ. 10 nov. 1947, D. 1947, 529, concl. P. Lerebours-Pigeonnière (*aff. Mascarade*) ; TGI Paris 3^e ch. 27 févr. 1968, D. 1968, p. 375 : « l'anonymat des 'divers auteurs' au regard de l'éventuel acheteur de l'ouvrage est l'un des éléments constitutifs de la qualification d'œuvre collective ».

leurs créateurs, soit une suite d'œuvres de collaboration¹⁰⁰⁶, appartenant indivisément, d'une part, à leur créateurs, d'autres part, aux membres de l'organe de coordination. Et comme l'œuvre anonyme, les droits qui en découlent sont exercés par le « publicateur originaire »¹⁰⁰⁷, qui, selon nous, est récompensé de ces tâches par l'attribution d'un « droit voisin » sur le tout qui contribue à la diffusion de l'œuvre¹⁰⁰⁸. Cette dérogation s'explique, selon Desbois, par le fait que le fondement du droit exclusif qui concerne les œuvres collectives, est, selon la volonté expresse du législateur, un acte de publication, non de création¹⁰⁰⁹.

225. L'attribution du droit moral au promoteur. Autrement dit, le promoteur communique l'œuvre, et ne la divulgue pas¹⁰¹⁰. De plus, ce n'est pas un auteur qui exerce son droit de divulgation. Attribuer un droit de divulgation à un promoteur d'une œuvre collective susciterait des problèmes particuliers car d'une part, ce n'est pas aux créateurs qu'il est conféré, et d'autre part, il peut être attribué même à une personne morale. Les droits d'auteur se relient étroitement au fait de la création intellectuelle : l'écrivain, l'artiste en sont investis, parce qu'ils ont, dans le domaine des formes de la pensée ou de l'art, fait preuve d'originalité, tiré de leur intelligence et de leur sensibilité. La loi ne peut pas forcer la nature, en oubliant les exigences irréductibles, au point d'attribuer à une personne morale, quelle qu'elle soit, « la paternité d'une œuvre de l'esprit, la fiction revêt alors un caractère si extraordinaire »¹⁰¹¹. Reconnaître au promoteur un droit moral classique sur l'œuvre collective peut donc apparaître

¹⁰⁰⁶ V. TGI Paris, 3^e ch., 10 juin 1973, *RIDA* oct. 1973, p. 208, décidant qu'en absence de mention du nom de la personne ayant assuré la fédération des efforts, il s'agit d'une œuvre de collaboration.

¹⁰⁰⁷ *Op. cit.*, p. 230. ; *Contra* B. Humblot, *De l'indépendance du créateur en droit d'auteur*, *RIDA*, janv. 2004, p. 3, à la p. 33.

¹⁰⁰⁸ MM. Les Professeurs Lucas n'hésitent pas à qualifier le droit d'auteur sur l'œuvre posthume comme un droit voisin, *op. cit.* n° 451. Or les ressemblances entre l'œuvre posthume et l'œuvre collective sont flagrantes. Le premier point de ressemblance vise le fondement de l'attribution des droits : dans les deux cas c'est une communication et non pas une divulgation, qui est le prétexte à l'attribution de droit pécuniaire. Ensuite, le fondement exceptionnel répond dans les deux cas à la même motivation : la diffusion d'œuvres, qui sans la récompense d'un droit voisin, seraient demeurées dans l'obscurité, Dans le même sens : L. Yvon Ngombe, *Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain*, *RIDA* oct. 2002, p. 3, à la p. 75 ; V. ; Ph. Gaudrat, *Propriété littéraire et artistique (2^e droits des exploitants)*, *Rép. civ.* Dalloz, n° 321 et s. ; J. Cedras, *op. cit.* p. 222, selon le professeur Cedras : « Le législateur 'procédant par voie d'analogie', n'aurait-il pu investir le promoteur de l'œuvre collective d'un droit voisin ? L'avantage d'un tel choix aurait été de supprimer l'anomalie que la présence de la notion d'œuvre collective au sein du droit traditionnellement humaniste de la propriété littéraire et artistique. Nous savons cependant que la tentative se serait soldée par un échec. En réalité, malgré le silence de la loi, l'activité du promoteur n'est pas purement celle d'un éditeur puisque l'on accorde à lui reconnaître la coordination des créations fragmentaires. »

¹⁰⁰⁹ Desbois, *op. cit.* n° 693.

¹⁰¹⁰ « [...], le fondement exceptionnel du droit répond dans les deux cas à la même motivation : il s'agit de satisfaire un besoin d'intérêt général, celui de favoriser la diffusion d'œuvres qui, sans la récompense du droit d'auteur, seraient peut-être demeuré dans l'obscurité. »

¹⁰¹¹ Desbois, *op. cit.*, 1950, p. 193.

comme contestable¹⁰¹². Le droit moral du promoteur ne peut être absolument équivalent à celui d'un auteur du droit commun sur son œuvre¹⁰¹³. Pour MM. Lucas, le promoteur de l'œuvre collective est, de par la loi, détenteur du droit moral, donc du droit de divulgation, compte tenu des termes généraux de l'article L. 113-5, al. 2, qui investissent le bénéficiaire « des droits de l'auteur »¹⁰¹⁴. M. le Professeur Gaudrat, quant à lui, ne partage pas cette opinion. « D'ailleurs, quand bien même une seule prérogative morale serait visée, le pluriel resterait pertinent puisque la formule englobe également le droit d'exploitation. Assez curieusement la doctrine reste tout à fait silencieuse sur ce point d'interprétation. »¹⁰¹⁵. La formule légale n'est donc pas à prendre au pied de la lettre. Quant il est écrit que le promoteur « divulgue sous son nom », il ne fait que mentionner son nom sur la publication. Cette mention n'est qu'un formalisme par lequel il revendique et rend opposable aux tiers sa qualité de promoteur. Compte tenu de la lettre du texte, la qualité de promoteur devrait être explicite. Il ne faut en retenir que le mécanisme présomptif qui s'applique à la qualité de promoteur qui ne lui donne pas la qualité d'auteur, titulaire d'un droit de divulgation¹⁰¹⁶.

2. La menace de l'œuvre collective sur la personne du créateur

226. Du plural au collectif. En fait, la première exigence de la loi est que le promoteur prenne l'initiative de la création de l'œuvre collective. Il est impossible d'interpréter cette expression dans un sens tel que ce serait au promoteur de créer le premier, dans l'ordre de l'esprit. Il faut comprendre que c'est lui qui propose à des individus d'entreprendre la réalisation d'une œuvre complexe. Le promoteur affecte alors les traits d'un employeur. Cette perte d'identité des créateurs s'oppose à une autre catégorie d'œuvre plurale, définie dans la loi par l'œuvre de collaboration à l'article L. 113-2 du CPI : « est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». Les créateurs conservent ici leur individualité, à charge pour eux de s'entendre pour se répartir les droits et agir d'un commun accord pour les exercer. Les rapports entre les différentes personnes dont le

¹⁰¹² V. CA Paris, 1^{re} ch. 10 juillet 1974, *RIDA* juillet 1975, p. 187, cette décision reconnaît clairement à la personne morale ayant divulgué l'œuvre la « qualité d'auteur ».

¹⁰¹³ J. Cedras, *op. cit.*

¹⁰¹⁴ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 209.

¹⁰¹⁵ Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 63.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

concours donne naissance à l'œuvre sont de nature égalitaire, les rapports entre le promoteur et les créateurs d'une œuvre collective sont caractérisés par la dépendance économique du louage d'industrie. Le promoteur donne des ordres, les créateurs exécutent. C'est « la prise de pouvoir des marchands, l'emprise grandissante des investisseurs sur la création, le triomphe de l'argent sur la culture »¹⁰¹⁷. Le régime juridique de l'œuvre collective est naturellement plus facile à gérer pour les exploitants que celui de l'œuvre de collaboration. Dans ce régime, le promoteur peut exploiter sans cession, c'est-à-dire sans exercice préalable du droit de divulgation¹⁰¹⁸. En fait le participant dans l'œuvre collective est soumis à des conditions particulières quant à l'exercice de son « droit de divulgation » ; sa volonté s'est trouvée largement limitée, voire anéantie, par la nature même de l'œuvre collective qui présume une subordination au promoteur. Contrairement au régime de l'œuvre de collaboration, qui implique échange, concertation, intention commune et volonté de créer ensemble une œuvre dans des conditions permettant à chacun des participants de se prévaloir d'un droit sur l'ensemble réalisé. Et puisque le promoteur peut exploiter sans cession, c'est-à-dire sans verser de droit d'auteur au créateur, la seule rémunération due est un salaire, ou des honoraires¹⁰¹⁹.

227. L'occultation de la personnalité de l'auteur. Selon Huguet l'attribution au promoteur d'un droit exclusif sur le tout prive les créateurs fragmentaires de leur droit moral. Pour lui, le '*directeur*' de l'œuvre est investi des droits de l'auteur. Par conséquent, le créateur fragmentaire n'en a aucun. Mais, il affirme que les participants n'ont qu'un droit au nom, et ce droit pour lui est inaliénable¹⁰²⁰. Pour M^e Leloup, le fait que le promoteur de l'œuvre collective puisse décider souverainement de l'opportunité de la révélation de l'œuvre collective, induit que le participant à l'œuvre collective perd l'exercice et non la jouissance du droit moral, pour un certain temps. Il affirme que l'œuvre collective a un cadre bien déterminé. Sorti de cette activité, le promoteur n'est plus investi des droits d'auteur. Il tente

¹⁰¹⁷ B. Edelman, *Les bases de données ou le triomphe des droits voisins*, D. aff. 2000, p. 89.

¹⁰¹⁸ *Contra* Ph. Gaudrat, *Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants)*, Rép. civ. Dalloz, n° 392 : « [...] ; or le droit de divulgation ne peut expressément être exercé que par le ou les auteurs, en l'occurrence les contributeurs. Chaque contributeur exerce séparément son droit de divulgation sur sa contribution. [...], l'œuvre d'ensemble est entièrement divulguée quand chaque contributeur a consenti à la divulgation de sa contribution. » (Souligné par nous) ; Adde, Y. Reboul, *Quelques Réflexions sur l'œuvre collective*, Mélanges P. Mathély, Litec, 1989, p. 297, à la p. 303 : « Le participant qui remet sa contribution achevée la 'divulgue' à son partenaire contractuel, l'initiateur de l'œuvre collective. La divulgation, ainsi réalisée de la contribution du participant est une divulgation relative ; son étendue résulte du contenu du contrat qui lie le participant à l'initiateur de l'œuvre collective. »

¹⁰¹⁹ Ph. Gaudrat, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 59.

¹⁰²⁰ A. Huguet, op. cit., n° 157, p 113.

d'expliquer cette diminution, temporaire, des prérogatives morales du créateur en faisant une distinction entre l'exercice et la jouissance du droit moral des créateurs. L'exercice serait « transmis » au promoteur, alors que la jouissance, c'est-à-dire l'existence même des prérogatives, demeurerait propre au créateur. Cette distinction, dit-il, n'est pas étrangère aux textes de la loi¹⁰²¹. Dans l'article L. 121-1, l'existence du droit moral est affirmée par l'alinéa 1^{er}, « mais la mise en œuvre peut, *post mortem*, obéir à des modes de dévolution divers ; généralement transmissibles aux héritiers, l'exercice du droit, dont la substance est figée définitivement par la mort de l'auteur, peut être confié à un tiers par testament »¹⁰²². On peut trouver cette logique en matière d'œuvres anonymes et pseudonymes : c'est l'éditeur qui met en œuvre les prérogatives dont la jouissance appartient à l'auteur. C'est dire, dans le cas de l'œuvre collective, que le créateur n'est plus en mesure d'exercer son droit de divulgation, tout en restant titulaire. Mais dans le cas de l'œuvre posthume, l'auteur ne peut pas exercer son droit moral par ce que la personne du créateur est morte ; et en matière d'œuvre anonyme ou pseudonyme, l'auteur est libre de ne pas faire état de sa personnalité, en choisissant de rester anonyme. Tout au plus, l'auteur peut rétracter sa décision et retrouver le plein exercice de ses droits¹⁰²³. Par contre, en matière d'œuvre collective, c'est le législateur qui impose cette « occultation de personnalité ».

228. L'anomalie du régime de l'œuvre collective. Or, en droit civil, la dissociation entre jouissance et exercice existe bien en matière d'incapacité. Il y a, comme le montrent le droit romain et le régime contemporain de la personnalité morale, des liens étroits entre la personnalité et la capacité. L'une et l'autre permettent l'activité juridique. La plénitude d'une personnalité implique une complète capacité ; inversement, là où il n'y a pas de personnalité, il ne peut évidemment être question de capacité. L'incapable est celui qui jouit du droit sans pouvoir l'exercer¹⁰²⁴. La plupart du temps, c'est en vue de protéger une personne que la loi frappe d'incapacité d'exercice. Ainsi, l'enfant mineur non émancipé est, en principe, représenté par le titulaire de l'autorité parentale dans l'exercice de ses droits. Dans l'œuvre collective, il semble difficile de nier que le seul intérêt qui soit servi par cette dissociation entre jouissance et exercice des prérogatives morales, soit celui du promoteur, au détriment de

¹⁰²¹ J.-M Leloup, *Le journal, les journalistes et le droit d'auteur*, Litec, 1962 ; V. notamment : l'article L. 111-3, al. 2 : « Néanmoins, en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'**exercice** du droit de divulgation,...

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ A. et H. J. Lucas, *op. cit.* n° 405, p. 330.

¹⁰²⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les personnes les incapacités*, éd. CUJAS, 1992, n° 503, p. 191.

ceux des créateurs¹⁰²⁵. L'œuvre collective, dans le régime de la loi du 1957, apparaît donc comme sacrifiant l'individu créateur aux appétits d'intermédiaires qui ont su invoquer habilement les intérêts supposés du public¹⁰²⁶.

229. L'épuisement du droit de « publication » du promoteur. Il paraît donc très important d'insister sur le caractère exceptionnel de l'œuvre collective, et sur le fait que l'activité génératrice d'une œuvre collective¹⁰²⁷ s'inscrit dans un cadre bien déterminé. Sortie de cette activité l'entreprise n'est plus investie des droits de l'auteur. Le droit de divulgation de l'auteur reprend son empire. Le promoteur est un publicateur dont on peut dire, dans un raccourci, qu'il divulgue l'œuvre sous son nom, lors de sa première communication au public. Il n'est donc pas investi d'un droit de divulgation. Le droit de divulgation appartient bien à chacun des contributeurs auxquels l'article L. 113-2 al. 3 donne expressément le titre d'auteur. Le coordinateur n'a donc pas le pouvoir de définir unilatéralement le champ publicitaire de l'œuvre collective. Pourtant, dans une affaire opposant un photographe salarié à un organe de presse, le Tribunal de grande instance a dû trancher la question de savoir si la cession des droits à l'exploitant était limitée à l'autorisation d'une première et unique publication de ses photographies, et si une nouvelle publication par l'employeur était subordonnée à son autorisation expresse. L'auteur exposait que l'organe de presse a procédé dans le « Journal de l'assurance » et sans consentement ni aucune rémunération à la republication de nombreuses photographies qu'il lui avait confiées. L'auteur soutenait que cette nouvelle publication des ses œuvres constituait une atteinte à ses droits patrimoniaux et moraux faisant appel aux articles, L. 121-2 et L. 121-8, entre autres. Mais le Tribunal de Nanterre décida d'abord que « l'article L. 121-8 du CPI vise seulement le droit conservé par l'auteur d'articles et de discours et non de photographies », pour ensuite dire que « dès lors que la publication s'effectue dans le même journal, pris au sens de titre de presse, l'exploitation par l'éditeur est illimitée »¹⁰²⁸. M. Kerever, quant à lui a « [...] des doutes sur la

¹⁰²⁵ J. Cedras, *op. cit.*, p. 246.

¹⁰²⁶ M. le Professeur Pollaud-Dulian considère « que le statut de l'œuvre collective est une anomalie, et même une aberration dans le système français du Droit d'auteur » et que « cette catégorie n'est pas indispensable, ni même vraiment utile. », F. Pollaud-Dulian, *La qualification d'œuvre audiovisuelle et les notions d'œuvre de collaboration et d'œuvre collective*, (note sous TGI Paris 27 oct. 1993) *RIDA* juill. 1994, p. 406.

¹⁰²⁷ Les termes employés par le législateur désignent des *activités de diffusion*, non de *création intellectuelle*.

¹⁰²⁸ Toutefois, le tribunal admet que cette solution « peut apparaître contraire à l'article L. 111-1 CPI qui dispose que l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit d'auteur, il faut observer d'une part que ce principe général peut être écarté par une disposition spéciale et dérogatoire limitée quant à son domaine aux journalistes salariés comme c'est le cas de l'article 761-9 du Code du Travail, d'autre part que l'auteur conserve la jouissance et l'exercice de son droit moral. » T.G. Nanterre, 1^{ère} ch. 19 juin 1996, *RIDA*, janv., 1997, p. 359, *obs.* A. Kerever, p. 265.

pertinence de l'invocation de l'article L. 121-2 relatif au droit moral de divulgation. Le contrat de travail n'implique-t-il pas l'autorisation de divulguer l'œuvre dans le journal employeur ? S'il en est ainsi, pourquoi le droit moral de divulgation renaîtrait-il après la première publication ? »¹⁰²⁹ Cette décision reste, malgré tout, très marginale.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

Partie II : Les structures propriétaires du droit d'auteur

230. Sur le qualificatif « propriétaire ». L'époque révolutionnaire française n'a pas hésité à utiliser le vocable de propriété littéraire et artistique. Le décret du 19 et 24 juillet 1793 qui consacre le droit de reproduction, s'intitule « décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs. ». La loi du 11 mars 1957 s'inscrit dans la terminologie révolutionnaire, en faisant du droit d'auteur un « droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. ». Desbois en se basant sur cette loi, consacrant l'expression « droit de propriété de l'auteur », estime que l'acte de création fonde un droit de propriété qui recouvre à la fois les prérogatives morales et patrimoniales¹⁰³⁰.

231. Sur le pluriel en « propriétaires ». Or, la question qui anime le débat à l'heure actuelle et de savoir si la particularité de la propriété littéraire et artistique, accrue avec l'élaboration des prérogatives morales, fait obstacle à ce que le droit puisse malgré tout recevoir encore le qualificatif de droit de propriété. La thèse utilitariste insiste sur le caractère « accessoire » du droit moral par rapport au droit patrimonial pour démontrer ainsi que le droit d'auteur est une propriété¹⁰³¹. La thèse individualiste considère que c'est en vertu du droit naturel que l'auteur d'une œuvre de l'esprit s'approprie cette œuvre, du seul fait qu'il en est le créateur. De cette appropriation résulte un droit de disposition exclusive de l'œuvre sous toutes formes quelconques, droit au sein duquel se synthétisent tous les éléments épars de ce que, depuis longtemps, on appelle communément le « droit moral ». Consacrant ainsi, une autre propriété¹⁰³².

¹⁰³⁰ H. Desbois, *La conception française du droit moral de l'auteur*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 520.

¹⁰³¹ J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, *De la propriété comme modèle*, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

¹⁰³² F. Hepp, *Le droit d'auteur « propriété incorporelle » ?*, *RIDA* 1958 avr., p. 161.

232. Plan. L'article L. 111-1, alinéa 2 du CPI cite d'abord les « attributs d'ordre intellectuel et moral » et ensuite seulement les « attributs d'ordre patrimonial. » La bonne logique nous invite ainsi à commencer par la structure du droit moral (***Titre I***), ensuite nous allons découvrir la structure du droit d'exploitation (***Titre II***).

Titre I : Les structures du droit moral

233. Présentation. Le droit moral comporte quatre attributs distincts : le droit de divulgation, le droit à la paternité ou droit au nom, le droit au respect ou à l'intégrité de l'œuvre et le droit de retrait et de repentir. Certes, ces quatre prérogatives sont différentes, mais chacune d'entre elles tend à protéger la personnalité de l'auteur dans son œuvre, sous un angle particulier. Elles sont les branches d'un tronc unique. Autrement dit, il existe une unité fondamentale du droit moral à travers ses différentes manifestations. Les quatre prérogatives ont le même fondement, le même objet et la même finalité ; soit, la même essence. On peut légitimement en déduire que chaque fois que le CPI ne pose pas de règle spécifique à l'un d'eux, il convient de traiter les différents attributs du droit moral de la même façon, puisque leurs sources et leurs finalités sont communes. Ainsi, si l'on juge que l'exercice du droit de divulgation est discrétionnaire, il paraît difficile de mettre l'exercice des autres prérogatives morales sous le contrôle judiciaire de l'abus du droit. Il en va de même de la règle de l'inaliénabilité du droit moral : elle vaut pour le droit moral dans son ensemble, au-delà du droit à la paternité et du droit au respect, lesquels sont, néanmoins, seuls visés par l'article L. 121-1¹⁰³³.

On voit alors que la structure unitaire donne une forte assise au droit moral qui correspond à une conception subjective de celui-ci. Selon cette conception, il revient à l'auteur de déterminer les atteintes à son œuvre, ce qui signifie que l'altération de son œuvre s'apprécie par rapport à sa personnalité. Cette approche est conforme à la structure individualiste du droit moral.

La doctrine utilitariste s'efforce, elle, de minimiser cette conception, de l'occulter, voire de la nier. Pour amoindrir la portée du droit, elle le réduit à une somme plus ou moins détaillée d'attributs indépendants. Ainsi, quant au caractère discrétionnaire du droit moral, il faut distinguer selon la prérogative concernée. Le droit de divulgation, même épuisable, est discrétionnaire du vivant de l'auteur : personne ne peut l'obliger à publier son œuvre ou ne serait-ce qu'à la révéler d'une façon ou d'une autre au public. Tandis que les autres « droits moraux » tel que le droit de retrait ou de repentir et le droit au respect sont plus aisément contrôlables par la théorie de l'abus de droit. Dans cette conception dite « objective », l'exercice du droit moral est subordonné à la preuve d'une atteinte à l'honneur et à la

¹⁰³³ V. Dans ce sens A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 447 et s., pp. 344 et s.

réputation de l'auteur. C'est le système éclaté que connaît l'article 6 *bis* de la Convention de Berne, laquelle use du pluriel pour désigner le droit moral et en fait le minimum conventionnel. Dans ces conditions, si un auteur considère être victime d'une violation de son droit moral et si cette dernière n'est pas considérée comme attentatoire à son honneur par le commun des consommateurs, il ne pourra pas s'en plaindre. Quant à l'inaliénabilité du droit moral, elle est également diversement appréciée. Cette conception utilitariste du droit moral aboutit bien à une structure éclatée de celui-ci.

234. Plan. Il existe deux structures opposées du droit moral, répondant aux deux conceptions déjà évoquées. La conception individualiste conduit à la structure unitaire du droit moral (**Chapitre I**). La conception utilitariste conduit à une structure éclatée (**Chapitre II**).

Chapitre I : La structure éclatée

235. Présentation. Dans la tradition française, le droit moral occupe la première place. L'article L. 111-1, alinéa 2, du CPI en témoigne qui cite les « attributs d'ordre intellectuel et moral » avant les « attributs d'ordre patrimonial ». Selon la doctrine utilitariste, cette conception du droit moral est trop rigide et peut avoir comme défaut de soumettre le droit moral aux caprices de l'auteur. Le droit de divulgation est, en conséquence, soumis au principe de l'épuisement, l'exercice du droit au respect, quant-à-lui, est subordonné à la preuve d'une atteinte à l'honneur et à la réputation de l'artiste. Le droit moral s'éclate, de la sorte, en plusieurs « droits moraux ».

236. Plan. Après avoir exposé la structure éclatée du droit moral (**Section 1.**), nous proposerons une appréciation technique de celle-ci (**Section 2.**).

Section 1) Présentation de la structure éclatée du droit moral

237. Plan. Dans un premier temps nous constaterons l'éclatement du droit moral (§1.), ensuite nous étudierons son origine (§2.).

§1. Le constat de l'éclatement du droit moral

238. Les conséquences de l'épuisement du droit de divulgation. La cheville ouvrière de la conception éclatée du droit moral, selon le professeur Gaudrat, gît dans une critique systématique du droit de divulgation puisqu'il constitue le facteur de cohérence évident et la racine des autres attributs, manifestant ouvertement l'unité de la construction¹⁰³⁴. Cet épuisement change considérablement le contenu et le régime du droit moral dans son ensemble. D'abord, et comme nous avons pu le constater, le droit de divulgation, selon cette vision, se réduit à la protection de la vie privée de l'auteur. L'éclatement s'impose : les autres attributs ne peuvent pas protéger cet intérêt. Ensuite, au sein du droit moral, on retrouve une diversité de régimes : l'épuisement ne s'applique pas à tous les attributs. Or, si le droit de divulgation a pour objet la protection de la vie privée de l'auteur et le droit au respect de sa réputation ou de son honneur, on peut douter de la base théorique et pratique du droit de repentir et de retrait : l'auteur qui a changé ses convictions peut tout simplement exprimer ces changements dans une nouvelle œuvre et désavouer ses conceptions antérieures par une déclaration publique¹⁰³⁵. Le droit au nom devient une sorte de marque de fabrique de l'auteur qui protège l'intérêt du consommateur à ne pas être induit en erreur. Ainsi, le droit moral peut s'étendre aussi au droit à la non-paternité, dans l'hypothèse où une œuvre est faussement attribuée à un auteur.

239. Une diversité d'intérêts impliquant une diversité de droits. On est devant une diversité d'intérêts qui donne son empreinte à la construction juridique du droit moral. La vie

¹⁰³⁴ Ph. Gaudrat, *Théorie générale du droit moral*, op. cit., n° 38, p. 24.

¹⁰³⁵ V. Dans ce sens, P. Brügger, *Rapport du Groupe Suisse concernant le questionnaire sur le droit moral, Pays continentaux ou de droit civil*, in *Le droit moral de l'auteur*, Congrès d'Anvers, ALAI, 1993, p. 234.

privée de l'auteur, sa réputation et l'intérêt du consommateur diffèrent trop les uns des autres pour qu'il soit possible de les grouper sous une dénomination commune.

240. Les dispositions du CPI. Pour soutenir cette conception, on a avancé que le législateur en 1957 n'a pas utilisé le terme droit moral¹⁰³⁶, préférant utiliser des locutions plus précises telles que les attributs d'ordre intellectuel et moral. Selon la formulation de l'article L. 111-1 du CPI, « l'auteur jouit sur son œuvre d'un droit de propriété incorporel [qui] comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ». Ainsi une partie de la doctrine a considéré que si le législateur relève la présence de deux types d'intérêts (intellectuel et moral), c'est parce qu'il a entendu opérer une distinction entre les attributs extrapatrimoniaux¹⁰³⁷. On peut retrouver cette distinction à propos du contrat de représentation, où « l'entrepreneur de spectacle doit assurer la représentation ou l'exécution publique de l'œuvre dans des conditions techniques propres à garantir le respect des droits intellectuels et moraux de l'auteur » (CPI, art. L. 132-22). Ainsi se trouvent respectivement énumérés dans l'ordre des dispositions légales originaires, le droit au respect de son nom, de sa qualité ou de son œuvre (article L. 121-1) le droit de divulgation (L. 121-2), et le droit de repentir ou de retrait (L. 121-4)¹⁰³⁸. Dans certains cas, le législateur a même pris soin de préciser, de manière expresse, qu'il entendait se référer à la fois au droit de divulgation et au droit au respect comme dans l'article L. 121-9, al. 1¹⁰³⁹, tandis que dans d'autres cas, il ne se réfère qu'au droit de divulgation, par exemple dans l'article L. 121-2 al. 2 et l'article L. 121-3¹⁰⁴⁰. Par ailleurs, dans la loi du 11 mars de 1957, les prérogatives du droit moral n'ont pas fait l'objet d'un titre particulier mais sont, au contraire, disséminées dans la loi. Or, la codification opérée en 1992 n'a pas été aussi neutre qu'elle aurait dû l'être, puisqu'elle a créé un chapitre intitulé « droits moraux ». Pour le professeur Caron, l'emploi du pluriel n'est certainement pas un véritable hasard et indique l'intention du législateur de souligner la

¹⁰³⁶ P. Recht, *op. cit.*, p. 128.

¹⁰³⁷ A. Tournier, *Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 Mars 1957 ?*, RIDA, XX, 1958, p. 5.

¹⁰³⁸ V. CA Paris 27 sept. 1996, RIDA, n° 172, p. 270, qui distinguait entre les prérogatives morales puisqu'il a été jugé qu'en s'opposant à la représentation scénique de sa pièce dans une adaptation qu'il jugeait dénaturante, l'auteur use non du droit de retrait ou de repentir, mais du droit au respect de l'œuvre.

¹⁰³⁹ « Sous tous les régimes matrimoniaux et à peine de nullité de toutes clause contraire portées au contrat de mariage, le droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité [...] ».

¹⁰⁴⁰ D. Bécourt, *La trilogie auteur-œuvre-public (5^{ème} partie)*, P.A., 10 janv. 1994, n° 4 : « Ainsi se trouve-t-on effectivement en présence d'attributs d'ordre moral – justiciables, et eux seuls, de la qualification de droits moraux – complémentaires certes, mais néanmoins distincts, car faisant l'objet de prérogatives séparées. ».

diversité des prérogatives du droit moral¹⁰⁴¹. L'intitulé de ce chapitre ne saurait être négligé dans sa signification car, selon lui, les titres dans un code ont une certaine « valeur juridique » et la diversion des articles traitant le droit moral dans la loi de 1957 est chargée d'idées¹⁰⁴².

La thèse de la conception éclatée du droit moral se trouve encore renforcée si l'on se réfère aux règles de dévolution successorale des différents attributs. Outre le fait que le droit de repentir et de retrait n'est pas, sauf volonté précise du créateur, transmis aux héritiers de l'auteur, le professeur Caron nous cite l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1989, précisant que le droit de divulgation bénéficie de la dévolution spécifique de l'article L. 121-2, alors même que « le droit de l'auteur au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre est transmissible à cause de mort à ses héritiers selon les règles ordinaires de la dévolution successorale »¹⁰⁴³.

241. Sur le plan international et européen. On sait que selon l'article 6 *bis* de la Convention de Berne révisée, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre se réduit à la faculté de l'auteur « de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute atteinte ... *préjudiciable à son honneur ou à sa réputation* ». Cette dernière phrase a été adoptée lors de la révision de la convention de Berne à Rome en 1928, à la demande de la délégation britannique ; elle est restée inchangée, depuis cette époque, malgré les efforts qui ont été déployés en vue de la modifier¹⁰⁴⁴. Ainsi, en protégeant la réputation de l'auteur, la Convention de Berne adopte une structure éclatée du droit moral. Cette structure témoigne selon M. Bécourt d'une vision plus stricte, mais réaliste du droit moral¹⁰⁴⁵. En fait, l'article 6 *bis* de la Convention de Berne emploie le pluriel pour désigner le droit moral, dont d'ailleurs il n'est pas fait expressément mention autrement qu'« indépendamment des droits patrimoniaux et même après la cession desdits droits », contrairement à l'article 9 de la directive du 29 octobre 1993 sur la durée de protection qui utilise l'expression « droits moraux ».

§2. L'origine de l'éclatement du droit moral

¹⁰⁴¹ Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1996, n° 132, p. 124.

¹⁰⁴² Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 134, p. 128.

¹⁰⁴³ Cass. civ. 1ère ch., 11 janv. 1989, *D. 1989 jurispr.*, p. 308 note B. Edelman; Cass. civ. 1ère ch., 11 janv. 1989, *JCP* 1989 II, 21378, note A. Lucas.

¹⁰⁴⁴ V. F. Ligi, *La protection de la personnalité de l'auteur dans l'intégrité de son œuvre*, *Droit d'Auteur*, 1962, p. 194.

¹⁰⁴⁵ D. Bécourt, *La trilogie auteur-œuvre-public*, *op. cit.*, n° 4.

242. Présentation et plan. Pour les tenants de cette conception, l'intérêt de l'individu, fût-il auteur, doit fréquemment s'incliner devant celui de la société, et l'œuvre doit être traitée comme un produit ordinaire¹⁰⁴⁶. C'est l'approche mercantile et utilitariste du droit d'auteur qui anime la conception éclatée du droit moral. On tend à effacer le rôle de l'acte créateur et la prééminence de l'auteur au profit de la défense des intérêts économiques de l'industrie, que ce soit par l'assouplissement de la distinction entre idée et forme¹⁰⁴⁷ (A.) ou l'instrumentalisation du droit moral en lui donnant une finalité consumériste (B.).

A. L'assouplissement de la distinction entre idée et forme

243. Lien entre le droit moral et le critère subjectif de l'originalité. Dans la doctrine individualiste, pour qu'il y ait création, il faut que l'œuvre se manifeste sous une forme distincte des idées et que cette forme soit originale. L'originalité se distingue de la nouveauté. En fait, c'est bien théoriquement l'expression de la personnalité de l'auteur qui sert de critère pour déterminer le moment à partir duquel existe une forme susceptible d'appropriation. En d'autres termes, s'il y a une œuvre de l'esprit, c'est parce que la forme de l'œuvre révèle la personnalité de l'auteur. L'originalité de l'œuvre ne vient pas des idées exprimées mais de la forme donnée à ces idées, c'est-à-dire de la manière dont elles sont présentées¹⁰⁴⁸. C'est le critère d'originalité, source et mesure de la protection, qui joue le rôle déterminant dans le développement et la cohérence du droit moral. L'expression de la personnalité dans la création fait apparaître un objet grevé de droits dont tous les caractères procèdent du courant individualiste dont sont issus les droits de l'homme. C'est autour de cette idée que s'élabore le droit moral durant le XIX^{ème} siècle. Le lien entre l'originalité, subjective, et le droit moral est tellement intime que toutes les fois que l'on s'écarte de la première, le second perd son fondement¹⁰⁴⁹. Cette corrélation entre droit moral et originalité se vérifie tout particulièrement

¹⁰⁴⁶ G. Gavin, *op. cit.*, pp. 300-301.

¹⁰⁴⁷ D. Giocanti, *Le droit au respect de l'auteur en droit français*, th. Paris II, 1989, pp. 130 et s.

¹⁰⁴⁸ V. Cass. civ. 1^{re} ch., 8 nov. 1983, *Bull. Civ.*, 1983 I, n° 260, p. 233, *D.* 1985, *inf. Rap.*, p. 309, Cl. Colombet.

¹⁰⁴⁹ Ph. Gaudrat, *La théorie générale du droit moral*, *op. cit.*, n° 23, p. 16.

en matière de logiciel¹⁰⁵⁰. Dans la rédaction que lui a donnée la loi du 10 mai 1994, transposant la directive communautaire du 14 mai 1991 (laquelle ne souffle mot du droit moral), l'article L. 121-7 dispose que : « sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur, celui-ci ne peut ... 1° s'opposer à la modification du logiciel, par le cessionnaire des droits mentionnés au 2° de l'article L. 122-6, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation ». La référence à l'honneur ou à la réputation évoque l'approche éclatée de l'article 6 bis de la Convention de Berne¹⁰⁵¹.

On voit qu'après avoir abandonné le critère subjectif de l'originalité, pour adopter un (des) critère(s) plus objectif(s) en conformité avec la logique utilitariste, l'originalité devient en fait « un critère vide de sens »¹⁰⁵². Pour que l'œuvre soit protégée, il suffit donc que l'on soit en présence d'une création de forme. Mais dans ce cas-là, il est possible d'affirmer qu'il ne reste quasiment rien de la fonction discriminante, puisque pour citer M. Vivant : « tout est forme. Il n'y a pas de produit de l'esprit qui soit in-forme. »¹⁰⁵³. Or, « quand le droit d'auteur, au titre de la forme, saisit non seulement l'écriture mais aussi la composition, l'architecture de l'œuvre et donc par exemple la trame d'un roman, l'enchaînement des idées n'est pas loin et de l'enchaînement des idées à la formulation de celles-ci – fond ? Forme ? – il n'y a qu'un pas. »¹⁰⁵⁴. Pour l'éminent spécialiste, « la dissociation du fond et de la forme est parfois malaisée et même il n'est pas faux de parler en certains cas d'indivisibilité de l'une et de l'autre. »¹⁰⁵⁵. Ainsi, la mise en cause du critère subjectif de l'originalité aboutit à un assouplissement de la distinction entre l'idée et la forme¹⁰⁵⁶. A ce titre, on peut citer un arrêt de la Haute Cour des Pays-Bas qui estime que « c'est justement parce que le droit d'auteur vient de plus en plus protéger les écrits sans empreinte personnelle que la distinction entre forme et contenu devient impossible. »¹⁰⁵⁷. Combinée avec l'abandon d'une définition individualiste de l'objet de la protection et l'adoption d'une conception anglo-saxonne du

¹⁰⁵⁰ V. Ch. Caron, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 254, p. 190 : « Mais il n'en demeure pas moins que ce droit moral limité pourrait contaminer subrepticement l'ensemble du droit moral. ».

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, n° 495, p. 380.

¹⁰⁵² A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 99.

¹⁰⁵³ M. Vivant, *Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, à la recherche d'un nouveau paradigme*, Université de tous les savoirs, Vol. 5, 2001, p. 201, cité par Ch. Geiger, *ibid.* ; V.-L. Benabou, *L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France*, in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Rencontre Franco-Allemandes, Litec, 2007, p.165, à la pp. 169 et s.

¹⁰⁵⁴ M. Vivant, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, *RIDE/4*, 2006, p. 361.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁶ V. J. Huet, *Droit de l'informatique : la liberté documentaire et ses limites, ou les banques de données à l'épreuve du droit d'auteur* (commentaire de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire *Microfor c. Le Monde*), *D.* 1984, *chron.* p. 129, à la p. 132, n° 19 : « Il est des préjugés qui ont la vie dure ; tel est celui selon lequel la propriété littéraire protège seulement la forme. ».

¹⁰⁵⁷ Hoge Raad, le 27 janv. 1961, *Radioprogramma*, II, NJ 1962, p. 355 et Hoge Raad, le 25 juin 1965, *Radioprogramma*, IV, NJ 1966, p. 116, Cité et traduit par Ch. Geiger, *op. cit.*, n° 334, p. 293, note 2.

critère d'originalité, la distinction entre œuvre de l'esprit et information ne peut toutefois qu'être amenée à s'estomper¹⁰⁵⁸.

244. Le fond et la forme. Cet assouplissement de l'exigence de la distinction entre la forme et l'idée remet en cause le fondement individualiste du droit moral. En effet, cette distinction repose sur l'idée que la forme est protégée par le droit moral (ou plus largement le droit d'auteur) car une forme peut refléter une personnalité, tandis qu'une idée ne peut pas, en elle-même, refléter une personnalité. L'impératif d'une forme distincte des idées, premier volet de la définition d'œuvre de l'esprit, apparaît donc atténué. Pour la doctrine individualiste, la qualité esthétique de l'œuvre est plus recherchée que la valeur rationnelle du fond. En fait, le débat forme/fond est une traduction du débat entre individualistes et utilitaristes : pour les premiers la forme est tout, pour les seconds elle n'est que la servante de l'idée. Ainsi, dans une logique individualiste, la conception de l'œuvre reconnaît tout ce que son expression extérieure a de précieux, c'est-à-dire l'empreinte de la personnalité, et qui, de ce fait exige une protection par le droit moral. Or, dans une logique utilitariste, le critère de référence pour juger de la valeur d'une œuvre n'est pas intrinsèque mais extrinsèque à l'œuvre. Celle-ci n'est pas une valeur en soi, à elle-même son propre critère, mais une valeur relative qui se définit en fonction de données extérieures et prééminentes : mercantilistes, consuméristes...etc. La prééminence de l'œuvre de l'esprit ne réside plus dans la forme mais dans sa fonction. Dans cette mesure, pour assurer la conformité d'une œuvre aux intérêts publics jugés primordiaux, il était parfois nécessaire d'en demander la modification¹⁰⁵⁹. Mais il suffit qu'un renversement de valeurs s'opère, que l'importance de l'individu l'emporte sur celle de l'argent ou de l'économie, pour qu'il soit impossible de porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre, car ce qui est sacré ne lui est plus extérieur. Le respect de l'individu rend l'œuvre intangible, alors que les exigences économiques rendent l'œuvre vulnérable. L'œuvre doit être

¹⁰⁵⁸ S. Lemarchand, O. Fréget, F. Sardain, *op. cit.*, n° 30, p. 16.

¹⁰⁵⁹ L'exemple que l'on peut donner est le conflit entre les réalisateurs des œuvres audiovisuelles et les chaînes de télévision, V. J. de Werra, *Le droit à l'intégrité de l'œuvre*, th. Berne, 1997, n° 51, p. 69. Celles-ci diffusent des œuvres entrecoupées de spots publicitaires, CA Paris, 14 déc. 1987, *RIDA*, oct. 1988, p. 299 : « Considérant [...] que la présentation morcelée d'une œuvre au public n'a pu manquer d'en dénaturer la substance et d'en restreindre l'intérêt... » *Contra*, TGI Paris, 29 juin 1988, *RIDA*, oct. 1988, p. 328 : « Attendu qu'en l'espèce la Cinq, en faisant figurer en permanence son logo sur les images du téléfilm 'Yvette' lors de la diffusion sur son réseau [...] a commis une atteinte au droit moral de l'auteur. » ; *aff. Huston* : CA Paris, 25 juin 1988, *RIDA*, oct. 1988, p. 309 : « Qu'en effet, il peut être à bon droit retenu que l'adjonction de couleurs à un film conçu et créé en noir et blanc apporte une altération à l'œuvre originale. Que ce procédé, s'il n'a pas été expressément autorisé par les héritiers, constitue une atteinte à leurs droits, entraînant un dommage certain. » ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 416, p. 339, n° 352. 2^{ème} éd. : « Pour limiter ce risque, l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 17 janvier 1989, pose le principe que la diffusion d'une œuvre audiovisuelle ne peut, en toute hypothèse, faire l'objet de plus d'une interruption publicitaire, sauf dérogation accordée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. ».

conforme à ce que l'auteur, individu sacré entre tous, en a voulu faire, c'est-à-dire qu'elle doit être adéquate à elle-même, à sa forme créée, à la personnalité de l'auteur qui s'exprime en elle. Il est dès lors facile de comprendre que le droit moral sera moins impérieux lorsqu'on assouplit la distinction entre la forme et l'idée. L'observation vaut particulièrement dans les œuvres d'art moderne et les œuvres informationnelles.

245. L'art moderne. Dans une affaire opposant l'artiste, M. Jakob Gautel, à une photographe, Mme Bettina Rheims, l'artiste reprochait à la photographe d'avoir reproduit, sans son autorisation, l'œuvre « Paradis » pour la réalisation de son œuvre « La nouvelle Eve ». La photographe se prévalait de l'absence de protection de l'œuvre reproduite, l'originalité n'y étant décelable qu'au stade de l'idée. La première « œuvre » consiste en l'inscription, par l'artiste, du terme « Paradis », en lettres dorées, au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques de l'hôpital Ville-Evrard. M. Gautel obtint gain de cause. Selon le Tribunal de Paris, l'œuvre « Paradis » de Jakob Gautel constitue, au sens de l'article L. 112-1 du CPI, la matérialisation de son art, sous forme esthétique du mot « Paradis »¹⁰⁶⁰. Ainsi, c'est bien l'idée d'inscrire un mot particulier pour donner un nouveau sens à un lieu, qui est l'objet principal de la protection, et la forme, c'est-à-dire l'inscription « Paradis », est l'accessoire. Au demeurant, si on poussait le raisonnement du tribunal jusqu'au bout, une idée *a priori* non protégeable pouvait être l'objet du droit d'auteur dans sa « réalisation » (l'inscription). On ne pouvait guère aller plus loin dans l'assouplissement de l'exigence d'une forme distincte de l'idée. En effet, si l'on s'en tient aux termes du jugement, il semble que ce soit l'idée elle-même qui constitue l'élément principal de l'objet de la protection¹⁰⁶¹.

246. Les œuvres informationnelles. Par ailleurs, cet assouplissement entre forme et idée semble encore plus évident en ce qui concerne l'œuvre informationnelle où ce sont surtout les idées plus que la forme qui semblent être l'objet principal de la protection. Comme le rappelle

¹⁰⁶⁰ TGI, Paris, 3^e 23 nov. 2005, *D.* 2006, p. 1051, note E. Treppoz.

¹⁰⁶¹ V. Cass. 1^{re} ch. Civ. 13 nov. 2008, (Juris-Data 2008-045778) : « Mais attendu que l'arrêt relève que l'œuvre litigieuse, se consiste pas en une simple reproduction du terme 'Paradis', mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, que une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, écaillée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille, que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur ; que de ces constatations et appréciations souveraines faisant ressortir que l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale, la cour d'appel en a à bon droit déduit que l'œuvre bénéficiait de la protection du droit d'auteur ; que les moyens ne sont fondés en aucune de leurs branches ».

le professeur Gaudrat : « les impératifs techniques et utilitaires du logiciel exigent d'éliminer de la forme tout ce qui n'est pas indispensable à l'objectivation de l'idée [...] ; ce qui conduit à penser qu'en matière de logiciels le véritable objet de la protection est l'idée non la forme. »¹⁰⁶². En fait, si nous acceptons de protéger, par le droit d'auteur, certaines formes d'art contemporain où l'idée est l'objet principal de la protection nous « risquons de subvertir tout notre système »¹⁰⁶³.

247. Vers la protection de la réputation de l'auteur par le droit moral. Ceci a pour conséquence de prendre en considération l'œuvre de l'esprit dans sa globalité, c'est-à-dire, sans s'attacher au détail de la forme de l'œuvre. Désormais, ce qui compte est la conception générale de l'œuvre¹⁰⁶⁴. Dans cette logique, les modifications apportées à la forme ne sont pas en elles-mêmes condamnables tant qu'elles n'ont pas pour conséquence de transformer l'idée de l'œuvre. Le droit n'avait donc à accorder de protection que si un tiers détournait son œuvre pour lui prêter des idées qui n'étaient pas les siennes. Ainsi, la société *France-Soir* qui, dans le cadre d'une publication consentie par l'auteur, avait cru pouvoir apporter quelques modifications à un livre afin d'en publier des extraits dans un journal, a vu son initiative jugée dénaturante de l'œuvre, non pas tant en raison des transformations apportées à la forme de l'œuvre, mais encore et surtout parce que « le journal avait présenté comme un récit et une compilation de témoignages inédits ce qui était en réalité un essai philosophique et moral. La présentation générale de l'œuvre avait pour conséquence d'aboutir à un contre-sens par rapport à la pensée générale de l'auteur. »¹⁰⁶⁵. Dans ces conditions, les intérêts extrapatrimoniaux de l'auteur se fondent parfaitement dans le moule du droit à la réputation du droit commun¹⁰⁶⁶. Le droit moral aurait comme objet la défense de la réputation, parce que son objet principal est la pensée de l'auteur, et la forme constitue l'accessoire, ne donnant des droits au titulaire que si le fond est altéré. Or, la réputation de l'auteur concerne sa personnalité vue sous l'angle des rapports sociaux. C'est là une variante du droit à l'honneur appliquée au monde de l'art et de la littérature. L'intégrité de l'œuvre n'est prise en compte

¹⁰⁶² Ph. Gaudrat, *La protection des logiciels*, RIDA, avr. 1986, p. 181, à la p. 199.

¹⁰⁶³ B. Edelman, note sous CA Paris 4^e ch. A. 28 juin, 2006, *D.* 2006, p. 2610.

¹⁰⁶⁴ Pour la Cour d'appel de Paris l'œuvre « Paradis » constitue bien une œuvre de l'esprit puisqu'elle « porte l'empreinte de la personnalité de son auteur dès lors qu'elle exprime des choix tant dans la typologie de lettres retenues que dans leur exécution manuelle à la peinture d'or patinée et estampée que sur le choix du lieu de leur inscription, partie intégrante de l'œuvre, mais aussi de la porte, dont la serrure est en forme de choix, et de l'état des murs et des sols qui participent à caractériser l'impression esthétique globale qui se dégage de l'ensemble de cette représentation » (Souligné par nous), CA Paris 4^e ch. A. 28 juin, 2006, *D.* 2006, p. 2610, note B. Edelman.

¹⁰⁶⁵ CA Paris, 10 oct. 1957, *Gaz. Pal.* 1958, I., p. 27, cité par P. Sirinelli, *th. préc.*, pp. 356-357.

¹⁰⁶⁶ D. Le franc, *La renommée en droit privé*, *op. cit.*, n°223, p. 202.

que dans cette optique sociale et le même outrage pourrait tout aussi bien être constitué par une critique infamante ou une parodie dégradante¹⁰⁶⁷. L'affaire *Albert Camus* en est un témoignage¹⁰⁶⁸. Dans cette affaire, un éditeur britannique avait acquis les droits de traduction et de publication en langue anglaise de certaines œuvres d'Albert Camus. Dans le même temps, cet éditeur faisait paraître un ouvrage violemment critique d'un écrivain britannique sur la vie et l'œuvre d'Albert Camus. Les ayants droits de ce dernier demandèrent alors en justice la résiliation de toutes les conventions conclues par le cessionnaire français avec l'éditeur britannique. Le Tribunal de Paris estima que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit qui, à ce titre, jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre, impose à son éditeur, par le seul fait qu'il lui confie son œuvre, l'obligation d'assurer l'intégrité de celle-ci, mais aussi celle de veiller, de bonne foi et « dans un climat de confiance réciproque », à la protection de son patrimoine moral et intellectuel et de l'image qu'il entend voir donner de lui-même, au travers de son œuvre. Que le contrat d'édition, conclu *intuitu personae*, n'interdit certes pas à l'éditeur de publier des œuvres, même sévèrement critiquées, mais implique que l'auteur ou ses ayants droit – dont il a pris en charge *in globo* les intérêts – puisse relever comme un manquement à la bonne foi et, plus généralement, à la loi du contrat, tout comportement propre à ruiner sa crédibilité dans le public. ». Selon les juges, la publication de l'ouvrage « constitue une faute dans l'exécution du contrat ou du sous-contrat d'édition, à raison de l'atteinte grave et quasi-définitive au droit moral d'Albert Camus et de ses ayants droit. ». Le Tribunal de Grande Instance de Paris a donc retenu une conception très large du devoir de respect puisque ce n'est pas une œuvre particulière de Camus qui était atteinte ou mutilée, mais l'ensemble de l'œuvre de celui-ci. Néanmoins, il est remarquable que les juges aient cru bon de recourir au droit moral de l'auteur, alors même que leur solution – la condamnation à des dommages-intérêts – pouvait trouver sa justification dans le devoir de bonne foi de l'article 1134 du Code Civil ou dans la notion d'équité de l'article 1135, c'est-à-dire par simple référence au droit commun des contrats¹⁰⁶⁹.

248. Une approche conforme à la Convention de Berne. Cette approche est conforme à la conception dite « objective » dans lequel l'exercice du droit moral est subordonné à la preuve d'une atteinte à l'honneur et à la réputation de l'œuvre. C'est le système de l'article 6 *bis* de la Convention de Berne. Dans cette approche, il importe de prouver que la violation du

¹⁰⁶⁷ P. Sénéchal, *Origine et dévolution du droit au respect de l'œuvre en droit français*, th. Paris II, 1989, p. 206.

¹⁰⁶⁸ TGI Paris, 1^{er} ch., 15 févr. 1984, *RIDA* 2/ 1984, p. 178 ; *D.* 1984, *I. R.*, p. 291, obs. Cl. Colombet.

¹⁰⁶⁹ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 489, p. 375.

droit moral est perçue par toute personne (ou par tout utilisateur moyen de l'œuvre) puisqu'il faut que l'honneur et la réputation de l'auteur soient entachés. Il en résulte que si un auteur considère être victime d'une violation de son droit moral et que cette dernière n'est pas considérée comme attentatoire à son honneur par le commun des consommateurs, il ne pourra pas se plaindre. C'est ainsi, également, qu'on a admis que l'auteur peut en quelque sorte revendiquer sa non-paternité sur le fondement de l'article L. 121-1 du CPI. Le droit moral serait donc né de la défense de la réputation, parce que le droit a comme objet principal les idées de l'auteur, avant de protéger la forme en tant que telle. C'est ainsi que le Tribunal de Grande Instance de Paris a évoqué le droit moral de l'auteur aux motifs que « la présentation du disque litigieux provoque indiscutablement, dans l'esprit du public, une confusion [...] ; qu'une telle présentation tend nécessairement à accréditer l'idée que Jules Massenet est l'auteur dudit ballet, alors que cette œuvre, si elle a été effectivement réalisée à partir des pages de musique empruntées à Massenet, est un pot pourri orchestré par un adaptateur britannique contemporain et nullement une composition originale due au talent du musicien français, au droit moral duquel la société défenderesse a porté atteinte. »¹⁰⁷⁰.

B. L'instrumentalisation du droit moral

249. Justifier le droit moral par un intérêt public. Dans la logique utilitariste, la protection de l'œuvre doit s'opérer dans l'intérêt du public et non dans l'intérêt de l'auteur, c'est-à-dire l'originalité de son œuvre. Le droit d'auteur est un monopole qui se justifie d'une double manière. D'une part, il prend en compte l'intérêt de l'exploitant qui a assumé un risque pécuniaire en éditant une œuvre, c'est là son aspect économique ; d'autre part, il prend en compte l'intérêt du public puisqu'il garantit une édition fidèle et soignée, c'est là son aspect moral. Mais à la différence de la logique individualiste, ce monopole n'est pas institué au bénéfice de l'auteur : le monopole favorise quiconque le détient, généralement les exploitants ; le respect de l'œuvre n'est exigé, lui, que dans l'intérêt du public, non dans celui

¹⁰⁷⁰ TGI Paris, 23 nov. 1988, obs. B. Edelman, *JCP éd. G.*, 1990, I, 3433, n°8 : « Ainsi, le droit moral d'un auteur peut-il être atteint dès lors qu'on attribue indûment une œuvre qui n'est pas la sienne. Le droit moral protège, ici, une 'paternité négative' si l'on peut dire. » ; V. CA Paris, 13^{ème} ch., 23 mars 1992, *RIDA*, janv. 1993, p. 181 : « L'attribution à Rodin par l'usurpation de son nom d'une œuvre qui n'est pas de lui constitue une atteinte au respect du nom du sculpteur et à l'identité artistique de son œuvre. », cité par S. Carre, *th. préc.*, n°435, p. 332, note 4.

de l'auteur. Le lien qui existe entre le créateur et son ouvrage, concrétisé dans l'originalité de la forme, est alors pratiquement ignoré, seul importe finalement le lien entre l'œuvre et le consommateur, c'est-à-dire le fond qu'elle transmet. Par conséquent, si le respect de l'œuvre existe, ce n'est pas au titre d'un droit qu'aurait l'auteur contre l'exploitant, c'est à titre d'un devoir qui pèse sur l'exploitant envers les consommateurs. Ce devoir, comme nous l'avons vu, est intrinsèque au monopole, il est une des causes de son octroi ; en quelque sorte il en est la contrepartie. Désormais, le droit moral doit se mettre au service de l'intérêt du consommateur, parce que seule compte la fonction économique finale, à défaut de laquelle la fonction initiale de production cesse de prospérer. Or, quand on lie droit moral et intérêt public, le droit moral devient par nature un instrument. Aussi comme le précise le professeur Gaudrat : « le droit moral change complètement de nature et de finalité ; il devient une manifestation du droit de la consommation. »¹⁰⁷¹. Ainsi une partie de la doctrine n'hésite pas à soutenir que le droit de paternité ainsi que le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre « peuvent être considérés comme bénéficiant aux consommateurs, cette dernière participant du même coup de la justification de leur existence »¹⁰⁷². Le droit à la paternité se rattache à l'étiquetage informatif édicté en faveur du consommateur qui doit pouvoir connaître l'origine du produit (l'œuvre), l'attribuant ainsi à tel ou tel auteur. La mention du nom de l'auteur joue, en ce cas, un rôle équivalent à celui de la marque de commerce : instrument au service des concurrents pour distinguer leurs produits ou services¹⁰⁷³.

250. Une logique communautaire. Suivant cette logique, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre contribuerait lui aussi à la protection des consommateurs. Il n'est plus qu'une modalité de la protection du consommateur ou des industriels contre la tromperie. L'analogie avec les signes distinctifs s'impose puisque le droit d'auteur joue, ce faisant, une fois encore, un rôle tout à fait similaire à la marque du commerce, aussi bien dans son rôle informatif que de garantie d'identité d'origine. Dans l'affaire *Phil Collins*, le musicien s'opposait à l'enregistrement et à la diffusion pirate d'un de ses concerts. L'avocat général soulignait qu'un artiste doit contrôler la qualité de ses enregistrements qui peut, si « elle est techniquement mauvaise, porter atteinte à sa réputation ». D'un autre côté, poursuit-il, « ces droits de l'artiste jouent également un rôle dans le domaine de la protection du

¹⁰⁷¹ Ph. Gaudrat, *Théorie général du droit moral*, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, 2001, fasc. 1210, n° 38, p. 24.

¹⁰⁷² S. Carre, *th. préc.*, p. 350.

¹⁰⁷³ V. Nesato, *th. préc.*, n° 748, p. 434 ; CA Toulouse 11 mai 1999, soulignant que « l'indication du nom de l'auteur permet à l'acheteur d'associer un nom à une photographie aux qualités artistiques certaines. », *Com. Comm. électr.*, déc. 1999, p. 17, obs. Ch. Caron.

consommateur. »¹⁰⁷⁴. En effet, en autorisant ou non les enregistrements, l'auteur contrôle en définitive la qualité du produit mis sur le marché, comme en matière de marque¹⁰⁷⁵. Une telle conception du droit moral trouve sa source certainement dans la logique communautaire. En effet, l'article 5 de la Charte Européenne de l'audiovisuel, adoptée à Delphes le 27 septembre 1988, dispose que « le droit moral attaché à la personne de l'auteur protège son nom, sa qualité et son œuvre, que le public a le droit de voir telle qu'elle a été créée. ». Plus précis encore, l'article 12 est ainsi rédigé : « Le public a un droit spécifique distinct de celui de l'auteur et qui le renforce, de recevoir les œuvres dans leur intégrité, notamment sans interruption publicitaire »¹⁰⁷⁶. Cette attention est ainsi renouvelée par les autorités dans la Communication sur le suivi du livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information du 20 novembre 1996 lorsqu'elle précise que le droit moral de l'auteur, tel qu'il sera harmonisé à l'échelle communautaire, ne sera pas entièrement centré sur la personne de l'auteur puisqu'il devra servir aussi les intérêts des consommateurs¹⁰⁷⁷.

251. Une justification dangereuse. La référence à l'intérêt du consommateur à connaître l'œuvre telle qu'elle a été pensée par l'auteur est souvent mise en avant pour justifier le droit moral¹⁰⁷⁸. Or une telle justification présente un double danger. D'abord, si un auteur considère être victime d'une violation de son droit moral et que cette dernière n'est pas perçue par le commun des consommateurs, il ne pourra pas se plaindre¹⁰⁷⁹. De même, si l'étendue du public touché par l'exploitation de l'œuvre lésée n'a pas de conséquences possible sur la vie professionnelle de l'auteur (sa réputation), l'auteur n' a pas à se plaindre¹⁰⁸⁰. Ainsi, une modification apportée à l'œuvre, sans le consentement de l'auteur pourrait être justifiée sous prétexte qu'elle n'encourt pas les foudres de la critique ou qu'elle est plébiscitée par le public. Or l'appréciation de l'atteinte au droit moral ne peut pas s'apprécier à l'aune des intérêts du public parce que ce traitement ne se révèle pas compatible avec l'esprit individualiste du droit d'auteur français. Il apparaît au contraire en conformité avec le système de l'article 6 bis de la

¹⁰⁷⁴ (*aff. Phil Collins*). CJCE, 20 oct. 1993, RIDA janv. 1994, p. 304.

¹⁰⁷⁵ Ch. Caron, *ibid.*

¹⁰⁷⁶ *Nouv. Bull. de la SACD*, n° 104, janv. 1989.

¹⁰⁷⁷ *Commission sur le suivi du livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* 15 nov. 1996, Com. 1996, 586/3, p. 27.

¹⁰⁷⁸ Ch. Caron, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 264, p. 202 et s. ; du même auteur, note sous CE, ord. réf., 13 nov. 2001, *Com. comm. électr.*, févr. 2002, p. 21, à la p. 22 : « Il est d'ailleurs piquant de constater que l'intérêt public, loin de toujours s'opposer au droit d'auteur, peut parfois sauvegarder les intérêts de l'auteur, ce qui avait été souligné par une doctrine ancienne, un peu trop oubliée de nos jours. » ; S. Carre, *th. préc.*, n° 480, p. 365 : « Pourquoi, dès lors, négliger cet intérêt collectif dont la protection est de nature à renforcer la légitimité du droit au respect ? Ce serait méconnaître la finalité sociale du droit d'auteur. ».

¹⁰⁷⁹ Ch. Caron, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 245, p. 191.

¹⁰⁸⁰ A. Dietz, *Le droit moral de l'auteur, op. cit.*, n° 61, p. 52.

Convention de Berne qui s'impose et qui constitue le « *minimum minimorum* »¹⁰⁸¹. Dans cette optique, le droit moral n'est violé que lorsque le public (soit tout utilisateur moyen de l'œuvre) considère que la réputation et la dignité de l'auteur ont été méconnues¹⁰⁸². Ensuite, si l'on pense dans cette logique consumériste, l'objet de la protection n'est plus une création, reflet de la personnalité de l'auteur, mais plutôt une valeur économique attachée à un produit culturel¹⁰⁸³. Ainsi, lorsque l'intérêt du consommateur, ou tout autre intérêt public motive le respect des œuvres, celui-ci peut tout autant en exiger l'altération¹⁰⁸⁴. C'est dans cet esprit que la jurisprudence dans deux affaires différentes a pu juger que le droit moral devrait céder devant les exigences de l'intérêt public. La première, portée devant la Cour de cassation, est l'affaire *Microfor*. La Haute Juridiction se montra très restrictive à l'égard du droit moral. En effet, le journal *Le monde* n'invoquait pas seulement une reproduction non autorisée de ses articles, mais aussi une atteinte à son droit au respect. La cour nota qu'aucune atteinte n'était portée à ce droit, car « aucune erreur n'avait été relevée dans les citations », et qu'un « index était, par nature, exclusif d'un exposé complet du contenu de l'œuvre. » Ce faisant, la Cour de cassation refusait d'envisager qu'une atteinte ait pu être portée à l'œuvre parce qu'une telle altération est justifiée par un intérêt public à ce que l'information soit correctement transmise¹⁰⁸⁵. Le deuxième exemple est l'affaire *Huston*. La Cour d'appel de Paris nota « qu'un autre contrepoids au droit moral réside dans la nécessité de garantir au public l'accès aux progrès accomplis dans la communication audiovisuelle, La 5 soulignant à juste titre que la grande majorité des téléspectateurs se détournant des films anciens tournés en noir et blanc, seule la colorisation pourra les amener à prendre connaissance de ces œuvres que beaucoup ignorent présentement ; ... »¹⁰⁸⁶. Dans cette logique, c'est l'œuvre au service du consommateur, et non le créateur, qui est digne de protection¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸¹ Ph. Gaudrat, *Théorie générale du droit moral*, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1210, n° 39, p. 25.

¹⁰⁸² Ch. Caron, note sous CA Paris, 4^e ch., 28 juin 2000, *Com. comm. électr.* nov. 2000, p. 15.

¹⁰⁸³ A. Françon, *La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur*, RIDA, janv. 1980, p. 3.

¹⁰⁸⁴ Comme l'affirme Desbois, *op. cit.*, n° 449, p. 488-489 : « Une telle explication exercerait une répercussion immédiate sur la structure et la fonction du droit au respect : si l'économie des droits d'auteur était aménagée dans l'intérêt de la collectivité, dans une perspective sociale, toute altération ne serait pas condamnable, car plus d'une retouche, à laquelle l'auteur prétend s'opposer, a pour un esprit impartial un effet bienfaisant et améliore la qualité de l'œuvre. ».

¹⁰⁸⁵ Affaire *Microfor*, Cass. Ass. plén., 30 oct. 1987, RIDA, 1988, janv., p. 78, concl. J. Cabannes.

¹⁰⁸⁶ CA Paris, 4^e ch. B., 6 juil. 1989, D. 1990, *jurispr.* p. 152, note B. Audit.

¹⁰⁸⁷ V. G. Bonet, note sous TPI du 10 juil. 1991 (*aff. Magill*), RTDE 1993, p. 525 à la p. 532 : « Le créateur ne mérite pas d'être protégé sans limite ; pour autant l'intérêt du consommateur, surtout entendu au premier degré, ne peut systématiquement l'emporter : la création finirait par en souffrir, ce qui nuirait finalement de façon plus grave encore à l'intérêt du consommateur considéré à plus long terme. ».

Section 2) Critique de la structure éclatée du droit moral

252. Plan. Que veulent les opposants au droit moral ? Purement et simplement sa suppression. Mais alors, il faut aller au bout de leur logique¹⁰⁸⁸. Ainsi, les prérogatives morales de l'auteur sont envisagées comme des obligations contractuelles de l'exploitant, auxquelles l'auteur peut renoncer (§1.). D'ailleurs, cette doctrine n'a rien apporté de nouveau, du moins en ce qui concerne la protection de l'intégrité des œuvres : il y a là une classique construction contractuelle que la doctrine du XIX^{ème} a utilisée pour protéger le droit moral. La propriété de l'œuvre est cédée et, eu égard à la nature particulière de ce meuble, l'exploitant est censé avoir endossé l'obligation implicite de ne pas la modifier, sauf convention contraire¹⁰⁸⁹. Mais cette doctrine considère le droit moral comme extérieur au droit d'auteur, c'est le droit général de la personnalité qui le complète en quelque sorte, mais qui reste du domaine du droit commun¹⁰⁹⁰. L'article 1382 du Code civil français, qui est utilisé par la jurisprudence française en la matière, avec exigence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité, se rapproche de cette construction qui peut en outre être comparée à celle des pays anglo-saxons où le *copyright* ne concerne que les droits pécuniaires de l'auteur, sous forme de monopole, ses intérêts moraux étant laissés à la charge du droit commun de la responsabilité. La question est de savoir quelle est la nature juridique de ces « droits moraux » s'agit-il, à proprement parler, des droits subjectifs, ou plutôt des intérêts légitimes protégés par l'action générale de l'article 1382 du Code civil (§2.).

§1. Le droit moral : droit inaliénable ?

253. Remise en cause du principe d'inaliénabilité par la doctrine utilitariste. Le droit moral échappe *a priori* aux contrats d'exploitation ainsi délimités puisqu'il est inaliénable (art. L. 121-1 du CPI), ce qui signifie qu'il ne peut pas faire l'objet d'une cession ou d'une

¹⁰⁸⁸ J. Matthyssens, *Le droit moral contre les faux-monnayeurs du génie*, RIDA, oct. 1980, p. 3, à la p. 7.

¹⁰⁸⁹ P. Sénéchal, *th. préc.*, p. 229.

¹⁰⁹⁰ V. L. Pfister, *th. préc.* P. 803 « [...] l'article 1382 du Code civil avait fourni la base légale d'un grand nombre de jugements et d'arrêts au cours du XIX^e siècle, cela n'est plus aussi le cas à partir de la fin du siècle. ».

renonciation. Il n'est toutefois pas sûr que cette situation se maintienne à l'identique sous une conception éclatée du droit moral. Cette conception, moins triomphante, du droit moral – lequel serait un accessoire du droit pécuniaire – apparaîtrait moins insensible à l'effet des contrats d'exploitation. Le droit moral, dans cette perspective, doit faire l'objet d'un « exercice équilibré » avec les intérêts de l'exploitant, de sorte qu'il faut parfois prendre en compte les dispositions contractuelles qui participent à cet équilibre, et par là aménagent, directement ou indirectement, le droit moral¹⁰⁹¹.

A. L'aliénation du droit de divulgation.

254. L'épuisement du droit de divulgation, une aliénation ? Selon M. Koumantos, la notion d'aliénation est une notion générique comprenant le transfert, la renonciation et l'abandon. Ces trois notions sont proches de celles d'épuisement et de limitation contractuelle¹⁰⁹². L'aliénation comprend tout acte ou fait juridique qui a comme conséquence pour le titulaire d'un droit la perte de celui-ci. Si le droit en question est perdu pour le titulaire parce que celui-ci a voulu qu'il soit acquis par un autre, il s'agit d'un transfert. Mais il se peut que le droit soit perdu pour le titulaire sans pour autant qu'il soit acquis par un autre, soit parce que le titulaire s'engage à ne pas l'exercer envers son cocontractant (ou envers un tiers), soit parce qu'il déclare ne plus se considérer comme titulaire. C'est le cas de l'épuisement du droit de divulgation : l'auteur perd ce droit dès que l'œuvre est légalement divulguée. Cet épuisement ne diffère pas essentiellement d'une limitation contractuelle comme il ne diffère pas d'une renonciation : en autorisant une divulgation, l'auteur renonce à son droit de s'y opposer ou il le soumet à une limitation contractuelle. Quoi qu'il en soit, le droit en question n'existe plus, il est aliéné¹⁰⁹³.

255. La conception moniste utilitariste du droit d'auteur. Il faut signaler que le droit moral unitaire a subi des critiques sévères depuis quelques décennies. D'abord il faut noter la

¹⁰⁹¹ J.-L. Goutal, *Le droit moral et les contrats d'exploitation des oeuvres*, in *Autonomie de la volonté et contrats de propriété intellectuelle*, sous la dir. De M.-Ch. Piatti, *Les Cahiers Juridiques du Sud-est*, 1997, p. 103.

¹⁰⁹² G. Koumantos, *Faut-il avoir peur du droit moral ? RIDA*, avril 1999, p. 87.

¹⁰⁹³ G. Koumantos, *op. cit.* p. 93 ; dans le même sens ; P. Sirinelli, *th. préc.*, pp. 253 et s. « Il nous faut donc conclure – hors l'hypothèse de cette dernière observation [l'épuisement du droit de divulgation] – que le droit de divulgation ne peut en aucun cas faire l'objet de convention translatrice ou renonciative. ».

critique d'un expert suisse, Troller, qui a exprimé, à plusieurs reprises, l'idée que le droit moral, conçu comme un élément d'un « droit général de la personnalité » inaliénable, est étranger à l'essence du droit d'auteur et qu'une « propriété littéraire et artistique », générale et unitaire, où l'on ne distingue pas entre des éléments patrimoniaux et personnels, constitue, selon lui, la meilleure solution pour l'avenir¹⁰⁹⁴. Ces idées ont trouvé un certain écho en France. Ainsi, selon le professeur Raynard, le droit d'auteur aurait une nature non pas dualiste, mais unitaire, parce que le droit moral ne serait pas un droit de la personnalité mais un accessoire du droit pécuniaire, dont il limiterait l'exercice par l'exploitant, et auquel il emprunterait sa nature patrimoniale¹⁰⁹⁵. Et puisque le droit moral est éclaté en plusieurs droits moraux, ceux-ci ne suivent pas le même régime, donc le principe de l'inaliénabilité du droit moral embrasse avec une intensité variable les différents droits moraux de l'auteur¹⁰⁹⁶. Dans ces conditions, ce principe, qui n'est affirmé par la loi (art. L. 121-1 du CPI) qu'à propos du droit au respect, ne serait pas applicables aux autres droits moraux. Ainsi, le droit de

¹⁰⁹⁴ A. Troller, *Réflexion sur l'« Urheberpersönlichkeitstrecht »*, *Le Droit d'Auteur*, 1960, p. 309 ; Pour un exposé de cette doctrine V. S. Strömholm, *op. cit.*, p. 482 et s.

¹⁰⁹⁵ La critique du principe de l'inaliénabilité du droit moral est encore plus marquée chez les auteurs qui se déclarent favorables à une conception « moniste » des droits d'auteur. Ainsi Recht considère « que le droit moral isolé est irréel, que les prérogatives que comporte la propriété de l'œuvre sont indissolublement pécuniaires et morales à la fois, qu'elles sont toujours cédées ensemble, en tout ou en partie, sans qu'on puisse les séparer. » Cet auteur relève, par ailleurs, que dans certains droits étrangers, une convention abdicative expresse du droit moral n'est pas interdite et que la Conférence de Bruxelles de 1948 a rejeté la proposition française d'inaliénabilité du droit moral. Cet auteur est cependant obligé d'admettre que la loi française a proclamé « d'une façon 'déclamatoire et péremptoire' » estime-t-il l'inaliénabilité du droit moral. P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 284.

¹⁰⁹⁶ Le Doyen Strömholm considère que le droit de divulgation, pour des raisons qu'il qualifie d'excellentes, ne partage pas l'inaliénabilité des droits énumérés dans l'article L. 121-1. Si le législateur, dit-il, avait introduit un droit de divulgation inaliénable, c'en aurait été fait de l'adage *pacta sunt servanda* en matière de propriété littéraire et artistique. Il est vrai que le droit de décider si l'œuvre sera communiquée au public présente, par rapport aux droits patrimoniaux, des traits distinctifs, « notamment en ce qui concerne la transmission *mortis causa*, mais, d'autre part, il est certain que ce droit peut faire l'objet de contrats » S. Strömholm, *Le droit moral des auteurs d'une œuvre cinématographique selon la loi française du 11 mars 1957*, *Le Droit d'Auteur*, 1964, p. 132 à la p. 135. ; Dans le même sens D. Bécourt, *Droit d'auteur et droit du travail*, JCP 1988, I, *Doctr.*, 3364, qui rappelle « l'intérêt de s'attacher à la délicate conciliation entre le respect du droit moral et le lien qui unit le salarié à son employeur. Ce droit au respect de l'œuvre étant inaliénable et imprescriptible, s'agissant de sa paternité et de son intégrité. Droit de divulgation et droit de retrait en revanche paraissent pouvoir se rattacher aux conditions de cession des droits d'exploitation. » ; A. Lucas-Schloëtter, *op. cit.*, n° 500, p. 381 ; *Contra* B. Parisot, *L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique*, D. 1972, *chron.*, p. 71 : « Concernant les solutions de la jurisprudence, la loi de 1957 a proclamé l'inaliénabilité du droit moral, à propos du droit au respect du nom, de la qualité et de l'œuvre, dans son article 6 al. 3 'Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible'. Or, la loi n'ayant traité du droit moral qu'à travers ses divers éléments, la règle, bien évidemment, doit être étendue aux autres attributs du droit moral : droit de divulgation et droit au repentir. » ; Adde A. Françon, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, D. 1976, *chron.*, p. 55, à la p. 56 : « Certes les textes qui consacrent les autres prérogatives du droit moral, c'est-à-dire l'art. 19 sur le droit de divulgation et l'art. 32 sur le droit de retrait ou de repentir ne consacrent pas formellement la même solution. Cependant, en dépit de leur silence sur ce point, tout le monde admet que la solution qui figure à l'art. 6 a en réalité une portée tout à fait générale, en ce sens qu'elle vaut pour toutes les prérogatives du droit moral et non pas seulement pour celles visées par l'art. 6. La nature éminemment personnelle du droit moral commande en effet cette solution. »

divulgarion épuisable pourrait dans certains cas faire l'objet de renonciation ou de limitation¹⁰⁹⁷.

256. Application jurisprudentielle. Si l'on doit admettre que le droit de divulgation peut être aliéné il semble inutile de s'attarder sur les limitations ou les renonciations contractuelles. Dans une décision du Tribunal de commerce de Lyon, il a été jugé que l'auteur ne pouvait pas invoquer son droit de divulgation parce qu'il a renoncé, implicitement, à celui-ci. Dans cette affaire une personne morale a passé commande d'une statue édiflée sur une place urbaine. La statue, en tant qu'objet matériel, fait partie de l'actif de cette personne morale. Mais cette société doit être placée en redressement judiciaire. La cession et le déplacement de la statue sont autorisés par ordonnance du juge commissaire du redressement judiciaire. César Baldaccini, auteur de l'œuvre, s'oppose au déplacement en invoquant, entre autres, le droit de divulgation. Le tribunal rejette la demande de l'auteur au motif que « la divulgation a été largement réalisée depuis plusieurs années, suivant les désirs de M. Cesar Baldaccini exprimés dans la convention le liant à la société Slyci. Attendu que, surtout, cette convention dûment signée par M. César Baldaccini prévoit que la divulgation, soit la présentation au public de la statue, s'effectuera place Tolozan, mais ne stipule aucunement que ladite statue ne pourra être déplacée »¹⁰⁹⁸. A ce stade, il est possible d'analyser la situation de la façon suivante : en cédant la propriété de son œuvre à un tiers, l'auteur s'en est totalement détaché, c'est-à-dire qu'il n'a plus aucun droit sur elle. En revanche, il peut être titulaire d'un droit personnel vis-à-vis du cessionnaire dans la mesure où ce dernier a contracté explicitement une obligation de ne pas faire, à savoir celle de ne pas déplacer l'œuvre¹⁰⁹⁹. En l'absence d'une stipulation contractuelle, le tribunal ne trouve aucun fondement au droit de divulgation : il est implicitement aliéné.

257. L'aliénation du droit de fixer les conditions de l'exploitation. Un point de vue mérite d'être signalé, à propos de l'aliénation du droit de divulgation, c'est celui du doyen Sirinelli qui affirme quant à lui l'intransmissibilité entre vifs du droit de divulgation, mais considère que le droit de fixer les conditions de l'exploitation a une nature différente de celle

¹⁰⁹⁷ J. Raynard, *th. préc.*, n° 309, p. 279 et s.

¹⁰⁹⁸ Trib. com. Lyon, 24 avr. 1997, *RIDA*, juil. 1997, p. 373.

¹⁰⁹⁹ V. E. Silz, *Notion juridique de droit moral de l'auteur, son fondement – ses limites*, *RTD civ.* 1933, p. 382 qui réfute cette méthode en arguant du fait que le recours à une présomption de volonté est trop hasardeux et que de toute façon son étendue est insuffisante ; dans le même sens E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude de l'individualisme juridique*, th. Paris, 1912, qui dénonce l'artifice de la méthode consistant à se référer à une volonté présumée des parties.

du droit moral de divulgation. Pour lui c'est un « droit patrimonial à caractère personnel » et non un droit extrapatrimonial. Donc, le droit moral n'est plus en cause, il est loisible à un auteur de laisser une certaine liberté à son cocontractant dans l'aménagement des modes d'exploitation expressément cédés par l'auteur¹¹⁰⁰. C'est là une catégorie de droits (droit patrimonial à caractère personnel) qui ne figure pas dans le CPI. On arrive, cependant, au même résultat : nous avons le droit de divulgation, qui est épuisable, et le « droit patrimonial à caractère personnel » qui est aliénable. L'auteur devant l'exploitant est complètement désarmé.

B. L'aliénation du droit au respect

258. Présentation. On pourrait dire que la question de l'aliénation du droit au respect est inutile puisque tout le monde admet l'inaliénabilité du droit moral¹¹⁰¹. Or, selon le Doyen Strömholm, cela ne suffit pas¹¹⁰². Pour l'éminent spécialiste, le problème réel qui se cache derrière la question de l'inaliénabilité du droit moral est surtout celui de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure et sous quelles réserves l'auteur est lié aux renonciations, faites par avance, par contrat, à sa liberté d'invoquer les règles qui protègent ses intérêts moraux¹¹⁰³.

259. Le fondement du principe. Le législateur, en 1957, n'a pas créé le principe selon lequel l'auteur ne peut pas renoncer à son droit au respect, il s'est contenté de le réaffirmer

¹¹⁰⁰ P. Sirinelli, *th. préc.*, pp. 252.

¹¹⁰¹ V. S. Strömholm, *op. cit.* t. II, vol. 1, p. 64 : « Affirmer p.ex., que le droit au respect est incessible, c'est aussi inutile que d'affirmer que l'état civil d'une personne n'entre pas dans le commerce. » ; V. cpdt G. Michaélidès-Nouaros, *La question de l'inaliénabilité du droit moral de l'auteur en Droit Comparé*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 1953, p. 239 : « La question de savoir si le droit moral de l'auteur est aliénable entre vifs est une question très débattue pour plusieurs raisons d'ordre théoriques et pratiques dont les principes sont à notre sens les suivantes : 1°. Le fait que la question de la nature même du droit d'auteur n'a pas encore été résolue d'une façon unanime. Les divergences profondes qui règnent sur la construction théorique du droit d'auteur sont un obstacle sérieux pour la solution des questions concernant la notion du 'droit moral' et ses rapports au droit pécuniaires, les caractères du droit moral et ses limites. 2° Le fait que la question de l'aliénabilité ou de la possibilité d'une renonciation aux droits de la personnalité n'est pas, non plus, suffisamment élucidée. Il en résulte des difficultés considérables pour tous ceux qui attribuent au 'droit moral' les caractères d'un 'droit de la personnalité' ».

¹¹⁰² S. Strömholm, *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁰³ *Ibid.*

pour lui donner plus de poids. C'est dans la lignée de la jurisprudence¹¹⁰⁴ antérieure à la loi de 1957 que se situent les commentaires de doctrine et les arrêts de jurisprudence affirmant que les contrats par lesquels un auteur renonçait purement et simplement à son droit au respect devaient être considérés comme contraires à l'ordre public¹¹⁰⁵. Certains commentateurs vont même plus loin et estiment que toute convention tendant à restreindre le droit au respect de l'auteur doit être considérée comme illicite¹¹⁰⁶. Le droit positif est donc unanime à consacrer ce principe, mais on peut se demander quel est le fondement de ce principe. En effet, différents fondements sont envisageables. D'abord, la proclamation de l'inaliénabilité du droit moral constitue la consécration logique de la reconnaissance du lien affectif qui lie l'auteur à son œuvre. L'inaliénabilité du droit moral vise ainsi à préserver le lien indissoluble qui attache l'auteur à sa création¹¹⁰⁷. Ce principe marque le caractère unique et indestructible de la relation existant entre l'auteur et son œuvre¹¹⁰⁸. Ensuite, l'inaliénabilité du droit au respect s'inscrirait dans un mouvement plus large que la protection du droit d'auteur, celui de la protection du plus faible contre le plus fort¹¹⁰⁹. C'est parce que l'auteur est dans une situation de faiblesse présumée, face à l'exploitant de l'œuvre que le législateur le protège contre lui-même, ce que Ripert a souligné comme constituant une limitation à la liberté de contrat : « La protection générale et abstraite de certains contractants n'a, quoi qu'on en dise, aucun rapport avec le respect de la volonté telle que le Code civil le concevait. Il s'agit tout simplement de protéger une catégorie spéciale de personnes contre la force des autres »¹¹¹⁰. On a même pu voir dans l'inaliénabilité du droit moral « une règle morale qui est peut-être la pierre angulaire de notre civilisation : l'égalité métaphysique de toutes les personnes humaines. »¹¹¹¹. Il s'agit

¹¹⁰⁴ Trib. civ. Seine, 6 avr. 1949, *Gaz. Pal.* 1949, 1, p. 249, concl. Gégout ; *JCP* 1950, II, 5462, note R. Plaisant et H. Coste ; V. aussi, Trib. civ. Seine, 26 jull. 1933, *DH* 1933, p. 533 cités par B. Parisot, *L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique*, op. cit. n° 2, ainsi que TGI Seine, 27 mai 1959, *RIDA* 1959, XXIV, p. 149 (*aff. Mistinguett*, qui ne donnait pas prise à la loi de 1957) : le tribunal posait en principe que « toute personne à qui la qualité d'auteur d'un livre est reconnue a le droit d'exiger le respect de son œuvre, et ne peut consentir par avance à toute déformation ou mutilation qu'il plaira, à son cocontractant d'y apporter » ; en conséquence, il annulait un contrat par lequel les cessionnaires des droits d'une autobiographie de Mistinguett s'étaient réservés, en vue d'une adaptation cinématographique, la faculté de « modifier, changer, ajouter, biffer, remplacer ou altérer l'ouvrage de la façon qu'ils estimaient nécessaire ».

¹¹⁰⁵ D. Giocanti, *Le droit au respect de l'auteur en droit français*, th. Paris II, 1989, pp. 152-153.

¹¹⁰⁶ A. Décoq, *Essai d'une théorie générale des droits de la personnalité*, Paris LGDJ, 1960, n° 190, p. 125.

¹¹⁰⁷ G. Michaélidès-Nouaros, op. cit., p. 244 : « [...] le droit moral comme inaliénable non pas parce qu'il est un droit de la personnalité mais parce que le rapport (le lien) entre l'auteur et son œuvre est indestructible, insupprimable. »

¹¹⁰⁸ J. de Werra, op. cit., p. 174.

¹¹⁰⁹ V. Dans ce sens P.-Y. Gautier, op. cit., n° 22, pour l'éminent spécialiste, le CPI est favorable à l'auteur : non seulement en consacrant ses droits, mais aussi en établissant des règles qui lui sont protectrices, notamment dans le domaine contractuel. Le législateur agit donc de la même façon qu'à l'égard des autres personnes faibles qui sont le salarié, le consommateur, ... etc.

¹¹¹⁰ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1951, n°16, p. 43.

¹¹¹¹ A. Decoq, op. cit., n° 193, p. 127 et n° 199, p. 131.

ici donc d'une approche protectrice de la volonté de l'auteur au sens du Code civil¹¹¹², c'est-à-dire une volonté libre qu'il importe de protéger¹¹¹³. Ripert nous enseigne que si l'on estime important de protéger l'auteur contre une renonciation à son droit au respect, c'est que l'auteur se trouve parfois, du fait même de sa situation de créateur, dans une position de faiblesse. Peu importe d'ailleurs que cette faiblesse soit d'ordre social ou psychologique. Peu importe en effet que l'auteur ait été amené à renoncer à son droit à la suite d'une pression de son éditeur ou parce qu'il n'a pas su percevoir les dangers cachés dans les subtilités des clauses d'un contrat. Il s'agit donc de préserver la volonté de l'auteur contre toutes les pressions d'autrui, contre « la force des autres », comme disait Ripert, et aussi contre l'auteur lui-même, avec ses erreurs ou son imprévoyance¹¹¹⁴. C'est une application de la célèbre formule de Lacordaire : « C'est la liberté qui opprime et la loi qui libère »¹¹¹⁵.

260. La mise en cause du fondement par la protection de la réputation. Ces fondements sont mis en cause par les tenants de la conception éclatée du droit moral. D'abord, l'originalité est perçue d'une façon objective et ne reflète pas l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Ensuite, ce qu'il importe de protéger par le biais du principe de l'inaliénabilité c'est la volonté de l'auteur, sa sphère de liberté en tant que créateur. Or, toute référence à la

¹¹¹² La renonciation au droit au respect a pour conséquence directe de transférer au cessionnaire le droit d'adapter l'œuvre à sa guise, mais le visa de l'article 1174 du Code civil indique qu'il n'est pas admissible que, dans un contrat, les modifications susceptibles d'être apportées à une œuvre soient entièrement subordonnées au pouvoir de l'exploitant. Dans ce sens V. Cass.1^{er} civ., 28 janv. 2003 *aff. Barbelivien* : « Vu l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, ensemble l'article 1174 du Code civil ; Attendu que l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder ; », *D.* 2003, p. 559, note J. Daleau ; *Com. Com. électr.*, mars 2003, p. 17, note Ch. Caron.

¹¹¹³ Dans ce sens V. F. Génys, note sous CA Paris, 20 nov. 1935, *S.* 2^{ème} partie, p. 169 : « Et si l'on a pu soutenir en théorie l'inaliénabilité du droit moral attaché indissolublement à la personne de l'auteur et de l'artiste ce ne peut être qu'en envisageant un dépouillement consenti à l'œuvre dans des conditions qui en altérassent la pleine liberté. Mais du moment que le droit moral a pour fondement essentiel la pensée et la volonté de l'auteur, représentant sa personnalité même, il ne saurait être douteux qu'un acte décisif de cet auteur, exprimant, en toute sincérité et liberté, sa pensée et sa volonté essentiellement mouvantes, entraîne, de sa part, application valable ou plutôt même usage nouveau de son droit moral, dont la validité doit être incontestablement reconnue. »

¹¹¹⁴ *Contra* A. Puttemans, *Les auteurs sont-ils responsables de leurs actes ? (ou : du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre face aux contrats et aux exigences actuelles du commerce et de la technique)*, in *Les journées du droit d'auteur*, Bruxelles, 1989, p. 303 à la p. 338 : « Il est à présent permis d'affirmer que ce n'est pas en déclarant absolu et inaliénable le droit au respect que l'on évitera les dérives, formes d'atteintes, de plus en plus fréquentes, portées aux œuvres, mais bien plutôt en offrant à l'auteur la possibilité d'user pleinement de son droit, donc en cessant définitivement de le considérer comme un mineur sous tutelle », cité par J. de Werra, *op. cit.*, n° 155, p. 184 ; dans le même sens, P. Recht, *op. cit.*, p. 291, qui doute également qu'il faille « toujours considérer les auteurs comme des enfants de la maternelle ».

¹¹¹⁵ J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français*, *op. cit.*, p. 335 qui souligne que « La doctrine part de ce principe que la personnalité intellectuelle de l'auteur doit être respectée, que toute atteinte à sa personnalité, qu'elle émane de l'éditeur, c'est-à-dire d'un individu lié par contrat, ou d'un tiers, doit être réprimée. Elle rattache cette protection au principe général de la défense de la liberté individuelle et voit, dans cette notion le fondement de l'action qui sanctionne le droit moral de l'auteur. »

volonté de l'auteur est exclue puisque c'est la réputation que le droit au respect protège dans une structure éclatée du droit moral. Plus précisément, soutenir que le droit au respect a pour objet la protection de la réputation revient à se placer à l'extérieur de la création, parmi le public, et considérer que l'atteinte à l'œuvre n'est répréhensible que pour l'atteinte à la réputation de l'auteur aux yeux des tiers, ce qui exclut la volonté de l'auteur de la protection du droit moral. *La réputation de l'individu s'apprécie toujours dans l'opinion publique et non selon sa volonté.* Tandis que dans une optique de protection de la création, qui est l'expression de la volonté libre de l'auteur, le caractère de l'atteinte doit s'apprécier en fonction de la volonté de l'auteur et plus précisément de sa volonté libre, un critère subjectif¹¹¹⁶.

261. L'exemple de l'affaire Barbelivien. Quand la défense des intérêts moraux de l'auteur relève de l'honneur ou de la réputation, ce sont plus les intérêts sociaux qui sont pris en compte que l'intérêt individuel de l'auteur. La volonté de l'auteur est exclue, mettant, ainsi, en cause le fondement de l'inaliénabilité du droit moral. L'article L. 121-1 alinéa 2 devient, dès lors, vide de sens¹¹¹⁷. L'affaire *Barbelivien* démontre bien cette relation trouble existant entre l'inaliénabilité du droit moral et la réputation de l'auteur. Barbelivien, qui est un parolier de chansons à succès, écrit avec un compositeur non moins populaire la chanson *On va s'aimer*. Les coauteurs cèdent à un éditeur de musique le droit « d'exploiter directement et/ou autoriser des tiers à utiliser l'œuvre dans son intégralité ou en partie (paroles et musique ensemble ou séparément) comme thème dominant – ou secondaire – de la musique de fond de films ou de toute représentation théâtrale, représentation à la radio ou à la télévision (même à des fins publicitaires), même s'il n'est pas spécifiquement mentionné dans les présentes. ». Le contrat prévoit en outre que le « cessionnaire sera en droit d'effectuer ou de faire effectuer par des tiers des ajouts à la partition musicale pour les exploitations décrites [ci-dessus] d'autres paroles différentes des paroles originales ou constituant une parodie de celle-ci »¹¹¹⁸. En 1997, la chaîne de restaurant *Flunch* faisait diffuser un spot publicitaire illustré musicalement par cette chanson avec l'autorisation de l'éditeur. Si la mélodie du tube *On va s'aimer* est inchangée, les paroles s'en trouvent moins romantiques, déclenchant le courroux des auteurs. Ceux-ci saisirent le TGI de Paris prétendant que l'usage publicitaire de leur œuvre et la modification de ses paroles portaient atteinte au droit au respect de celle-ci, sur le fondement

¹¹¹⁶ D. Giocanti, *th. préc.*, p. 155.

¹¹¹⁷ V. A. Berenboom, *op. cit.*, n°109, p. 191: « si le droit moral est inaliénable, il n'est pas 'incessible'. Cette nuance sémantique signifie que l'auteur ne peut aliéner définitivement la propriété de son droit moral. Mais il peut la concéder, renoncer à l'exercer. La renonciation au droit moral est admise, mais dans une certaine limite : 'La renonciation globale à l'exercice futur de ce droit est nulle' (art. 1^{er}, §12, al. 2 [de la loi belge]) ».

¹¹¹⁸ CA Paris, 4^e ch., 28 juin 2000, *Com. Comm. électr.*, nov. 2000, p. 15, note Ch. Caron.

de l'article L. 121-1 du CPI. Par jugement du 3 septembre 1997, le tribunal de Paris les déboutait de leurs demandes, retenant que les droits d'utilisation publicitaire de l'œuvre avaient été régulièrement transmis et que l'exploitation qui en était faite était conforme aux conditions définies par les deux auteurs dans leur contrat du 1^{er} octobre 1983. MM. Barbelivien et Montagné interjetèrent appel de cette décision, arguant pour l'essentiel de l'absence d'autorisation préalable et du caractère inaliénable du droit au respect de l'œuvre. La question était donc de savoir si l'auteur est toujours libre de revenir, unilatéralement et pour l'avenir, sur la renonciation qu'il aurait consentie à son droit au respect. Si le droit moral du respect était inaliénable la réponse serait positive¹¹¹⁹. Or, la réponse de la Cour d'appel de Paris fut négative et la demande de l'auteur fut rejetée au motif que l'utilisation publicitaire « ne comporte aucune modalité constituant une offense pour la dignité de l'auteur à défaut notamment d'utilisation illicite, immorale ou susceptible de porter atteinte aux convictions politiques, philosophiques, religieuses ou autres des auteurs »¹¹²⁰. Il est possible de reconnaître, sans grande peine, la formule que contient l'article 6 *bis* de la Convention de Berne qui se réfère à « l'honneur et la réputation » de l'auteur. Dans cette optique, le droit moral n'est violé que lorsque le public s'aperçoit que la réputation et la dignité de l'auteur ont été méconnues, la volonté de l'auteur est donc totalement exclue, le principe d'inaliénabilité n'a, par conséquent, plus aucune raison d'être¹¹²¹.

262. La quasi-aliénation du droit au respect. De plus, la relativisation du droit moral à l'intégrité a comme conséquence la possibilité générale d'une « quasi-aliénation »¹¹²². A ce titre le professeur Koumantos nous donne l'exemple d'un contrat dans lequel les parties stipulaient une simple mention précisant que l'auteur n'est pas responsable de la modification

¹¹¹⁹ V. cpdt A. Dietz, *Le droit moral de l'auteur (droit civil) Rapport général*, in *Actes du Congrès d'Anvers de l'ALAI*, 1993, n° 50, p. 47 : « Le rapport français, dans ce contexte, note à juste titre que la question de savoir si une renonciation a priori est permise ou non ne doit pas être confondue avec la question de savoir comment l'auteur réagit à des modifications ultérieures de son œuvre apportées par des tiers, quand il peut décider en connaissance de cause. Etant donné que l'auteur est le seul juge du caractère critiquable de la modification apportée à l'œuvre il peut aussi la ratifier. Dans beaucoup de cas on n'est donc plus en présence d'une vraie renonciation au droit moral à l'intégrité de l'œuvre mais d'un nouvel acte créateur. Le vrai critère pour savoir si une renonciation est nulle, en conséquent, semble être si l'auteur avait signé une clause abstraite générale concernant des modifications futures de son œuvre sans avoir la possibilité de les ratifier du moins ex posteriori. Il semble bien que les rapports nationaux soient d'accord sur ce point. ».

¹¹²⁰ CA Paris, 4^e ch., 28 juin 2000, *Com. Comm. électr.*, nov. 2000, p. 15, note Ch. Caron ; V. obs. A. Lucas, *P.I.*, 2001, p. 62 : « Mais il nous semble que le pouvoir très large reconnu au cessionnaire d'apporter toutes les modifications jugées par lui opportunes aboutissait bel et bien à une renonciation anticipée et globale à l'exercice du droit au respect de l'œuvre, [...] ».

¹¹²¹ A. Lucas Schloëtter, *op. cit.*, n° 506, p. 388 : « Mais la spécificité des intérêts en cause, la valeur 'sacrée' des intérêts protégés par le droit moral impose cependant, comme pour les droits de la personnalité, d'admettre une exception au principe de la force obligatoire de l'autorisation lorsque ces intérêts sont gravement menacés. ».

¹¹²² G. Koumantos, *Faut-il avoir peur du droit moral*, *op. cit.*, p. 109.

de l'œuvre par l'exploitant, ce qui suffirait à préserver la réputation de l'auteur¹¹²³. Dans ce cas il aurait très peu de chances d'obtenir gain de cause en alléguant le contraire ultérieurement.

§2. Le droit moral : droit subjectif ?

263. La balance d'intérêts en droit moral. Nous avons vu que selon la conception éclatée du droit moral, le droit de divulgation s'épuise dès la première communication au public. Cet attribut constitue le facteur de cohérence évident et la racine des autres attributs, manifestant l'unité de la construction. Et puisque le droit de repentir et de retrait a comme corollaire le droit de divulgation, lui aussi sera considérablement affaibli. Il ne reste plus, dès lors, que le droit au nom et le droit au respect. Le premier est reconnu en droit de brevets, il est alors difficile d'imaginer qu'il pourrait être dénié à l'auteur, d'autant plus « qu'il ne comporte rigoureusement aucun inconvénient pour l'exploitant, détracteur traditionnel du droit moral. »¹¹²⁴ C'est pourquoi, le droit au nom n'est que rarement contesté et volontiers reconnu comme « absolu »¹¹²⁵. Il n'en va pas de même du droit au respect. Cet attribut s'oppose à ce que l'exploitant ne traite l'œuvre comme une matière première, un produit ordinaire à sa disposition pour générer du profit. Les modifications apportées aux œuvres de l'esprit sont, en général, le résultat d'un conflit entre les intérêts commerciaux de l'exploitant et les intérêts de l'auteur à ce que l'œuvre soit portée devant le public dans sa version originale, comme résultat non fongible de son activité créatrice¹¹²⁶. Et dans une logique de balance d'intérêts, le droit moral, moins populaire dans les milieux industriels, fait l'objet de multiples tentatives de limitations. Il faut le « marteler »¹¹²⁷. Mais à force de marteler ce droit, fort dans son exercice, fragile dans sa construction, il perd sa première qualité : il n'est plus un droit subjectif.

¹¹²³ *Ibid.*

¹¹²⁴ Ph. Gaudrat, *Théorie générale du droit moral*, op. cit., n° 38, pp. 24-25.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ M. Fabiani, *Le droit de l'auteur à l'intégrité de son œuvre*, RIDA, 1964, janv., p. 79.

¹¹²⁷ Ch. Caron note sous Cass. 1^{re} ch. civ. 7 nov. 2006, *Com. com. électr.*, déc. 2006, p. 29 à la p. 31.

264. Les deux techniques de protection en droit moral. L'accord est unanime pour admettre que la personnalité de l'auteur doit être protégée et qu'elle l'est effectivement par la jurisprudence. La question est de savoir quelles sont les modalités techniques de la protection des intérêts non patrimoniaux des auteurs. En fait, il y a deux modalités de protection. L'une est organisée selon le modèle traditionnel du droit subjectif et en droit français, l'intérêt théorique du droit subjectif est l'existence d'une action spécifique pour le protéger : à chaque droit correspond une action, telle l'action en revendication pour le droit de propriété, l'action en exécution pour le droit de créance ou l'action en contrefaçon pour les droits de propriété intellectuelle¹¹²⁸. En cas de violation d'un droit subjectif, le juge ordonne la cessation de l'atteinte sans avoir à rechercher ni faute, ni préjudice, c'est-à-dire sans avoir à rechercher les règles de la responsabilité délictuelle. Son rôle se limite à la constatation matérielle de l'infraction commise. Mais la situation est donc nettement différente si on envisage une protection par le biais de la responsabilité civile puisque le juge est investi d'une double fonction : il doit d'abord vérifier l'existence matérielle du fait et rechercher, en second lieu, si ce fait matériel, reconnu existant, a causé au demandeur un préjudice déterminé. Or, le droit positif conçoit le droit moral comme un véritable droit subjectif et en théorie sa protection n'implique nullement de prouver l'existence d'un préjudice. Autrement dit, en matière de droit moral, l'investigation du juge s'arrête à la constatation matérielle effectuée de l'atteinte¹¹²⁹ ; quant à ces conséquences préjudiciables, le juge n'a pas à s'en préoccuper autrement¹¹³⁰. Dès lors, il serait absurde de faire dépendre la protection du droit moral de la démonstration d'une atteinte portée à la réputation ou à l'honneur de l'auteur¹¹³¹, comme le suggèrent les tenants de la conception éclatée du droit moral.

¹¹²⁸ A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité...*, th. préc., n° 239, p. 191.

¹¹²⁹ Dans l'affaire *Salvador Dali* (Cass. 5 mars 1968, *D.* 1968, *jurispr.* p. 382 ; *RTD com* 1969, p. 492 obs. H. Desbois, affirmant l'arrêt de la CA Paris, 11 mai 1965, *D.* 1967, *jurispr.* p. 555, note A. Françon) les juges n'ont pas contesté le droit moral, ni son contenu. Ils ont seulement constaté l'absence d'altération de l'œuvre « l'altération n'a pu donner au public une fausse image de l'œuvre », Ph. Gaudrat, *Théorie générale du droit moral*, op. cit., n° 61, pp. 35-36 ; V. Dans ce sens S. Grégoire (sous la direction de Ph. Gaudrat), *Droit au respect*, *J. Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1213, n° 19, p. 5 : « [...], on peut estimer que l'œuvre qui subit une 'atteinte' doit être protégée, si et seulement si, le public perçoit ou pourrait percevoir une différence entre ce que l'auteur voulait que soit son œuvre pour le public et ce qu'il lui est donné de voir. ».

¹¹³⁰ J. Rault, op. cit., p. 339 ; V. CA Toulouse 19 juin, 2003, *N° Juris-Data* 224031 : « Attendu que l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle garantit le droit d'un auteur au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre ; que ce droit à un caractère absolu sans que le juge ait la faculté d'en apprécier le bien fondé en substituant son appréciation artistique à celle de l'auteur ; que l'article L. 132-11 du même code, applicable au contrat d'édition quand bien même celui-ci aurait été conclu à titre gratuit, interdit à l'éditeur d'apporter à l'œuvre aucune modification sans l'autorisation écrite de l'auteur. » (Souligné par nous).

¹¹³¹ V. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 372 : « Sur le terrain du droit civil, la protection de l'honneur et de la considération morale se trouve assuré par la jurisprudence française sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, grâce à la prise en considération du préjudice moral. » ; D. Lefranc, *La renommée en droit privé*, op. cit., n° 221, p. 200.

265. La technique du droit subjectif. Sous cet aspect, le droit moral est incontestablement discrétionnaire, dans la mesure où le droit français retient une conception purement subjective du préjudice : l'appréciation en est laissée à la seule discrétion de l'auteur, lequel est seul juge de l'opportunité de divulguer son œuvre, d'user ou non de son droit de repentir, de relever ou non sa paternité, d'accepter ou de refuser telle ou telle modification de l'œuvre¹¹³². Le droit français n'exige la preuve ni d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, comme c'est le cas de la Convention de Berne, ni d'une menace à ses intérêts légitimes sur l'œuvre comme le fait le droit allemand¹¹³³. Avoir une conception aussi large de l'intérêt de l'auteur, sachant que celui-ci est protégé au moyen d'un mécanisme dispensant l'auteur de toute preuve d'un préjudice, risque de provoquer un conflit d'intérêts entre auteurs et exploitants. Pour trouver un équilibre, au profit des exploitants, la tentation est alors forte de revenir au mécanisme général de la responsabilité délictuelle, tout en prétendant appliquer la théorie de l'abus de droit¹¹³⁴. Selon une partie de la doctrine, l'auteur ne peut pas protester contre n'importe quelle modification de son œuvre : il faut qu'il démontre un préjudice, sinon l'exercice de son droit moral est jugé excessif, et donc il peut abuser de son droit moral¹¹³⁵. A noter qu'il est plus facile d'appliquer la théorie de l'abus de droit sur un droit moral éclaté¹¹³⁶. Il n'y a pas lieu de s'étonner. C'est sous une telle structure éclatée du droit moral que son caractère relatif se justifie le mieux.

¹¹³² V. A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, op. cit., n° 385, pp. 497 et s. : « En fait, 'discrétionnaire' peut revêtir deux sens, qui se superposent parfois [...] : soit il signifie 'non susceptible d'abus', soit il veut dire qu'aucun dommage personnel ne doit être prouvé. A la lecture de la jurisprudence, dont il convient de présenter quelques cas d'espèce postérieurs à la loi de 1957, il semble que le droit moral est, en France, susceptible d'abus, mais qu'il reste discrétionnaire en ce sens que l'auteur ne doit pas prouver le préjudice. ».

¹¹³³ A. Lucas-Schloëtter, *Pour un exercice équilibré du droit moral...*, op. cit., p. 132.

¹¹³⁴ V. P. Sirinelli, note sous Cass. 1^{re} ch. civ. 14 mai 1991, *RIDA*, janv. 1992, p. 272, à la p. 289 : « les risques d'abus existent, mais en posant, d'une part, certaines conditions à l'exercice des prérogatives du droit moral et, d'autres part, des limites internes à chacun des attributs, le législateur paraît avoir donné aux juges le pouvoir de déjouer certains projets inavouables. ».

¹¹³⁵ Ch. Caron, op. cit. n° 324, p. 284 : « [...] le droit moral ne doit pas, même s'il défend la personnalité de l'auteur, abriter tous les caprices et les excès fantasques des créateurs, car son exercice ne peut être que mesuré, raisonnable et proportionnel à l'atteinte. » ; A. Berenboom, op. cit., n° 109, p. 192.

¹¹³⁶ V. A. et H.-J. Lucas, op. cit., 3^{ème} éd., n° 454, p. 347, qui garde l'application de la théorie de l'abus au seul droit au respect mais : « Au contraire, il est difficile d'imaginer les circonstances qui pourraient donner un caractère abusif à la revendication par l'auteur de sa paternité. Quant au droit de divulgation, il présente un caractère personnel si marqué qu'il est bien difficile en pratique d'établir la réalité de l'abus. L'argument vaut également pour le droit de repentir ou de retrait, dont la mise en œuvre est au demeurant subordonnée à des conditions qui sont autant de 'garde-fous'. » ; Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, op. cit., n° 135, p. 126 : « [...], il nous semble que la théorie de l'abus de droit embrasse avec une intensité variable les différentes composantes du droit moral de l'auteur. ».

266. La technique de la responsabilité civile. On se souvient que dans l'affaire *Barbelivien* la Cour d'appel de Paris avait considéré que les auteurs de la chanson « *On va s'aimer* » avaient contractuellement accepté la modification de leur œuvre à des fins publicitaires. Mais la Cour de cassation, dans un premier arrêt, avait considéré que cette clause violait un principe d'ordre public qui est l'inaliénabilité du droit moral. Sans pour autant contrarier la Cour de cassation sur ce point, la Cour d'appel de renvoi avait considéré qu'il appartenait aux auteurs de démontrer que les modifications apportées à leur œuvre portaient atteinte à leur droit moral : « [...] ils ne démontrent toutefois aucunement l'existence des atteintes à leur délicatesse dont ils se bornent à affirmer l'existence et par rapport auxquelles, à les supposer même pertinentes, l'évidence alléguée ne saurait tenir lieu de preuve, étant ajouté qu'il est écrit dans leurs conclusions que 'la majeure partie de leurs chansons sont devenues de très grands succès populaires' et que les restaurants relativement auxquels les publicités querellées ont été diffusées sont précisément des établissements essentiellement destinés à une clientèle populaire [...] »¹¹³⁷. Les juges nient, tout simplement, la qualité de droit subjectif du droit moral. En fait, si les juges considéraient que l'auteur détient un droit moral, en tant que droit subjectif, leur rôle, en pareille hypothèse, se bornerait à la constatation en quelque sorte matérielle de l'atteinte (coupure, addition, changement de paroles... etc.) et ils ne sauraient se faire juge du tort causé à l'auteur par ladite atteinte¹¹³⁸. Le droit moral, s'il a la qualité de droit subjectif, donne à l'auteur le pouvoir de demeurer seul juge de l'atteinte portée à son œuvre originale. L'intervention du magistrat en ce domaine constituerait « une profanation du sanctuaire même de la conscience de l'écrivain ou de

¹¹³⁷ CA Paris 4^e ch. B, 15 déc. 2004, note Ch. Caron, *Vers un droit moral objectif soumis à la force obligatoire des contrats*, *Com. comm. électr.*, fevr. 2005, p. 45.

¹¹³⁸ *Contra* Cass. civ. 7 nov. 2006, *aff. Pierre Perret*, qui invoquait l'atteinte à son droit moral d'auteur mais la Cour de cassation a approuvé la solution de la cour d'appel qui a débouté (partiellement) la demande l'auteur « Que la cour d'appel a relevé qu'en l'espèce la vidéocassette litigieuse ne dissociait pas les paroles et la musique de la chanson, que le groupe d'artistes l'interprétaient classiquement, la livrant au public sans déformation, mutilation ou autre modification, et que ni la superposition du texte aux images ni le cadre général de l'œuvre audiovisuelle ne modifiait l'esprit de l'œuvre particulière, chanson populaire comme les treize autres, ni n'était de nature à la dévaloriser, ou à nuire à l'honneur ou à la réputation de M. Pierre Perret » (*Souligné par nous*), *Com. Comm. électr.* déc. 2006, p. 29, note Ch. Caron : « Cette solution est sage et équilibrée. Elle vise à concilier les intérêts de l'auteur en lui permettant de faire valoir son droit moral. Mais elle permet aussi de sauvegarder les compilations en droit français en évitant qu'elles soient constamment menacées par l'épée de Damoclès d'un droit moral capricieux. Il faut le marteler : la meilleure façon de sauvegarder le droit moral exige de lutter contre ses excès afin que ces derniers ne servent pas de prétexte pour le contester dans son ensemble. » ; *Contra* F. Pollaud-Dulian, *RTD com.* 2007, p. 96 : « nous ne sommes pas persuadé du bien-fondé de cette analyse qui fait la part belle aux goûts des tiers et ignore complètement les choix et les idées artistiques de l'auteur lui-même. [...] Elle ne va pas sans faire penser à certains contrefacteurs qui soutiennent que leurs actes ne sont pas condamnables parce qu'ils font de la publicité à l'œuvre et à son auteur. L'équation 'ce qui est populaire est médiocre et ne justifie qu'une protection restreinte' est hasardeuse et ne correspond, en tout cas, pas aux principes du droit d'auteur français qui interdisent de tenir compte du mérite, aussi bien que du genre et de la destination ».

l'artiste. »¹¹³⁹. En fait, les juges demandent aux auteurs non seulement de démontrer l'altération de leur œuvre par une modification, en l'espèce totale¹¹⁴⁰, du texte et de son sens, ainsi qu'un changement de destination de la chanson¹¹⁴¹, mais aussi qu'ils établissent en quoi cette altération porterait une atteinte caractérisée à leur « délicatesse ». De plus, quand la cour, pour écarter l'application de l'article L. 121-1, relève le caractère populaire de la chanson, supposé s'adresser à une même « clientèle populaire » que la publicité, on peut facilement conclure que la volonté des juges est de protéger la réputation des auteurs en ce qu'elle s'expose au jugement de la clientèle populaire¹¹⁴². En réalité, loin d'être le fondement d'un prétendu droit subjectif au respect de l'œuvre, la réputation des auteurs, que l'arrêt ne considère pas être lésée, n'est encore qu'un prétexte destiné à mettre en jeu le mécanisme de l'article 1382. Ce pouvoir d'appréciation quant à l'existence et à la nature du préjudice subi par l'auteur est significatif de ce que la technique utilisée est celle du droit de la responsabilité délictuelle¹¹⁴³. Si le droit moral est un droit subjectif, l'investigation du juge s'arrête à la constatation de l'atteinte. Quant aux conséquences préjudiciables de cette atteinte, le juge n'a pas à s'en préoccuper autrement. Il était donc normal que cet arrêt soit cassé par la Cour de cassation, qui considère, en substance, que l'auteur n'a pas à démontrer le préjudice à son droit moral car : « toute modification, quelle qu'en soit l'importance, apportée à une œuvre de l'esprit porte atteinte au droit de son auteur au respect de celle-ci. »¹¹⁴⁴. Le professeur Caron critique cette approche qu'il qualifie de « surprotection » et « ne pourrait être, à terme, que préjudiciable au droit moral de l'auteur. En effet, le droit moral, dans son ensemble, est généralement contesté sur la base des abus qu'il engendre. Dès lors, mieux vaut certainement un droit moral souple et accepté qu'un droit moral et absolu mais honni. »¹¹⁴⁵. Pour l'éminent spécialiste, l'autorisation préalable doit se limiter au droit patrimonial et rien de tel ne devrait exister à propos du droit moral. Selon lui, il s'agit d'un droit défensif qui ne peut s'exercer

¹¹³⁹ J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français*, op. cit., p. 338.

¹¹⁴⁰ Le professeur Caron dans son commentaire dit : « Dès lors, et c'est le point le plus important, l'auteur n'a pas à prouver l'atteinte à son droit moral en expliquant pourquoi sa personnalité a été malmenée. » (*Souligné par nous*) Or, en l'espèce, il s'agissait de prouver le préjudice. L'atteinte, quant à elle, a été constatée. Ch. Caron, *Le droit moral droit absolu ?*, note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 5 déc. 2006, *Com. com. électr.*, févr., 2007.

¹¹⁴¹ L'arrêt constate pourtant l'altération de l'œuvre par la citation même du texte substitué aux paroles originelle.

¹¹⁴² V. Cass. 1^{re} ch. civ., 7 nov. 2006, *aff. Pierre Perret (précitée)* : « qu'en retenant en l'espèce que l'exploitation de la chanson 'Les Jolies Colonies de vacances' dans le vidéogramme litigieux n'est de nature ni à dévaloriser cette chanson, qui est 'une chanson populaire', ni à 'nuire à l'honneur ou à la réputation de son auteur' et ne porte donc pas atteinte au respect dû à celle-ci [...] », note Ch. Caron, *Com. com. électr.*, déc. 2006, p. 30.

¹¹⁴³ P. Sénéchal, *th. préc.*, pp. 202-203.

¹¹⁴⁴ Ch. Caron, *Le droit moral droit absolu ?*, note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 5 déc. 2006, *Com. com. électr.*, fevr. 2007, p. 26.

¹¹⁴⁵ Ch. Caron, *Le droit moral un droit absolu ? op. cit.*, p. 27.

que pour protester contre une atteinte déjà réalisée¹¹⁴⁶. D'ailleurs pourquoi cette distinction s'il s'agit de deux droits subjectifs ? Mais surtout qu'est ce qu'un droit qui ne se réalise que lorsqu'il est violé et dont l'existence dépend de sa négation ? Le respect de l'œuvre, selon la conception éclatée du droit moral, n'est encore qu'indirectement pris en compte par le biais de la protection d'un intérêt d'ordre social : celui de la réputation. Et, pour défendre ce dernier élément, les auteurs, loin de disposer d'un droit, n'ont entre les mains que l'action générale de l'article 1382 du Code civil qui est un moyen de sanction plus qu'un moyen de prévention. Mais quand cette solution fait dépendre la protection de l'intégrité des œuvres de l'existence d'un préjudice, il serait abusif de parler d'un droit subjectif au respect. Entre ce système ambigu et celui des pays anglo-saxons qui n'assurent la protection morale des auteurs que par le jeu général de la responsabilité civile, la différence est que le premier est bâtard et que le second a le mérite de la franchise et de la clarté. En soutenant cette thèse, on maintient le droit moral dans l'état où il se trouvait au XIX^{ème} siècle et tel qu'il se propage à travers l'article 6 bis de la Convention de Berne. A l'époque, on était encore loin de pouvoir parler d'un droit subjectif moral de l'auteur. Les auteurs disposaient, à côté du droit patrimonial, d'une action générale en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil. Ils n'avaient rien de plus¹¹⁴⁷.

267. Un retour en arrière. Autrement dit, la protection du droit moral au XIX^{ème} siècle ne faisait pas l'objet d'un véritable droit exclusif au profit de l'auteur. Nombreuses sont en effet les décisions protectrices des intérêts personnels des auteurs qui ne sont fondées que sur la responsabilité contractuelle¹¹⁴⁸ ou délictuelle¹¹⁴⁹, la faute étant alors suffisamment

¹¹⁴⁶ Ch. Caron, note sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2006, (*aff. Pierre Perret*), *Com. com. électr.*, déc. 2006, p. 29, à la p. 31. ; du même auteur, note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 30 janv. 2007 (*aff. Les Misérables II*), *JCP éd. G.*, II, 10025, à la p. 31 : « Ce n'est pas un droit préventif qui exige, à l'instar de la mise en œuvre du droit d'adaptation, une autorisation préalable. Au contraire, il s'agit d'un droit défensif qu'il faut utiliser lorsque la personnalité de l'auteur a été maltraitée. »

¹¹⁴⁷ V. D. Lefranc, *La renommée en droit privé*, *op. cit.*, n° 222, p. 200 : « Au XIX^e siècle, l'article 1382 du Code civil fournissait un fondement propice à la défense émergente des intérêts extra-patrimoniaux des auteurs, puisque la Cour de cassation admettait depuis 1833 la réparation du dommage morale. Bien entendu, il était exclu de rattacher de tels intérêts à la propriété littéraire, car une chose était le monopole légal, une autre chose était la protection de droit commun dont faisait l'objet de la personnalité de l'auteur. Pour le dire vite : le 'droit moral' historique n'était pas un droit d'auteur. ».

¹¹⁴⁸ Trib. civ. Seine 31 déc. 1862, *Ann. Prop. Ind.*, 1866, p. 43 : l'obligation d'apposer le nom de l'auteur sur toutes les épreuves mises en vente « était rigoureuse et formait une des conditions de la vente, non moins importante que le prix lui-même, qui avait été fixé en conséquence ; on peut même conclure du chiffre peu élevé de ce prix que le but principal de l'auteur était beaucoup plus de faire connaître son nom que de tirer un profit immédiat de son œuvre. » ; Trib. civ. Seine 29 avril 1853 : c'est donc au mépris des droits de l'auteur et en dehors d'ailleurs des conventions verbales qui ont existé entre les parties, que Bezou a pratiqué sur le manuscrit d'importantes modifications. » Ces décisions sont citées par A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 50, p. 55, note 109 ; Pour une référence à ces décisions, V. notamment S. Strömholm, *op. cit.*, t. 1, pp. 128-142 ; P. Sénéchal, *th. préc.*, pp. 177-179.

caractérisée par l'absence d'autorisation de l'auteur, le préjudice étant quant à lui à rechercher dans l'atteinte à la réputation de ce dernier¹¹⁵⁰. Selon M^e Lefranc, la raison majeure pour laquelle la réputation fut l'embryon du droit moral est que la propriété littéraire et artistique n'avait pas encore pour objet principal la forme de l'œuvre. A l'époque, on ne ressentait pas le besoin d'un droit moral protégeant la forme de l'œuvre puisque celle-ci était envisagée comme un véhicule d'une pensée. Le droit n'avait donc à accorder de protection à l'auteur que « si un tiers détournait son œuvre pour lui prêter des idées qui n'étaient pas les siennes »¹¹⁵¹. Dans ces conditions, les intérêts extrapatrimoniaux de l'auteur se fondaient parfaitement « dans le moule du droit à la réputation de droit commun. »¹¹⁵². Il faut attendre jusqu'à 1867 date de la première décision connue de la Cour de cassation sur ce sujet qui interdisait au directeur d'une revue périodique de « substituer à l'auteur dans les actes dérivant du droit de propriété, et spécialement de modifier, sans l'assentiment de ce dernier, le manuscrit qu'il publie ». Les juges du second degré avaient rejeté la prétention de l'auteur de faire insérer dans la revue en cause une lettre annonçant que son article avait été modifié, au motif que « les corrections avaient été faites en petit nombre, qu'elles avaient, de même que les coupures, un caractère insignifiant, que la pensée même de l'auteur n'avaient pas été dénaturée, que ni sa responsabilité, ni sa réputation n'avaient été compromises, et qu'en conséquence aucun préjudice ne lui avait été causé. »¹¹⁵³. La Haute juridiction casse l'arrêt de la Cour impériale de Paris au motif « qu'il pouvait bien résulter de ces constatations qu'à défaut d'un dommage matériel, Delprat n'aurait pas été fondé à réclamer une réparation pécuniaire ; mais qu'il n'en résulte aucunement que ce dernier ne dût pas être admis à exciper de son droit de propriété, et qu'en présence de modifications, non consenties, dont, en sa qualité d'auteur et signataire de l'article, il lui appartenait d'apprécier le caractère de l'importance, il ne dût pas être reçu à affirmer ce droit au moyen de la lettre dont il avait

¹¹⁴⁹ Trib. civ. Seine, 17 août 1814, il s'agissait d'une affaire dans laquelle un auteur se plaignait des modifications que l'éditeur avait fait subir à son œuvre. Or, bien que le tribunal ait admis le principe qu'un ouvrage « vendu par un auteur à un imprimeur ou à un libraire, et qui doit porter son nom, doit être imprimé dans l'état où il a été vendu et livré », il débouta, cependant, l'auteur, de ses prétentions, en constatant l'absence de préjudice causé à celui-ci., (cité par S. Strömholm, *op. cit.*, t. 1, p. 124.)

¹¹⁵⁰ A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 50, p. 55.

¹¹⁵¹ Cour de Bordeaux, le 24 août 1863 : « Le résultat est de dénaturer plus ou moins profondément la pensée et les appréciations des auteurs, de les exposer par conséquent à un jugement d'opinion autre que celui qu'ils ont voulu encourir. » (Cité par P. Sénéchal, *th. préc.*, p. 201) ; V. Trib. civ. Seine, 6 avril 1842, le juge dans cette affaire se borne à constater les modifications, la faute étant présumée dès lors que l'accord de l'auteur fait défaut. En ce qui concerne le préjudice, c'est l'atteinte à la réputation de l'auteur qui est relevée, celui-ci ne pouvant se plaindre des altérations subies par son ouvrage que dans la mesure où elles donnaient « une idée peu favorable de son talent ». (Cité par P. Sénéchal, *th. préc.*, p. 196.)

¹¹⁵² D. Lefranc, *op. cit.*, n° 223, p. 202.

¹¹⁵³ Résumé des motifs de l'arrêt de la Cour impériale de Paris du 16 mars 1865, *D.* 1865, 2^{ème} partie, p. 213, cité par la Cour de Cassation civ. 21 août 1867, *Ann. Prop. Ind.*, 1867, p. 311 à la p. 312. (cité par A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 48, p. 53, note 103).

réclamé l'insertion. »¹¹⁵⁴. L'importance de cette décision vient du fait que les magistrats ont cherché à protéger les intérêts moraux de l'auteur par la technique du droit subjectif et plus précisément par la technique du droit de la propriété littéraire et artistique¹¹⁵⁵.

268. Le droit moral : un simple intérêt. La conception éclatée du droit moral réduit son objet à la protection de la réputation de l'auteur. La jurisprudence, dans cette perspective, applique nécessairement le régime de l'article 1382 du C. civ. Ceci est une négation de la qualité du droit subjectif du droit moral. Nous pouvons trouver une formule encore plus claire qui résume cette conception négationniste du droit moral. Selon Masse : « On ne peut, au point de vue juridique, dire que la réputation d'un auteur constitue pour lui un objet de droit ; on ne peut dire qu'il ait sur sa gloire un droit privatif opposable aux tiers. La vérité est que l'auteur peut s'opposer à toute atteinte qui viendrait frapper son œuvre, parce qu'à travers elle, c'est lui-même qui est frappé. Chaque fois que l'œuvre est diminuée dans l'opinion des hommes, la personnalité de l'écrivain se trouve amoindrie ; l'œuvre comme source de responsabilité se confond avec son auteur. Il n'y a donc pas à proprement parler de droit moral de l'auteur sur son œuvre ; il y a simplement à propos de l'œuvre, application de cette vérité fondamentale, supérieure à toute législation positive : que la liberté de chacun doit être protégée contre les outrages dont elle peut être l'objet, vérité qui a trouvé son expression dans l'article 1382 du Code civil. Si l'on parle, si nous parlons de droit moral, c'est que cette expression fournit un moyen commode de désigner une application particulière du principe que nous venons de rappeler. Le droit moral est le droit de faire respecter un individu *sub specie operis*, comme le droit d'atteindre la diffamation celui de faire respecter cet individu *sub specie honoris*. Mais au point de vue absolu, il n'y a pas plus de droit moral de l'auteur sur son œuvre que de droit moral de l'individu sur son honneur. Il ne faut pas que cette expression crée d'ambiguïté nouvelle en une matière déjà si confuse : le droit moral n'est qu'un droit négatif, le droit de demander réparation de tout délit ou quasi-délit qui vient léser dans ses intérêts intellectuels la personnalité de l'auteur. »¹¹⁵⁶. Prétendre que l'auteur victime d'un dommage a un droit subjectif à réparation est inexacte. Il profite simplement de l'article 1382, qui ne définit aucun droit ; son droit, dans ce cas ne serait pas antérieur au dommage. En réalité, l'article 1382, nous explique Nerson, ne protège pas des droits mais des intérêts ;

¹¹⁵⁴ *Op. cit., loc. cit.*

¹¹⁵⁵ P. Sénéchal, *op. cit.*, pp. 208 et s.

¹¹⁵⁶ P. Masse, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique*, th. Paris, 1906, pp. 32-33. (Cité par R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, th. Lyon, 1939, n° 118, pp. 228-229.)

on l'a utilisé comme moyen technique de protéger les intérêts extrapatrimoniaux¹¹⁵⁷. Nerson a imaginé de nommer l'action de l'article 1382 un droit « sanctionnateur » (par opposition au droit « déterminateur » qui accorderait un droit subjectif défini) ; ce droit sanctionnateur, par le fait de son application répétée par la coutume jurisprudentielle, finit par devenir, un jour, un droit « déterminateur » reconnu par la loi. Ainsi, disait-il en 1939, « le droit moral de l'auteur deviendra un jour un droit déterminateur, c'est-à-dire un droit subjectif défini. »¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁷ R. Nerson, *op. cit.*, p. 340.

¹¹⁵⁸ *Ibid.* ; cf. P. Recht, *op. cit.*, pp. 185-186.

Chapitre II : La structure unitaire

269. Présentation. Que le droit moral ait une structure unitaire, relève de la nature des choses ; à condition que l'on se soucie de protéger l'individu : la paternité d'une œuvre est étroitement liée à son individualité et ne peut être conçue sans celle-ci. En d'autres mots, il n'est pas possible d'assurer le respect de la paternité d'une œuvre sans assurer à la fois le respect de son individualité. Par conséquent, si l'on effectue sur une œuvre des changements, ceci a pour effet de lui faire perdre son individualité, et aussi de porter atteinte aux conditions de la divulgation, alors par là même, cette œuvre perd sa paternité initiale et ne doit plus être attribuée à son auteur.

Nous allons voir que le droit moral unitaire est une structure attachée à la personne de l'auteur, en ce sens qu'une telle structure ne lui survivra pas telle qu'elle était de son vivant : elle s'éclate ; mais, pour autant, le droit moral ne disparaît pas, car les héritiers disposeront d'armes, qui leur permettront de protéger l'œuvre et la mémoire du défunt, et c'est à cette perspective que se relie la notion de transmissibilité, énoncée par l'article L. 121-1 al. 6 du CPI¹¹⁵⁹.

270. Plan. Nous dressons deux tableaux qui correspondent l'un à la structure du droit moral du vivant de l'auteur (**Section 1.**), l'autre à la transformation qu'il subit pour remplir son destin *post mortem auctoris* (**Section 2.**).

¹¹⁵⁹ V. cpdt Ch. Caron, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 255, p. 197 ; Du même auteur, *Abus de droit et le droit d'auteur, op. cit.*, n° 93, p. 85 : « En effet, il est difficile de le [le droit moral] qualifier de droit subjectif, car l'héritier, si fidèle soit-il, n'exerce pas son droit dans son intérêt propre, mais dans celui du défunt. Par conséquent, cette constatation nous amène vers la qualification de *pouvoir*. ».

Section 1). La structure du droit moral du vivant de l'auteur

271. Présentation et plan. Après avoir exposé la conception unitaire du droit moral (§1.), nous verrons qu'il s'agit d'une force redoutable dans les mains de l'auteur : il est l'*abusus* de la propriété littéraire et artistique. La question qu'on peut poser est de savoir si cet *abusus*, l'instrument que le législateur a choisi pour protéger l'intérêt général, peut dégénérer en abus (§2.).

§1. Présentation de la conception unitaire du droit moral

272. Plan. L'exposé de la conception unitaire du droit moral va nous montrer qu'il est, d'abord, un droit subjectif et qu'il n'est pas en contradiction avec l'intérêt général, mais au contraire, qu'il le protège (A.). Ensuite, le droit moral dans cette structure va se montrer comme l'*abusus* de la propriété littéraire et artistique (B.).

A. Le droit moral : droit subjectif protecteur de l'intérêt général

273. L'affirmation de la qualité de droit subjectif. Au début du XIX^{ème} siècle, les magistrats se faisaient une idée très claire des intérêts des auteurs dignes de protection. A l'époque, il s'agissait de protéger plutôt la réputation de l'auteur. Dès lors, il était impossible de consacrer un droit subjectif sur un tel intérêt¹¹⁶⁰. Ensuite, sur la lancée du XIX^{ème} siècle, certaines décisions de la jurisprudence prenaient une certaine direction qui marque un progrès correspondant à un phénomène précis : à savoir l'émergence d'un droit subjectif qui protège la personnalité de l'auteur dans l'œuvre elle-même, parce que le créateur était identifié à sa

¹¹⁶⁰ V. *supra* (Partie II, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2.)

création, et non plus la réputation de l'auteur à l'occasion de son œuvre¹¹⁶¹. Dès lors, il est possible de dire que la loi du 11 mars 1957 ne fait que reprendre cette solution. C'est un moment crucial, puisque la protection générale de l'article 1382 est dépassée, avec l'intérêt qu'il protège, au profit d'une protection spécifique adaptée à un autre intérêt. La question qu'on peut poser est alors de savoir dans quelle mesure on peut trouver des indications sur les intérêts que la loi est appelée à protéger par le droit moral ?

274. A la recherche d'une typologie des intérêts en droit moral. Le texte de la loi du 11 mars 1957 ne contient qu'une seule indication, d'ailleurs ambiguë, des intérêts que le droit moral est destiné à protéger. Le droit moral, est-il affirmé à l'article 1^{er}, al. 2, « [...] comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, [...], qui sont déterminés par la présente loi. ». Les mots « intellectuel et moral », opposés à « patrimonial », caractérisent la nature des prérogatives dont il est question ; il y a lieu de conclure qu'ils doivent également caractériser les intérêts défendus par ces prérogatives. Mais quelle signification donner à ces mots ? Dans la doctrine, ils ont donné lieu à deux interprétations. Tournier soutient que les droits « intellectuels » complèteraient, en quelque sorte, le droit « moral », qui aurait un caractère purement répressif et négatif¹¹⁶². C'est le droit de divulguer son œuvre que Tournier veut retrouver sous l'épithète « intellectuel ». Mais rien n'impose que les mots « intellectuel et moral » se rapportent à deux catégories différentes : il est parfaitement possible que les deux mots apportent deux épithètes servant à caractériser une seule catégorie de règles. Car selon le Doyen Strömholm, « intellectuel » et « moral » ne s'excluent pas logiquement¹¹⁶³. De plus, selon Huguet, la loi, dit-il, ne fait aucune différence de statut entre les intérêts moraux et intellectuels¹¹⁶⁴. Surtout que l'article L. 132-16 al. 2 du CPI dispose que : « En cas d'aliénation du fonds de commerce, si celle-ci est de nature à compromettre gravement les intérêts matériels ou moraux de l'auteur, celui-ci est fondé à obtenir réparation même par voie de résiliation du contrat. ». Pourtant le sens de ces mots reste inexpliqué¹¹⁶⁵. En plus, les travaux préparatoires de la loi française ne disent rien sur la nature des intérêts mis en jeu.

¹¹⁶¹ P. Sénéchal, *th. préc.*, p. 272 : « Ce glissement se fit progressivement et le respect de l'œuvre, se voyant au fil du temps doté d'un régime juridique propre, devient en définitive le support d'un droit subjectif auquel seule manquait la consécration législative. »

¹¹⁶² A. Tournier, *Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 Mars 1957 ?*, *RIDA*, XX, 1958, p. 5.

¹¹⁶³ S. Strömholm, *op. cit.*, II, t. I, pp. 23 et s.

¹¹⁶⁴ A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ, 1962, n° 52 ; V. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 438, 339, note 1 : « Il semble bien que la distinction entre l'aspect intellectuel et l'aspect moral relève de la redondance. ».

¹¹⁶⁵ V. H. Desbois, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 383, p. 471 : « Un grief peut être adressé à la réglementation du droit moral ; un défaut de méthode, de systématisation complique la tâche de l'interprète. »

Mais ils apportent de nombreuses précisions, sinon sur l'échelle des valeurs qu'elle traduit, du moins sur la tendance générale de la législation : celle-ci a pour but, en premier lieu, de protéger l'auteur. Cette tendance est assez générale, assez marquée et assez nettement prononcée pour qu'il soit indispensable de s'y conformer lorsqu'on cherche des solutions aux conflits d'intérêts. Mais il faut rappeler que selon l'exposé des motifs, le texte se présente comme le résultat d'un « accord général qui, donnant toutes garanties aux intérêts légitimes des parties en cause, préserve néanmoins, dans leur intégrité, les droits de l'auteur, que ce projet entend défendre. »¹¹⁶⁶. La prédominance des intérêts de l'auteur n'est pas inconditionnelle.

275. L'indentification de l'intérêt général en droit moral. En fait, c'est à partir de l'objet protégé du droit moral qu'on peut trouver une conception des intérêts qui lui sont attachés. Ainsi, nous avons vu que selon une conception éclatée du droit moral, l'objet principal de la protection était l'idée, et la forme son accessoire. Dans cette perspective nous avons pu constater que la protection par le droit moral relève plutôt de la réputation de l'auteur, et les intérêts qui s'attachent à celle-ci sont des intérêts objectifs à caractère social¹¹⁶⁷. Or, l'auteur, qui est une personne physique par définition, n'a pas seulement intérêt à lier et à maintenir librement des relations avec d'autres personnes, à acquérir une position dans la société et à la voir respectée par tous. Pour pouvoir se considérer libre, l'homme a également besoin de se sentir isolé, ce qui est une nécessité essentielle pour sa personnalité. L'homme, donc, doit se sentir isolé pour être individualisé physiquement, logiquement et moralement. Ce besoin peut s'exprimer selon le terme « intérêt de l'individualité ». C'est d'abord par un acte de dissolution de la société que s'affirme la réalité de l'« individu ». Ce travail de « dé-liaison » et de décomposition s'est accompli, intellectuellement, à l'époque des Lumières, chez les théoriciens d'un « état de nature » des hommes¹¹⁶⁸. Pour atteindre l'individu, pour en « exhiber » la réalité primitive en quelque sorte, en le détachant de sa communauté d'appartenance et de naissance, il fallait imaginer l'homme d'avant la société, l'individu « né-libre »¹¹⁶⁹. Fidèle à cette idéologie individualiste, la conception unitaire du droit moral considère que l'objet de protection du droit moral est la forme originale de

¹¹⁶⁶ *Le projet de loi sur la propriété littéraire et artistique*, RIDA, V, p. 150.

¹¹⁶⁷ F. Ligi, *La protection de la personnalité de l'auteur dans l'intégrité de son œuvre*, Droit d'Auteur, 1962, p. 194.

¹¹⁶⁸ V. *Supra*, Partie I, Chapitre I, section 1).

¹¹⁶⁹ Pour reprendre l'analyse de Ligi, le droit moral est un droit de la personnalité protégeant l'auteur dans sa personnalité individuelle et non dans sa personnalité sociale. Si la protection de l'honneur et de la réputation correspond à la prise en compte d'un « intérêt à la sociabilité », la protection de l'intégrité d'une œuvre correspond, elle, à la prise en compte d'un « intérêt de l'individualité ». *Ibid.*

l'œuvre de l'esprit. Nous avons vu que l'originalité est le résultat de l'exercice libre de l'esprit individuel. En ceci nous voyons aussi l'individualisme de la production intellectuelle, car elle représente l'absolu du subjectif. Mais selon le professeur Gaudrat, le phénomène créatif ne prend sa vraie dimension que lorsque créateur et amateur se rencontrent autour de la forme interne de l'œuvre. Alors, émerge le phénomène culturel : les amateurs s'enrichissent psychologiquement des créateurs¹¹⁷⁰. Une telle originalité est l'expression de l'intérêt général en droit d'auteur¹¹⁷¹. Cet intérêt général étant identifié, reste à savoir qui peut le défendre et comment.

276. L'unité du droit moral fondée sur l'unité de l'intérêt général. La conception individualiste de l'intérêt général nous a montré qu'il n'y avait pas de différence entre l'intérêt de l'auteur et celui de l'amateur. Mieux encore, créateur et amateur partagent le même intérêt. Le premier utilise sa raison, empreinte de sa personnalité dans sa création, le deuxième dialogue avec l'œuvre de l'esprit, utilisant, lui-aussi, sa propre raison. En partant de ce constat, l'idée s'impose que la solution la plus adéquate est de faire de l'auteur le mandataire exclusif de cet intérêt général, du moins de son vivant¹¹⁷². L'auteur y sera d'autant plus efficace puisqu'il a aussi un intérêt personnel de nature extrapatrimoniale à défendre, qui converge exactement vers le même but : l'œuvre ne porte-t-elle pas le reflet de sa personnalité ? Or, c'est bien ce reflet de personnalité que cherchent les amateurs dans l'œuvre de l'esprit. Lorsqu'on examine la finalité individualiste du droit d'auteur, on s'aperçoit qu'il répond à un double besoin : sauvegarder le lien spirituel qui existe entre l'auteur et son œuvre en permettant à ce dernier notamment de disposer d'un droit moral, d'autre part, d'associer l'amateur à l'œuvre de l'esprit, en tant qu'une création de la raison, qui s'adresse à la raison de celui-ci. L'unité de cet intérêt général fédère puissamment les différentes prérogatives du droit moral au sein d'un droit unique¹¹⁷³.

277. La primauté du droit moral dans le système dualiste. Basé sur ce fondement, on peut affirmer que le droit moral, tel qu'il ressort de la tradition codifiée en 1957, est un

¹¹⁷⁰ Ph. Gaudrat, *Droit moral & Multimédia*, art. préc., n° 32.

¹¹⁷¹ Contra Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, op. cit., n° 301, p. 266 : « En effet, les termes 'personnalité' et 'intérêt général' jurent entre eux. »

¹¹⁷² V. G. Michaélidès-Nouaros, *La question de l'inaliénabilité du droit moral...*, op. cit., pp. 241-242 : « L'auteur conserve toujours la responsabilité morale pour son œuvre. L'œuvre constitue une communication d'un produit intellectuel au public. Il est dans l'intérêt non seulement de l'auteur mais aussi de la culture générale que cette communication se fasse d'une façon pure et authentique. Le gardien naturel de cet intérêt est le créateur de l'œuvre. » (Souligné par nous).

¹¹⁷³ Sur l'unité de l'intérêt général, V. *Supra*....

concept foncièrement unitaire¹¹⁷⁴. Le législateur a choisi, en effet, de protéger le droit moral par la technique du droit subjectif¹¹⁷⁵. Sachant qu'il s'agit d'un droit subjectif, il doit être clairement séparé des systèmes généraux de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. Une action fondée sur le droit moral suppose la réparation d'un préjudice spécifique, différent d'un dommage qui relèverait des articles 1382 ou 1134 du Code civil. En somme, le droit moral, droit subjectif, fait naître un type d'obligation précis, différent de l'obligation générale de ne pas nuire à autrui ou de celle d'exécuter de bonne foi les contrats. Si le droit moral de l'œuvre avait pu se fondre dans l'un ou l'autre de ces régimes de responsabilité, il n'aurait pas été nécessaire d'élaborer une prérogative spéciale pour assurer le respect des œuvres¹¹⁷⁶. Il était donc nécessaire de restructurer toute la propriété littéraire et artistique autour de la théorie double afin de pouvoir y insérer le droit moral avec toutes ses prérogatives au sein de la propriété littéraire¹¹⁷⁷. Lors des débats parlementaires, le droit moral a, tout de suite, été considéré comme un droit autonome « d'une essence distincte des autres droits patrimoniaux »¹¹⁷⁸, auquel il fallait appliquer « des méthodes de législation, d'interprétation d'ordre public. »¹¹⁷⁹. C'est dans ce sens que le législateur de 1957 a élaboré un texte qui « admet la dualité du droit d'auteur, un droit patrimonial d'une part, un droit moral, un droit de haute souveraineté intellectuelle d'autre part [...] »¹¹⁸⁰. Dans son texte, le législateur a, en effet, regroupé les prérogatives du droit d'auteur en « un droit de propriété incorporelle » comportant « des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial ». C'est pourquoi on a pu dire que le législateur consacrait la théorie du droit double élaborée par la jurisprudence, théorie dont « le fondement réside dans la dissociation des deux éléments pécuniaires et moral du droit d'auteur et dans la prédominance du droit moral. »¹¹⁸¹. La prédominance du droit moral tient surtout à son fondement, qui est le même pour les quatre prérogatives d'ordre moral. Ce fondement commun s'applique par le fait que l'œuvre est une émanation de la personnalité de l'auteur : « à travers l'œuvre, c'est de

¹¹⁷⁴ Ph. Gaudrat, *Théorie générale du droit moral*, op. cit., n° 37, p. 24.

¹¹⁷⁵ V. cpdt Y. Gendreau, *Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais*, in *RRJ*, 1988-1, 41 : « On notera que le législateur n'utilise pas l'expression de 'droit moral', mais plutôt celle d'attribut d'ordre intellectuel et moral'. Faudrait-il y déceler une volonté de ne pas créer de droit véritable ? »

¹¹⁷⁶ P. Sénéchal, *th. préc.*, p. 276.

¹¹⁷⁷ Le doyen Strömholm rapporte un autre exemple de l'année 1841 : au cours de la discussion de la Chambre des députés sur le projet Lamartine, Lherbette caractérisait le droit de publier, distinct du droit d'exploiter l'œuvre comme un droit « intellectuel, moral, personnel ». Il rajoute le mot de Celliez devant la commission de 1861, selon lequel l'auteur : « a un droit moral supérieur encore à la propriété ». Strömholm, t. 1, I, p. 177-178.

¹¹⁷⁸ L. Hamon, *Débats parlementaires, C.R., JO*, 30 oct. 1956, p. 2127, col. 1.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ M. Plaisant, *Débats Parlementaires, Sénat, JO*, p. 427, col. 1.

¹¹⁸¹ *Ibid.*

celle-ci que les attributs du droit moral ont pour mission d'assurer la sauvegarde et de favoriser l'épanouissement »¹¹⁸².

278. Unité de fondement. Ainsi, la différenciation du droit moral en quatre attributs distincts ne doit pas égarer l'interprète et masquer l'unité fondamentale du droit moral¹¹⁸³. La nature et la finalité de ces attributs sont les mêmes : il s'agit de protéger l'expression de la personnalité de l'auteur dans une œuvre déterminée¹¹⁸⁴. Pas de droit moral sans œuvre¹¹⁸⁵. Il s'ensuit, par exemple, que tant que l'œuvre n'est pas créée, ce n'est pas le droit moral de l'auteur qui est en cause mais sa liberté de création. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un litige opposant l'Etat gabonais à la société *Antenne 2* à propos d'une œuvre de commande : « le droit moral de l'auteur sur son œuvre ne préexiste pas à celle-ci »¹¹⁸⁶. Il résulte de cette idée que le droit moral ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'aucune œuvre n'est en cause, par exemple pour défendre de façon abstraite et générale, la réputation d'un artiste¹¹⁸⁷. Il ne trouve pas à s'appliquer puisqu'aucune œuvre de l'auteur n'est atteinte ; son droit moral, qui défend son rapport avec sa propre œuvre, n'est pas en cause¹¹⁸⁸. En fait, le

¹¹⁸² H. Desbois, *op. cit.* 3^{ème} éd., n° 381, p. 470 : « Le législateur a mis en lumière la raison d'être, la mission et la nature du droit moral, en déclarant (art. 6, §2) qu'il est attaché à la personne de l'auteur. Sans doute, il a comme point d'application l'œuvre, mais en tant qu'elle porte l'empreinte de la sensibilité, de l'intelligence de celui qui l'a conçue et réalisée. Par-là même, les attributs du droit moral se situent parmi les droits de la personnalité : ils occupent la sphère de la personnalité intellectuelle, en tant qu'elle s'exteriorise en des œuvres marquées de son sceau. »

¹¹⁸³ Dans le même sens Ph. Gaudrat, *ibid.* : « Même si la diversification des situations dans lesquelles il trouve à s'appliquer conduit à en identifier des aspects distincts, dérivés en autant d'attributs, ces attributs ne sont que les facettes d'un droit unique : le droit fondamental d'assurer la défense de la personnalité qui a été infusée dans l'œuvre. ».

¹¹⁸⁴ Tous ces attributs visent aussi la protection de la personnalité de l'auteur. V. Vaunois : *Rapport à la société d'Etudes législatives in le Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1908, pp. 217 et s : « Quel est le caractère commun des intérêts moraux, ainsi reconnus aux auteurs ? Je les rattacherai, d'une façon générale, au respect de la personnalité morale et intellectuelle. Chacun de nous a le droit de défendre ses idées, de même qu'il a le droit de défendre sa personne, contre les agressions de qui que ce soit. Ce droit est absolument personnel, il est incessible et inaliénable ; il n'est pas réglementé par notre loi sur le droit d'auteur, mais par les principes généraux. Il est consacré par les tribunaux ; j'ai cité dans mon rapport imprimé toute une série de décisions qui prouvent que notre jurisprudence a été particulièrement soucieuse de ces intérêts moraux des auteurs et les a toujours sanctionnés. » (Souligné par nous.) ; Dans le même sens A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 447, p. 344 : « L'essentiel est de ne pas perdre de vue que, même si ses attributs ont une 'intensité variable', le droit moral a un fondement unique et présente des caractères communs. ».

¹¹⁸⁵ F. Pollaud-Dulian, *Droit moral et droits de la personnalité*, JCP éd. G., 1994, 3780, p. 348, n° 15 : « Le droit moral ne se confond pas avec la liberté de création. Le droit moral ne joue pas s'il n'y a pas d'œuvre, il ne sert pas à défendre le statut de l'auteur, qui relève plutôt de la liberté d'expression. ».

¹¹⁸⁶ Cass. civ. 7 avril 1987, D. 1988, p. 97 *jurispr.*, note B. Edeman.

¹¹⁸⁷ V. Cass. civ. 1^{re} ch., 10 mars 1993 : « Le droit moral de l'auteur d'œuvres littéraires est seulement celui de faire respecter soit l'intégrité de ses œuvres, soit son nom et sa qualité en tant qu'auteur de celles-ci, mais [...] il est entièrement étranger à la défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi.. » (Cité par F. Pollaud-Dulian, *Droit moral et droits de la personnalité*, *op. cit.*, 1994, 3780, p. 348, n° 14), D. 1994, p. 78, obs. A. Françon, JCP éd. G., 1993, II, 22161, note J. Raynard.

¹¹⁸⁸ H. Desbois, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 413 et n° 424 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 483 ; V. cpdt F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 629, p. 417 : « Toutefois, dans un esprit de simplification et de

droit moral *stricto sensu* ne consiste que dans un droit subjectif dont les prérogatives, identifiées par la jurisprudence puis collationnées par la loi, sont destinées à garantir une formation authentique du pacte culturel spontanément scellé entre l'amateur et le créateur autour de la forme interne à l'occasion de l'exploitation de la forme externe. Quand l'objet de la protection du droit moral est la forme originale, le régime de la protection est nécessairement garanti par le droit subjectif, contrairement à la structure éclatée du droit moral qui faisait dépendre le régime de la protection des règles de la responsabilité civile. Le centre de gravité se déplace : au lieu d'envisager uniquement le problème sous l'angle de la réputation (l'idée), qui s'apprécie objectivement, on se déplace dorénavant du point de vue de l'auteur (la forme) à qui est reconnu un droit exclusif, droit absolu au maintien de l'intégrité de son œuvre. Ceci a pour résultat de reconnaître à l'auteur un véritable droit subjectif au respect de l'intégrité de son œuvre puisque le relais de la réputation, du jugement du public, est écarté. Ce droit subjectif donne à l'auteur le pouvoir d'être seul juge du caractère et de l'importance des modifications apportées à son œuvre. Ce caractère individualiste du droit moral français s'oppose à ce que l'appréciation des atteintes qui pourraient y être portées soit faite à l'aune des intérêts du public. On ne saurait par conséquent imposer à l'auteur de divulguer son œuvre au nom du droit à l'information ou à la culture, pas plus qu'on ne peut lui refuser la mention de son nom pour tel ou tel mode d'exploitation sous prétexte que le public y est indifférent, voire hostile¹¹⁸⁹. De même, une modification apportée à l'œuvre sans le consentement de l'auteur ne saurait par exemple être justifiée pour satisfaire l'intérêt du consommateur.

279. Unité de régime. De l'unité de fondement, on a pu déduire l'unité de régime et admettre que les règles attachées à une prérogative du droit moral doivent s'étendre aux autres. C'est, au moins, ce que tend à faire la doctrine dominante. Ainsi, Desbois, même s'il adresse à la loi de 1957 le reproche de défaut de méthode, appuie sa position sur le fait que les alinéas 2 et 4 de l'article 6¹¹⁹⁰ seraient en contradiction si on ne les interprétait pas à la lumière des articles 19¹¹⁹¹ et 20¹¹⁹² de la loi. Crionnet adopte la même approche à propos de

symétrie, qui n'est pas forcément à condamner, des décisions de juges du fond ont admis que le droit à la paternité s'applique pour sanctionner les fausses attributions. Cela s'explique aussi par l'imperfection de la législation sur les faux de 1895, qui n'assure pas une protection suffisamment efficace. ».

¹¹⁸⁹ A. Lucas-Schloëtter, *Pour un exercice équilibré du droit moral ou le droit moral et la balance des intérêts*, in *Mélanges dédiés à Adolf Dietz*, München : C. H. Beck, 2001, p. 127, à la p. 130.

¹¹⁹⁰ L. 121-1.

¹¹⁹¹ L. 121-2.

¹¹⁹² L. 121-3.

l'interprétation de l'article 25¹¹⁹³ de la loi du 11 mars 1957¹¹⁹⁴. Dans cet article, en effet, le législateur a prévu que trois prérogatives restaient toujours propres à l'auteur : « le droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité. ». Une lecture littérale de l'article invite à voir là deux prérogatives d'ordre moral, d'une part le droit de divulgation et le droit au respect, et d'autre part le monopole d'exploitation. Ainsi, l'interprétation de cet article selon une conception éclatée du droit moral nous amène à dire que le droit au nom, le droit de repentir et de retrait peuvent profiter au conjoint de l'auteur vivant ! Mais Crionnet pense cependant qu'il faut interpréter cet article à la lumière – ou dans la logique – de l'unité du droit moral et que le législateur envisageait le droit moral dans son ensemble¹¹⁹⁵. En ce qui concerne la dissémination des articles de la loi du 11 mars 1957 qui règlent la question du droit moral, Desbois estime qu'elle n'est pas un signe de manque d'unité, mais se justifie par le fait que les règles qui régissent le droit moral « varient au gré des circonstances, le respect dû à l'œuvre n'ayant pas la même portée au cas d'adaptation que l'édition pure et simple. »¹¹⁹⁶.

B. Le droit moral : *abusus* de la propriété littéraire et artistique

280. Plan. Cette qualification est inhabituelle en doctrine (1.). Nous allons donc examiner les objections qui peuvent s'élever contre elle (2.).

1. La qualification en *abusus*

281. La théorie de Kant : le droit moral étant un droit personnel de nature réelle. La loi du 11 mars 1957 a admis sans contestation le droit moral. Elle a, de plus, consacré la conception unitaire et subjective de cette notion. Les facultés de divulguer une œuvre, d'y

¹¹⁹³ L. 121-9.

¹¹⁹⁴ M. Crionnet, *Les Droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*, LGDJ, 1975, p. 129.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ *Op. cit.*, 2^{ème} éd. n° 380, p. 421.

attacher son nom, d'en exiger le respect de l'intégrité, ou d'en suspendre l'exploitation ont été confirmées et délimitées dans leurs portées ; elles confèrent à l'auteur une situation privilégiée eu égard au rapport existant entre sa personnalité et l'œuvre qui en est l'émanation conformément à la tradition individualiste du droit d'auteur. Le plus souvent le législateur français s'est contenté de reproduire des principes déjà connus¹¹⁹⁷. En fait, le premier à reconnaître le côté personnel et moral de la protection d'un auteur est le philosophe Emmanuel Kant. Ce grand esprit reprend l'idée que l'écrit d'un auteur constitue un discours au public. En s'y fondant il conclut que l'éditeur « ne peut parler au public qu'au nom de cet autre »¹¹⁹⁸ (droit à la paternité) ; que l'éditeur doit présenter au public ce discours tel qu'il a été conçu par son auteur (droit au respect)¹¹⁹⁹ et que l'auteur seul peut décider du mode et de l'étendue de la diffusion de son œuvre (droit de divulgation)¹²⁰⁰. Les écrits, affirme Kant, sont des discours qui ne peuvent exister que dans une personne. Par conséquent, ils appartiennent exclusivement à la personne de l'auteur, et celui-ci a un droit inaliénable à parler toujours en son propre nom par l'intermédiaire d'un autre, c'est-à-dire que personne ne peut prononcer ce discours au public autrement qu'en son nom¹²⁰¹. Kant a été le premier à employer le terme « droit personnel » pour désigner le droit sur l'œuvre ; de plus, il a classé ce droit, avec le droit de l'époux et des pères de famille, comme un « droit personnel de nature réelle »¹²⁰². Ainsi Kant aurait été le premier à reconnaître le côté personnel et moral du droit d'auteur, il aurait trouvé une base théorique pour les prérogatives principales de ce que nous appelons aujourd'hui le droit moral et il aurait énoncé le principe de l'imprescriptibilité de ce droit¹²⁰³.

282. La théorie de Renouard : l'éditeur titulaire d'un usufruit. La théorie de Kant fondatrice du droit moral a trouvé une faveur considérable dans la doctrine spécialisée en France. En effet, la doctrine française s'est aperçue de très bonne heure de l'importance morale de la publication d'une œuvre. Elle s'est efforcée par une habile interprétation des textes, des principes généraux du Droit, et des contrats des parties, de combler les lacunes de la législation positive. Renouard a déjà posé en 1839 dans le deuxième tome de son ouvrage les principes d'une protection des intérêts intellectuels et moraux de l'auteur¹²⁰⁴, quoique l'expression « droit moral », en elle-même, n'apparaissent pas sous sa plume : « L'œuvre

¹¹⁹⁷ G. Gavin, *op. cit.*, n° 302, p. 301.

¹¹⁹⁸ Michaélidès-Nouaros, *Le droit moral de l'auteur...*, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ S. Strömholm, *op. cit.*, t. 1, p. 187.

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ A.-M. El Tanamli, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁰⁴ *Op. cit.*, pp. 327 et s.

littéraire engage au plus haut degré la personnalité, l'individualité de l'auteur. Une responsabilité morale, et même légale, s'attache à la publication d'un livre. La plus stricte justice commande de laisser l'auteur maître de l'émission de ses idées : rien ne doit faire obstacle à ce qu'il les reprenne, les complète, les retouche, les modifie. Il faut qu'il ménage et combine, ainsi qu'il le voudra, la publication des œuvres auxquelles sa renommée et sa conscience sont attachées, et qu'il demeure l'arbitre de ses communications intellectuelles avec le public. »¹²⁰⁵. Renouard nous cite l'auteur bien connu du droit commercial Pardessus qui a pu s'exprimer en ces termes : « La vente d'un manuscrit sans aucune réserve, n'a pas les mêmes effets que celle des propriétés ordinaires. Elle ne donne pas à l'acheteur le droit de disposer du manuscrit de la manière la plus absolue : par exemple, de le changer, refondre, augmenter par intercalations ou réduire par des suppressions. Il ne peut aussi le détruire ou se dispenser de le publier par voie de l'impression ; il n'est en réalité qu'un usufruitier qui doit jouir en conservant un équivalent du profit que l'ouvrage eût pu lui procurer s'il eût imprimé et débité pour son compte, n'a pas aliéné l'espérance de réputation que peut lui assurer la publicité, parce que c'est une chose inévaluable. »¹²⁰⁶. Ces principes ont été adoptés et développés par Renouard qui, à la suite, expose que l'éditeur est tenu, non seulement de respecter l'intégrité de l'œuvre en l'imprimant telle qu'il l'a reçue, mais encore qu'il ne peut se soustraire à l'obligation de publier l'œuvre cédée et de la rééditer aussitôt qu'une édition est épuisée. Ce qui nous intéresse est que Renouard tire de Pardessus la substance de ses développements sur ce que nous appelons aujourd'hui le droit moral. La transmission du droit d'exploitation confère à l'éditeur un usufruit. Or, l'usufruit est un droit réel sur la propriété d'autrui. Il est le droit d'user et de jouir des choses d'autrui sans en détruire la substance. Par son existence, la propriété se trouve démembrée¹²⁰⁷. Des trois pouvoirs dont elle était le faisceau, l'*usus* et le *fructus* passent à l'usufruitier ; le propriétaire ne conserve que l'*abusus*, qui est la partie la plus profonde de son droit. Autrement dit, si l'éditeur est l'usufruitier, l'auteur est nécessairement le nu-propriétaire, c'est ainsi qu'on peut conclure que le droit moral de l'auteur est l'*abusus* de la propriété littéraire et artistique. Or selon le code civil, le propriétaire est propriétaire parce que c'est lui qui tient l'*abusus*. On arrive à la conclusion suivante : le droit moral, en le qualifiant d'*abusus* de la propriété littéraire et artistique, donne

¹²⁰⁵ *Op. cit.*, p. 474.

¹²⁰⁶ Cité par A.-Ch. Renouard, *op. cit.*, p. 327.

¹²⁰⁷ V. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd., 1938, n° 1527, p. 846 : « le droit d'auteur comporte fréquemment un usufruit », cité par B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PAUM, 2006, n° 66, p. 49 : « Le syllogisme semble parfait : l'usufruit est un démembrement du droit de propriété ; or le droit d'auteur connaît un usufruit, donc le droit d'auteur un droit de propriété. », sur le rejet de la thèse du droit de propriété, B. Laronze, *op. cit.* (Partie I, chapitre préliminaire, Section 2.).

au droit d'auteur son caractère propriétaire¹²⁰⁸. C'est précisément ce droit d'*abusus* du maître de l'œuvre, ce droit de vie et de mort, plus sacré et plus complet que celui du propriétaire de la chose matérielle, qui justifie l'analogie avec le droit de propriété. Surtout que le droit moral a pour fonction soit de conserver la substance de l'œuvre de l'esprit c'est-à-dire la forme originale, soit de la modifier, voire la détruire. Or c'est la faculté de l'*abusus* qui est véritablement caractéristique de ce dernier droit, parce qu'en elle se réalise la plénitude de la maîtrise sur les choses. Quoi qu'on affirme, l'auteur est aussi fondé à dire : « mon œuvre », que le propriétaire « ma maison » ; mon œuvre, non seulement en ce qu'elle vient de moi, mais en ce que j'ai une maîtrise absolue sur elle (*dominium*), et qu'elle m'appartient (*proprietas*)¹²⁰⁹. On trouve par là une preuve du caractère abusif de l'extension du concept de propriété exclusive à certaines situations qui ne relèvent pas de cette notion. C'est le cas de la propriété industrielle de la propriété commerciale. Or, aucune de ces « propriétés » ne comprend réellement l'*abusus*, et ce n'est pas seulement faute d'objet individualisé sur lequel pourrait s'exercer l'*abusus*¹²¹⁰. Il y a là seulement une tendance à marquer le « lien d'appartenance » qui correspond dans les faits à une tendance à l'appropriation de la valeur de certaines activités ou à la patrimonialisation de certaines situation de fait ou de droit.

¹²⁰⁸ V. R.-Th., Troplong et Ch. Bonaventure-Marie Toullier, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code depuis et y compris de titre de la vente: De la vente ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon*, t. I, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1856, pp. 227 et s. : « Lorsqu'un auteur a composé un livre, un musicien une œuvre lyrique, etc., il peut vendre à un acheteur le droit de multiplier son ouvrage par la voie de la presse ; cet acheteur s'appelle *éditeur*. Une telle vente n'est pas un traité sur une chose matérielle. La propriété littéraire est incorporelle [Il cite Pardessus]. C'est la propriété de la pensée rendue visible par les procédés typographiques. L'auteur et le musicien ne vendent pas le papier sur lesquels leur idées ont été fixées, mais bien une production immatérielle de l'esprit qui s'adresse à l'intelligence de ceux que ces productions s'intéressent. Dans une cession de ce genre, l'éditeur ne saurait jamais acquérir la propriété absolue de l'ouvrage. Quelque étendue que soit la transmission qui lui est faite, il n'a droit qu'à l'exploitation commerciale dont le manuscrit est susceptible ; il n'est maître que de la spéculation dont la publication est l'objet ; pour le surplus, il est *penitus extraneus*. Ainsi il ne pourrait effacer le nom de l'auteur pour lui donner le sien ; il ne pourrait faire des changements ou correction au manuscrit ; bien plus il doit recevoir toutes celles que l'auteur juge nécessaire. La substance de l'ouvrage, si je peux parler ainsi, appartient toujours à celui que l'a créée, tandis que l'éditeur en a l'usage ou la partie utile ; et comme l'art la science pour lesquels travaille l'auteur exigent souvent des modifications ou des refontes d'où dépend la réputation, il faut qu'il puisse retoucher son œuvre pour lui imprimer, autant que possible, le cachet de la perfection. Aux yeux de l'art et de la science c'est lui qui demeure toujours propriétaire, et qui a l'honneur ou la blâme de la production. Comme tel, il peut donc porter la main sur la création de son esprit, et la remanier, comme le cultivateur qui retourne le sillon qui lui appartient. Ce n'est que comme affaire commerciale que son œuvre a cessé de lui appartenir ; mais il est clair que cette aliénation des produits de la chose n'a pu lui enlever le droit de correction, qui est du domaine de l'art et de la science. ». (Souligné par nous.)

¹²⁰⁹ J. Dabin, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, op. cit., p. 418.

¹²¹⁰ *Contra* A. Robin, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, pp. 103 et s. Selon l'auteure le droit de disposition (l'*abusus*) en propriété intellectuelle en général consiste dans le fait que « les créations industrielles peuvent toutes sans exception faire l'objet d'une aliénation. », Sur la question de savoir si la faculté d'aliéner peut ou ne peut faire partie de l'*abusus* V. *infra* (Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 1, §2., B..)

283. L’auteur bourgeois actif dans l’espace public grâce à son droit moral. Ainsi grâce au droit moral l’auteur n’est pas seulement un *fournisseur* d’œuvres de l’esprit qui contribue à l’élaboration de la *sphère publique*, mais il est aussi un *acteur* dans cette *sphère publique* réservée, conformément à la doctrine individualiste, aux bourgeois propriétaires. A ce titre l’académicien Ludovic Halévy affirme : « Il faut écrire courageusement pour les bourgeois, quand ce ne serait que pour tâcher de les dégrossir, de les débourgeoiser. »¹²¹¹. Jürgen Habermas dans son œuvre « L’espace public », décrit la naissance et l’évolution de cette *sphère publique* qu’il qualifie de « modèle libéral de sphère publique bourgeoise »¹²¹². Flaubert avait déjà ressenti ce fossé qui séparait l’homme de lettre de la classe ouvrière : « De la foule à nous aucun lien. Tant pis pour la foule tant pis pour nous surtout. »¹²¹³. Ainsi, pour que l’auteur soit un *acteur* dans cette *sphère publique* il faut qu’on lui accorde le statut de propriétaire. En fait, faire un usage public de sa raison demande une certaine autonomie dans la formulation du discours. Si ce dernier se veut critique de l’Etat, son auteur doit s’affranchir du contrôle du souverain, à la fois financièrement mais aussi contre la censure. En outre, pour rattacher le discours et la raison qui l’anime à sa source, il faut s’assurer que son auteur puisse combattre les appropriations et les déformations de ses œuvres par des tiers. Le fondement des droits d’auteur réside donc dans l’autonomie nécessaire qu’ils octroient à l’auteur. Preuve en est qu’au moment de consacrer le droit d’auteur, le législateur a majoritairement décidé de rompre avec les privilèges octroyés au libraire ou à l’imprimeur (devenus usufruitiers), pour reconnaître une propriété à l’auteur (par le biais de l’*abusus*). Le but du droit d’auteur est donc d’accorder à l’auteur les moyens de son autonomie et de la protection des œuvres dans la *sphère publique*. L’ordre bourgeois est nécessaire pour assurer la création artistique des auteurs. Flaubert déclare à ce sujet : « Je soutiens, et ceci doit être un dogme pratique de la vie d’artiste, qu’il faut faire de son existence deux parts : vivre en bourgeois et penser en demi-dieu. Les satisfactions du corps et de la tête n’ont rien de commun. »¹²¹⁴. Comme l’indique Mme Hermitte : « les idéologues de la Révolution firent de l’homme un propriétaire... Seul, le sentiment de la propriété leur paraissait donner à l’individu la lourdeur de l’homme

¹²¹¹ L. Halévy, *Notes et souvenirs*, 1871-1872, Paris, éd. Calmann-Lévy, p. 149, cité par P. Lidsky, *Les écrivains contre la Commune*, La Découverte, 1999, p. 87.

¹²¹² J. Habermas, *op. cit.*, p. 38.

¹²¹³ Cité par P. Lidsky, *op.cit.*, p. 23 ; il faut signaler que la *sphère publique littéraire* était réservée aux hommes bourgeois propriétaires, c’est-à-dire qu’elle excluait les ouvriers et les femmes ; à ce titre on peut citer Balzac : « C’est à qui n’achètera pas un livre, on s’en défend comme d’un malheur. Les femmes les plus aimables prêtent les exemplaires dont l’auteur fait présent ; les femmes les plus élégantes lisent un ouvrage après que Joseph Prudhomme y a déposé son tabac, que la dame d’un café y a imprimé la marque de ses doigts, et que l’étudiant y a crayonné ses notes drolatiques. », cité par F. Pollaud-Dulian, *Balzac et la propriété littéraire*, *op. cit.*, p. 216.

¹²¹⁴ Cité par P. Lidsky, *op. cit.*, p. 19.

responsable, la lucidité prophétique de celui qui se perpétue dans ses biens. A cette condition, il se dépouillera du fatalisme rusé de l'esclave et accédera au luxe discret du citoyen actif. Propriétaire, aucun tyran ne l'asservira jamais plus. L'égalité, la liberté, l'indépendance même, ne sont jamais que des états indissolublement liés à la qualité de propriétaire, soutenait Volney. »¹²¹⁵. Ceci explique qu'un renforcement des pouvoirs de l'auteur peut se révéler nécessaire lorsque les prérogatives existantes se révèlent insuffisantes à garantir l'autonomie, notamment financière de l'auteur, la protection des œuvres et l'authenticité et l'intégrité de celle-ci. Cette figure centrale de l'auteur en propriété littéraire et artistique explique que, même si l'œuvre se destine au marché, il subsiste toujours un lien particulier entre l'auteur et l'œuvre, lien que le passage de l'œuvre par le marché ne suffit pas à rompre, même si la divulgation emporte une part de la maîtrise de l'auteur (l'*usus*). Ce lien est notamment traduit, dans les pays du droit civil à tout le moins, par l'octroi d'un droit moral à l'auteur¹²¹⁶. Grâce à ce droit moral unitaire, le propriétaire et le créateur se rejoignent en un seul personnage : l'auteur propriétaire.

2. Les objections à la qualification

284. Le point commun entre utilitariste et individualiste. La législation française à l'époque révolutionnaire avait bien adopté la théorie de la propriété littéraire et artistique. Or, nous ne trouvons rien dans la législation révolutionnaire qui puisse être attaché à la théorie du droit moral d'auteur. En fait, la principale objection à la théorie de la propriété reste qu'elle ne prend pas en considération la dimension extrapatrimoniale, personnelle, du droit d'auteur, qui est pourtant essentielle. Cette dimension extrapatrimoniale rend, selon certains¹²¹⁷, la qualification de droit réel intenable. Selon le professeur Pollaud-Dulian, par exemple, le droit moral, droit extrapatrimonial, défend les intérêts spirituels et artistiques de l'auteur dans sa création et ne peut être assimilé aux droits d'exploitation, droits à caractère essentiellement patrimonial. Si la qualification peut être appliquée à l'ensemble formé par les seconds, au moins par analogie, elle semble radicalement intransposable au premier, qui relève des droits

¹²¹⁵ M.-A. Hermitte, *op. cit.*, p. 333.

¹²¹⁶ V. S. Dusollier, *op. cit.*, n° 301, pp. 237-238.

¹²¹⁷ V. notamment B. Edelman, *La nature du droit d'auteur*, *op. cit.* ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, spéc. p. 39 et s.

de la personnalité¹²¹⁸. Ainsi, toute qualification propriétaire du droit d'auteur est perçue, *a priori*, comme une menace au droit moral¹²¹⁹. Tandis que la consécration du droit moral au sein de la propriété littéraire et artistique était un argument pour remettre en cause la qualification de droit de propriété¹²²⁰. Ce qui renforce cette vision du rapport antagoniste entre le droit moral et la propriété est que Renouard, par exemple, était résolument hostile à la qualification de propriété et il est considéré comme un des précurseurs de la théorie moderne du droit moral¹²²¹. Il ne faut pas oublier que les rédacteurs du Code civil français n'ont nullement songé aux droits des créateurs ; on ne trouve pas, en lisant les procès-verbaux de la discussion au Conseil d'Etat, un seul mot relatif à ces matières¹²²². Ils ne l'ont pas fait par ignorance, précise le professeur Pollaud-Dulian, alors même que le droit d'auteur avait été légalement consacré et organisé dès 1791 et 1793¹²²³. De plus une partie de la doctrine contemporaine à tendance utilitariste continue à prôner la qualification de droit réel pour amoindrir ou écarter le droit moral. Par exemple Recht, dénie l'autonomie du droit moral et considère le droit d'auteur comme une forme de propriété, dominée par l'intérêt public, avec un domaine éminent et perpétuel appartenant à la collectivité et un domaine utile et temporaire appartenant à l'auteur et ses héritiers, les deux se trouvant réunis quand l'œuvre tombe dans le domaine public¹²²⁴. Plus récemment, l'école de Montpellier¹²²⁵, désireuse d'unifier le concept de propriété intellectuelle sur le modèle du brevet et privilégiant une

¹²¹⁸ V. E. Picard, *Embryologie juridique, Nouvelle classification des droit (Droit international privé ; droits intellectuels)*, *Journal du droit international privé*, t. 10, 1883, p. 565, à la p. 58 : « Ainsi, quand on traite un tableau comme une propriété soumise au régime des droits réels, on se refuse à accorder à l'artiste un droit quelconque dès qu'il a aliéné son œuvre. On autorise l'acquéreur à s'en disposer à son gré, à en user et à en abuser, d'après la définition banale de la propriété, à la détruire, à la défigurer, à la ridiculiser, à la déshonorer. Que de fois, cependant, on a entendu les réclamations, si conformes à la justice, d'un artiste qui se plaignait du discrédit que l'on jetait sur son nom en dénaturant le fruit de son génie. Si l'on s'en tient aux règles de la propriété, pareille réclamation ne saurait être accueillie ; [...] ».

¹²¹⁹ V. P.-Y. Gautier, *op. cit.* 6^{ème} éd., p. 35. qui reproche à la théorie qui assimile le droit d'auteur à la propriété de ne pas suffisamment tenir compte du droit moral, « cordon ombilical », selon l'expression de l'auteur, qui lie le créateur à son œuvre.

¹²²⁰ V. A.-M. El Tanamli, *op. cit.*, p. 43.

¹²²¹ V. *supra*...

¹²²² A. Nion, *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, Paris, 1846, p. 22 ; Adde J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, Paris 1827, VIII, p. 7. (Cité par L. Moscati, *Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe*, *Droits*, n° 47, 2008, p. 149, à la p. 154.)

¹²²³ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 39.

¹²²⁴ Le titre du Chapitre III, Partie II est « Le prétendu droit moral », *op. cit.*, p. 273 : « Or, quelle que soit la 'valeur' de l'idée du droit moral, sa 'réalité' est loin d'être évidente ! J'ajouterai même que son utilité n'est même pas démontrée ; on a pu dire, du côté anglo-saxon, où l'on a autant que sur le continent le respect de la dignité et de la liberté de la personne humaine, que l'idée du droit moral était 'conçue dans le vague, médiocrement rédigée, exprimée de façon sentencieuse et sans utilité pratique. »

¹²²⁵ J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, *De la propriété comme modèle*, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281 ; J. Raynard, *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier*, in *Mélanges à Jean Jacques Burst*, Litec, 1993, p. 527.

définition fondée sur l'assimilation du bien à la valeur économique¹²²⁶, a remis en avant le rattachement pur et simple à la propriété de droit commun¹²²⁷. Cette doctrine voit dans le droit moral (auquel elle paraît généralement hostile en lui donnant une structure éclatée) une sorte de servitude pesant sur le « monopole » d'exploitation et va jusqu'à affirmer que « toute référence au droit moral dans la qualification des droits de propriété intellectuelle et, spécialement, du droit d'auteur doit être réfutée, cette notion procédant, elle-même, de l'accessoire ... donc du contingent »¹²²⁸. Le débat se présente toujours comme ceci : soit on est devant une propriété et le droit moral se trouve l'accessoire du droit patrimonial donc éclaté et aliénable, soit on met en doute la théorie de la propriété et ainsi on favorise l'épanouissement du droit moral. Les deux doctrines partagent, en quelque sorte, une vision commune : le droit moral dans sa structure unitaire ne peut être un droit réel, ce qui veut dire qu'il n'est pas un *abusus*.

285. La critique du débat doctrinal. Dabin critique cette vision partagée entre les deux doctrines¹²²⁹. L'auteur savant constate que sous prétexte qu'elles « émanent » de la personne, les prérogatives morales sont rapportées aux droits de la personnalité, et sous prétexte qu'elles concernent l'exploitation économique de l'œuvre, les prérogatives pécuniaires sont rapportées à un droit de clientèle. On a un droit moral qui a pour objet la personne de l'auteur, et un droit pécuniaire qui a pour objet une clientèle. Or s'il en est ainsi, dit-il, l'œuvre, considérée comme principe et objet de droit d'auteur, disparaît¹²³⁰. Selon lui, l'œuvre existe et son auteur a le droit de la modifier et de la détruire. Il faut qualifier ce droit, et on ne saurait le qualifier autrement qu'en disant ce qu'il est en réalité, à savoir un droit qui peut bien avoir un cachet ou un reflet personnel, méritant à ce titre le nom extrapatrimonial, mais qui atteint l'œuvre elle-même comme son objet. Dabin propose donc d'introduire parmi les droits de la personnalité, une distinction entre les droits de la personne sur elle-même et les droits de la

¹²²⁶ J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, *art. préc.*

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ V. L. Pfister, *th. préc.*, pp. 502 et s. : « Il est vrai qu'à partir de la fin du XIX^e siècle, notamment sous l'influence de la théorie du patrimoine d'Aubru et Rau, se généralise la division dogmatique des droits civils en droits extrapatrimoniaux et droits patrimoniaux ; le droit de propriété est précisément conçu comme un droit patrimonial, un bien de nature pécuniaire qui ne saurait donc *a priori* rendre compte du droit moral. [...] Il importera notamment de mettre en évidence le fait que les juristes tentent d'éluder l'incompatibilité entre les caractères respectifs des prérogatives morales et du droit de propriété, en exhumant des concepts qui désignent manifestement le droit de propriété. En réalité, avec la reconnaissance et la consolidation du droit moral, le droit d'auteur tend à être analysé comme une maîtrise attachée à la personne du créateur. Ce dernier est présenté comme le maître de son œuvre, le *dominus* d'une propriété en partie inaliénable, parce qu'elle participe à sa personne. ».

¹²³⁰ J. Dabin, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, *op. cit.*, pp. 436-437.

personne sur ses œuvres de l'esprit, droits soumis à des régimes analogues mais pourtant différenciés sur certains points, ce qui aboutit à rétablir la catégorie typique du droit moral sur l'œuvre de l'esprit. Ainsi, il résulte, semble-t-il que l'objet réel et direct du droit d'auteur est bien l'œuvre elle-même, mais que, juridiquement, le droit sur l'œuvre est traité comme un droit de l'auteur sur sa propre personne c'est-à-dire qu'il est doué dans l'ensemble, *mutatis mutandis*, du même caractère personnel extrapatrimonial¹²³¹.

286. Un pouvoir direct sur une chose. En résumé, quel que soit le point de vue où l'on se place, du donné réel ou de la technique juridique, il y a lieu de maintenir que le droit moral est bien un droit impliquant pouvoir, emprise sur l'œuvre de l'esprit, au même titre que les droits réels impliquent emprise sur des choses matérielles. En fait si on considère que ce n'est pas l'image sociale de l'auteur qui est protégée au travers de l'œuvre, mais que le droit moral porte directement sur l'œuvre de l'esprit, la ressemblance est troublante avec le droit réel. Ce qui caractérise le droit réel, c'est-à-dire, la propriété et toutes les prérogatives constituées à son image, c'est qu'entre le sujet et l'objet il n'y a rien, il n'y a personne. D'où la définition suivante : « constitue un droit réel, tout pouvoir reconnu direct à une personne sur une chose »¹²³².

287. Le retour à Kant. Dabin poursuit : « on nous parle, comme d'une *summa divisio*, de la distinction des droits en patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Certes nul ne songera à nier ou à diminuer son importance, qui est capitale même pour le juriste. »¹²³³ Pour lui, la distinction est tirée de l'ordre économique-moral, et non de l'ordre proprement juridique¹²³⁴. Elle est prise en effet des biens ou valeurs auxquels se rapportent les droits¹²³⁵. Ces biens sont tantôt de l'ordre moral ou extrapatrimonial, tantôt de l'ordre économique ou patrimonial, classement qui se rapporte aux droits correspondant à ces différentes valeurs. La séparation n'est d'ailleurs pas étanche, car il existe des valeurs et des droits de caractère mixte, patrimoniaux par leur valeur vénale, extrapatrimoniaux par leur liaison plus ou moins étroite à des intérêts

¹²³¹ J. Dabin, *op. cit.*, p. 426.

¹²³² Ch. Atias, *Les biens*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, n° 2, p. 1.

¹²³³ *Ibid.*

¹²³⁴ Dans le même sens F. Hage-Shahine, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, *RTD civ.* 1980, p. 705 à la p. 707, n° 3 et s. spéc. n° 4 : « La distinction des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux ne constitue pas une classification au sens technique, mais un simple compartimentage doué uniquement d'une valeur didactique, parce que le critère sur lequel elle est fondée est tiré de la valeur (pécuniaire ou non pécuniaire) sur laquelle porte le droit non du droit lui-même envisagé dans son être propre. »

¹²³⁵ J. Dabin, *op. cit.* p. 417.

de l'ordre moral¹²³⁶. Quoi qu'il en soit, le point de vue propre du droit est autre : fondamentalement les droits subjectifs se classent par les éléments du rapport juridique, en premier lieu par leur objet¹²³⁷. C'est ce que l'on voit par la *res* sur laquelle ils portent (*jus in re*), droits pécuniaires le plus souvent, à cause du caractère habituellement pécuniaire des services que rendent les choses, mais qui pourraient cependant n'avoir qu'une valeur simplement morale : telle la propriété de souvenirs de famille, de valeur nulle sur le marché, d'un prix inestimable pour la famille et, à ce titre, soustraits au régime normal de la propriété purement patrimonial¹²³⁸. Dabin les qualifie de droits réels extrapatrimoniaux¹²³⁹. On a donc tort de voir une synonymie entre droit réel ou même propriété et droit patrimonial, comme si l'idée de droit réel ou même de propriété évoquait irrésistiblement l'idée de patrimonialité pure. Ainsi la division déduite du caractère patrimonial ou non des droits subjectifs peut bien se cumuler, se croiser, avec la division déduite de l'objet des droits ; elle ne saurait la dominer ou l'évincer¹²⁴⁰.

288. Le parallélisme avec le droit commun. Ensuite, Dabin critique la doctrine qui réduit le droit d'auteur à un simple monopole d'exploitation. En réalité, ce « monopole » d'exploitation représente à lui seul, par rapport au droit d'auteur total, l'élément du *fructus* ; et c'est pourquoi il est en effet impossible de ramener au type de propriété cet attribut séparé du droit d'auteur. Quant à l'*usus*, dit-il, nécessairement adapté à la nature et à la fonction de la chose au genre d'utilisation ou de jouissance qu'elle permet, il consistera dans tout usage quelconque exclusif, à but intéressé ou non, que l'auteur peut faire de son œuvre, soit avant de l'avoir communiquée au public pour la première fois, soit après cette communication (sous réserve des droits concédés à autrui). Enfin, l'*abusus* se rencontre également dans le cas du droit d'auteur, au sens de droit de transformation et de destruction, non pas, il est vrai à l'égard du seul droit d'exploitation, mais dans la sphère du droit moral, puisque l'auteur a toujours le droit de modifier son œuvre, ce qui revient à transformer la substance de la chose,

¹²³⁶ C'est également le sentiment de F. Rigaux pour qui tous les droits ont un double composant, économique ou patrimonial et moral ; la division entre droit patrimonial et extrapatrimonial indiquant la note dominante d'un ensemble dualiste, et les biens de la personnalité étant « nés sous le signe de leur origine extrapatrimoniale pour accéder progressivement au marché d'échange généralisé qui caractérise les sociétés marchandes. », F. Rigaux, *La liberté de la vie privée*, RIDC, 1991, p. 563.

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ R. Demogue, *Les souvenirs de famille et leur condition juridique*, RTD civ., 1928, p. 23.

¹²³⁹ J. Dabin, *op. cit.*, p. 418 : « La même constatation en ce qui concerne les droits de créance. [...] Or si, l'ordinaire, le service a une valeur pécuniaire, d'où résulte la pécuniaire, cessible et transmissible, du droit d'obtenir ce service, il arrive qu'il n'ait qu'une valeur purement moral. [...] Telles sont, par exemple, les obligations entre époux, de cohabitation, de fidélité d'assistance, [...] ».

¹²⁴⁰ *Ibid.*

et même, en principe l'anéantir, par la destruction du manuscrit, du tableau, des exemplaires, qui en sont l'instrument nécessaire. Au surplus, l'auteur peut céder à son éditeur tel ou tel mode d'exploitation en utilisant son droit de divulgation. Mais il en est de même de la propriété ordinaire, qui est toujours susceptible de démembrement ou de restriction par voie d'acte de volonté. On constate donc un parallélisme frappant entre le droit de propriété, en droit commun, et le droit sur les œuvres de l'esprit. Des deux côtés apparaissent, comme objet de droit, des choses assujetties non seulement à un monopole d'usage ou d'exploitation, mais, bien davantage, à une maîtrise pleine et exclusive, opposable à tous ; d'où immédiatement, la différence radicale avec le droit de créance, qui porte sur l'activité d'une personne, et qui se traduit simplement à charge de cette personne, par l'obligation de tel service bien déterminé¹²⁴¹.

§2. La question de l'abus du droit moral

289. La théorie de l'abus de droit : une théorie d'inspiration anti-individualiste. Certaines institutions ou certaines règles juridiques inspirées par l'individualisme juridique ont été battues en brèche depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. A la tête des mouvements anti-individualistes de l'époque on trouve les doctrines téléologiques. Elles sont téléologiques parce qu'elles consistent à faire dépendre la valeur juridique d'un acte du but poursuivi par son auteur¹²⁴². On ne se contente plus, pour reconnaître à un acte une valeur juridique, de rechercher si cet acte a été fait par des personnes capables, ou juridiquement compétentes pour l'accomplir ; on ne se contente plus de rechercher si cet acte a été accompli dans les formes exigées par les lois ; on ne se contente plus de déclarer nuls les actes, par exception, qui contreviendraient à une disposition de loi ; on exige encore que l'acte ne soit pas inspiré par un mobile contraire à l'intérêt public, par un mobile antisocial¹²⁴³. En ce qui concerne la théorie de l'abus de droit, elle se situe dans le domaine de la responsabilité quasi-délictuelle. Or sa particularité est qu'elle aboutit à la reconnaissance d'une nouvelle sorte de faute génératrice de responsabilité. Ainsi, dans ce domaine elle joue un rôle téléologique, parce qu'elle permet d'attribuer des effets juridiques à un fait, à une action (qui peut être un acte

¹²⁴¹ *Ibid.*

¹²⁴² M. Waline, *op. cit.*, p. 409.

¹²⁴³ *Op. cit.*, pp. 410 et s.

juridique ou un acte matériel) en fonction du but poursuivi par son auteur ; c'est en effet la théorie qui permet de déclarer la responsabilité d'une personne engagée par une action qui, en principe, du types de celles qu'elle peut licitement accomplir, mais qui se trouve en l'occurrence viciée par un mobile antisocial¹²⁴⁴. La théorie de l'abus de droit a sans doute rencontré des résistances dont les plus remarquables sont celles de Planiol et de Duguit ; mais, à les bien considérer, les objections formulées par ces deux auteurs ne s'adressent qu'à la terminologie employée¹²⁴⁵. On trouve la théorie de l'abus de droit mal nommée ; et, en effet, l'expression « abus de droit » n'est pas très heureuse, car, suivant la formule classique, le droit cesse où l'abus commence¹²⁴⁶. Mais personne ne peut nier qu'aujourd'hui, en l'état de la jurisprudence et la doctrine, certains actes sans violer aucune loi précise, et s'il s'agit d'actes juridiques, accomplis par des personnes capables agissant dans les formes légales, sont considérés comme des fautes génératrices de responsabilité. La théorie de l'abus déclare un acte contraire au Droit, uniquement à raison de l'intention de son auteur, engendrant, ainsi, sa responsabilité dont il ne serait pas normalement générateur. Dans ce cas, la théorie s'insurge contre la liberté de l'individu, la contrecarre dans ses projets ou l'oblige à réparer les conséquences d'une action qu'il prétendait licite¹²⁴⁷. C'est une théorie anti-individualiste, mais elle existe ; alors il faut l'utiliser avec extrême précaution.

290. Plan. La théorie classique de l'abus de droit s'applique, normalement, quand le titulaire d'un droit l'utilise dans une intention de nuire, sans avoir un intérêt légitime. Ainsi, si nous voulons appliquer cette théorie au droit moral de l'auteur, il faut d'abord chercher l'intention de nuire et ensuite savoir s'il y a, ou non, un intérêt légitime. Or, le courant doctrinal qui soutient l'application de la théorie de l'abus de droit en matière de droit moral, ne se contente pas de la sanction d'une intention de nuire de la part de l'auteur (A.), mais va au-delà en précisant une « déontologie » que les auteurs doivent suivre en ce qui concerne l'utilisation de leur droit moral¹²⁴⁸ (B.).

¹²⁴⁴ *Ibid.*

¹²⁴⁵ *Ibid.*

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ V. Ch. Caron, *Les Limites Externes au Droit D'auteur (Abus de Droit et Droits du Public)*, in *Les Frontières du droit d'Auteur, Journée d'Etudes de l'ALAI, University of Cambridge, 14-17 September 1998*, Libby Baulch, Michael Green & Mary Wyburn, Australian Copyright Council, 1999, p. 241 : « Il est vrai que cette théorie est conforme à la définition que Bentham donnait de la déontologie qui apprend à l'individu la 'conduite qu'il doit suivre à l'égard des hommes en général'. Or, la notion d'abus de droit permet de préciser, aux titulaires des prérogatives, la façon dont ils doivent les exercer. Ainsi, appliquée à notre discipline, la théorie de l'abus de droit permet de déterminer un 'code de bonne conduite à l'usage des auteurs qui exercent leurs droits'. Un exemple permet d'illustrer cette conception : il s'agit du détournement de finalité du droit. »

A. Une application restrictive de la théorie de l'abus

291. L'intention du législateur d'exclure le droit moral du contrôle de la théorie de l'abus. En fait, la jurisprudence avait déjà fait référence à une possible application de la théorie de l'abus de droit moral. Ainsi, la cour de Cassation dans l'affaire *Lecocq* s'inquiétait d'un exercice du droit moral dans un « but de vexation »¹²⁴⁹. Le droit moral accorde à l'auteur des facultés d'adopter des modifications à son œuvre, de la détruire, en plus du « pouvoir » donné par le droit de divulgation à l'auteur de créer des droits patrimoniaux¹²⁵⁰. Or, dans l'application aux régimes matrimoniaux de communauté, de vives critiques se sont élevées¹²⁵¹. En fait, aussi longtemps que l'auteur de l'œuvre n'en a pas décidé la divulgation, aucun droit pécuniaire ne prend naissance. Aucune réclamation ne saurait donc être formulée du côté de la communauté. De plus, même après la divulgation, l'œuvre demeure sous l'empire du droit moral de l'auteur qui peut la modifier ou même la supprimer. L'auteur, dans un esprit de vengeance, peut abuser de son droit moral, surtout en cas de divorce, afin de réduire à néant le droit pécuniaire de son ancien conjoint. Cela constituerait un abus de droit par excellence¹²⁵². Boulanger nous explique qu' : « [u]ne fois publiée, l'œuvre demeure sous l'empire du *droit moral* de l'auteur qui peut la *modifier* à sa guise ou même la *supprimer*. Il faut simplement faire réserve d'un abus possible de ce droit moral, en soulignant l'extrême difficulté de la preuve : ce droit tient à ce qu'il y a de plus intime chez un auteur, et son exercice n'a pas à s'accompagner d'un exposé des motifs. L'intention de nuire, si elle existe, se dissimule derrière des apparences qu'il sera malaisé d'écarter. »¹²⁵³ Pour réagir contre de tels errements et pour éviter de soumettre le droit moral durant la vie de l'auteur au principe

¹²⁴⁹ Cass. civ. 25 juin, 1902 (*aff. Lecocq*), *préc.* V. Cass. civ. 14 mai 1945 (*aff. Canal*), S. 1945, 1^{re} partie, p. 101.

¹²⁵⁰ V. *supra* (Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 1.).

¹²⁵¹ H. Mazeaud, *Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence...*, *op. cit.*

¹²⁵² Il en est ainsi par exemple des décisions rendues dans les célèbres affaires *Lecocq* (Cass. civ. 25 juin 1902, Sirey 1902, 1, 305) et *Canal* (Cass. civ. 14 mai 1945, Sirey, 1945, 1, 101), dans lesquelles la Cour de cassation subordonnait la mise en œuvre du droit moral à la condition que l'auteur « n'agisse pas dans un but de vexation à l'égard de son conjoint ou des représentants de ce dernier ».

¹²⁵³ J. Boulanger, *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, 1^{ère} partie, 2^{ème} éd. L.G.D.G., 1957, n° 189-2, p. 404 et s. ; V. cpdt J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, Le fait juridique*, Armand Colin, 11^e éd. 2005, n° 126, p. 125 : « C'est un droit discrétionnaire, insusceptibles d'abus, en ce sens que, serait-il exercé dans l'intention évidente de nuire, aucune sanction ne pourrait intervenir. »

d'abus de droit¹²⁵⁴, Desbois nous enseigne que le législateur a pris le parti radical d'exclure les droits d'auteur de la masse commune. Cette intention du législateur d'exclure le contrôle de l'abus de droit lorsque le droit moral est exercé par l'auteur lui-même, peut être relevée par le texte qui n'envisage l'abus de droit moral que s'il est exercé par les héritiers de l'auteur, seulement en ce qui concerne le droit de divulgation *post mortem*, et, en plus, il doit être notoire. On voit mal comment on pourrait appliquer la théorie générale de l'abus de droit, qui n'intègre pas cette condition de notoriété, à l'auteur de son vivant¹²⁵⁵. Ensuite, cette exclusion a pour effet de réduire considérablement les hypothèses de l'abus du droit moral. Mais la question demeure si l'on songe qu'un auteur, criblé de dettes, n'en a pas moins la possibilité de réduire à néant son droit pécuniaire, par l'exercice, ou même le non exercice de son droit moral. Ses créanciers peuvent-ils faire appel à la théorie de l'abus de droit contre l'auteur ? Une solution paraît être hors de doute. Le juge doit refuser à l'auteur l'exercice de son droit moral lorsque le créateur n'est animé que par l'intention de nuire à autrui. Or des cas pareils semblent être d'une rareté extrême. Ce constat peut être affirmé par l'inexistence des solutions jurisprudentielles traitant de telles hypothèses.

B. Une application extensive de la théorie de l'abus

292. Trop du droit moral. Le courant doctrinal qui estime que le droit moral est susceptible d'abus, s'oppose, en fait, à son absolutisme (sa qualité du droit subjectif). Le renvoi à la théorie de l'abus n'est qu'une manière de le relativiser, débouchant sur un contrôle judiciaire systématique de l'opportunité de l'action. Il y a un intérêt opposé à caractère patrimonial dont il faut tenir compte, auquel nuirait l'exercice de ce droit. Tel est, précisément, la modalité judiciaire que l'abus de droit entend remettre en cause. Ainsi sans

¹²⁵⁴ *Ibid.*

¹²⁵⁵ F. Pollaud-Dulian, *L'abus de droit et le droit moral*, *op. cit.*, p. 100 : « Surtout, la loi du 11 mars 1957 a consacré à l'art. 20 la possibilité de sanctionner l'abus notoire du droit moral par les héritiers de l'auteur. Cette disposition (art. L. 121-3 CPI) constitue un argument très fort pour affirmer que le contrôle de l'abus du droit est exclu, depuis cette loi, lorsque c'est l'auteur lui-même qui exerce son droit moral. « Toutes les méthodes classiques d'interprétation de la loi ne peuvent que conduire à la conclusion que le législateur a exclu la contrôle de l'abus de droit lorsque le droit moral est exercé par l'auteur lui-même. La solution contraire conduirait à la conclusion aberrante que l'auteur, soumis à la théorie générale de l'abus de droit, serait traité plus sévèrement que ses héritiers puisqu'il ne pourrait pas invoquer la condition (restrictive) de notoriété posée à l'art. L. 121-3...! » *Contra* M. le Professeur Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 103, p. 96 considère que l'article L. 121-3 une disposition inutile puisque « le droit commun, indépendamment de toute assise textuelle, un contrôle de toute les prérogatives par la théorie de l'abus de droit. »

intention de nuire ni déclarée ni prouvée de la part de l'auteur, l'abus se trouve constitué. Dans ce contexte, il est aisé de comprendre les arguments pratiques que les détracteurs de la conception unitaire du droit moral peuvent tirer de la théorie de l'abus du droit moral : à brève échéance le droit moral sera mis en balance avec les intérêts économiques de l'exploitant ou les « *pseudo-droits* » du public à la culture. Le juge étant invité à trancher le conflit entre les intérêts présumés équivalents, il deviendra l'arbitre souverain de toutes les actions : telle modification de l'œuvre, ne portant pas atteinte à l'honneur et à la réputation de l'auteur, sera tenue pour justifiée par les intérêts commerciaux de l'exploitant¹²⁵⁶. Il en résulte, selon Mme Lucas-Schloëtter, que le juge devrait pouvoir refuser d'entrer en condamnation lorsque l'atteinte au droit moral dont se plaint l'auteur est minime et que sa sanction porterait à l'inverse atteinte de façon démesurée aux intérêts de l'exploitant¹²⁵⁷. A cet égard, on peut citer le Doyen Strömholm : « Sur le plan des *intérêts*, enfin, l'évolution esquissée complique les conflits de plusieurs façons. Du côté des exploitants, les intéressés se multiplient, les sommes engagées deviennent de plus en plus importantes ; l'auteur, lui, reste seul. Autre raison pour s'organiser. On rencontre quelquefois, dans le débat, une attitude, prétendue 'réaliste', qui consiste à invoquer, comme argument contre l'auteur défendant ses intérêts non patrimoniaux contre tel exploitant, l'importance des sommes investies par son adversaire. Nous trouvons cet argument insoutenable : le nombre des millions ne suffit jamais pour transformer la nature des intérêts engagés, si l'on peut constater que le législateur a opté pour la suprématie des intérêts moraux, on a beau multiplier à l'infini des chiffres des investissements. La solution contraire rendrait illusoire toute protection des intérêts non patrimoniaux dans le domaine des films. »¹²⁵⁸.

293. Contre le « monnayage » du droit moral. L'autre argument qu'on évoque pour une application extensive de la théorie de l'abus de droit consiste à affirmer une déontologie de l'exercice du droit moral. Le droit moral ne doit pas permettre à l'auteur d'obtenir des avantages pécuniaires. Selon M. le Professeur Caron, l'exercice du droit moral doit exclure tout avantage matériel et doit être entièrement dédié au « seul but » de la défense de la personnalité. Pour lui, l'exercice du droit moral doit être guidé par le spirituel, « le

¹²⁵⁶ Ph. Gaudrat, *Théorie générale du droit moral*, op. cit., n° 61, pp. 35 et s.

¹²⁵⁷ A. Lucas-Schloëtter, *Pour un exercice équilibré du droit moral...*, op. cit., à la p. 138 ; Adde Ch. caron, op. cit., n° 324, p. 284 ; V. cpdt : R.-Th. Troplong, Ch. Bonaventure-Marie Toullier, op. cit., p. 278 : « Toutefois, si les changements que l'auteur veut introduire sont tellement considérables et onéreux que l'éditeur coure la chance d'être privé des bénéfices qu'il a légitimement espérés, il peut demander la résiliation du marché. ».

¹²⁵⁸ S. Strömholm, op. cit., II, t. 1, p. 78.

désintéressement financier »¹²⁵⁹. Il admet que cet argument : « [...] est, certes, imprégné d'un certain idéalisme quelque peu éloigné des impératifs matériels, mais c'est ce qui constitue sa raison d'être. »¹²⁶⁰. Selon lui l'abus de droit permettra d'« épurer » le droit moral afin de lui restituer sa mission première de défense de la personnalité de l'auteur. »¹²⁶¹ Ces idées ressemblent étrangement aux idées chrétiennes du Moyen Age de justice, de morale, aux préceptes augustinien d'aumônes aux pauvres, de bonté. En fait, selon cette vision, il n'est en aucun cas permis d'user des choses « *pro libidine* », c'est-à-dire pour son désir, ce serait abuser, parce que si l'homme a un droit sur les choses, c'est rappelle l'un des derniers défenseurs de cette vision traditionnelle¹²⁶², à condition d'en user « *pro fine aliquo, qui ab ultimo alienus non sit.* »¹²⁶³. Or, cet argument n'emporte pas la conviction, d'autant que la plupart du temps l'exercice du droit moral est soit motivé par des intérêts pécuniaires, soit a des conséquences pécuniaires. Ainsi le professeur Dietz nous donne l'exemple « d'un auteur travaillant d'une manière professionnelle dans le domaine du droit d'auteur, peut-être un *designer* indépendant, dont l'intérêt principal quand il insiste sur son droit à la paternité est pécuniaire, car son talent ne devient connu que quand son nom apparaît en corrélation avec ses produits ; la mention de son nom sert donc à lui procurer des nouvelles affaires. »¹²⁶⁴. Certes la gloire que l'auteur peut retirer de son œuvre est une satisfaction personnelle, mais elle a également pour conséquence d'améliorer les possibilités du créateur intellectuel sur le marché, notamment du point de vue économique. Les conditions offertes par les exploitants aux auteurs de renom sont supérieures à celles dont doivent se contenter les créateurs obscurs. Selon le doyen Strömholm, un écrivain de métier qui sait parfaitement que son roman de l'année est inférieur à ses productions normales n'a aucune gloire à récolter, mais il insiste sur sa qualité d'auteur simplement parce qu'il veut rester sur le marché, garder ses lecteurs, ne pas être oublié. Il se peut même que l'auteur insiste sur sa qualité d'auteur parce que c'est son nom qui va faire vendre le livre. Non seulement le droit à la paternité peut être exercé pour obtenir des avantages pécuniaires mais aussi les autres prérogatives. Prenons l'exemple d'un auteur qui, ayant achevé son œuvre, se voit conseiller de retarder la publication en vue d'une commercialisation plus rentable, abuserait-il de son droit de divulgation ? Mieux encore, lorsque l'on veut savoir si une œuvre a été divulguée, il faut rechercher comment la décision

¹²⁵⁹ Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, op. cit., n° 318, p. 280.

¹²⁶⁰ *Ibid.*

¹²⁶¹ *Op. cit.*, n° 319, p. 280.

¹²⁶² Il s'agit de A. Desing, *Juirs naturae larva detracta*, Monachii, 1753, c. VIII, th. IV, cité par M.-F. Rnoux-Zagamé, *Du droit de Dieu a droit de l'Homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété*, in *Destins du droit de Propriété*, PUF, 1985, p. 17, à la p. 31.

¹²⁶³ *Ibid.*

¹²⁶⁴ A. Dietz, *Le droit moral de l'auteur (droit civil) Rapport général*, op. cit., p. 25.

de divulgation a pu se manifester. Ainsi, dans l'affaire *Bonnard*, la Cour d'Orléans a vu dans la « vente, la mise en vente et la reproduction à titre onéreux » de tableaux, la preuve qu'un peintre avait entendu les divulguer¹²⁶⁵. Les mêmes exemples peuvent être évoqués en ce qui concerne le droit au respect. En fait, toutes les prérogatives morales contiennent en elles-mêmes un élément économique, en ce sens que leur violation peut donner lieu à une action en dommages-intérêts¹²⁶⁶. L'auteur n'a pas à se justifier, ni à s'expliquer sur les raisons pour lesquelles il exerce son droit moral. En fait, l'objet du droit moral doit être la défense de l'œuvre de l'esprit, peu importe les motifs derrière la décision de l'auteur. On peut donner l'exemple d'un auteur qui, après avoir cédé son droit pécuniaire sur son œuvre, décide de modifier celle-ci en vue de faciliter sa vente. Il doit préalablement utiliser son droit de repentir. Or, même si l'exercice de cette prérogative des motifs purement commerciaux, son cocontractant ne peut pas les évoquer pour établir un abus de droit. En fait, dans l'affaire *Chiavarino*, l'auteur n'exerçait pas son droit moral. Puisque dans ladite affaire l'objet du droit moral, c'est-à-dire l'œuvre d'esprit, faisait défaut. L'auteur n'utilisait pas sa prérogative pour défendre une forme originale, mais pour obtenir une rémunération supplémentaire¹²⁶⁷.

¹²⁶⁵ 18 février 1959, *préc.* (Souligné par nous)

¹²⁶⁶ D. Weiller, *Abus de droit et propriété littéraire et artistique*, th. Strasbourg, 1962, p. 39.

¹²⁶⁷ *Aff. Chaivarino*, Cass. 1^{re} ch. civ., 14 mai 1991, *préc.*

Section 2) La structure du droit moral *post mortem*

294. Plan. La mort de l'auteur va changer profondément la structure du droit moral. Pourtant deux principes vont encadrer ce changement. Le premier est le principe de l'éclatement du droit moral à la mort de l'auteur (§1.), le second est la perpétuité du droit moral (§2.).

§1. Le principe de l'éclatement du droit moral à la mort de l'auteur

295. La mort de l'auteur. La mort du créateur intellectuel a certainement une influence considérable aussi bien sur les prérogatives morales de l'auteur que sur ses prérogatives pécuniaires. Cependant, cette influence est plus visible dans le domaine des prérogatives morales qui, par leur but, sont plus attachées à la personne de l'auteur. Autrement dit, le droit moral change de finalité après la mort de son titulaire. Ce phénomène nous explique le professeur Tafforeau, est logique, dès lors que la personne à laquelle ce droit est attaché disparaît. « La fiction juridique de la continuation de la personne du *cujus* par ses successeurs ne suffit pas à combattre la réalité de la mort. C'est ici que l'on s'aperçoit à quel point l'œuvre est le reflet de la personnalité de l'auteur, que ce bien est éminemment personnel à son créateur. »¹²⁶⁸ Quel effet a ce phénomène sur l'unité du droit moral ?

296. L'affaire Utrillo (Cass. 1^{re} ch. civ., 11 janvier 1989). La doctrine et la jurisprudence sont favorables à l'opinion selon laquelle le droit de repentir s'éteint en même temps que l'auteur¹²⁶⁹. Le débat est de savoir si les règles qui sont applicables au droit de divulgation *post mortem*, le sont pour le reste des prérogatives. C'est-à-dire le droit au respect et le droit

¹²⁶⁸ P. Tafforeau, *Droit de la Propriété intellectuelle*, Gualino éditeur, 2^{ème} éd., 2007, n°52, p.128.

¹²⁶⁹ V. par ex. Trib. civ. Seine, 10 oct. 1951 : « le droit de repentir [...] est par essence attaché à la personne de l'artiste, disparaît avec lui et ne peut être exercé par les héritiers que si ces derniers agissent en vertu de la volonté explicitement manifestée par l'auteur, avant sa mort, qu'une partie de son œuvre soit détruite ou ne soit publiée. », (*aff. Bonnard*) *D.* 1952, p. 390 note H. Desbois ; *JCP* 1952, II, 7240, note R. Plaisant ; CA Paris 24 mai 1969, (*aff. Picabia*) *Gaz. Pal.* 1969, 2^{ème} partie, p. 240 ; CA Paris 17 déc. 1986 (*aff. Utrillo*), *JCP éd. G.* 1987, II, 20899 note B. Edelman.

au nom. Sur cette question on doit noter qu'une partie de la doctrine estime que le droit moral doit garder son unité après la mort du créateur et qu'il est conforme à la logique de la loi de 1957 de considérer que les dispositions de l'article L. 121-3 viennent compléter l'article L. 121-1 et non pas y déroger¹²⁷⁰. Mais cette approche ne fait pas l'unanimité, et certains spécialistes soutiennent, au contraire, que les dispositions de l'article L. 121-3, dérogoires au droit commun de la propriété littéraire, doivent rester d'interprétation restrictive¹²⁷¹. La position de la jurisprudence, quant à elle, semble avoir fluctué sous l'influence des différentes théories¹²⁷². Néanmoins, la Cour de cassation, concernant la succession du peintre Utrillo, a pris position contre l'unité du droit moral à la mort de son auteur, censurant en cela la position des juges du fond¹²⁷³. Elle affirma sans ambiguïté qu' : « Il résulte de l'art. 6 [L. 121-1], al. 4, de la loi du 11 mars 1957, que le droit d'auteur au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre est transmissible à cause de mort à ses héritiers selon les règles ordinaires de la dévolution successorale. »¹²⁷⁴. En conséquence, elle cassa l'arrêt de la Cour d'appel qui avait débouté le légataire universel de la veuve du peintre. La Cour de cassation considéra, en effet, que l'article L. 121-2 régissait « exclusivement la divulgation des œuvres posthumes » et n'était donc pas applicable en l'espèce.

¹²⁷⁰ H. Desbois, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n°s 467-468, pp 572-574 ; Cl. Colombet, *op. cit.*, 9^{ème} éd. n° 263 ; A. Françon, *op. cit.*, p. 231 ; A. Françon, *La protection du droit moral de l'auteur relatif à un œuvre tombée dans le domaine public*, in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillic*, Litec, 1968, p. 167 à la p. 168 ; G. Gavin, *op. cit.* n° 127, pp. 123-124, Qui considère que la disposition de l'article L. 121-3, qui concerne l'abus du droit de divulgation *post mortem*, est applicable au cas d'abus de toute autre prérogative morale de la part des héritiers ou des représentants de l'auteur décédé. ; G. Lésourd, *Le droit moral après la mort de l'auteur*, th. Paris 1962, pp. 114 et 127 ; Th. Désurmont, *L'incidence des droits d'auteur sur la propriété corporelle des œuvres d'art en droit interne français*, th. préc., pp. 378-385 ; Cl. Jaubert, *La protection des œuvres posthumes*, th. Paris, 1959, pp. 152-155 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°s 487 et s. ; du même auteur, *Droits moraux. Régimes matrimoniaux et successions*, J. Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1225, 2000, n°60 et s., pp. 12 et s. ; A. Le Tarnec, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 55, p. 68 : « Sans doute, ainsi qu'il a déjà été vu, cet article 19 ne cite-t-il formellement que le droit de divulgation, mais rien, dans la loi, n'empêche d'appliquer aussi cet ordre à l'exercice du droit au respect, car comment pourrait-on justifier qu'à un moment donné, le droit moral puisse se trouver écartelé entre les titulaires différents ? » (*Nos italiques.*)

¹²⁷¹ R. Savatier, *Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 46 ; Concl. De l'Avocat général Gulphe sous TGI Seine, 15 avril 1964 ; *Gaz. Pal.*, 1964, 2, p. 23 ; D. Giocanti, th. préc., p. 171.

¹²⁷² TGI Paris, 3^{ème} ch., 2^{ème} sect., 22 janv., 1971, *RIDA* juil. 1972, p. 223. Confirmé en appel par CA Paris 1^{ère} ch., 14 juin 1972 : « les dispositions de portée générale (contenu dans l'article 6) doivent être, en principe, disjointes des dispositions spéciales des articles 19 et 20 de la loi, consacrées au droit de divulgation... », *RIDA* oct. 1972, p. 135 ; *RTD com*, 1972 p. 898 obs. H. Desbois. ; *Contra* CA Paris, 1^{ère} ch. sect. A., 17 déc. 1986, *JCP* 1987, II, 20899 note, B. Edelman.

¹²⁷³ TGI Paris, 4 juil. 1984, *RIDA* 1984, oct. p. 230, obs. R. Lindon (qui souligne cependant les complications qui peuvent résulter de l'interprétation des juges du fond.) ; CA Paris, 1^{ère} ch. sect. A., 17 déc. 1986, *JCP* 1987, II, 20899 note, B. Edelman.

¹²⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère} ch., 11 janv. 1989, *D.* 1989, *IR*, p. 33 ; *D.* 1989 *jurispr.*, p. 308 note B. Edelman ; *JCP* 1989 II, 21378, note A. Lucas ; *D.* 1990, *somm. comm.* p. 57, obs. Cl. Colombet. ; S. Durrande, *Les « héritiers » du droit au respect*, *D.* 1989, *chron.*, p. 189.

L'arrêt de renvoi de la Cour de Versailles est plein de significations¹²⁷⁵. Elle a jugé que le droit moral *post mortem*, qui pour elle semble ne désigner que le droit au nom et le droit au respect de l'œuvre, est d'une nature différente de celle du droit de divulgation, ce qui justifierait l'absence d'unité du droit moral *post mortem*, et donc le régime de ces droits. En fait l'article L. 121-3, comme l'article L. 121-2 auquel il se réfère expressément, ne parle que du droit de divulgation, pas du droit au respect, ni du droit à la paternité. Ainsi, d'après l'interprétation littérale de ces articles faite par la cour de cassation, on peut conclure facilement que l'abus de droit ne concerne que le cas très particulier du droit de divulgation *post mortem*.

297. Le principe de la non-transmission du droit de divulgation des œuvres *anthumes*¹²⁷⁶. Cette interprétation est critiquée par le professeur Pollaud-Dulian. L'éminent spécialiste refuse l'éclatement du droit moral à la mort de l'auteur, et donc une discrimination entre les différents attributs du droit moral ne se justifie en aucune manière¹²⁷⁷. En fait, la mort de l'auteur modifie nécessairement le régime de la protection des intérêts moraux attachés à la divulgation des œuvres et, puisque l'œuvre a un lien intime avec la personne de l'auteur, ce lien s'éteint par conséquent avec lui. Si les héritiers ne peuvent pas exercer cette prérogative du droit moral, pour les œuvres *anthumes* c'est parce qu'elle a disparu avec la mort de l'auteur, le seul titulaire¹²⁷⁸. Comme l'affirme Portalis dans un discours prononcé en 1829, à la Chambre de pairs, au cours d'une discussion sur la propriété littéraire et artistique : « L'auteur seul peut se refuser à des publications nouvelles ; mais ce droit est incommunicable comme sa volonté, comme sa conscience ; les héritiers n'héritent que la faculté de tirer parti de l'exploitation ; si l'on reconnaissait aux héritiers d'empêcher les impressions, on porterait un grave préjudice aux lumières et à l'intérêt public. »¹²⁷⁹. Ainsi, Portalis affirme, non seulement que le droit de divulgation ne s'épuise pas, mais en plus, que celui-ci ne peut pas survivre au sujet divulguant : l'auteur. Ceci est conforme à l'article L. 121-2 qui précise que « l'auteur seul » a le droit de divulguer son œuvre. En plus, il ne faut

¹²⁷⁵ C. Versailles 3 oct. 1990, *RIDA* avr. 1991, p. 148, obs. P.-Y. Gautier.

¹²⁷⁶ V. *supra* (Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1., A.)

¹²⁷⁷ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 490, p. 326 : « Sur le fond, cette interprétation tend à accréditer l'idée que le droit moral n'est pas un, mais qu'il y a seulement des droits moraux, de nature différente, ce que rien ne justifie à notre point de vue. ».

¹²⁷⁸ Comme l'affirme Savatier, *Le droit de l'art et des lettres, op. cit.*, n° 21, p. 24 : « Du droit moral, il ne subsiste plus chez les héritiers désignés par la loi ou par l'auteur pour le représenter, que le droit au respect, c'est-à-dire le droit d'empêcher l'usurpation de l'œuvre par autrui, ses altérations, et celui d'en autoriser ou défendre toute nouvelle reproduction ou adaptation. ».

¹²⁷⁹ Cité par A. Boistel, *Philosophie du droit*, t. 1^{er}, Paris, 1899, pp. 264 et 265.

pas oublier que le droit de divulgation est imprescriptible. Nous avons tiré ce caractère de l'article L. 121-1 al. 3. Or, l'article L. 123-4, al. 3 pose le principe du délai « d'une prescription » du non-usage de la « non communication » au public de ces œuvres. En fait, si la divulgation se produit après la fin de la durée des droits d'exploitation (plus de 70 ans après le décès), le droit de divulgation *post mortem* s'éteint pour donner naissance à un droit de publication qui appartient cette fois-ci au propriétaire du support de l'œuvre. Tandis que les droits au respect et au nom demeurent perpétuels¹²⁸⁰. De plus, le droit de divulgation *post mortem* est un droit qui ne s'exerce par l'héritier qu'une seule fois. En fait, la divulgation *post mortem* est synonyme de communication au public. Le but de ce droit est d'encourager les héritiers à divulguer les œuvres *posthumes* des auteurs pour l'intérêt culturel de la société. Ce but se voit achevé dès la première communication. Le droit de divulgation *post mortem* est un droit indivisible¹²⁸¹.

298. Le caractère indivisible du droit de divulgation *post mortem*. Expliquons-nous. Dans un jugement du Tribunal civil de la Seine du 11 mars 1897, après avoir pourtant affirmé que « le droit de publier ses œuvres repose manifestement entre les mains de l'auteur lui-même », le tribunal affirme que la transmission de cette prérogative extrapatrimoniale aux héritiers de l'auteur fait rentrer en jeu un troisième intérêt : celui « des droits les plus respectables de la critique historique ou littéraire »¹²⁸². Le tribunal justifie ainsi les larges emprunts à des lettres inédites. C'est en effet l'intérêt des tiers à la publication d'inédits qui regroupent les aspirations honorables de la recherche et de l'érudition, à côté d'autres intérêts, moins honorables, du « dépeçage » commercial des inédits d'un auteur célèbre¹²⁸³. On comprendra que lorsque l'on fait prévaloir cet intérêt, la prérogative morale de divulgation *post mortem auctoris* n'a plus aucune finalité qui la justifie après sa première communication

¹²⁸⁰ P. Tafforeau, *op. cit.*, n° 151, p. 127 : « En principe perpétuel, le droit moral ne subsiste pas dans toutes ses composantes après le décès de l'auteur. [...] le droit de retrait et de repentir disparaît avec l'auteur, sauf si celui-ci avait donné des instructions précises à son sujet, par exemple, par testament. Par ailleurs, le droit de divulgation, s'il est certainement transmissible aux héritiers et légataires universels, n'est pas défini comme perpétuel par la loi (article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle). »

¹²⁸¹ Dans le même sens V. Varet, *th. préc.*, n° 25, p. 61 : « Tout d'abord, il faut bien remarquer que la possibilité d'une divulgation fractionnée du vivant de l'auteur n'est pas remise en cause. Du fait de la coexistence du droit moral et des droits patrimoniaux, il semble en effet indiscutable que l'auteur pourra à son gré décider de communiquer, ou non, son œuvre au public, selon tel ou tel mode et pour chacun d'entre eux. Il lui est également possible d'invoquer son droit de divulgation pour refuser une seconde utilisation du même mode d'exploitation (ainsi une réédition). Mais c'est le maintien d'une telle solution après son décès qui est critiqué [...] » ; S. Hovasse-Banget, *th. préc.*, p. 352.

¹²⁸² Trib. civ. Seine, 11 mars 1897, *DP*, 1898, 2^{ème} partie, p. 359. V. la décision dans l'affaire *Lecomte* (TGI Reims 9 janv. 1969, *D.* 1969, *jurispr.* p. 569) où, à la volonté de l'artiste, étaient mêlées des considérations relatives à « l'enrichissement du patrimoine national. »

¹²⁸³ V. Varet, *La protection des œuvres posthumes*, th. Paris II, 1996, n° 51, p. 117.

au public, et sa nécessité disparaît. En fait, les œuvres *posthumes* ont une vocation générale à la publication. Elles « s’objectivent », sortant, après la mort de l’auteur, du domaine de sa souveraineté absolue pour acquérir « une valeur objective pour la culture »¹²⁸⁴. Ainsi, on voit que le droit de divulgation *post mortem* « s’épuise », en quelque sorte, après la première communication au public, tandis que les autres prérogatives morales continuent d’exister.

299. Diversité d’intérêts. Le droit de divulgation en ce qui concerne les œuvres *posthumes* se transforme en un outil au service d’un intérêt culturel, celui de porter l’œuvre à la connaissance du public. Ainsi, le jugement dans l’affaire *Lecomte*, qualifiait d’abus notoire le non-usage du droit de divulgation au regard de l’intérêt public à connaître l’œuvre de l’auteur¹²⁸⁵. Plus encore, la Cour de cassation, dans l’affaire *Foujita*, s’est opposée à considérer comme abusif le refus de la part de la veuve du peintre de ne pas user des droits de divulgation et d’exploitation concernant une publication relative à l’œuvre du défunt, « sans qu’il soit soutenu que cet ouvrage ne ferait pas l’objet d’une diffusion en France »¹²⁸⁶. A *contrario*, l’intérêt du public est ici clairement pris en compte, la diffusion impliquant l’accès de la collectivité à l’œuvre. L’éclatement du droit moral se justifie ainsi non seulement par la nature de ce droit ; elle repose aussi sur une constatation de fait : d’un côté, on a un droit de divulgation *post mortem* qui a pour finalité l’intérêt public culturel et d’un autre côté, on a un droit au respect et au nom, tel qu’ils appartiennent aux successibles, qui sont des droits destinés à défendre la pensée de l’auteur et non pas les intérêts, même moraux, des nouveaux titulaires. Rappelons que la Cour de cassation dans l’affaire *Huston*, dont l’auteur était décédé, a refusé de prendre en considération l’intérêt public pour justifier l’atteinte au droit au respect¹²⁸⁷. Autrement dit, contrairement au droit de divulgation *post mortem* les droits au respect et au nom n’ont pas pour finalité la protection d’un intérêt public, qu’il soit consumériste ou culturel, mais garde toujours un fondement individualiste : la protection de l’intérêt du défunt.

300. Diversité de régimes. La diversité de ces intérêts a pour conséquence l’éclatement du droit moral, donc la diversité du régime. Alors que, du vivant de l’auteur, celui-ci se trouve seul investi du droit moral, après la mort de l’auteur deux droits peuvent appartenir à des

¹²⁸⁴ G. Michaélidès-Nouaros, *La protection des intérêts moraux de l’auteur comme postulat de la culture*, D.A., 1979, n°2, p. 37.

¹²⁸⁵ TGI Reims, 1^{re} ch., 9 janv. 1969, D. 1969, *jurispr.*, p. 569, note H. Desbois.

¹²⁸⁶ Cass. 1^{re} ch. civ. 29 février 1989, D. 1989, *jurispr.* note S. Durrande.

¹²⁸⁷ Cass. 1^{re} ch. civ. 28 mai 1991, *préc.* Il s’agissait de l’intérêt du consommateur V. *supra* (Partie II, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2., B.).

personnes différentes¹²⁸⁸. Le renvoi de l'article L. 121-1, alinéas 4 et 5, du CPI, a pour résultat de soumettre la dévolution du droit à la paternité et du droit au respect de l'œuvre au droit commun des successions, tandis que le texte de la loi a prévu un régime spécial de succession pour le droit de divulgation des œuvres posthumes. Ensuite la loi ne vise expressément la possibilité d'un contrôle judiciaire qu'à propos du droit de divulgation *post mortem*. La possibilité d'un contrôle judiciaire doit être limitée à la seule hypothèse expressément envisagée par le législateur, c'est-à-dire à l'« abus notoire dans l'usage ou le non usage du droit de divulgation »¹²⁸⁹. Les raisons qui militent en faveur d'une intervention du juge, dont l'article L. 121-3 CPI prévoit qu'il peut être saisi par le ministre chargé de la culture, n'ont en effet de justification qu'à propos de la divulgation *post mortem*. Il s'agit d'empêcher que son titulaire *post mortem* ne s'oppose à la divulgation d'une œuvre posthume que l'auteur aurait clairement voulu communiquer au public et ne lèse pas ainsi l'intérêt public de la culture, d'où le pouvoir de saisine du ministre. Ces raisons ne se retrouvent pas en revanche pour le droit à l'intégrité et à la paternité, pour lesquels ce risque de bloquer l'accès à une œuvre d'intérêt culturel ou national n'existe pas¹²⁹⁰. En fait, si l'abus de droit ne peut pas s'appliquer au droit au respect après le décès de l'auteur, c'est surtout parce que la notion de faute, la volonté de nuire sans intérêt légitime, paraît devoir rester étrangère au droit moral au respect, même après le décès de l'auteur. Mais, à la mort de l'auteur, le droit au respect est devenu, entre les mains des héritiers, l'instrument d'un devoir de fidélité. S'ils n'exercent pas ce devoir, cela ne peut justifier contre eux une action en dommages et intérêts, mais cela est susceptible de légitimer que d'autres personnes puissent agir à leur place, comme par exemple l'ami de l'auteur¹²⁹¹.

¹²⁸⁸ Ainsi, pour M Edelman, il existe entre la dévolution du droit au respect et celle du droit de divulgation, une différence de nature apte à justifier une différence de régime, V. note sous Cass. civ. 11 janv. 1989, D. 1989, jurispr. p. 308 ; *Contra* H. Desbois, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 467, p. 572 ; V. cpdt TGI Paris 22 janv. 191, RIDA juil. 1972, p. 226 (*aff. Féval*) : « les dispositions précitées sur le droit moral doivent être en principe disjointes des dispositions spéciales des articles 19 et 20 de la loi consacrées au droit de divulgation. » ; V. A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 690 : « La théorie 'disjonctive' consacrée solennellement par la Cour de cassation nous semble, malgré l'hostilité d'une partie de la doctrine, devoir être approuvée. La solution inverse, outre qu'elle est contraire au texte de la loi, n'apparaît en effet justifiée par aucun argument décisif. »

¹²⁸⁹ *Contra* G. Micahélidès-Nouaros, *art. préc.*, p. 38 : « Il s'ensuit que le droit moral *post mortem*, tout en gardant ses principaux caractères (d'inaliénabilité, d'insaisissabilité, etc.) et tout en restant dans la sphère du droit privé, change de nature. Il n'est plus un 'droit à fin égoïste', mais un 'droit à fin altruiste', reconnu pour le service d'autrui. Il cesse d'être un droit souverain, absolu et individualiste, pour se transformer en un droit relatif et altruiste dont le respect est imposé par les intérêts de la culture, un droit dont l'abus doit être contrôlé par les tribunaux. ».

¹²⁹⁰ A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 728, p. 522.

¹²⁹¹ V. D. Giocanti, *th. préc.*, pp. 181 et s.

301. Le droit moral *post mortem* entre pouvoir et droit subjectif. Mais, nous avons pu constater que la structure éclatée du droit moral, du vivant de son auteur, lui fait perdre sa qualité essentielle : il n'est plus un droit subjectif. Or, la question qu'on peut poser est de savoir si l'éclatement du droit moral après la mort de l'auteur lui fait subir le même sort. Cette thèse est soutenue par le professeur Caron¹²⁹². Selon l'éminent spécialiste, la métamorphose que le droit moral subit est profonde et par conséquent le droit moral perd sa nature de droit subjectif pour se transformer en simple pouvoir. La raison essentielle de cette perte est que la prérogative dévolue à l'héritier a pour finalité de sauvegarder la personnalité de l'auteur telle qu'elle s'exprime dans l'œuvre¹²⁹³. Or, l'héritier exerce un pouvoir dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. C'est un « gardien naturel de la mémoire de l'auteur »¹²⁹⁴. Et il a le devoir d'exécuter les intentions expresses ou tacites de l'auteur, car le droit moral, après la mort de l'auteur, ne doit pas être exercé selon le bon vouloir de son titulaire. « En définitive, le droit moral *post mortem* est une manifestation du culte des ancêtres qui, dans l'Antiquité, honorait avec force les défunts. »¹²⁹⁵. Dans cette analyse le droit moral *post mortem* se transforme pour *n'être plus*, entre les mains des héritiers, qu'un devoir. Ceci invite à s'interroger sur le point de savoir si l'on peut encore parler de transmission du droit moral à cause de mort¹²⁹⁶. Comment concilier en effet la transmission du droit moral à cause de mort, expressément énoncé par le législateur, avec l'affirmation selon laquelle ce droit perd sa nature de droit subjectif¹²⁹⁷ ? En fait, selon cette analyse, le droit moral *post mortem* ne perd pas seulement de son intensité à la mort de l'auteur, mais il disparaît complètement en tant que tel¹²⁹⁸.

Il nous semble que, malgré la métamorphose et l'éclatement du droit moral à la mort de l'auteur, le droit moral *post mortem* garde sa qualité de droit subjectif, du moins en ce qui concerne les droits au respect et au nom¹²⁹⁹. En fait, le principe de transmissibilité à cause de

¹²⁹² Ch. Caron, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 271, pp. 207-208 ; Dans le même sens J. Matthyssens, *Le droit moral contre les faux-monnayeurs du génie*, RIDA oct., 1980, p. 3 à la p. 5 : « Quant à la fonction du droit moral après la mort de l'auteur, elle est très précise dans la loi de 1957 : c'est une mission de fidélité à la mémoire de l'auteur défunt. C'est un devoir plus qu'un droit. ».

¹²⁹³ *Ibid.*

¹²⁹⁴ V. CA Paris 9 juin 1964 : « [...] à la mort de l'auteur, son héritier se trouve investi d'un droit moral moins étendu que celui dont était titulaire le de *cujus* ; l'ayant droit ne se présente plus comme le continuateur de la personne du défunt, mais bien comme le gardien naturel de sa mémoire ; l'exercice de ce droit moral doit être dicté avant de servir les intérêts de l'héritier, par le souci de respecter la volonté de l'auteur. », JCP 1969, II, 14172, note A. Françon

¹²⁹⁵ Ch. Caron, op. cit., n° 271, p. 208.

¹²⁹⁶ V. A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droit de la personnalité...*, op. cit., n° 721, p. 518.

¹²⁹⁷ *Ibid.*

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ V. O. Lalignant, *Le droit de divulgation...*, op. cit., pp. 424-425, qui considère que la prérogative morale de divulgation, après la mort de l'auteur, reste un droit subjectif.

mort du droit moral, énoncé par le texte de la loi, suppose que les héritiers deviennent des titulaires d'un droit subjectif¹³⁰⁰. Mais cela ne signifie pas qu'on puisse soutenir qu'ils disposent des mêmes pouvoirs que l'auteur de son vivant¹³⁰¹. En fait, ce n'est pas l'éclatement, en tant que tel, qui a fait perdre la qualité du droit subjectif au droit moral, mais le fait que ce droit avait pour objet la défense de la réputation de l'auteur. Or, après la mort de l'auteur, et en ce qui concerne le droit au respect et le droit au nom, il n'y a rien dans le texte de la loi qui soutient qu'ils ont pour objet la défense de l'honneur ou la réputation de l'auteur décédé. Son objet demeure la protection du lien personnel qui unit, ou unissait, l'auteur à son œuvre¹³⁰². Le droit moral qui leur est transmis demeure en effet, malgré la transmission, le droit moral de tel auteur sur telle œuvre et non leur propre droit moral. Ils sont donc pleinement titulaires d'un droit qui ne défend pas leur propre intérêt, mais celui de l'auteur décédé. D'après Mme Lucas-Schloetter : « Cette affirmation apparemment contradictoire se justifie par le caractère à la fois personnel et transmissible du droit moral [...] »¹³⁰³. Contrairement aux autres droits attachés à la personne de leur titulaire, il ne s'éteint pas au décès de celui-ci puisqu'il s'exerce à propos d'une œuvre qui, elle, continue d'exister¹³⁰⁴.

§2. Le principe de la perpétuité du droit moral post mortem

¹³⁰⁰ Le débat de savoir si les héritiers de l'auteur sont titulaires d'un droit subjectif ou pas, est une traduction d'un autre débat, celui de savoir si le droit-fonction (droits à fin altruiste, institués non pour le service de leur titulaire, personne physique ou personne morale, mais pour le service d'autrui, J. Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 217) peut faire parti ou non de la catégorie plus large des droits subjectifs. Sur ce débat V. J. Ghestin/G. Goubeaux, *Droit civil, Introduction Générale*, 3^{ème} éd. 1990, n° 163, p. 122, et n°s 177 et s. pp. 136 et s.

¹³⁰¹ V. A. Lucas-Schloetter, op. cit., n°s 722 et s., pp. 518 et s. : « [...] l'héritier ne peut faire tout et n'importe quoi sur le fondement du droit moral, mais il n'est cependant pas tenu d'une obligation de sauvegarde des prérogatives extrapatrimoniales de son auteur. [...] Le droit moral est donc transmis au titulaires post mortem tel qu'il était du vivant de l'auteur ou de l'artiste. »

¹³⁰² V. cpdt *l'affaire La Veuve Joyeuse*, dans laquelle les héritiers de l'auteur demandaient à la Cour de Bruxelles des dommages intérêts pour violation du droit moral. La cour quant à elle a constaté que l'œuvre avait été déformé, que cette déformation avait pour conséquence de faire attribuer aux auteurs des conceptions qui leur étaient étrangères, de préjudicier à leur réputation d'auteurs légers, aimables, boulevardiers, cherchant à divertir, sans plus, comme les aimait le public de la belle époque. », *RIDA*, n° LIII, 1967, p. 3. (Cité par J. Matthyssens, op. cit., p. 15.)

¹³⁰³ A. Lucas-Schloetter, op. cit., n° 724, pp. 519 et s.

¹³⁰⁴ V. cpdt Nerson, op. cit., p. 444 : « [...] il n'y a pas à proprement parler transmission à un nouveau titulaire mais survivance de la personnalité; c'est pour cette raison que les héritiers ne peuvent utiliser que les prérogatives négatives du droit moral; leur mission consiste à conserver l'image invariable du dernier état de la personnalité du défunt. Le successible exerce le droit du défunt et non pas un droit qui lui appartient personnellement. Si l'on parle de transmission, il faut alors souligner qu'elle est distincte de celle des biens : elle est fondée sur la proximité d'affinité, indépendante du titre d'héritier ; [...] ».

302. Données du problème. Malgré sa consécration solennelle par le législateur, la perpétuité du droit moral de l'auteur demeure cependant symbolique. En fait, pour déclarer le droit moral perpétuel, il faut, d'abord, déterminer les personnes habilitées à agir pour sa sauvegarde, ce qui soulève de véritables difficultés lorsque l'auteur a disparu sans laisser de postérité ou lorsque celle-ci est inconnue ou elle-même éteinte. Pour certains auteurs, il est important de sauvegarder le droit moral en permettant aux organismes de défense professionnelle, notamment les sociétés d'auteurs, de pouvoir agir en justice pour défendre le droit moral. Or, dans une telle hypothèse, il faut admettre que le droit moral change de fondement pour défendre désormais les intérêts publics de la culture (A.). Paradoxalement, ce même intérêt peut être aussi un argument contre la perpétuité du droit moral¹³⁰⁵. (B.) La encore, certains plaident la liberté au nom du rajeunissement des chefs-d'œuvre. Ils affirment que l'œuvre n'appartenant à personne doit appartenir à tous, que le génie des grands auteurs n'a rien à craindre qu'ils survivront¹³⁰⁶.

A. Un principe protecteur de l'intérêt public culturel

303. La qualité des organismes professionnels pour défendre le droit moral *post mortem*. Le droit moral est perpétuel, à la différence de ses éléments pécuniaires. Cette perpétuité attribuée au droit moral atteste de la structure dualiste du droit d'auteur français¹³⁰⁷. Une fois la création dans le domaine public, le créateur ou ses ayants droit peuvent toujours imposer le respect du droit moral. Cet exercice prolongé dans le temps est directement menacé par la nature temporaire des personnes en ayant la jouissance, conférant un caractère théorique à la perpétuité du droit moral. En pratique, Mme Piriou relève l'absence d'héritiers dans toutes les procédures engagées pour atteinte au droit moral lorsque les œuvres sont dans

¹³⁰⁵ V. S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, op. cit., n° 417, p. 203 : « [...], nous sommes assez optimiste sur l'évolution de la jurisprudence relative à la qualité pour agir des sociétés d'auteurs au titre de la défense du droit moral des auteurs dont les œuvres sont dans le domaine public. » ; et du même auteur note sous Cass. 30 janv. 2007, *D.* 2007, *jurispr.*, p. 920.

¹³⁰⁶ Dans ce sens B. Edelman note sous CA Paris 31 mars 2004, *D.* 2004, *jurispr.* 2028 : « Ni Dante, ni Shakespeare, ni Cervantès, ni même Hugo, n'ont plus rien à craindre : leur œuvre n'a pas à être 'respectée' ; elle se suffit à elle-même. »

¹³⁰⁷ A l'inverse, la loi allemande du 9 sept. 1965 (art. 65) prévoit que le droit d'auteur s'éteint soixante-dix ans *post mortem auctoris*.

le domaine public¹³⁰⁸. Pour certains auteurs, il est important de sauvegarder le droit moral¹³⁰⁹. Or, les seules personnes susceptibles d'ester en justice pour défendre le droit moral sont les sociétés d'auteurs. Il est donc fondamental de savoir si elles ont qualité pour agir. Il ne fait aucun doute que cette qualité existe si l'auteur a transmis son droit moral à une personne morale ou a désigné une personne morale comme exécuteur testamentaire. La question est de savoir si ces sociétés ont qualité pour agir en l'absence de volonté de l'auteur. Or, seule la protection de l'intérêt public est dévolue à ses groupements. Si on admet leurs actions pour défendre le droit moral il faut transformer son fondement. Le droit moral deviendrait ainsi garant de l'intérêt culturel de la société. Breton écrivait, à ce propos, pour défendre l'intervention de la Société des gens de lettres dans l'affaire *Les liaisons Dangereuses* : « Au point où nous en sommes, la défense du droit moral de l'auteur n'est plus celle d'un intérêt privé : les morts, pas plus que les droits, n'ont d'intérêts privés. Il s'agit d'un intérêt concernant une très large collectivité, et pour tout dire, la plus large collectivité qui soit, l'humanité toute entière. L'auteur défunt, par son apport personnel, large ou modeste, a eu sa part dans la constitution du patrimoine littéraire et artistique de l'humanité. Cette part n'intéresse pas seulement une nation ou une civilisation, c'est chacun d'entre nous, c'est l'humanité toute entière qu'elle intéresse. »¹³¹⁰. Cette transformation du fondement du droit au respect a été soulignée par Lyon-Caen en ces termes : « c'est que la thèse de la perpétuité du droit moral au respect, sous sa forme la plus absolue, aboutit à confondre cette sorte de droit moral global, portant sur l'ensemble des œuvres du domaine public, avec l'intérêt général et celui de la culture. »¹³¹¹. Ainsi, après avoir transformé le fondement du droit moral, on peut accepter que les organismes professionnels puissent intervenir pour défendre le droit moral des auteurs, à défaut d'héritiers ou d'exécuteurs testamentaires.

304. Le droit moral *post mortem* protecteur d'un intérêt privé. Dans l'affaire *Les Misérables I*, le Tribunal de grande instance de la Seine rendit un jugement qui à cause de l'ambiguïté de son raisonnement, a pu donner lieu à des interprétations diamétralement opposées. Il s'agissait, en l'espèce, d'une édition abrégée des « Misérables » qui avait été

¹³⁰⁸ F.-M. Pirou, *art. préc.*, n° 16 et s.

¹³⁰⁹ Selon Françon, la recevabilité des actions intentées par les organismes professionnels constitue le seul moyen technique de ne pas laisser lettre morte la volonté du législateur de faire du droit moral un droit perpétuel. A. Françon, *La protection du droit moral de l'auteur relatif à une œuvre tombée dans le domaine public*, in *Mélanges Henry Cabrillac*, Litec, 1968, spéc. n° 21, p. 180.

¹³¹⁰ A. Breton, *De la faculté pour la Société des Gens de Lettres d'ester en justice en vue de la protection du droit moral d'un auteur décédé*, in *Mélanges Hamel*, Dalloz, 1961, p. 19, à la p. 25.

¹³¹¹ G. Lyon-Caen, *Une querelle juridique des anciens et des modernes (à propos des Liaisons dangereuses)*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2, Dalloz-Sirey, 1961, p. 497, à la p. 509.

réalisée dans des conditions de nature à donner aux lecteurs une idée fausse de cette célèbre œuvre de Victor Hugo, laquelle est évidemment depuis longtemps tombée dans le domaine public. La Caisse nationale des lettres avait assigné devant le Tribunal de la Seine « l'adaptateur » et l'éditeur de l'œuvre. Par décision du 15 avril 1964, le tribunal a jugé cette action irrecevable. Le tribunal souligna que la loi de 1957 a mis l'accent sur le caractère personnel du droit moral, et que donc le droit moral ne peut appartenir à des tiers que dans le cas où ladite loi en décide ainsi, exceptionnellement, comme elle le fait dans l'article L. 121-3 sur l'abus notoire dans l'usage ou le non usage du droit de divulgation. C'était, ainsi, aller dans l'affirmation du fondement individualiste du droit moral des œuvres du domaine public. Cependant le tribunal ajouta : « Attendu en conséquence, que la Caisse nationale des Lettres serait recevable à agir s'il n'y avait aucun héritier vivant et connu de l'auteur. »¹³¹². Selon cette jurisprudence, tant que l'auteur décédé aurait des descendants, ceux-ci, étant censés continuer sa personne, auraient et auraient seuls compétence pour invoquer le droit moral, ceci en vertu du caractère personnel du droit moral affirmé par l'article L. 121-1 du CPI. Au contraire, une fois la descendance disparue, il n'y aurait plus place que pour une protection du droit moral par l'entremise de la Caisse nationale des Lettres, agissant au nom de l'intérêt public de la culture. Le principe étant admis, on reconnaît que les associations professionnelles ne peuvent agir en justice que dans le but de défendre l'intérêt collectif de leur profession. S'il arrive qu'elles agissent en justice à l'occasion de l'atteinte à un intérêt privé, c'est parce que cette atteinte porte aussi préjudice à l'intérêt collectif dont elles ont statutairement la charge. La jurisprudence leur a cependant, à deux reprises, refusé le droit d'agir sur ce fondement. Ainsi dans la célèbre affaire des *Liaisons Dangereuses*, la Société des gens des Lettres entendait faire respecter le droit moral de l'auteur de cette œuvre. En l'espèce, la Société des gens de lettres invoquant ses statuts l'habilitant à défendre la pensée française, avait agi en justice pour demander la saisie du film « Les Liaisons Dangereuses » qui, prétendait-elle, dénaturait l'œuvre de Choderlos de Laclos. Dans la première décision, la Cour de cassation a déclaré que l'article L. 331-1 al. 2 du CPI (art. 65 al. 2 de la loi du 11 mars 1957) « limite à la défense des intérêts professionnels dont ils ont statutairement la charge les pouvoirs de ces organismes, qu'en déclarant que la Société des gens de lettres avait qualité pour ester en justice, afin de protéger le droit moral de Choderlos de Laclos, la Cour d'appel a violé l'article 65 alinéa 2 de la loi du 11 mars 1957 »¹³¹³. Dans l'affaire *Paul Féval*, l'action de la Société des gens de lettres fut, bien qu'accueillie en première instance, rejetée

¹³¹² TGI Seine, 15 avril 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, 2^{ème} partie, p. 23.

¹³¹³ Cass. 1^{re} ch. civ., 6 déc. 1966, *JCP* 1967, II, 14937, concl. Lindon, *D.* 1967, p. 381, note H. Desbois.

par la Cour de Paris, au motif que le litige mettait en jeu « non pas la défense des intérêts de la profession d'écrivain, mais l'exercice particulier du droit moral d'un auteur déterminé. »¹³¹⁴. En d'autres termes, les juges estimaient que la SGDL n'a vocation à agir que pour la défense des intérêts professionnels et non pour protéger un intérêt particulier, en l'espèce le droit moral. On peut facilement conclure que le refus des juges de retenir la qualité d'agir des sociétés d'auteurs repose sur *le refus de reconnaître que le droit moral post mortem peut défendre un intérêt public*.

305. Le droit moral post mortem protecteur de l'intérêt collectif de la profession. La publication de « La suite des Misérables » par les *Editions Plon* a relancé le débat car les consorts Hugo ont assigné l'éditeur afin de réclamer l'interdiction de cette suite qui, selon eux, portait une grave atteinte à la volonté d'Hugo qui avait considéré son œuvre comme définitivement achevée. Dans ces conditions, la Société des gens des lettres ne pouvait qu'intervenir pour soutenir l'action des héritiers et demander paiement de la somme symbolique d'un euro pour atteinte à un intérêt public, en l'espèce : *l'intérêt collectif de la profession*. Est-ce à dire que la défense professionnelle puisse aller jusqu'à l'exercice du droit moral d'un auteur ? La négative nous paraît certaine : la défense de la profession n'est pas celle d'une personnalité ou d'une œuvre ; la protection du droit moral est étrangère au domaine de la défense professionnelle. C'était l'opinion du Tribunal de grande instance, qui avait assimilé l'action de la SGDL à la défense du droit moral de Victor Hugo et déclaré celle-ci irrecevable. La Cour de cassation à la suite de la Cour d'appel reçoit cette action en concluant que la question des suites des œuvres romanesques met en jeu l'intérêt collectif de la profession.

306. Analyse critique. D'abord, il faut signaler que l'intervention d'un groupement dans la défense du droit moral des auteurs est une opération sensible et discutée¹³¹⁵. Pourquoi refuse-t-on, ainsi, que les personnes morales agissent en justice contre les contrefacteurs ? Ne défendent-elles pas l'intérêt public de l'investissement ? Ensuite, comment une personne morale, non spécialement habilitée par l'auteur, peut-elle défendre la relation intime de ce dernier avec son œuvre ? Si l'on se réfère à l'article L. 121-1, celui-ci ne prévoit aucune

¹³¹⁴ CA Paris, 14 juin 1972, *RIDA* oct. 1972, p. 135.

¹³¹⁵ N. Binctin, *PA*, 19 juil. 2007, n° 144, p. 10 à la p. 19 ; Du même auteur, *Le capital intellectuel*, Litec, 2007, n° 626, p. 670 : « Le droit français est marqué par la nécessité d'un intérêt à agir pour permettre une action en justice et le droit moral est fortement personnaliste. Une personne morale peut engager une action en justice soit parce que ses intérêts sont directement atteints, soit parce qu'elle a reçu des pouvoirs en ce sens du titulaire. L'adage 'nul ne plaide par procureur' demeure. ».

possibilité d'action pour les associations professionnelles d'auteurs dans la mesure où le droit au respect et au nom *post mortem auctoris* ne semble être dévolu qu'aux héritiers de l'auteur (al. 4) ou à un tiers, mais par testament (al. 5). Cependant, il en va différemment si l'article L.121-1 est interprété à la lumière de l'article L. 121-3, c'est-à-dire, en posant le principe de l'unité *post mortem* du droit moral. L'article L. 121-3 du CPI dispose en effet que « le tribunal peut être saisi notamment par le ministre des arts et des lettres », le terme *notamment* constituant une ouverture à l'action des associations professionnelles prévues par l'article L. 331-1 du CPI al. 2¹³¹⁶. Notons à ce propos que le projet initial prévoyait la saisine du tribunal « soit par le Ministre des arts et des lettres, soit par les organismes professionnels agissant à l'encontre de l'intéressé. ». Selon Desbois, si ces termes ont été remplacés, dans le projet final, par l'adverbe *notamment*, il ne semble pas que ce soit pour exclure les associations professionnelles d'auteurs, mais au contraire pour ouvrir plus largement l'accès aux tribunaux¹³¹⁷. A cet égard soulignons la critique de Roubier de ce texte. Selon lui, le fait de remettre l'exercice de ce droit au pouvoir judiciaire, et même au ministre chargé des Arts et des Lettres, n'a aucun rapport avec le mécanisme du droit subjectif¹³¹⁸. Un tel mécanisme peut s'appliquer au droit de divulgation *post mortem* dont la qualité de droit subjectif est, peut être, mise en cause, ce qui renforce, encore une fois, la thèse selon laquelle la structure du droit moral *post mortem* est une structure éclatée, ce qui empêche de cumuler les articles L. 121-1 et L. 121-3.

307. En résumé. Quand l'auteur meurt, son droit moral passe à ses héritiers, à moins qu'il veuille en confier par testament l'exercice à un tiers. C'est là tout ce que dit l'article L. 121-1, dans ses alinéas 4 et 5, du CPI. On ne peut pas soutenir que le droit moral peut défendre un intérêt public, qu'il soit consumériste ou culturel, et ce même après le décès de l'auteur ou encore après la chute de son œuvre dans le domaine public. D'abord, même de son vivant, les intérêts publics sont étrangers à son droit moral. Certes à la mort de l'auteur le caractère exclusivement personnel s'est inévitablement atténué, mais le droit moral demeure cependant encore personnel pour ne pouvoir aller qu'aux individus rattachés à l'auteur par un lien de famille ou par un acte de sa volonté. Le droit moral a pu s'élargir à la mesure de la famille ou du cercle des successeurs testamentaires et rien ne donne à penser qu'il prend en

¹³¹⁶ D. Giocanti, *th. préc.*, p. 209.

¹³¹⁷ H. Desbois, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 484, p. 591.

¹³¹⁸ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 374.

considération un intérêt public¹³¹⁹. Il ne faut pas oublier que le droit moral reste, même quand l'œuvre tombe dans le domaine public, un droit subjectif : comment peut-il défendre un intérêt public ? Même si l'on prétend que l'intérêt qu'on essaie de protéger est un intérêt noble qui concerne la collectivité ou même l'humanité, il faut savoir qu'une telle logique n'intègre que les œuvres de mérite¹³²⁰, contrairement aux dispositions du CPI qui interdisent de prendre en considération un tel critère.

B. Un principe attentatoire à l'intérêt public culturel

308. Droit moral versus liberté d'expression. Certains commentateurs contestent le bien fondé du caractère perpétuel du droit moral. Ils le font au nom de l'intérêt public de la culture, mais en mettant en valeur un autre aspect de celle-ci : la liberté de création ou d'expression. Cette thèse est soutenue, en général, par les défenseurs de la théorie moniste « utilitariste » du droit d'auteur. Selon cette thèse le droit moral est un simple correctif des droits patrimoniaux. Il est perçu comme un accessoire au principal qui est ici un monopole d'exploitation. L'accessoire ne peut pas précéder le principal. Or, nous avons vu que selon cette théorie, l'objet principal du droit d'auteur était l'idée, ou l'information, et son accessoire la forme. Or la liberté d'expression est applicable, en général, aux idées et aux informations. Ainsi le droit d'auteur et la liberté de création ont le même objet¹³²¹. Il était donc normal que le rapport

¹³¹⁹ A. Lucas-Scloetter note sous TGI Paris 1^{re} ch. 1^{re} sect., 12 sept. 2001, *Droit de la famille*, mars 2002, p. 8 à la p. 10 : « le droit moral n'existe que dans et pour la personnalité du créateur intellectuel. Il ne saurait être détourné de son but et utilisé pour défendre les intérêts publics. Ceux-ci doivent être protégés par d'autres moyens. Les préoccupations de sauvegarde de l'intérêt public de la culture, aussi dignes soient-elles, sont et doivent demeurer étrangères au droit d'auteur. Celui-ci, a un fondement purement individualiste seul à même de justifier l'entorse faite aux intérêts du public et de la culture. »

¹³²⁰ V. CA Paris, 31 mars 2004 : « cette œuvre [*Les Misérables*], véritable monument de la littérature mondiale, d'une part, n'est pas un simple roman en ce qu'elle procède d'une démarche philosophique et politique [...] » et qu'en conséquence « aucune suite ne saurait être donnée à cette œuvre à jamais achevée sans porter atteinte au droit moral de Victor Hugo. », *D.* 2004, *jurispr.* p. 2028, note B. Edelman ; *RTD com.* 2004, p. 474 obs. F. Pollaud-Dulian ; Ch. Caron, *Les Misérables : œuvre figée pour l'éternité ? Com. comm. électr.*, mai 2004, p. 24 ; *PI*, 2004, p. 768, obs. A. Lucas.

¹³²¹ *Contra* F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, pp. 30-31 : « le droit d'auteur constitue, dans l'ordre des droits subjectifs, le contrepoint de ce qu'est la liberté de création et d'expression, dans l'ordre des libertés publiques. Tous deux, chacun dans son propre registre, défendent et exaltent la création de l'individu créateur. » ; V. N. Binctin, note sous Cass. civ. 1^{re} ch. 30 janv. 2007, *op. cit.*, p. 18 : « En opposant le droit d'auteur et liberté d'expression, la Cour masque toute la philosophie de la matière et la place dans un rapport conflictuel avec d'autres droits subjectifs. Cet apport exogène non impératif affaiblit le droit d'auteur, alors que ce dernier contient des dispositions utiles et efficaces pour trancher ce conflit. ».

entre le droit d'auteur et la liberté d'expression soit un rapport de conflit¹³²². Le droit moral est perçu comme une restriction à la liberté d'expression, et donc il faut empêcher sa perpétuité¹³²³. Il est intéressant de constater que ces juristes partagent, en général, la même opinion en ce qui concerne la relation entre le droit d'auteur et la concurrence : le droit d'auteur n'est pas à l'abri des revendications et empiétements provenant du droit de la concurrence¹³²⁴. Ce qui justifierait la durée limitée du droit d'auteur¹³²⁵.

309. La stratification du droit moral. On peut légitimement se demander s'il ne s'agit pas d'une vision féodale du droit d'auteur. En fait, comme nous allons le voir, le tenancier tient ses droits du seigneur ou du Roi, et ces derniers conservent sur les terres concédées un domaine éminent¹³²⁶. Les terres concédées sont donc censées revenir au seigneur à chaque mutation et ce parfois, de façon définitive, notamment dans l'hypothèse du retrait féodal. Ainsi l'auteur en divulguant fait don de son œuvre à la société, qui lui accorde instantanément une propriété utile. Le domaine éminent de la collectivité n'est pas visible aussi longtemps que l'auteur vit ; la collectivité reconnaît le droit de l'auteur en lui abandonnant l'exercice du droit de propriété utile. A son décès, il le confie à ses héritiers ou à des exécuteurs testamentaires. C'est encore le domaine utile que le législateur laisse, pendant 70 ans *post mortem*, en propriété utile temporaire entre les mains des héritiers de l'auteur. La propriété perpétuelle appartient uniquement à la collectivité parce que, dans une vision féodale de la société, la perpétuité ne se justifie que par le domaine éminent¹³²⁷. C'est la collectivité qui, après les 70 ans *post mortem*, doit veiller au respect de l'œuvre. Le droit moral n'est perpétuel qu'en appartenant à la collectivité. Une telle opinion n'est pas nouvelle. Victor Hugo proposa de décréter qu'en principe le droit serait perpétuel mais il ajouta, avec une prescience remarquable, qu'un jour la doctrine pourrait admettre l'existence d'un domaine éminent qui

¹³²² P. Henaff, *Le droit moral de l'auteur décédé : Menace pour la liberté d'expression et la création artistique*, (1^{re} partie), *PA*, 20 juil. 1999, n° 143, p. 17 à la p. 19 : « Le lien entre l'amplitude de la liberté d'expression et la durée post mortem du droit moral est donc inextricable. C'est le principe des vases communicants : en réduisant l'un, on augmente l'autre. Ainsi, en s'attendant à limiter la durée post mortem du droit moral, on augmente ipso facto les chances d'accroître la portée de la liberté d'expression. » ; V. 2^{ème} partie, *PA*, 22 juil. 1999, n° 145, p. 13

¹³²³ V. B. Edelman note sous CA Paris, 31 mars 2004, *préc.* à la p. 2031 : « En deux mots, plus le temps passe et plus les œuvres appartiennent au public, plus il se les approprie, plus il en fait la matière même de son identité jusqu'à ce qu'ils constituent un patrimoine commun de l'humanité. ».

¹³²⁴ A titre d'exemple : F. Siiriainen, *L'ordre concurrentiel et le droit d'auteur*, *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 483.

¹³²⁵ A. Strowel et F. Tulkens, *Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur, A propos des libertés de créer et d'user des œuvres*, in *Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, (sous la dir. de A. Strowel et F. Tulkens), Larcier, 2006, p. 9.

¹³²⁶ *Ibid.*

¹³²⁷ P. Recht, *op. cit.*, pp. 240 et s.

appartiendrait à la collectivité : « L'écrivain, en tant qu'écrivain, n'a qu'un héritier : c'est l'héritier de l'esprit ; c'est l'esprit humain, c'est le domaine public. Voilà la vérité absolue. »¹³²⁸. Cette opinion fut un argument décisif contre les héritiers de l'écrivain dans l'affaire *les Misérables II*.

310. Le droit moral, accessoire du droit patrimonial. Cette opinion est loin d'être isolée¹³²⁹. Certains auteurs ont soutenu que le droit moral s'éteint quand l'œuvre tombe dans le domaine public. « L'intérêt public l'emporte : la liberté de tous est désormais totale, tandis que l'œuvre ne peut plus être appropriée par personne ; elle devient le bien commun, puisque la distance chronologique qui nous sépare de la création atteint une échelle historique, faisant passer l'auteur initial du rang de l'individu à celui de référence désincarnée. La voici pleinement offerte à son destinataire ultime, le genre humain, et en tant que simple matériau aux créateurs futurs. »¹³³⁰. D'après M^e Edelman, « la seule chose qui est, à peu près, incontestable est d'éviter tout risque de confusion entre l'œuvre originale et l'œuvre seconde. »¹³³¹ Or, le risque de confusion est une condition pour constituer l'action en concurrence déloyale. C'est la solution retenue par le droit allemand. Une fois le droit pécuniaire s'éteint, le droit moral disparaît complètement. En effet, selon le droit allemand, la protection du droit moral se termine en même temps que le droit d'auteur tout entier. Il ne reste plus que les principes de la responsabilité civile. Par application de ces principes, il a été admis en Allemagne que celui qui s'est approprié une œuvre d'un auteur mort, tombée dans le domaine public, en la présentant sous son propre nom, pourrait être poursuivi par les autres auteurs ou par les organismes professionnels d'auteurs, comme coupable d'un délit civil, ou d'un acte de concurrence déloyale¹³³². C'était malheureusement la logique de la Cour de cassation dans l'affaire *Les Misérables II*. En l'espèce la cour relève qu'il n'y a pas la

¹³²⁸ Cité par P. Recht, *Ibid.*

¹³²⁹ V. déjà B. Terrat, *Du régime de la Propriété dans le Code civil*, in *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, 2004, p. 329, à la p. 351 : « Dans l'œuvre d'art, dit-on, (et la théorie pourra s'étendre à bien d'autres objets), il y a deux parts distinctes : la part intellectuelle, c'est-à-dire la pensée de l'artiste, l'idéal qu'il a incarné dans une forme quelconque, et une part matérielle, cette forme même qui a servi à réaliser sa pensée, son idéal. La première appartiendrait à la société, qui aurait mission de la protéger, d'en assurer la conservation et le bénéfice aux générations à venir : la seconde seule, qu'elle fût tableau, marbre ou bronze, ferait l'objet de la propriété privée, mais propriété grevée de servitudes, soumise à des conditions propres à garantir la première part, apanage de la société. [...] Qu'il y ait deux éléments distincts dans toute œuvre d'art, c'est incontestable. Ce qui l'est moins, c'est d'attribuer à la société la première part, la pensée de l'artiste, l'idéal réalisé par lui. Cette pensée semblerait plutôt du domaine de l'humanité que d'une société donnée. Et puis, pourquoi l'artiste, créateur de l'œuvre, n'aurait-il pu la transmettre tout entière à un particulier ? Il faut donc chercher ailleurs une base aux prétentions sociales sur cette œuvre d'art. »

¹³³⁰ D. Cohen, *La liberté de créer*, in *Droits et liberté fondamentaux*, Dalloz, p. 252 (Cité par B. Edelman, note sous CA Paris 31 mars 2004 *préc.*)

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² G. Michaélidès-Nouaros, *art. préc.*, pp. 41-42.

démonstration d'un risque de confusion sur la paternité de l'œuvre. Autant il n'est pas possible d'interdire *a priori* l'utilisation d'une œuvre du domaine public pour créer une nouvelle œuvre, autant il est exclu de laisser croire que l'œuvre seconde est du même auteur. Cette thèse revient à réduire le droit moral à la simple protection d'un intérêt légitime par une logique de responsabilité ou de concurrence parasitaire, et ne permet pas de l'envisager comme un droit subjectif exclusif¹³³³. Selon la cour, après la disparition du droit pécuniaire, on ne doit accorder aux continuateurs de l'auteur que la possibilité d'agir en responsabilité civile pour défendre la réputation de leur ancêtre. Cela revient à nier le caractère perpétuel du droit moral. Ce droit ne peut pas exister qu'en présence d'un droit pécuniaire ! Comme l'a fait remarquer un commentateur : « Faut-il comprendre que le droit moral n'est plus, pour la cour, que l'accessoire marcescent du droit patrimonial ? »¹³³⁴.

311. Analyse critique. D'après les défenseurs de cette thèse, la protection du droit moral des œuvres tombées dans le domaine public est une question qui se rattache au domaine de la protection des monuments et non pas à celui de la protection des auteurs¹³³⁵. Cet argument a aussi été avancé lors de la révision de la Convention de Berne à Bruxelles en 1984 et à Stockholm en 1967 et a conduit au rejet d'une proposition éternelle du droit moral¹³³⁶. Cet argument n'est pas convaincant pour deux raisons. D'une part parce que la protection de la personnalité et des intérêts moraux d'un auteur disparu appartient toujours, c'est-à-dire même quand l'œuvre tombe dans le domaine public, à la sphère du droit privé et non à la sphère du droit public. A l'appui de cette thèse, on pourrait citer cette pensée de Kant, qui garde toujours son actualité : « Celui qui, cent ans après ma mort, répandra quelque calomnie contre moi m'offense dès à présent. »¹³³⁷. D'autre part, on sait que le droit de propriété sur un bien (meuble ou immeuble) est conçu par le droit civil commun comme un droit subjectif perpétuel qui ne cesse pas cependant d'appartenir à la sphère du droit privé. Il en sera de même pour le droit d'auteur, c'est-à-dire un droit absolu, exclusif et perpétuel. En d'autres mots, si le législateur reconnaissait la perpétuité des prérogatives morales de l'auteur, ce fait ne pourrait nullement leur enlever la qualité du droit subjectif privé¹³³⁸.

¹³³³ N. Binctin, *op. cit.*, p. 15 : « En l'espèce, la fonction du droit à la paternité est pleinement remplie, dans ces deux composantes: indication des sources d'inspiration et distinction des auteurs. On doit approuver la solution de la Cour de cassation. »

¹³³⁴ S. Grégoire note sous Cass. 30 janv. 2007 (*aff. Les Misérables II*) JCP éd. E, 2007, 2065, p. 17.

¹³³⁵ P. Henaff, *art. préc.*

¹³³⁶ G. Michaélidès-Nouaros, *art. préc.*, p. 41.

¹³³⁷ Cité par G. Michaélidès-Nouaros, *Le droit moral de l'auteur, op. cit.*, p. 122, note 1.

¹³³⁸ G. Michaélidès-Nouaros, *art. préc.*, pp. 41-42.

Ainsi, le droit moral n'existe que dans son principe. Il a même la primauté sur le droit pécuniaire et il est l'élément essentiel du droit d'auteur. Il suffit de lire les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 1957 : « Ainsi se posent à l'artiste une série de problèmes nouveaux. On a voulu, dans cette législation, les délimiter et poser **le principe de la primauté du droit moral de l'auteur, du créateur sur les droits patrimoniaux**, sur des intérêts patrimoniaux, d'ailleurs parfaitement respectables, du capitalisme, au sens propre du terme ; il apporte un concours indispensable, mais qui doit demeurer subordonné. »¹³³⁹.

¹³³⁹ L. Hamon, *Propriété Littéraire et Artistique, discussion d'un projet de loi*, JO Conseil de la République – séance du 30 oct. 1956, pp. 2127-2128. (Souligné par nous).

Titre II : Les structures du droit d'exploitation

312. Présentation. L'article L. 122-1 du CPI reconnaît à l'auteur un « droit d'exploitation » comprenant le droit de représentation et le droit de reproduction. La représentation consiste, selon l'article L. 122-2, « dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque », et la reproduction, selon l'article L. 122-3, « dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Aussi bien le droit de représentation que le droit de reproduction, sont conçus, en droit français, de manière synthétique. Le droit d'exploitation se limite à ces deux prérogatives générales. Suivant une logique éminemment humaniste, le législateur français a opté pour une conception très large de ces deux prérogatives permettant à l'auteur d'avoir un contrôle sur toutes les formes d'exploitation de son œuvre. L'approche adoptée par la doctrine utilitariste est, en revanche, tout autre. Procédant de manière analytique et non plus synthétique, cette conception conduit à reconnaître expressément, aux auteurs, un monopole de location à côté du droit d'autoriser la reproduction, la communication au public, la distribution et le prêt des exemplaires. Cette différence de structure des droits d'exploitation révèle une profonde différence de point de vue et non une simple différence de méthode. Alors que le système « exclusiviste » correspond à une conception individualiste et *iusnaturaliste* - le droit d'auteur apparaissant comme un droit naturel, absolu, et non comme un simple monopole accordé par l'Etat - l'approche analytique entend répondre à l'intérêt du public : les prérogatives sont divisées selon les actes que le législateur considère utile de reconnaître ou de rendre libres.

313. Plan. Selon la première conception, la propriété de l'auteur est pleine et entière, la structure du droit d'exploitation est donc exclusiviste (**Chapitre I.**). La deuxième conception de la propriété n'est plus, ni absolue, ni entière ; elle est divisée entre la « propriété éminente » de la société et la « propriété utile » de l'auteur. En effet, dès la publication, la propriété éminente de l'œuvre appartient à la collectivité et l'auteur, qui lui en fait « don », n'est plus que le titulaire d'un domaine utile que la loi protège pendant sa vie et ses héritiers pendant 70 ans *post mortem*. Qui plus est, la conception analytique du monopole de l'auteur accroît les pouvoirs de l'auteur sur les supports. La structure du droit d'exploitation se stratifie

entre plusieurs propriétaires : la propriété éminente de la collectivité, la propriété intellectuelle de l'auteur et la propriété du support corporel (**Chapitre II.**).

Chapitre I : La structure stratifiée

314. Plan. Nous avons vu que la thèse utilitariste du droit d'auteur ramène à une *ré-féodalisation* de celui-ci. La propriété féodale (**Section 1.**) serait donc le modèle qui va inspirer, en quelque sorte, la structure utilitariste du droit d'auteur (**Section 2.**). Comme le dit le professeur Terré « [...] le droit procède plutôt par l'imitation que par invention. »¹³⁴⁰. Ainsi, pour pouvoir comprendre cette structure « moderne », il faut passer par l'histoire du droit. C'est donc par l'histoire du droit que nous comprendrons l'actualité juridique.

¹³⁴⁰ F. Terré, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, *Droits*, 1985, n° 1, p. 33, à la p. 35.

Section 1.) Le modèle féodal de la propriété stratifiée

315. Propriété et personnalité. La propriété est le reflet de la personnalité humaine dans le domaine des biens matériels. L'homme étant une personne individuelle, un moi, a aussi le droit d'établir un rapport personnel individuel avec les objets matériels, en disant : ceci est à moi. De la personnalité, de l'être pour soi, découle l'avoir pour soi, ou la propriété individuelle, privée. Celle-ci est ainsi la manifestation et en quelque sorte la projection de la personnalité humaine dans le domaine matériel des choses. La propriété a donc sa raison d'existence dans la personnalité. Cette liaison intime de la propriété avec la libre personnalité nous fait comprendre cette importante loi historique, que la structure d'une propriété chez un peuple ou dans une époque est toujours analogue à la manière dont la personne individuelle est comprise dans ses rapports avec les sphères supérieures de la famille, la société, l'Etat, enfin avec l'ordre social¹³⁴¹. Ainsi, dans la civilisation romaine, qui est une civilisation de conquêtes, la propriété romaine était jalouse autoritaire, et ne supportait aucun frein à sa puissance. Elle comporte non seulement le droit de tirer profit de toutes les utilités de la chose, mais aussi le droit de la démembrer ou de la détruire. Ce sont les romains qui ont analysé le droit de propriété en ses trois attributs : *usus*, *fructus*, *abusus*. La propriété germanique, au contraire, est avant tout la propriété du clan, de la famille ou du chef de la tribu. Le droit de l'individu sur la terre n'est encore qu'une usurpation récente de l'individu sur les diverses collectivités dont il est membre et vis-à-vis desquels il est tenu à des devoirs très étroits. La souveraineté du clan ou de la famille n'est pas seulement personnelle : elle s'est imprimée sur la terre ; elle engendre au profit de chaque groupement un droit de même nature que celui de l'individu propriétaire et antérieur à lui. Au lieu d'un propriétaire, il y a une série, chacun investi d'attributs et de dignités différentes, mais qui ont tous sur la terre un droit de même nature¹³⁴². Aux origines du droit français, et jusqu'à la révolution, fonctionne un système de « propriété simultanée ». Dans ce système féodal, le même immeuble supporte une pluralité de propriétés différentes portant chacune sur une utilité distincte du fonds. Plusieurs propriétaires se côtoient, solidaires, sur la même terre (§1.). Aucun n'est propriétaire pour le tout ; chacun tire privativement profit d'un aspect particulier de l'immeuble. Aucune

¹³⁴¹ H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 8^e éd., Leipzig : Brockhaus, t. II, pp. 118 et s.

¹³⁴² E. Meynial, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) Du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes, étude de dogmatique juridique, Mélanges Fitting*, t. II, Montpellier, 1908, p. 409.

de ces propriétés ne pouvait se confondre avec la totalité de la chose. Sans vouloir en rien préjuger des origines historiques du fief, de la censive, de l'emphytéose, ou de toutes les autres tenures en usage, on peut dire que les rapports juridiques entre les hommes, en dehors de la famille, se ramenaient à ce moment à des relations personnelles de subordination ou de supériorité entre le seigneur et son commandé, le suzerain et son vassal, le concédant et son tenancier. Tous sont assujettis les uns vis-à-vis des autres à des services de nature et de dignité variables : services militaires, redevances pécuniaires, corvées ou charrois, certains à raison de leur condition sociale, d'autres à cause de la terre qu'ils exploitent. C'est le propre des périodes de désorganisation sociale, où la force brutale domine, de faire ainsi des uns les maîtres : ce sont ceux qu'un tempérament plus robuste, des moyens d'action plus puissants ou d'heureux hasards ont placés à la tête de leurs voisins ; et des autres, les sujets que la lente et patiente culture de sol maintient attachés à leur tâche au cours des générations. La distance des maîtres aux sujets est d'autant plus grande que le désordre a été plus durable ou la conquête plus rude. Puis peu à peu, pour tous, leur sujétion tend à se justifier de plus en plus de la même manière ; la sujétion de personnelle tend à devenir universellement foncière¹³⁴³. Si l'on veut considérer cette sujétion sous son aspect foncier, et supposer qu'un subordonné a reçu concession d'une terre qui détermine désormais sa condition personnelle, ou bien qu'un recommandé a fait abandon de sa terre à son protecteur, à la condition de conserver pour lui le droit de l'exploiter, on peut constater que toutes ces propriétés sont liées à un devoir (§2.).

§1. Des propriétés simultanées

316. La saisine. Dans ce contexte très particulier s'est développé le phénomène de la saisine : une création spontanée d'une population rurale, très éloignée des abstractions juridiques romaines, mais sensible aux multiples utilités économiques de la terre et fortement enserrée dans les solidarités familiales, villageoises et seigneuriales¹³⁴⁴. Deux traits caractérisent la saisine : elle est envoi en possession légitime et jouissance d'utilité¹³⁴⁵. Le mot

¹³⁴³ E. Meynial, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) Du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes, étude de dogmatique juridique*, in *Mélanges Fitting*, t. II, Montpellier, 1908, p.409, à la p. 410.

¹³⁴⁴ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 21.

¹³⁴⁵ *Ibid.*

saisine désigne là possession¹³⁴⁶. Par extension, c'est la possession d'un bien obtenue à la suite d'une remise solennelle, c'est la son sens fondamental¹³⁴⁷. Elle définit la maîtrise de l'homme sur la terre par référence à la société. Cette référence aux autres est le trait le plus original de la propriété médiévale ; elle est le fondement de l'appropriation foncière coutumière. Etre en saisine d'une chose, c'est avoir le pouvoir légitime d'en tirer profit. Au contraire de la propriété romaine ou de la propriété moderne, la propriété médiévale ne se préoccupe que des utilités offertes par le sol¹³⁴⁸. Or rien n'est plus varié, moins absolu et plus divisible que la jouissance d'une chose. Rien n'empêche plusieurs ayants droit de tirer de la chose chacun un avantage particulier différent de celui auquel prétend le voisin : l'un peut avoir droit aux fruits, l'autre au pâturage, un autre à la coupe du bois, un autre peut exiger une part en nature ou en argent dans les produits de l'exploitation, un autre enfin prétendre à la souveraineté, c'est-à-dire à une sorte de supériorité et de contrôle, en même temps qu'à la dignité sociale que confère la possession de la terre ; il s'agit des droits seigneuriaux, sources de revenus périodiques liés à la possession d'une terre¹³⁴⁹. Ainsi la notion de saisine implique la pluralité des propriétaires sur le même fonds¹³⁵⁰, parce qu'elle est l'expression juridique uniforme de maîtrises variées, saisine d'une terre ou saisine de la justice sur cette terre, saisine d'un bois ou saisine de la récolte de glands de ce bois. En cela la notion rend parfaitement compte de l'organisation foncière médiévale où les hommes tirent profit, solidairement, de la même terre, chacun jouissant à titre privatif ou collectif d'une utilité différente du bien¹³⁵¹. Chacun, de bas en haut de l'échelle sociale, est investi, sur la terre, d'une sorte de « droit réel » qui n'est pas le droit de propriété à la romaine, qui n'est pas non plus un droit d'usufruit ou de servitude. Chacun a une saisine sur une terre. Chacun est en saisine d'un droit de dignité et de profit variable, mais d'égale solidité¹³⁵².

¹³⁴⁶ *Ibid.* : « Le mot vient du gothique *sas-jan* dont dérive l'allemand *sitzen*, être assis. Il est utilisé, au haut Moyen Age, en concurrence avec d'autres termes : *gewere*, mot germanique qui contient une idée de garantie, de défense, [...] » ; V. M. Klimrath, *De la saisine, Revue de législation et de jurisprudence*, 1835, t. II, p. 356, à la p. 359 : « Saisine, en allemand, se dit *were* ou *gewere*. Ce mot a un grand nombre de significations, qui reviennent toutes à la notion générale de protection, défense, sûreté. »

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ A.-M. Patault, *op. cit.*, p. 22.

¹³⁴⁹ E. Meynial, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes, étude de dogmatique juridique*, in *Mélanges Fitting*, t. II, Montpellier, 1908, p. 411, à la p. 415.

¹³⁵⁰ M. Klimrath, *De la saisine, Revue de législation et de jurisprudence*, 1835, t. II, p. 356, à la p. 363 : « Il peut y avoir dans le même temps, sur le même immeuble ou sur la même universalité de choses, plusieurs saisines (de fait ou de droit) pour des causes diverses, à des titres divers. »

¹³⁵¹ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 37.

¹³⁵² A.-M. Patault, *op. cit.*, p. 24.

317. Une propriété dépourvue d'*abusus*. Les Francs s'attachent au fait plus qu'au droit, et ils considèrent surtout la jouissance utile et durable d'un bien : des trois prérogatives romaines ; l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, ils négligent la dernière pour s'attacher aux deux autres qui sont visibles et sensibles¹³⁵³. Dans la conception médiévale de la propriété, l'*abusus* ne saurait jamais exister au profit d'un propriétaire, car son exercice arbitraire causerait un grave préjudice aux divers bénéficiaires des droits stratifiés sur la chose. La coexistence de tous les droits oblige tous les ayants droit à la conservation de la chose. Ceci est reconnaître qu'aucun des propriétaires n'a la pleine disposition de la substance de la chose. Aucun ne peut faire de la terre ce qu'il veut. Chacun ne dispose que de son droit, et doit, dans l'exercice de sa maîtrise, respecter les maîtrises concurrentes sur d'autres aspects du fonds¹³⁵⁴. Même la faculté d'aliéner la chose est soumise à quelques restrictions. Dès lors, ce n'est pas par l'*abusus* que se caractérise la propriété, c'est par l'*usus* ou le *fructus*. Le propriétaire est toute personne qui jouit de la chose, l'objet de son droit se limite à une utilité de la chose¹³⁵⁵. Dans ce modèle on assimile l'usufruit à une propriété. C'est-à-dire que l'usufruit et tous les autres démembrements ont été élevés à la dignité de *dominia*. Le *dominium* n'est plus ce pouvoir absolu du propriétaire romain, cette mainmise si complète que le droit semble se confondre avec la chose et n'en tolérer aucun autre à côté de lui. Maintenant tout le monde reconnaît qu'à côté du *dominium* le plus élevé, c'est-à-dire du *dominium directum*, il en existe d'autres dont le *dominus* est bien obligé de tenir compte. Le *dominium*, quel qu'il soit, n'absorbe plus la chose : il perd son caractère de droit corporel. Il devient, dans ce modèle, un droit incorporel, un droit à l'usage plus au moins étendu de la chose. Ainsi conçu le *dominium* n'est plus différent de tous les démembrements et de tous les droits d'usages qui grèvent la chose, domaine utile, usufruit, *usus*, etc. Il est dépouillé de sa royauté. Il n'y a pas que le domaine utile qui se rapproche de l'usufruit¹³⁵⁶. Il en est de même du domaine direct. *Dominium* et droit réel sur la chose se confondent désormais, à tel point que Bartole disait : « L'usufruit est une propriété » et généralisait : « Quiconque a un droit de propriété de son droit. »¹³⁵⁷.

318. La vision médiévale de l'individu. La saisine, propriété-jouissance, qui ne porte que sur les utilités de la chose, est en cohérence avec la conception franque où le sol échappe à l'emprise individuelle. Peut-être aux origines des droits germaniques, la terre a-t-elle été la

¹³⁵³ P. Ourliac, J. Malafosse *Histoire du droit privé, Les biens*, PUF, 1969, p. 236.

¹³⁵⁴ A.-M. Patault, *op. cit.*, p. 26.

¹³⁵⁵ E. Meynial, *op. cit.*, pp. 414 et s.

¹³⁵⁶ E. Meynial, *op. cit.*, à la p. 447.

¹³⁵⁷ A.-M. Patault, *op. cit.*, p. 108.

propriété collective du clan. A l'époque franque, elle est propriété privée, mais le chef de famille n'est que le dépositaire, l'exploitation familiale appartient aux générations qui s'y succèdent ; le fils prend la suite du père, à son tour, il transmettra à ses descendants le bien tenu des ancêtres, *alodis parentum*. Les idées chrétiennes qui dominent le droit médiéval et qui sont imprégnées des principes communautaires des Pères de l'Eglise, infléchissent le schéma familial franc en introduisant l'idée que Dieu seul est le véritable propriétaire de la terre¹³⁵⁸. Ainsi se dessine la vision médiévale de l'individu, enserré dans le groupe familial et immergé dans une nature immuable voulue par Dieu et dont Dieu est le maître¹³⁵⁹. L'idée est déjà exprimée au V^e siècle par Saint Augustin qui rappelle aux chrétiens qu'ils n'ont que la jouissance des biens terrestres, « des biens temporels nous ne faisons qu'user », et qu'ils en doivent rendre compte à Dieu. Saint Thomas d'Aquin précisera le refus chrétien de la propriété corporelle : « Supposez que le juge m'attribue la propriété d'une terre, de l'or, qu'est ce que j'ai reçu ? Est-ce la terre ou l'or ? Non, parce que ces choses appartiennent à Dieu. Il n'est pas en ma possession de changer leur nature... Je n'ai pas reçu le pouvoir d'en user à mon arbitre. »¹³⁶⁰. Les hommes du Moyen Age ne se posent pas la question de savoir qui est propriétaire du sol qui les nourrit. Il leur suffit d'avoir le droit d'en vivre. Le pouvoir sur les choses, même s'il vise pour l'essentiel la satisfaction de « *ministerium* »¹³⁶¹, par lequel l'être humain a charge de mener les choses vers leur fin, qui est d'être, à travers lui, ramenées à Dieu. La puissance formidable dont les théologiens-juristes ont doté Dieu rappelle étrangement la puissance absolue du Roi pour la théorie monarchique¹³⁶².

§2. Une propriété-devoir

319. Une propriété stratifiée. Dieu est le seigneur du Roi. Le Roi de son côté fait don à un seigneur, ou un puissant, pour récompenser les services que le Roi veut s'assurer, pour l'avenir, la fidélité. Le don est le plus souvent une terre dont les revenus permettront au

¹³⁵⁸ M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, *Quelques remarques sur le droit de propriété*, APD, t. 35, 1990, p. 233 « La construction théologique du droit de propriété, consiste dans l'idée d'une propriété qu'on tient d'un autre que soi, cet autre n'étant plus un homme mais Dieu. »

¹³⁵⁹ A.-M. Patault, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹³⁶⁰ Cité par A.-M. Patault, *loc. cit.*

¹³⁶¹ C'est-à-dire « service de Dieu ».

¹³⁶² M.-F. Rnoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'Homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété*, in *Destins du droit de Propriété*, PUF, 1985, p. 17, à la p. 31.

bénéficiaire de se consacrer aux services militaires et politique attendus de lui. C'est le régime monarchique de la directe royale universelle. On sait que c'était un étrange principe attribuant au Roi un domaine éminent sur toutes les terres du royaume, même les alleux. Cette théorie de la directe royale a été développée par le légiste dans les deux derniers siècles de la monarchie et elle a été adoptée expressément par Louis XIV et par Louis XV. Or, il ne s'agit pas d'une prétention purement théorique, elle ne sert pas seulement à justifier le pouvoir fiscal de l'Etat sur les biens des propriétaires, elle a des effets plus graves. Notamment, on prend prétexte de ce domaine éminent que le Roi aurait sur les propriétés de ses sujets pour exproprier les immeubles sans juste ni préalable indemnité. La propriété était donc divisée entre de nombreux tenants ou tenanciers d'une part et le Roi d'autre part. Au-dessus de tout propriétaire, se trouvait ainsi un seigneur, soumis lui-même à d'autres seigneurs, par lesquels on remontait jusqu'au Roi, souverain fief de tous les fiefs du royaume. De même au-dessus de l'immeuble inféodé ou fief servant, se trouvait un fief dominant et au sommet de l'échelle le domaine de la couronne. Le régime féodal considéré du point de vue du droit privé se résume tout entier dans cette hiérarchie corrélatrice des personnes et des terres. Il constituait comme une double chaîne, dont les anneaux correspondants étaient soudés l'un à l'autre¹³⁶³. Le vassal sous-concède une partie de son fief, il est vassal de l'un et suzerain d'un autre. La propriété a un caractère relatif. Pour un même fonds, un vassal est à la fois propriétaire utile vis-à-vis de son suzerain et propriétaire direct à l'égard de son propre vassal ou tenancier¹³⁶⁴.

320. La propriété médiévale et la *summa divisio* droit réel/droit personnel. La juxtaposition des propriétés sur le même fonds nourrit un réseau complexe d'obligations juridiques et, au-delà, de rapports sociaux. Le droit sur la terre et les rapports juridiques, ou non, entre les hommes, s'enchevêtrent jusqu'à se fondre en une institution unique, la propriété féodale, à double face, face réelle et face obligatoire. La connexité des deux aspects est telle que dans certains cas le non respect de l'obligation supprime le droit à la jouissance ; en corollaire, l'abandon du fonds par déguerpissement éteint l'obligation¹³⁶⁵. La propriété apparaît ainsi comme inscrite dans un *rapport d'échange*, ou plus exactement dans un *engagement personnel* dont l'objet est l'activité productive elle-même en tant qu'elle est créatrice de valeur. Le droit de propriété étant le mode juridique de l'appropriation de cette production et de la captation des utilités qui en résultent, il est par essence temporaire, peut

¹³⁶³ E. Chénon, *Les démembrements de la propriété en France avant et après la Révolution*, 2^{ème} éd., Sirey, 1923, p. 20.

¹³⁶⁴ A.-M. Patault, *op. cit.*, pp. 108-109.

¹³⁶⁵ M.-A. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 135.

fort bien porter sur un usage déterminé de la chose et se trouve ainsi superposé (stratifié) à d'autres exclusivités garanties simultanément sur d'autres usages du même bien, ce que la langue du droit appelle des « saisines multiples »¹³⁶⁶.

Le seigneur organise un contrat avec le vassal : protection contre fidélité. On crée un lien d'obligation en même temps que le transfert de propriété. Le vassal a la jouissance de sa tenure : il la gère, la fait exploiter. Le suzerain conserve une maîtrise foncière supérieure qui limite l'étendue des droits du vassal. Ainsi s'organise l'exercice simultané. Sur le même bien deux maîtrises foncières différentes cohabitent, deux maîtrises que les juristes du Moyen Âge affirment qu'elles sont l'une et l'autre des propriétés, propriété « directe » ou « éminente » du suzerain, propriété « utile » du vassal, mais qui n'ont pas le même contenu et ne confèrent pas les mêmes avantages. Les deux propriétés sont associées l'une à l'autre à des obligations personnelles. L'analyse juridique moderne s'efforce de distinguer dans la situation du vassal, le droit réel, *jus in re*, et l'obligation, mais la réalité médiévale est loin de faire cette distinction. La maîtrise foncière y est à la fois droit réel et obligation¹³⁶⁷. Ceci souligne l'association caractéristique de l'appropriation foncière médiévale, entre deux institutions que le droit moderne, à l'exemple du droit romain sépare totalement depuis la Révolution : d'une part l'obligation, le lien personnel qui unit débiteur au créancier, d'autre part la propriété. La maîtrise du bénéficiaire sur la terre n'existe et ne dure que si l'obligation de soumission et de fidélité est respectée. La violation de ses engagements par le vassal permet au suzerain la confiscation du fief. Ainsi, la propriété médiévale n'appartient à son propriétaire qu'indirectement par le moyen d'une obligation. En fait selon la conception moderne, le droit existe indépendamment de toute obligation. Le système médiéval, comme l'anglo-saxon, ne reconnaît pas la distinction entre droit réel et droit personnel.

L'essence même de la propriété féodale est ainsi mise à nu : elle est propriété plus obligation entre les personnes¹³⁶⁸. Pothier constate avec clarté l'intimité de l'obligation et de la propriété à propos de la rente foncière (qui est propriété retenue) : « Celui qui a un droit de rente foncière sur un héritage ne peut jouir de son droit que par le fait et par les mains du possesseur de l'héritage sujet à la rente. »¹³⁶⁹ Le bail à rente est à la fois transfert (et retenue) de propriété associé à une obligation. Pothier oppose avec rigueur ce mécanisme coutumier aux mécanismes romains des servitudes et de l'hypothèque dont les titulaires exercent directement leur droit sur la chose. Deux structures propriétaires, de la propriété romaine à la

¹³⁶⁶ M. Xifaras, *La propriété*, op. cit., p. 482.

¹³⁶⁷ M.-A. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, op. cit, p. 44

¹³⁶⁸ M.-A. Patault, op. cit., p. 135.

¹³⁶⁹ Cité par M.-A. Patault, *ibid.*

propriété médiévale, il y a un passage d'un monde à un autre. De l'homme romain conquérant à la conception chrétienne et l'humilité de l'homme médiéval. C'est l'idée que le pouvoir de l'homme sur la terre n'est pas immédiat et qu'il n'existe que par délégation du domaine divin. C'est aussi l'idée que la terre n'est à l'homme qu'à travers la solidarité du groupe, à travers les rapports entre les hommes. Tout cela était exclu par la notion romaine de la propriété, fortement exclusive, soudant la chose au propriétaire sans intermédiaire. Nous sommes là aux antipodes de l'exclusivisme, dans un autre monde juridique où le droit sur la terre n'est jamais isolé des rapports entre les hommes. Voilà donc l'essence de la propriété foncière coutumière : d'abord un pouvoir médiat sur l'immeuble, un pouvoir organisé en rapport social. C'est un droit, ce n'est pas une propriété corporelle. Ensuite un pouvoir qui est associé à des rapports d'obligation et à des contraintes parce qu'il juxtapose ou superpose sur la même chose des propriétés à objet différents. La propriété féodale est une institution à double face : elle est rapport entre les hommes autant que maîtrise des utilités du sol. Cette forme de propriété a porté l'ordre social et économique durant près d'un millénaire, jusqu'à la Révolution¹³⁷⁰.

321. Une propriété incorporelle. Entre la propriété, chose corporelle, et les droits sur les choses, Rome a élevé une frontière absolue. L'une et les autres ne sont pas de même nature juridique et n'ont rien de commun. La propriété est un don naturel, elle se confond avec la chose sur laquelle elle porte : elle est une propriété corporelle. La propriété médiévale quant-à-elle, ne peut être qu'une propriété incorporelle : c'est un droit sur la chose et de ce fait c'est une création de l'art juridique (*res incorporales* selon Gaius)¹³⁷¹. Propriété-jouissance des utilités du sol, la saisine porte sur la terre envisagée non dans sa corporéité, mais dans sa productivité. Construite autour de l'idée de l'exploitation et de jouissance, la propriété médiévale est un droit, droit sur la chose ; elle ne se confond pas avec la chose elle-même qu'elle n'a pas vocation à absorber dans sa totalité. Au contraire de la propriété romaine, elle multiplie les propriétés simultanées sur le même fonds, elle solidarise tous les titulaires de saisines différentes sur le même fonds. Par là, elle est intimement associée à un rapport d'obligation noué entre les propriétaires concurrents. Ainsi, dans l'ordonnancement juridique médiéval, il n'y a que des choses incorporelles. La propriété n'est plus isolée, orgueilleusement, dans une catégorie à part. Elle est un droit sur la chose. Entre la propriété

¹³⁷⁰ A.-M. Patault, *Regard historique sur l'évolution du droit des biens, Histoire de l'immeuble corporel, in L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisième Journée René Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, PUF, 1991, p. 3 à la p. 6.

¹³⁷¹ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens, op. cit.*, p 109.

du fonds et la propriété d'une utilité de ce fonds, il n'y a plus de différence de nature. Ce n'est pas seulement une modification de technique juridique, c'est tout un système de pensée. Derrière la substitution de la propriété-construction juridique, à la propriété-corporelle, il y a une substitution d'un monde à un autre : la conception chrétienne et l'humilité de l'homme médiéval, l'idée que le pouvoir de l'homme sur la terre n'est pas immédiat et qu'il n'existe que par délégation du domaine divin, l'idée aussi que la terre n'est à l'homme qu'à travers les rapports entre les hommes. Tout cela, qui sera exclu par le modèle exclusiviste de la propriété, fortement individualiste, soudant la chose au propriétaire, sans fissure et sans intermédiaire, tout cela s'aperçoit dans l'affirmation médiévale que la propriété est un *jus*¹³⁷².

¹³⁷² *Ibid.*

Section 2.) La structure utilitariste du droit d'auteur

322. Plan. Selon l'analyse utilitariste du droit d'auteur, le monopole d'exploitation n'a pas une vocation à la réservation immédiate de l'œuvre, mais il a la capacité de réserver certaines utilités de l'œuvre au profit de l'auteur, en fonction des critères posés par la loi (§1.). Ce système de propriété intellectuelle n'est, en réalité, qu'une forme moderne des propriétés simultanées (2.).

§1. L'analyse utilitariste du droit d'auteur

323. L'assimilation de l'œuvre de l'esprit à une information. Selon la doctrine utilitariste, l'objet de la propriété intellectuelle est toujours une forme d'information¹³⁷³. Mais l'inverse n'est pas vrai ; toute information n'est pas nécessairement objet de propriété intellectuelle. L'information se trouve partout. Toutes les décisions qu'on prend, les noms d'adresse des amis, en fait chaque être humain manipule une foule d'informations concernant sa personne, ses proches, ses préférences, sa façon de vivre, son travail, les choses à acheter et à vendre. Ces informations sont continuellement mises à jour. On ne peut tout de même pas penser que la propriété intellectuelle a mission de gérer tout cela. La plupart de ces informations sont créées et diffusées sans qu'on y pense trop. Elles se passent du système d'encouragement que constitue la propriété. Mais certaines informations ont besoin d'être spécialement créées ; leur création nécessite un incitatif spécial, quelque chose qui ressemble à un droit de propriété. Cette propriété s'inscrit dans une relation contractuelle entre l'auteur et la société, c'est-à-dire, une propriété-devoir (B.). En fait, toute œuvre ou invention est une information, mais toutes les informations ne sont pas des inventions ou des œuvres. Dans cette logique les œuvres partagent toutes les caractéristiques de l'information. L'information

¹³⁷³ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, éd. Thémis, 2008, n° 982, p. 266 : « Les inventions, les œuvres littéraires et artistiques, les dessins, les modèles, les logiciels sont protégés non pas au titre de supports tangible par lesquels ils ont véhiculés, mais plutôt en tant que structure cristallisées d'information – intangible – quel que soit leur support. » ; V. J.-Ch Galloux, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, D. 1994, *chron.*, p. 229 : « L'attitude plutôt utilitariste consiste à donner de l'information une définition qui dépende de son contenu et non de sa nature, sans d'ailleurs rechercher à connaître cette dernière. ».

pose un problème de contrôle dans tous les cas où sa création demande des efforts particuliers alors que, une fois mise en circulation, elle paraît échapper à toute emprise. Souvent, comme nous pouvons le constater sur internet, l'information peut être reproduite à un coût très faible ; de plus, son utilisation par une personne ne gêne pas normalement l'utilisation par un autre. Ces deux caractéristiques amènent à considérer l'information comme un *bien collectif* (A.).

A. L'œuvre de l'esprit : un bien collectif

324. Plan. Parce qu'elle est un *bien collectif*¹³⁷⁴, l'œuvre de l'esprit, qu'on qualifie d'information, n'est pas appropriable (1.). En réalité, les tenants de la doctrine utilitariste, qui ont tendance à confondre le droit d'auteur avec la propriété des informations¹³⁷⁵, ne conçoivent, ou refusent de concevoir les distinctions entre support, œuvre et information (2.).

1. Le caractère inappropriable des biens collectifs

325. Absence d'exclusivité. Toute forme de propriété présuppose un certain contrôle sur l'objet approprié. Or la notion de *bien collectif* qualifie les biens qui présentent deux caractéristiques : l'absence de rivalité et l'absence d'exclusivité. L'absence de rivalité signifie qu'un bien peut être utilisé par une personne sans que cet usage n'exclue la possibilité d'utilisation par une autre personne ni ne diminue la valeur du bien. Les *biens collectifs* se distinguent à cet égard des autres biens de manière fondamentale. Le fait que je mange une pomme exclut toute autre consommation du fruit et, une fois qu'il n'en reste plus que le trognon, la non-rivalité de l'usage est définitive : aucune autre personne ne pourra en bénéficier, le bien a perdu toute sa valeur. Je peux, bien sûr, partager la pomme, mais dans ce cas, l'usage de chaque personne diminue celui de l'autre. Il n'en va pas de même avec

¹³⁷⁴ V. R. Plaisant, *Propriété littéraire et artistique*, Delams, 1985, p. 15 : « [...] les créations culturelles tendent dans une certaine mesure à être considérées comme un *bien commun*, devant être accessible à tous, à la limite gratuitement. » (*Nos italiques*).

¹³⁷⁵ V. par ex. P. Catala, *La propriété de l'information*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97 à la p. 104, pour lui le droit d'auteur serait le « protecteur par excellence de l'information. ».

l'information ou avec une œuvre de l'esprit¹³⁷⁶. Si je lis une œuvre littéraire, cette lecture n'empêchera pas d'autres personnes de bénéficier de la même œuvre et ma lecture ne « consommera » pas l'œuvre, n'en diminuera ni la valeur, ni la consistance. Une œuvre musicale peut être appréciée au même moment, dans des endroits différents, lors d'un concert, d'une transmission radiophonique ou encore dans un domicile privé. Le nombre d'auditeurs n'influence en aucune manière, qualitativement ou quantitativement, le bénéfice de chacun. Le *bien collectif* résiste également à toute exclusivité. En fait, une fois l'information (l'œuvre ou l'invention) divulguée, des utilisateurs peuvent, en effet, avoir accès au bien sans payer le coût de production de celui-ci. Le producteur du *bien collectif* ne dispose pas *a priori* de moyen d'exclure cette consommation ou jouissance libre de son bien. Là où la propriété traduit l'exclusivité du rapport qui unit une personne à une chose matérielle, le *bien collectif* est dépourvu de toute maîtrise permettant d'exclure un utilisateur non autorisé. Les personnes qui n'ont pas payé pour avoir accès à ces biens ne peuvent pas être aisément empêchées d'en faire usage.

326. Caractère cumulatif de l'information. Il y a une autre caractéristique de l'information qui doit retenir l'attention, probablement encore plus importante. C'est que l'information a souvent un caractère cumulatif : l'information actuelle s'appuie sur des informations antérieures et souvent les incorpore. Une invention est rarement réalisée *ex nihilo* : presque toujours elle se construit à partir des structures ou informations déjà connues¹³⁷⁷. Chaque invention peut ainsi devenir le tremplin pour la prochaine. On parle d'innovation de filiation. Comme l'a exprimé élégamment une auteure, « le créateur se hisse sur les épaules de géants »¹³⁷⁸. On le sait dans le domaine des sciences. Dans le domaine des technologies, on le constate dans le souci d'interopérabilité ou de compatibilité des systèmes, et dans la recherche des normes communes (*standards*), et encore par le souci d'assurer des *facilités essentielles*. Le progrès de l'humanité table sur le cumul¹³⁷⁹. Ceci est notoirement connu, en matière d'invention, mais les utilitaristes assimilent les œuvres aux inventions, en les qualifiant d'informations, ou quand ils qualifient les inventions de créations, ce qui ramène à dire que toute forme de création est une information¹³⁸⁰. Ainsi, si l'œuvre, est comme le

¹³⁷⁶ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 315, p. 248.

¹³⁷⁷ A. Latreille, *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, th. Paris Sud, 1995, n° 80, p. 58.

¹³⁷⁸ S. Scotchmer, *Standing on the shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, *Journal of Economic Perspectives*, n° 5, 1991, p. 29. (Cité par E. Mackaay, et S. Rousseau, *op. cit.*, n° 990, p. 268.).

¹³⁷⁹ E. Mackaay, S. Rousseau, *op. cit.*, n° 990, p. 268.

¹³⁸⁰ Malheureusement, très rare sont les écrits doctrinaux actuels qui font la distinction entre invention et création.

prétendent les tenants de la thèse utilitariste une information, celle-ci ne peut pas être propre à son prétendu auteur, parce que celui-ci est loin d'être l'auteur unique ; il doit énormément aux travaux de ses devanciers, au fonds commun des connaissances acquises et tombé dans le domaine public¹³⁸¹. Cette « œuvre » ne devrait donc pas être à lui ; elle appartient autant et même beaucoup plus à toute cette légion de savants qui l'ont préparée et rendue possible¹³⁸². Il y a un fonds commun d'idées qui sert à l'auteur de source d'inspiration et détermine la part de la communauté dans la production intellectuelle. Evoquant les classifications romaines, ce fonds commun d'idée est classé par les juristes parmi les *res communes*¹³⁸³. Certaines choses échappent, par leur nature, à toute appropriation du fait qu'elles ont vocation à servir à tous¹³⁸⁴. La mer, l'eau courante, l'air, sont des choses communes qu'il n'est pas concevable de s'approprier. Ainsi, au même titre que l'air, la pensée est une richesse universelle, un patrimoine commun du genre humain, pour cela elle ne peut pas être la propriété d'un homme mais de la société. En d'autres termes, la société est propriétaire d'un « capital d'intelligence » qu'elle a fourni à l'auteur ou à l'inventeur.

327. L'information n'ayant le caractère de bien collectif qu'une fois divulguée. Or, une chose doit être précisée : les choses dites communes ne le seraient que *de facto*. Il suffirait que quelqu'un s'en empare (puise l'eau dans une rivière ou enferme de l'air dans une bouteille) pour qu'elles perdent cette qualité. Un tel usage est, dans son principe, parfaitement légitime puisque tous possèdent *de plano* le droit d'user de *res communes*. C'est d'ailleurs en cela que leur qualification est justifiée. La seule condition qui s'impose est que l'utilisation ne fasse pas obstacle à ce que d'autres que lui profitent de la chose ainsi qualifiée¹³⁸⁵. Est-ce que l'eau que j'ai puisée dans un seau, l'air que j'ai enfermé dans un ballon ne m'appartiennent

¹³⁸¹ Dans ce sens A. Latreille, *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, th. Paris-Sud, 1995, spéc. n° 81, p. 58 : « La création de forme n'est jamais que l'incarnation d'une conception qui lui est préexistante. ».

¹³⁸² A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n° 145, p. 254.

¹³⁸³ F. Dubuisson, *Existe-t-il un principe général d'appropriation de l'information*, thèse, Bruxelles, 2004, n° 12 ; N. Mallet-Poujol, *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D. 1997, chron. p. 330 ; Ch Caron, *op. cit.*, n° 289, p. 258 : « Ainsi, les œuvres sont de plus en plus des vecteurs d'informations ou sont considérées comme des informations, donc librement accessibles. A l'appui de cet argument, il serait même possible de considérer les informations comme des choses qui selon l'article 714 du Code civil, 'n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.' De plus, chacun accède avec une grande facilité à ces œuvres grâce aux nouvelles technologies. Ces phénomènes développent un 'besoin énormément accru de culture et d'enseignement' qui donne au public une sorte de droit acquis à cette diffusion. »

¹³⁸⁴ V. P. Catala, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984, chr., p. 97, à la p. 98 : Il est de « l'essence de l'information d'être communicable, il est dans sa nature d'être communiquée. ».

¹³⁸⁵ A. Sériaux, *La notion de choses communes, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir*, in *Droit et environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23 à la p. 34.

pas, quoique je les aie puisés au fleuve public, ou à la masse commune de l'atmosphère¹³⁸⁶ ? Quiconque capte à son profit telle ou telle parcelle d'une chose commune ne saurait la commercialiser, c'est-à-dire, la mettre dans le commerce pour en tirer des bénéfices. La raison en est simple. L'accaparement de la chose commune ne lui enlève pas sa destination commune à tous. Il faut toujours respecter le droit des autres à cette chose. Or, vendre, louer, prêter avec intérêt à autrui tout ou partie d'une chose commune aboutirait à ce que celle-ci perde sa destination fondamentale. L'exploitant qui en tirerait des bénéfices exclusivement siens ferait par contrecoup définitivement siennes la chose autrefois commune. Cette extra-commercialité radicale ne fait bien entendu pas obstacle à ce que cet exploitant soit rémunéré pour le temps et les matériaux dépensés pour que la chose commune puisse être transmise à autrui, mais elle s'oppose en revanche à tout versement d'un prix pour la chose captée elle-même¹³⁸⁷. Le même raisonnement s'applique aux informations¹³⁸⁸. Une décision ancienne avait d'ailleurs fort justement précisé que les « nouvelles télégraphiques deviennent, dès qu'elles sont publiées, de véritables *res communes* »¹³⁸⁹. Ainsi, les informations ne revêtent le caractère de *bien collectif* qu'une fois divulguées. En fait, la réservation des informations n'est pas totalement impossible.

328. L'appropriation de l'information par le secret. Puisque l'information est inappropriable, le secret devient la seule voie possible vers la réservation. Comme son nom l'indique, la réservation consiste à se créer un pouvoir de fait sur une chose, en l'espèce une information. Ainsi la première condition à remplir est de défendre matériellement l'idée contre l'accès non autorisé des tiers. Pour qu'il y ait lieu à autorisation, à défaut d'un monopole légal, il faut, en effet, qu'il existe un obstacle matériel, maîtrisé par le réservant et qui ne puisse être levé que par lui ou avec son consentement. En bref, il faut conserver le secret sur cette information. Il peut en être ainsi pour la protection d'un savoir-faire. Le savoir-faire a un caractère secret. Certains préfèrent dire que le savoir-faire doit être nouveau. Certes, la nouveauté dont il s'agit ici est relative. Le savoir-faire peut être connu par plusieurs personnes et ne pas être nouveau en soi ; ce qui importe c'est qu'il ne soit pas accessible au public, c'est-à-dire qu'il soit gardé secret de telle sorte qu'il ne soit pas connu de tout le

¹³⁸⁶ A. Boistel, *op. cit.*, n° 145, p. 255.

¹³⁸⁷ A. Sériaux, *op. cit.*, p ; 35.

¹³⁸⁸ D. Cohen, *Art, public et marché*, APD, 1995, p. 220 à la p. 224.

¹³⁸⁹ Trib. civ. Nice 25 mars 1908, *Dr. auteur* 1908, p. 153, cité par Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 284, p. 252.

monde¹³⁹⁰. Le savoir-faire se caractérise par sa valeur économique ; cette valeur économique n'existe qu'à partir du moment où pour des concurrents sa connaissance est susceptible de leur faire faire des économies et donc justifie qu'ils payent pour l'obtenir. Et c'est cette valeur économique que le titulaire d'un savoir-faire cherche à protéger. La réservation du savoir-faire est donc une réservation économique sur une chose non appropriable. On retrouve dans cette situation le modèle féodal de la saisine de fait.

329. La saisine de fait, la saisine de droit. Celle-ci était attribuée à celui qui a la possession de fait, la simple détention d'une chose. Cette saisine donne au détenteur la faculté, la possibilité d'user, de disposer à son gré de la chose dont il est saisi. C'est là une pure conséquence de fait de la possession de fait¹³⁹¹. Nous avons vu que être en saisine est envoi en possession légitime et jouissance d'utilité. En fait cette réservation, comme la saisine féodale, qui ne porte que sur les utilités de l'information est en cohérence avec le fait que l'information échappe à l'emprise individuelle, comme le sol, à l'époque féodale, échappait lui aussi à l'appropriation. Klimrath nous explique qu'à l'égard des tiers, le détenteur jouit, en vertu de la saisine de fait, à l'époque féodale, de deux privilèges. Le premier privilège est pénal : il peut repousser par la légitime défense toute agression commise par voie de fait actuelle sur la chose dont il est saisi. Le deuxième privilège est qu'il est placé sous la protection du juge par les règles de la responsabilité civile. Le savoir-faire profite lui aussi de la protection offerte par les mécanismes de droit commun telle la responsabilité civile ou pénale¹³⁹². Or, si ces techniques de réservation peuvent jouer, c'est que le Droit reconnaît le souci de réservation manifesté par le titulaire du bien. Ainsi, le fondement de la réservation se trouve dans l'attitude de son titulaire. Parce que le titulaire du bien montre qu'il en est le maître, le droit commun assure une protection de ce bien et réalise sa réservation¹³⁹³. Il ne s'agit pas d'une maîtrise juridique, puisqu'aucun droit ne porte sur l'information, mais d'une maîtrise de fait, d'un pouvoir de fait sur la valeur économique de la chose : une forme moderne de la saisine de fait. En matière de droit d'auteur, le modèle de la saisine de fait se trouve en droit comparé dans la distinction faite entre *common law copyright* et *statutory copyright* avant le *Copyright Act* de 1976. Cette distinction a été tracée par le premier grand

¹³⁹⁰ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^e éd., 2006, n° 899, p. 535.

¹³⁹¹ Klimrath, *op. cit.*, p. 360.

¹³⁹² L'article L. 621 du CPI réprime la divulgation du secret de fabrique par un salarié : « Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 152-7 du code du travail ci après reproduit [...] »

¹³⁹³ A. Pélissier, *Possession et meuble incorporels*, Dalloz, 2001, n° 540, p. 288.

arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire *Wheaton v. Peters*¹³⁹⁴. Le *common law copyright*, parfois encore appelé « *right of first publication* », peut être défini comme le droit pour un auteur de s'opposer à la publication d'une œuvre inédite. Cette prérogative a abouti à ce que ce *common law copyright* offrît une protection comparable à celle du droit de divulgation en droit français, si on considère que celui-ci s'épuise de la première communication au public. En fait, une fois publiées, les œuvres avaient accès à la protection légale, au « *statutory copyright* » (saisine de droit), tout en respectant les formalités légales, sans quoi l'œuvre tombait, dès sa publication, dans le domaine public. La protection offerte par le *common law copyright*, à savoir le droit de la première publication, a été reliée, selon la doctrine américaine, au principe du respect de la vie privée¹³⁹⁵. En fait, si on croit la doctrine utilitariste, l'œuvre, qui est une information¹³⁹⁶, une fois livrée, pénètre les intelligences auxquelles elle parvient, non parce que l'auteur y consent, mais par cela seul qu'il l'a émise. Il n'est pas possible que d'autres conditions soient faites. Donner et retenir l'information est une impossibilité, un non-sens ; et nul n'est maître de diviser par la puissance de sa volonté, ce qui, par nature, est indivisible. C'est pour cela que le droit de divulgation, selon la doctrine utilitariste, s'épuise de la première communication.

330. Le besoin d'une réservation légale. L'outil de contrôle, dont l'auteur disposait avant la divulgation de l'information, était le secret. Le problème vient de ce que la divulgation, parce qu'elle s'épuise, manifeste l'acte de la dépossession de l'information après la première communication au public¹³⁹⁷. Or cette possession est une condition (élément) essentielle de la saisine (possession + utilité) de fait. La conséquence économique de cette absence de saisine est évidente : s'il est possible de jouir du bien gratuitement, les utilisateurs qui payaient jusqu'ici le prix de l'accès au bien seront tentés de ne plus le payer. Si les *free-riders*, pour utiliser le jargon économique généralement utilisé pour désigner les utilisateurs non payeurs, se multiplient, les fournisseurs du bien ne vont plus le produire à un niveau socialement optimal, ne recevant pas un revenu suffisant pour rémunérer cette production¹³⁹⁸. Cette caractéristique des informations crée une externalité positive : l'auteur (ou l'inventeur), par la divulgation de son information, procure un bénéfice à l'ensemble de la société, sans pouvoir s'en faire payer le coût. L'ampleur des coûts de création d'une œuvre fait face à des coûts de

¹³⁹⁴ Cité par A. Strowel, *op. cit.*, n° 92, p. 118.

¹³⁹⁵ V. *supra* (Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 2, §2., A.).

¹³⁹⁶ V. par ex. M. Vivant, *A propos des biens informationnels*, JCP 1984, I, 3132 : « [...] le créateur apporte, révèle, fait connaître quelque chose à la collectivité : il lui apporte, révèle, fait connaître une information. ».

¹³⁹⁷ Dans le même sens L. Pfister, *th. préc.*, p. 596.

¹³⁹⁸ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 316, p. 249.

copie et de jouissance des œuvres très bas. Une défaillance du marché en résulte car, en l'absence d'une allocation claire des ressources intellectuelles, la quantité d'œuvres produites sera insuffisante, à défaut d'incitants adéquats favorisant cette production et, corrélativement, le public ne jouira pas d'un accès satisfaisant aux biens culturels. La maximisation de la richesse sociale, à ce point de vue, ne sera pas optimale¹³⁹⁹. MM. Mackaay et Rousseau évoquent le danger que peut engendrer l'absence d'une protection légale de ces informations ainsi divulguées. A défaut d'une telle protection, une information peut toujours être protégée par le secret. Le secret permet au possesseur de tirer personnellement profit de sa création ou invention, tant qu'il le garde pour lui ou au sein de sa famille. En ne partageant pas l'information, le créateur se prive cependant de revenus supplémentaires que l'usage par d'autres aurait pu lui rapporter et prive, en même temps, la société des avances réalisées par d'autres à partir de son invention. Le danger est que l'information gardée secrète meurt avec son détenteur, alors que d'autres auraient pu l'utiliser comme tremplin pour l'améliorer, après sa mort. Les éminents spécialistes croient qu'une part du savoir-faire précieux en matière de construction de violons aurait été perdue en raison de secrets trop jalousement gardés. La perte ici est cumulative, contrepartie de ce qu'aurait été le cumul des connaissances¹⁴⁰⁰.

331. La logique utilitariste d'incitation. L'octroi des droits privatifs aux auteurs (ou inventeur) poursuit donc principalement une fonction incitative : la réservation juridique (saisine de droit) supplée à l'absence d'une réservation économique naturelle (saisine de fait) ; elle rend aux auteurs une autre saisine que la nature des informations leur ôte, après la première communication au public, afin de les inciter à produire ces informations (œuvres ou inventions) de manière optimale. Se profile ici l'idée d'un droit d'auteur, levier d'une politique culturelle et scientifique, idée de base de la clause constitutionnelle des Etats-Unis qui donne mandat au Congrès de protéger les auteurs et inventeurs afin de « promouvoir le progrès des Sciences et des Arts. ». Ce mandat constitutionnel a été interprété par les économistes comme étant le cœur de l'optimisation du bien-être public¹⁴⁰¹. Dans le langage du constituant, ainsi que dans celui de l'économiste, encourager les auteurs à la création en leur accordant des incitants sous forme de droits sur leurs œuvres n'est pas la fin du droit d'auteur, mais seulement un moyen pour une fin supérieure, qui est celle de la satisfaction de

¹³⁹⁹ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 316, p. 250.

¹⁴⁰⁰ E. Mackaay, S. Rousseau, *op. cit.*, n° 995, p. 270.

¹⁴⁰¹ Article 1, Section 8 of the federal constitution, H. Evans, *Copyright and the public interest, op. cit.*, p. 7

l'intérêt public¹⁴⁰². Le droit d'auteur incite à la création et protège les œuvres en circulation, notamment en érigeant les conditions pour la négociation de ces droits sur le marché¹⁴⁰³.

2. L'éternelle confusion entre œuvre, information et support

332. L'information et son support. La notion de support est pleinement et naturellement intégrée à la notion de l'information. L'information brute est fluide : elle est avant tout un message quelconque qui peut se présenter sous des formes variées telles que signes, signaux, écrits, sons, images ou autres. Elle n'est en aucun cas statique. Son essence même est d'être diffusée, transférée, communiquée à autrui. L'essence de l'information est d'être mobile, sa raison d'être est d'être transmise, diffusée depuis une station précise d'où elle est émise jusqu'à un point particulier où elle est reçue. Pour se faire, elle a besoin d'un support qui la transmet et qui fait corps avec elle jusqu'au terminus de son voyage où elle se trouve alors réceptionnée par un autre support. Cependant, même s'il est juridiquement envisageable de considérer que l'information existe en dehors de son support, il est en pratique plus rare que cela se produise, même si elle « se délie progressivement du support sur lequel elle est véhiculée. ». En effet pour circuler le plus loin et le plus rapidement possible, l'information requiert l'aide d'un support. Celui-ci est, à cet égard, doublement utile puisqu'il opère deux types de fonctions. Il est d'abord chargé de *fixer* l'information afin que celle-ci ne se volatilise pas. Mais, ce *corpus* est ensuite indispensable pour transporter l'information, à l'image des différents réseaux. Pour autant, le même support ne remplit pas forcément simultanément ces deux opérations, témoignant du fait que l'information étant fluide et mobile, le message émis, transmis ou reçu nécessite obligatoirement le secours d'un support dans toutes les phases de son existence. Toutefois, l'information en est strictement indépendante puisqu'elle acquiert une valeur en tant que telle¹⁴⁰⁴. Partant de l'idée selon laquelle une information peut être considérée comme un bien (une valeur) indépendamment de son support, la jurisprudence n'hésite pas à entrer en condamnation pour vol d'informations. Mais, en réalité, le « vol

¹⁴⁰² Ibid. p. 8 : “This language and the philosophy behind it were not a passing inspiration of its authors. Their roots were deep in the English law, beginning with the Act of the 10th of April, 1710, entitled ‘An act of the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors of Purchasers of such copies, during Times therein mentioned,’ known as the Statute of Anne.”.

¹⁴⁰³ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 317, p. 250.

¹⁴⁰⁴ V. Peltier, *Le secret des correspondances*, PAUM, 1999, n° 336, p. 264.

d'information » n'existe jamais en l'absence de la soustraction du support matériel¹⁴⁰⁵. Autrement dit, l'information doit être identifiée par un support pour recevoir la protection du droit pénal.

333. L'œuvre, une information fixée sur un support. Or, ces critères extraits de la notion d'information s'appliqueraient nécessairement à la notion de l'œuvre de l'esprit si on considère celle-ci comme une information. Il n'est pas une œuvre sans une concrétisation de celle-ci, c'est-à-dire, sans une manifestation de l'œuvre dans une matière sensible à l'homme. C'est la matière qui fait sortir l'œuvre du domaine de l'abstraction mentale et la rend perceptible¹⁴⁰⁶. « L'œuvre est donc matière avant tout puisque sa naissance juridique suppose ce détachement de l'esprit du créateur. »¹⁴⁰⁷. En abandonnant le critère individualiste de l'originalité, il devient impossible de rejeter la matière et l'idée hors de l'œuvre, parce que ça « reviendrait à placer l'œuvre dans une situation intenable : ni contenant pris sous l'angle du support ; ni contenu envisagé comme le signifié »¹⁴⁰⁸. Qu'est qu'une œuvre de l'esprit si ce n'est une forme originale ? Et qu'est qu'une forme non originale si ce n'est pas une idée ou une information ? Selon la logique utilitariste, une œuvre de l'esprit est une information travaillée (parce que l'originalité est réduite à un apport intellectuel) *fixée* sur un support. Le fait que les utilitaristes confondent l'œuvre, le support et l'information, ne signifie pas qu'en général ils ne les distinguent pas¹⁴⁰⁹. En fait, les utilitaristes ont du mal à apercevoir l'œuvre en dehors de l'idée ou du support. L'œuvre de l'esprit, selon la vision utilitariste, est la réunion de deux éléments constitutifs, l'un d'ordre intellectuel [un apport] et l'autre d'ordre formel [un support]¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁵ Grenoble, 4 mai 2000, note J. Passa, *PI*, avril 2004, n° 11, p. 689 : « Si elle a pu être interprétée comme consacrant la qualification de 'vol d'information', il ressort cependant de son analyse que les vols condamnés ne portaient pas de façon indiscutable sur l'information en tant que telle. [...] Ce qui est condamné n'est donc ni un vol de photocopie, ni un vol d'informations par photocopie des documents de l'employeur, mais un vol de ceux-ci durant le temps nécessaire à leur reproduction : ce que la doctrine pénaliste appelle le vol d'usage – ici du support matériel des informations. ».

¹⁴⁰⁶ Une thèse, relativement récente, fait une distinction entre le support de création et le support de commercialisation. Le support de création est le support originaire de l'œuvre, il consiste en la première fixation de l'œuvre. Quant au support de commercialisation, il intervient lors de l'exploitation et se présente comme l'instrument assurant la dissociation de l'œuvre avec son support de création. L. Breuker, *Les rapports de l'œuvre et de son support*, th. Montpellier, 2002 ; Dans le même sens Ch. Caron, *op. cit.*, n° 299, p. 235 : « Mais il existe aussi des supports dits de commercialisation sur lesquelles l'œuvre a été reproduite. Ils sont destinés à la vente ou à la location, voire au prêt, et sont reproduits en nombre. ».

¹⁴⁰⁷ V.-L. Bénabou, *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle*, *RLDI*, n° 1, janv. 2005, p. 53 à la p. 54.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ V. cpdt Ch. Caron, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 299, p. 234 : « A côté de la propriété intellectuelle, à laquelle s'intéresse principalement le droit d'auteur, il existe donc une propriété qui a pour objet un bien matériel : le support de l'œuvre. Il est possible d'en distinguer deux types : le support peut être qualifié de création car il est le siège de la réalisation matérielle de l'œuvre. » (*Souligné par nous*).

¹⁴¹⁰ G. Cornu, *Droit civil*, Montchrestien, 1988, p. 553, (cité par V.-L. Bénabou, *op. cit.*, p. 54.)

334. La distinction en matière d'œuvre d'art. La confusion entre œuvre et support incorporant l'œuvre irrigue le droit d'auteur¹⁴¹¹. Ainsi, en matière d'œuvre d'art, la dissociation entre support et œuvre n'est pas chose aisée car l'empreinte de la personnalité de l'auteur passe par l'exécution matérielle de l'œuvre. L'artiste livre au public l'œuvre achevée, alors que l'écrivain livre un manuscrit, support corporel quelconque de sa création. La dissociation est rendue difficile par la spécificité du support matériel qui est le vecteur de l'œuvre. On ne sculpte ou ne grave qu'un élément physique : terre, fer, glace, cuivre,... L'action de peintre suppose, elle encore, d'apposer une matière sur une autre. La communication des supports mène droit à la communication au public des œuvres.

335. La distinction dans les dispositions du CPI. Cette difficulté de distinguer l'œuvre et le support a conduit le législateur lui-même à confondre les deux notions. Ainsi, l'article L. 112-2 du CPI dispose que « sont considérés notamment comme des œuvres de l'esprit au sens du présent code : les livres, brochures [...] »¹⁴¹². Cette même référence se trouve également à l'article 2 de la Convention de Berne. Or, il est bien évident que le livre n'est que le contenant, la matière dans laquelle s'abrite l'œuvre littéraire « tel un bernard-l'hermite dans sa coquille »¹⁴¹³. On peut se demander si cette métonymie ne recèle pas une condition informulée, à savoir l'exigence d'une « fixation »¹⁴¹⁴. Si l'on poursuit la lecture de l'article L. 112-2 du CPI, on perçoit que la manière selon laquelle est réalisée l'œuvre n'est pas indifférente. Ainsi trouve-t-on dans cette liste, la mention de plans, croquis, ouvrages plastiques relatif à la géographie, de cartes géographiques qui, là encore, font appel au support¹⁴¹⁵.

¹⁴¹¹ Elle est surtout ancienne Pouillet, par exemple, considère que la forme donnée aux idées, et qui constitue l'objet de droit d'auteur, n'est pas strictement intellectuelle, mais requiert une certaine matérialité. Il écrit « Ce qui appartient à l'auteur, [...] c'est la forme de sa pensée, c'est l'ouvrage qu'il a écrit, qu'il a peint, qu'il a sculpté, pour la manifester. C'est cette œuvre sensible et corporelle, parfaitement définie, qui est sa propriété exclusive. » *op. cit.*, p. 25 (cité par L. Pfister, *th. préc.*, p. 249, note 179.) De même, Laboulaye : « La propriété consiste [...] toujours dans un objet certain, dans une chose matérielle, qu'on peut donner, vendre, échanger : cette chose, c'est la manuscrit. [...] Prenons un livre ; cette œuvre représente toujours deux choses distinctes et parfaitement reconnaissables : les idées de l'auteur, la forme qu'il a donnée à ces idées, forme qui n'a d'existence matérielle que par le manuscrit, et de valeur commerciale que par l'impression. » Et quant-il dit « Ce qui constitue une œuvre littéraire répète-t-on tous les jours, c'est l'idée ; [...] », *op. cit.*, p. XXXIII et XXXIV (Cité par M. Xifaras, *op.cit.*, p. 368 et p. 369.)

¹⁴¹² A. Lebois, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, LGDJ, 2004, n° 60, p. 23.

¹⁴¹³ V.-L. Bénabou, *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle*, *RLDI*, janv. 2005, p. 53, à la p. 54.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*

¹⁴¹⁵ *Ibid.* ; la jurisprudence n'est pas à l'abri de cette confusion, CA Lyon 13 oct. 2000, n° *Juris-Data* : 2000-235832, la cour considère que dissocier le droit de propriété intellectuelle du droit de propriété matérielle relève de l'artifice parce que la propriété des exemplaires était indissociable des droits d'auteur ; Cass. 1^{er} ch. civ., 16 juin 1982, *D.* 1983, *IR*, p. 96, obs. Cl. Colombet.

336. La distinction en matière d'œuvres informationnelles. Le logiciel pose en effet un vrai problème non négligeable pour séparer la forme de l'idée de son support. En tant que « création de l'esprit » non incorporé dans un support, le logiciel est certainement un élément immatériel. Il n'est qu'un concept, une idée, une entité abstraite. Mais si le logiciel n'existe que comme conception de l'esprit, protégée ou non, il est inapte à faire fonctionner quoi que ce soit par lui-même. Pour donner prise à une quelconque protection, le logiciel a le plus souvent besoin d'être incorporé quelque part. Il peut l'être sur support papier, sur disquette, sur disque dur ou en mémoire électronique¹⁴¹⁶. On peut remarquer d'ailleurs que le législateur, lui-même, a du mal à séparer le logiciel de son support. Dans l'article L. 112-2, 13° « Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ». Le constat de l'œuvre renvoie ici irrémédiablement au support dans lequel elle se concrétise¹⁴¹⁷. Le même constat s'applique aux bases des données. Peut-on percevoir une base de données sans son support ?

337. En droit voisin. La même confusion apparaît d'ailleurs en matière de droits voisins. Il ne s'agit certes plus d'œuvres, mais il convient également de bien distinguer entre le support matériel et l'information. Les phonogrammes et vidéogrammes se distinguent du support matériel sur lequel ils sont fixés. Le phonogramme, « séquence de son », et vidéogramme, « séquence d'images sonorisées ou non », sont des informations qui naissent lorsqu'ils sont fixés. Or, les articles L. 213-1 et L. 215-1 du CPI disposent que le producteur a le droit exclusif de mettre le phonogramme ou le vidéogramme « à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage ». Il semble bien que le législateur confonde, ici encore, le support matériel et l'information. Celui-ci a certainement voulu que soit réservé au producteur le droit d'autoriser ou d'interdire la vente, l'échange ou le louage des supports sur lesquels sont fixés des phonogrammes ou des vidéogrammes.

338. En droit communautaire. On retrouve également cette confusion dans les directives communautaires de 1991 sur les programmes d'ordinateur et de 1992 sur les droits de location et de prêt. Ces deux textes évoquent tantôt la création intellectuelle, c'est-à-dire l'information, tantôt son support. Ainsi, le 16^e considérant de la directive de 1991 définit la location comme « la mise à disposition d'un programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci en vue de son

¹⁴¹⁶ P. Kamina, *th. préc.*, n°s 28 et s., p. 28.

¹⁴¹⁷ M. Vivant, *Le programme d'ordinateur au pays des muses. Observations sur la directive du 14 mai 1991*, *JCP éd. E*, 1991, I, 1994, n° 16-2.

utilisation [...] ». Il est donc fait référence à l'œuvre informationnelle et à ses exemplaires matériels. L'article 4 c° fait quant à lui référence à la location de l'original ou de la copie d'un programme d'ordinateur, ce qui renvoie exclusivement aux supports. S'agissant de la « directive location et prêt » du 19 novembre 1992, l'article 1^{er} pose le principe que les Etats membres doivent reconnaître un droit exclusif portant sur la location et le prêt « d'originaux et de copies d'œuvres protégées ». Il est également fait référence aux objets protégés au titre des droits voisins : les fixations de l'exécution de l'artiste interprète, les phonogrammes, l'original et les copies du film. On le voit bien, le mot « objet » est utilisé pour désigner soit les supports matériels soit les œuvres, prestations des interprètes, phonogrammes, vidéogrammes ou programmes des entreprises de communication audiovisuelle¹⁴¹⁸.

La confusion, nous explique le professeur Lucas, est encouragée par la tendance naturelle du droit communautaire (et des traités de libre échange) à raisonner en termes de marchandises et prestations de services sur le marché de l'information plutôt qu'en termes de création et de circulation d'œuvre de l'esprit. « A quoi il faut ajouter que cette dérive de vocabulaire n'est pas innocente de la part de ceux qui veulent rompre avec les conceptions personnalistes du droit d'auteur, traditionnelles en Europe continentale, et entendent même récuser la spécificité de la matière, les œuvres n'étant pour eux que des éléments indifférenciés parmi les flux informationnels dont la réglementation doit favoriser la circulation. »¹⁴¹⁹.

339. La numérisation. La confusion entre les informations, les supports et les œuvres paraît encore plus accentuée par le phénomène de la numérisation. Dans une certaine mesure, le support matériel disparaît sur Internet et autres réseaux numériques. On accède à l'œuvre non plus par le biais d'une copie tangible, mais à travers un canal de diffusion qui transmet l'œuvre. On efface la frontière entre le support matériel et l'œuvre immatérielle et on confond l'œuvre et l'information en raison du fait que « l'œuvre elle-même n'existe, notamment sur les réseaux, qu'à travers un traitement d'information. »¹⁴²⁰. En fait, ce qu'on traite dans la numérisation ce sont les supports, une œuvre musicale après la numérisation reste une œuvre musicale ; pourtant on parle, presque toujours, de numérisation des œuvres de l'esprit !¹⁴²¹

¹⁴¹⁸ A. Lebois, *op. cit.*, n° 61, p. 24.

¹⁴¹⁹ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n° 43, p. 25.

¹⁴²⁰ *Ibid.*

¹⁴²¹ En doctrine : C. N'Guyen Duc Long, *La numérisation des œuvres*, Litec, 2001 ; A. Lebois, *Droits patrimoniaux. – Droit de reproduction (CPI, art. L. 122-3)*, *Juris-Classeur civil, Annexes, PLA, fasc. 1246*, n° 15 : « On s'est d'abord posé la question de savoir si la numérisation d'une œuvre ou son installation sur une page web, étaient soumises au droit de reproduction » ; en jurisprudence : *Aff. Brel et Sardou* TGI Paris, réf. 14 août

Ainsi, après la numérisation, toutes les œuvres se présentent (apparemment au moins) sous la forme d'information, d'où la tentation de les ramener à des « produits d'information ». On peut lire cette confusion dans le CPI art. L. 122-2 qui définit la télédiffusion, à propos de la représentation, comme « la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de message de toute nature. »¹⁴²².

340. Le multimédia. De même, en ce qui concerne le phénomène du *multimédia*. Le *multimédia* est, en fait, un support à la fois visuel et sonore, pouvant comporter du texte, des images animées ou fixes et du son¹⁴²³. Le tout est mis en mouvement grâce à un logiciel qui offre la fameuse interactivité. En outre, ce qui fait la spécificité de l'œuvre *multimédia* est d'être fixée sur un *support numérique*, donc exploitable en ligne, sur Internet. Toutefois, le concept d'œuvre *multimédia* est contestable car on tend à confondre le support (le contenant) et l'œuvre (le contenu)¹⁴²⁴. Il faut séparer, dans ce type de création, les différents composants et les distribuer en plusieurs qualifications : œuvre littéraire, œuvre artistique, œuvre musicale, œuvre audiovisuelle, logiciel. Le tout est sur un support *multimédia*¹⁴²⁵.

341. L'image des biens. La jurisprudence de la Cour de cassation sur l'image des biens perturbe, elle aussi, profondément la distinction entre l'œuvre et son support. Ainsi, par un arrêt du 10 mars 1999, la Cour de cassation a reconnu au propriétaire le monopole d'exploitation de l'image de son bien. Une société avait reproduit sous forme de cartes postales le café Gondrée, premier immeuble libéré par les Alliés lors de la Seconde Guerre mondiale. Le propriétaire du café s'opposait à la commercialisation des cartes postales. La Cour de Cassation considère que : « l'exploitation du bien sous la forme de photographies

1996 « Toute reproduction par numérisation d'œuvres musicales protégées par les droits d'auteur, susceptible d'être mise à la disposition de personnes connectées au réseau Internet, doit être autorisée expressément par les titulaires ou cessionnaires des droits. » *Juris-Data* : 1996-602001, *D.* 1996, *jurispr.* p. 490, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1997, p. 97, note A. Françon ; *JCP G* 1996, II, 22727 ; *Expertises*, sept. 1996, p. 292 ; *RIDA* janv. 1997, p. 361, note C. Caron ; *aff. Queneau* TGI Paris, réf. 5 mai 1997 : « , [...] Attendu que la numérisation d'une œuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le Bit, constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une oeuvre originale, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit ; [...] », *RIDA* oct. 1997, p ; 265 ; *JCP G* 1997, II, 22906, note F. Olivier ; TGI Marseille ch. civ., 11 juin 2003, n° *Juris-Data* : 2003-231616 ; T. com. Paris ch. 8, 18 juin 2003, n° *Juris-Data* : 2003-242686.

¹⁴²² V. A. Lucas, *op. cit.*, n° 44, p. 25, note 20.

¹⁴²³ P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éditeur, 2^{ème} éd., 2007, n° 75, p. 71.

¹⁴²⁴ *Ibid.*

¹⁴²⁵ *Ibid.*

porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire »¹⁴²⁶, solution qu'elle fonde sur le principe de l'article 544 du code civil, en vertu duquel « le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit. ». Cette « curieuse excroissance du droit de propriété »¹⁴²⁷ n'est pas sans effet sur la propriété littéraire et artistique, ni sur le contrôle d'accès à l'œuvre. Admettre que le propriétaire puisse contrôler l'image de son bien et son exploitation, revient à étendre le bénéfice du droit de propriété sur l'aspect immatériel du bien¹⁴²⁸. Lorsque le bien est le support d'une œuvre, cet aspect immatériel est, malgré les distinctions subtiles établies par une partie de la doctrine utilitariste¹⁴²⁹, l'œuvre elle-même. La séparation entre le *corpus mechanicum* et l'œuvre de l'esprit disparaît soudainement. Dans ces circonstances, il devient difficile de distinguer ce qui, dans l'exploitation de l'œuvre, relève du monopole du droit d'auteur ou du monopole du propriétaire. Mme Cornu parle du retour des propriétés simultanées. La Cour de cassation admet la coexistence du droit d'exploitation de l'image d'un bien avec le droit de propriété sur ce dernier¹⁴³⁰. Certes la jurisprudence apparaît maintenant fixée sur la question que le droit à l'image des biens n'existe plus¹⁴³¹, mais cet épisode prouve que l'indépendance des propriétés demeure fragile et que l'une peut subir les assauts de l'autre.

B. La propriété intellectuelle : une solution à l'inappropriabilité des biens collectifs

¹⁴²⁶ Cass. 1^{re} ch. civ., 10 mars 1999, *JCP G* 1999, II, 10078, note P.-Y. Gautier ; *RTD com*, 1999, p. 397, obs. A. Françon ; *RTD civ.* 1999, p. 859, obs. F. Zenati ; *RIDA* oct., p. 149, note M. Cornu.

¹⁴²⁷ Ch. Caron, *Eruption judiciaire autour de l'image d'un volcan*, note sous TGI Clermont-Ferrand, 1^{re} ch. civ., 23 janv. 2002, *Comm. com. électr.*, avril, 2002, p. 15 (cité par S. Dusollier, *op. cit.*, n° 492, p. 387.)

¹⁴²⁸ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 492, pp. 387 et s.

¹⁴²⁹ Zénati, note sous Cass. 10 mars 1999, *RTD civ.* 1999, p. 863 ; Th Revet note sous Cass. 1^{re} ch. 2 mai 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 626

¹⁴³⁰ M. Cornu, *note préc.*, p. 155 : « Mais que décider lorsque les protagonistes sont le propriétaire et l'auteur et que tous deux sont également armés d'un droit exclusif patrimonial ? La collision est frontale, droit contre droit, chacun de même nature, si l'on croit la référence donnée par la cour suprême au droit d'exploitation sous quelque forme que ce soit. De son côté, le Code de la Propriété Intellectuelle indique que l'auteur jouit sur son œuvre du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. » et à la p. 157 : « [...], dans le cas du droit à l'image, si se confirme la solution préconisée par la Cour de cassation, c'est le même droit qu'on distribue deux fois, ruinant par là-même tout caractère exclusif. » ; Dans le même sens Ch. Caron, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 300, p. 239 : « Il n'est d'ailleurs pas surprenant que les vieilles solutions du XIX^e siècle aient été de nouveau brandies par la doctrine, notamment parce que l'image des biens entraînait une renaissance de propriétés simultanées chères à l'Ancien Régime, sur un même bien. ».

¹⁴³¹ Cass. ass. plen. 7 mai 2004 : « Le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal. », *JCP G* 2004, II, 10085, note Ch. Caron

342. Présentation. Les tenants de la thèse utilitariste considèrent que le droit de divulgation s'épuise de la première communication au public¹⁴³². Or, l'épuisement du droit de divulgation a pour conséquence l'éclatement du droit moral, ce qui veut dire la ruine de ce qui caractérise la propriété exclusiviste : l'*abusus*¹⁴³³. Les auteurs partageant cette vision envisagent la communication au public comme une dépossession définitive de l'information : un dessaisissement. La communication de l'œuvre au public est une destruction de la saisine de fait. Par la publication, l'auteur donne de manière irrévocable ses pensées au public qui acquiert de ce fait des droits sur ce contenu intellectuel. L'auteur ne saurait revendiquer, au titre de son droit moral, une diffusion sélective de ses œuvres parce qu'il léserait gravement les intérêts du public. En divulguant son œuvre, l'auteur transforme son œuvre en *bien collectif*. De même, Proudhon considère la communication de l'œuvre au public comme « l'acte par lequel l'auteur se *dessaisit* de son œuvre »¹⁴³⁴. C'est à ce moment que commence la propriété éminente du public, que l'ouvrage fait partie de ce que Proudhon appelle « l'avoir collectif »¹⁴³⁵. Cette analyse de la divulgation ressemble beaucoup à la vision féodale de la propriété. Non seulement parce qu'on est en présence d'une propriété sans *abusus*, mais en plus, cette conception restrictive a pour effet de confondre le droit de propriété avec le fait de posséder la chose. Partant de cette conception, il est clair que, pour eux, la saisine de fait s'évanouit dès lors qu'il s'agit d'un objet immatériel, tel que l'information, rendu public, que les tiers ont le pouvoir de reproduire dès sa divulgation. L'auteur n'est plus seul en possession de la chose : il n'a plus la saisine de fait, ou le *common law copyright*. Après la divulgation, le droit d'auteur change de nature, il ne s'appelle plus une saisine de fait, mais une saisine de droit. En droit comparé on appelle cette saisine de droit *statutory copyright*. En divulguant son œuvre, l'auteur est censé contracter avec la société et de ce contrat naît la saisine de droit, qui est le monopole d'exploitation.

343. La propriété intellectuelle et la *summa divisio* droit réel/droit personnel. La collectivité a initialement mis le domaine des idées à la disposition du créateur. En exerçant son activité, le créateur a développé le patrimoine commun, et en publiant son œuvre, il rend à la société ce qu'il a puisé mais sous une forme enrichie. En échange, l'auteur a donc le droit à une rémunération pour qu'il continue à produire¹⁴³⁶. Cette rémunération a pour objectif

¹⁴³² V. *supra* (Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 1, §2., A.)

¹⁴³³ V. *infra* (Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 1, §2., B.)

¹⁴³⁴ J. Proudhon, *Les majorats littéraires*, Bruxelles, 1862, p. 56, cité par L. Pfister, *th. préc.*, p. 598.

¹⁴³⁵ *Ibid.*

¹⁴³⁶ V. J. Raynard, *op. cit.*, p. 311.

d'encourager, ou orienter les talents créateurs vers un tel type de création plutôt qu'un autre. Ce droit s'inscrit dans le contrat qui le lie à la société : en contrepartie de l'enrichissement du patrimoine commun, l'auteur à un monopole d'exploitation. Ainsi, la concession de ce droit par le souverain législateur, équivaut-elle à l'exécution par la société de son obligation de rémunérer l'auteur travailleur. Ainsi se dessine la vision utilitariste de l'individu, en l'espèce l'auteur, un travailleur incapable de créer, totalement dépendant de la société, un *homo oeconomicus*, immergé dans une nature immuable voulue par le marché et dont le marché et le maître. La théorie utilitariste veut que la propriété intellectuelle soit une sorte de rémunération lorsqu'un travail de recherche, de développement a été mené à bien. Plus concrètement cela signifie que l'on a besoin de ceux qui peuvent apporter leur intelligence à tel ou tel progrès et pour les récompenser, pour les remercier de l'effort fourni, on leur attribue un droit de propriété¹⁴³⁷. Dans ce cas, on lie bien propriété et besoin, la propriété devient l'instrument de la satisfaction des besoins de tous¹⁴³⁸. On est en présence de relations d'obligations réciproques dans lesquelles l'auteur est à la fois le créancier du public, puisqu'il se porte volontaire pour contribuer à payer la dette collective de sa génération envers les précédents, et son débiteur dans la mesure où, ne pouvant créer *ex nihilo*, il doit son inspiration aux idées de ses ancêtres et de ces contemporains. Ainsi, le privilège des auteurs est artificiellement créé par l'Etat pour encourager les auteurs à créer¹⁴³⁹. C'est au titre du contrat qu'on crée le monopole. C'est donc la nature de l'obligation qui détermine celle du droit réel, ses caractères et sa portée. D'une certaine manière, on peut dire que dans la conception utilitariste de la propriété, le droit réel se trouve entièrement englobé dans la sphère du droit personnel. Suivant la vision benthamienne des droits, aucun droit ne peut exister sans un devoir¹⁴⁴⁰. Cela explique pourquoi la thèse utilitariste réfute la distinction entre

¹⁴³⁷ A. Robin, *Droits patrimoniaux. Généralité. Droit d'exploitation. Présentation (CPI, art. L. 122-1 à L. 122-9)*, J.-Cl. PLA, fasc. 1240, 2007, n° 72 et n° 73 : « La question se pose alors immédiatement. Rémunération du créateur par la consécration d'un droit exclusif ? Assurément. Mais, à travers la reconnaissance d'une salubre indépendance économique du créateur, c'est également le développement de la société tout entière qui se trouve visé. Le droit d'auteur fait bien davantage que de servir les intérêts des seuls auteurs : il est socialement finalisé. En effet, le droit d'auteur contient très clairement les termes des politiques culturelles qui l'ont vu émerger et se développer. Peuvent ainsi être mises sur le compte de la fonction – sociale ou socio-économique – du droit d'auteur, l'incitation à la création ainsi que la diffusion des connaissances. ».

¹⁴³⁸ A. Abello, *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché »*, op. cit., p. 352, note 62.

¹⁴³⁹ M.-A. Frison-Roche, *Vers une rente pour autrui, Droit & Patrimoine*, n° 119, oct., 2003, p. 73 à la p.74 : « Le besoin social et économique du nouveau, appétence collective, exigerait que le droit fasse miroiter la récompense, faute de quoi le désir du créateur ne surgirait plus. »

¹⁴⁴⁰ V. *supra*

droits réels et droits personnels¹⁴⁴¹. La propriété utilitariste a une face réelle et une face obligatoire.

Cette relation entre la propriété et l'obligation ressemble beaucoup à celle qui s'opérait au début du Moyen Age : le tenancier apportait sa propriété au seigneur et recevait en retour en tenure ; en échange de l'apport, du « don », il obtenait la protection du seigneur. L'auteur, en publiant, fait « don » de sa propriété à la société, qui la lui remet instantanément en saisine de droit ; en échange du « don », il reçoit la protection de la société. Cette protection consiste en ce que l'Etat reconnaît son monopole d'auteur et lui en garantit l'exercice par un statut légal, un « privilège légal » qui lui permet l'exploitation paisible du monopole de sa « tenure »¹⁴⁴².

Klimrath nous explique que la saisine de droit est une autre espèce de saisine, qui se distingue de la saisine de fait en ce qu'elle ne suppose pas nécessairement la détention actuelle. « La saisine (de droit) est attribuée, en certains cas, par continuation ou par anticipation, à celui qui n'a point la possession de fait, soit qu'il ait cessé d'être possesseur ou qu'il ne l'ait jamais été. »¹⁴⁴³. Avec la saisine de droit, nous franchissons une étape importante dans la voie de l'abstraction juridique, puisque la possession n'est pas nécessairement actuelle. La cause de cette possession distincte de la détention est par conséquent proprement juridique, et on peut parler de possession légale¹⁴⁴⁴. Ainsi, être en saisine d'une information, c'est avoir le pouvoir légitime d'en tirer profit. Celui qui la possède, la laboure, en perçoit les fruits et les produits. Cohérente avec une vision utilitariste de la société, la saisine (le monopole) privilégie l'aspect productif de l'œuvre. La propriété intellectuelle, comme la saisine médiévale, ne se préoccupe que des utilités économiques offertes par l'information¹⁴⁴⁵. De là découle sa particularité : la propriété de Rome, comme celle du Code civil, absorbe l'ensemble de l'objet au point de se confondre avec celui-ci. La propriété intellectuelle, cette saisine moderne, qui n'est que la jouissance des utilités économiques de l'œuvre, est en fait une technique législative d'accès à l'utilisation économique de l'œuvre. Selon la classification romaine des choses, elle est une chose incorporelle. En corollaire, lorsque les juristes utilitaristes s'efforcent, à leur tour, de classer la propriété intellectuelle, la saisine, sera analysée par eux très justement, comme un droit, ou un monopole, une chose incorporelle,

¹⁴⁴¹ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit. ; F. Zénati, *th. préc.* ; M. Fabre-Magnan, *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD civ., 1997, p. 583 ; Y. Emerich, *La propriété des créances : approche comparative*, LGDJ, 2007, spéc. n°s 333 et s., pp. 191, et s.

¹⁴⁴² P. Recht, op. cit., p. 326.

¹⁴⁴³ H. Klimrath, op. cit., p. 361.

¹⁴⁴⁴ M. Xifaras, op. cit., p. 404.

¹⁴⁴⁵ J. Raynard, op. cit., p. 311.

mais là où ils se trompent c'est quand ils la qualifient de droit réel¹⁴⁴⁶. C'est pour cela que d'autres juristes, à juste titre, ont classifié les droits subjectifs en trois catégories : droits réels, droits d'obligation, droits intellectuels. D'autres rajoutent une quatrième catégorie : les droits de la personnalité¹⁴⁴⁷.

344. Le principe utilitariste de la propriété des droits. La propriété intellectuelle, propriété jouissance, qui ne porte que sur les utilités économiques de l'œuvre, est en cohérence avec le fait que l'œuvre, *bien collectif*, échappe à l'emprise individuelle. On n'est pas propriétaire de l'œuvre, mais de l'utilisation économique de l'œuvre. Nous sommes bien dans le cadre d'une propriété stratifiée. L'œuvre elle-même est insusceptible d'appropriation et le droit patrimonial ne porte que sur ses fruits. Tout se passe donc comme si le droit de l'auteur portait non pas sur une chose, une *res*, mais sur une activité, en l'occurrence la copie de l'œuvre et la vente de ces copies¹⁴⁴⁸. Sans doute, en passant des maîtrises foncières de l'ancien droit aux œuvres de l'esprit, la saisine change-t-elle d'aspect : elle perd son caractère rural, mais les déterminations techniques essentielles restent identiques. Dans un cas, comme dans l'autre, en effet, l'objet du droit n'est pas la chose considérée en elle-même – l'œuvre – mais certains des usages qu'elle sert, en l'occurrence la possibilité de tirer profit de la vente des copies de son support matériel. Ce déplacement de la chose vers son exploitation économique fait fond, dans un cas comme dans l'autre, sur l'inappropriabilité de sa nature même¹⁴⁴⁹. A ce titre, on peut citer les professeurs Lucas qui sont parmi les fervents défenseurs

¹⁴⁴⁶ J.-M. Mousseron, *Le droit du breveté d'invention, Contribution à une analyse objective*, LGDJ, Paris 1961 ; M. Vivant, *Juge et loi du brevet, Approche du droit de brevet*, Litec, 1977 ; Ch. Le Stanc, *L'acte de contrefaçon*, Litec, 1977 ; J. Schmidt, *L'invention protégée*, Litec, 1972 ; R. Fabre, *Le know-how. Sa réservation en droit commun*, Litec 1976 ; Th. Revet, *La force du travail, Etude juridique*, Litec 1992 ; P. Kamina, *th. préc.* ; J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois, op. cit. spéc.* pp. 313 et s. ; Ch Caron, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP, G., 2004, p. 1623 ; A. Latreille, *th. préc.*, spéc. n° 526, p. 231 ; Adde M. Vivant, *Le contenu du droit d'auteur, in Le droit d'auteur aujourd'hui, Sous la direction d'Isabelle de Lamberterie*, Paris, CNRS, 1991, p. 77.

¹⁴⁴⁷ Mme A. Lucas-Schloetter nous explique que jusqu'à la fin des années 1920, le droit français n'avait pas encore élaboré de véritable théorie des droits de la personnalité, et que ceux-ci étaient en effet étudiés séparément par la doctrine et ne constituaient pas encore une catégorie autonome de droits subjectifs. « Pourtant, malgré l'emploi de plus en plus fréquent du terme de 'droits de la personnalité', l'incertitude subsiste sur leur qualité même de droits subjectifs, [...]. Cette opinion est [...] celle de Roubier qui, dans son ouvrage intitulé *Droits subjectifs et situations juridiques* [op. cit., p. 375] : « on ne peut pas ne pas être frappé du fait que ces prétendus 'droit de la personnalité' n'ont pas l'aspect ordinaire des droits subjectif, car il ne peut être question d'une appropriation d'éléments comme l'image l'honneur, etc..., qui ne sont pas des biens appropriables. Et si l'on veut pousser plus loin l'analyse, on est bien obligé de dire que la personnalité ne peut pas être l'objet de droits, alors que tous les droits sont faits pour l'homme, et qu'il en est nécessairement le sujet. » », A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, (Première partie, Titre I, Chapitre III, Section I, §1., B-)

¹⁴⁴⁸ M. Xifaras, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴⁴⁹ V. J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd., 2007, n° 2, p. 1 : « Le but des droits de propriété intellectuelle consiste à promouvoir le développement culturel ou technologique. Cet objectif n'est pas, en effet, réalisé de manière optimale par le jeu de la libre concurrence, où les opérateurs

de la thèse utilitariste de l'épuisement du droit de divulgation : « L'auteur (comme l'inventeur) n'a évidemment pas la prétention de se réserver l'accès intellectuel à la création qu'il a divulguée, mais seulement l'accès juridique, c'est-à-dire la possibilité d'exploiter cette création. Et tel est bien l'effet du droit d'auteur ou du brevet d'invention. L'ambiguïté vient de ce qu'on présente généralement le droit d'auteur (ou de l'inventeur) comme portant sur l'œuvre (ou sur l'invention), ce qui est [...] inexact. »¹⁴⁵⁰. Les éminents spécialistes considèrent que l'objet de la propriété intellectuelle est le droit d'exploitation lui-même¹⁴⁵¹. On retrouve ici la vision féodale qui considère que tout titulaire d'un droit est propriétaire de ce droit¹⁴⁵². Quoi qu'il en soit, dès lors que l'objet du droit n'est ni la terre ni l'œuvre (ou l'invention), mais leur exploitation économique¹⁴⁵³, un pilier de la conception exclusiviste de la propriété s'en trouve mise en cause : le droit d'auteur ne fait plus partie de la catégorie des droits réels. L'exploitation est toujours une activité humaine, ne pouvant pas être l'objet d'un droit réel¹⁴⁵⁴.

345. La source de la propriété intellectuelle (renvoi)¹⁴⁵⁵. On oppose traditionnellement le droit de propriété exclusiviste et le droit de propriété intellectuelle, en faisant valoir que l'appropriation exclusiviste se fait d'une façon spontanée, sans qu'il soit nécessaire que cette maîtrise passe par un mécanisme préalable relevant du droit, au contraire de ce qui se passe en matière de propriété intellectuelle pour lequel l'Etat, grâce à un artifice¹⁴⁵⁶, c'est-à-dire par une reconnaissance formelle, doit intervenir, l'intervention étant rendue nécessaire par le fait que les choses relevant de la propriété intellectuelle ne sont pas appropriables. Cela revient à dire qu'à la différence de l'appropriation des biens qui ne relèvent pas de la catégorie des

peuvent reproduire librement les biens non appropriés par autrui. Or, à la différence des choses tangibles, les créations intellectuelles (inventions techniques ou formes esthétiques) ne sont pas, par nature, susceptibles d'être appropriées. ».

¹⁴⁵⁰ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, 3^e éd., n° 25, p. 27.

¹⁴⁵¹ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 27, pp. 30 et s. ; sur le principe de la propriété des droits V. P. Berlioz, *La notion du bien*, LGDJ, 2007, Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2., Sous-section 1.

¹⁴⁵² V. *supra* n° 316.

¹⁴⁵³ V. M. Vivant, *An 2000 : L'information appropriée ?*, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 651 ; M. Vivant (sous la dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, ellipses, 1997, pp. 13 et s. ; M. Vivant, *Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle*, JCP éd. E, 1993, I, 251 ; J.-M. Mousseron, M. Vivant, *Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le terrain occupé par le droit*, *Cahier de droit de l'entreprise*, 1988-1, p. 2.

¹⁴⁵⁴ M. Xifaras, *op. cit.*, p. 465 ; *Contra* F. Zénati, *th. préc.*, spéc. n° 571, pp. 787 et s. ; Th. Revet, *La force du travail*, Litec, 1992, n°s, 348 et s., pp. 391 et s.

¹⁴⁵⁵ V. *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre I.

¹⁴⁵⁶ H. Evans, *op. cit.*, pp. 10 et s. : "The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings, for the Supreme Court has held that such rights, as he has, are purely statutory rights, but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted by securing to authors for limited periods the exclusive rights to their writings..." (Souligné par nous)

biens collectifs, celles des œuvres de l'esprit est le fruit de l'art juridique, et ne trouve son fondement qu'en lui. Le droit prend ainsi une nouvelle dimension lorsqu'il s'agit des monopoles portant sur des *biens collectifs*, car le droit ne vaut que si l'Etat le dit. Il ne valide pas seulement, il ne donne pas seulement un cadre, il constitue, il crée. L'existence des propriétés intellectuelles vient du droit. La propriété intellectuelle se trouve ainsi, du fait de l'inappropriabilité de son objet, nécessairement soumise à la reconnaissance publique. Cela conduit en penser qu'elle serait en quelque sorte une propriété privée, conférée publiquement¹⁴⁵⁷. Ainsi, son caractère profondément *néo-féodal* n'admet même pas la distinction individualiste entre droit privé et droit public¹⁴⁵⁸. Le trait est bien sûr plus marqué en ce qui concerne les droits de la propriété industrielle puisqu'ils requièrent, comme condition de leur existence, une demande administrative de celui qui en revendique la propriété¹⁴⁵⁹. L'adage selon lequel « Au citoyen appartient la propriété et au Souverain l'empire », ne peut pas s'appliquer ici.

346. La propriété intellectuelle et la personne. Cette propriété utile, contrairement à la propriété exclusiviste, repose sur la connexion entre propriété et devoir. En fait, la propriété exclusiviste est détachée de toute obligation : elle est, donc, liée à ce qu'on est et non à ce qu'on fait. C'est-à-dire elle est une propriété liée à une personne¹⁴⁶⁰. Dans la conception individualiste, il suffit d'être une personne pour avoir une propriété. Entre l'*être* (la personne) et l'*avoir* (la propriété) la relation est médiate. Or, quand la propriété est liée à une obligation ou un devoir, la propriété n'est plus liée à la personne et ses besoins, mais à ce que cette personne fait, selon les besoins de la société. Si l'*être* (personne) veut *avoir* (propriété), il faut passer par le *faire* (devoir). La propriété est ainsi détachée de la personne. Le caractère essentiel de cette propriété réside dans le fait que les monopoles mal utilisés ou inutilisés perdent leur raison d'être¹⁴⁶¹. Ainsi, lier propriété et besoin est à double tranchant car il résulte de cette connexion que les contours du droit passent alors par l'usage. Si l'usage est moins légitime et que l'utilité décroît, le droit devient moins fort et de ce fait, contestable ; il faut

¹⁴⁵⁷ E. Meynial, *op. cit.*, p. 417 : « C'est au droit public qu'appartiennent d'abord les tenures qui confèrent un droit réel au preneur. Dans la sphère du droit privé, pendant longtemps au contraire a dominé sans réserve la conception absolue du droit illimité du propriétaire sur sa chose. »

¹⁴⁵⁸ Sur le caractère individualiste de la distinction entre droit privé et droit public V. *supra* (Partie I, Titre I, chapitre I, Section 1, §1., B.)

¹⁴⁵⁹ A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 163, p. 81.

¹⁴⁶⁰ A. Abello, *op.cit.*, n° 171, p. 85.

¹⁴⁶¹ Dans ce sens A. Latreille, *th. préc.*, n° 528, p. 232 : « Concevoir le droit d'auteur en termes d'encouragement, voire de prime à la création, permet de justifier toutes les atteintes à partir du moment où ce 'cadeau' devient économiquement trop lourd pour les exploitants ou que la création peut s'en passer. ».

alors laisser l'objet de cette propriété accessible aux tiers. La liaison entre la propriété et le devoir révèle une certaine instrumentalisation des droits de propriété intellectuelle. Ainsi cette liaison permet d'expliquer plusieurs traits caractéristiques du droit de la propriété intellectuelle : le fait qu'un droit de propriété, en raison du non-usage, puisse disparaître ou que ce non-usage puisse obliger un propriétaire à concéder une licence, le fait que les droits ne soient que temporaires¹⁴⁶², ou bien encore, que l'intérêt public puisse être pris en compte¹⁴⁶³. La doctrine utilitariste est encore compatible avec un autre trait du droit de la propriété intellectuelle : son *caractère territorial*¹⁴⁶⁴. En fait le principe de la territorialité implique que les droits de la propriété intellectuelle créés par la loi ne sauraient être des droits universels puisqu'ils procèdent de la législation nationale et s'inscrivent exclusivement dans ce cadre¹⁴⁶⁵. Ces monopoles ne peuvent valoir, à l'évidence, que dans les limites du territoire soumis au souverain les octroyant. En fait, le principe de la territorialité des droits est une « vieille habitude »¹⁴⁶⁶, héritée de l'époque des privilèges¹⁴⁶⁷, qui devrait être dépassée en droit d'auteur, si on considérait la naissance du droit d'auteur en dehors de tout acte d'attribution étatique, ce que la doctrine utilitariste ne soutient pas.

§2. Le retour des propriétés simultanées

347. Présentation et plan. En matière de droit d'auteur, comme pour ce qui regarde l'usage de la terre, dès lors que l'appropriation prend la forme de la réservation non pas d'une chose mais d'une valeur, il devient possible de concevoir plusieurs appropriations simultanées sur le même objet¹⁴⁶⁸. En divulguant son œuvre, l'auteur donne à la collectivité la possession

¹⁴⁶² V. A. Robin, *Droits patrimoniaux. Généralité. Droit d'exploitation. Présentation (CPI, art. L. 122-1 à L. 122-9)*, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1240, 2007, n° 40, p. 11 : « Le monopole de l'auteur est ainsi limité dans le temps. [...] La reconnaissance du droit d'auteur est en effet le résultat d'un subtil équilibre entre plusieurs intérêts : des intérêts particuliers, ceux des auteurs et des exploitants, à celui général, du public. [...] Le compromis ainsi trouvé qui montre que le droit d'auteur en particulier le droit d'exploitation est un droit qui assure une fonction sociale précise. ».

¹⁴⁶³ V. A. Abello, *op. cit.*, n°s 175 et s., pp. 87 et s.

¹⁴⁶⁴ A. Strowel, *op. cit.*, n° 110, p. 140.

¹⁴⁶⁵ W. Nordeman, *Le principe du traitement national et la définition des œuvres littéraires et artistiques*, *Droit d'Auteur*, 1989, p. 319 ; S. Strömholm, *Droits intellectuels et droit international privé*, RDI L'ingénieur-Conseil, 1987, p. 123.

¹⁴⁶⁶ S. Strömholm, *art. préc.*, 1987, p. 124.

¹⁴⁶⁷ Contra N. Bouche, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2004, n°99, p. 75.

¹⁴⁶⁸ M. Xifaras, *op. cit.*, p. 468.

du contenu intellectuel de l'œuvre, c'est-à-dire l'appréhension spirituelle de ce contenu (l'information). En plus, la pleine propriété de l'objet se divise entre celui dont l'apport intellectuel a permis la réalisation de l'objet, c'est-à-dire l'auteur, et celui qui tient la chose matérielle, c'est-à-dire le propriétaire du support. Or nous avons vu que la doctrine utilitariste confond la plupart du temps le support, l'œuvre et l'information¹⁴⁶⁹, ce qui va entraîner une stratification des droits sur un même bien¹⁴⁷⁰.

D'un autre côté on a le public qui a reçu l'œuvre. Celui-ci a le droit de jouissance intellectuelle sur l'œuvre. On accorde à des titulaires distincts une pluralité de droits de nature différente sur la même chose, c'est-à-dire, l'œuvre. Cette œuvre qu'on définit comme une information fixée sur un support. L'information appartient à la collectivité, elle y tient le domaine éminent, elle accorde à l'auteur un domaine utile, en contrepartie de son travail, et le support qui intègre l'information appartient à son propriétaire. Il en résulte que les divers titulaires de saisines entretiennent des liens d'obligation personnelle réciproques, à commencer par celle de laisser celui qui jouit de la réservation d'un usage sur la chose la faculté d'y accéder. Le droit de chacun à accéder aux jouissances intellectuelles de l'œuvre ne saurait faire obstacle à la juste rémunération de l'auteur qui suppose que ce dernier puisse copier ou faire copier le support matériel de son œuvre. Inversement, l'auteur ne saurait être titulaire d'un *abusus* (droit moral unitaire) car cet *abusus* ne pourrait exister dans une propriété stratifiée¹⁴⁷¹. De même, les droits du public interdisent à l'auteur de revendiquer la perpétuité de ses droits patrimoniaux mais surtout son droit moral, qui donnerait au

¹⁴⁶⁹ V. *supra* (Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1., A., 2.).

¹⁴⁷⁰ V. cpdt M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, l'auteure donne une autre explication à ce phénomène. Son modèle n'est pas la propriété féodale mais l'usage commun des choses communes. Elle qualifie les biens informationnels de « *quasi-choses communes* », n°397 (Conclusion générale), p. 412 : « En décalage avec une figure traditionnelle de la propriété, le propriétaire d'un tel bien [l'information] se voit privé par la loi ou la jurisprudence de l'exercice d'une partie de ses pouvoirs sur certaines utilités de sa chose. Cette restriction du droit de propriété s'explique par la dualité des biens concernés. Source d'utilités intellectuelles (culturelles, scientifiques) qui doivent être laissées à la disposition de tous. C'est-à-dire que du point de vue de leurs utilités intellectuelles, les biens informationnels ont un régime qui se modèle sur celui des choses communes : ils peuvent être librement, également et gratuitement utilisés, parfois même exploités, par tout un chacun. Ce sont en quelque sorte des '*quasi-choses communes*'. », V. S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, op. cit., n° 154, p. 109, qualifiant le domaine public en chose commune qui lui permet de conclure au caractère inappropriable du domaine public.

¹⁴⁷¹ V. A. Abello, *art. préc.*, p. 358 : « Ainsi lorsqu'un tableau est protégé par un droit de propriété intellectuelle, les prérogatives du propriétaire de la toile sont susceptibles d'entrer en conflit avec les prérogatives de l'artiste. Par exemple, le propriétaire de la toile ne pourrait la reproduire, ce que l'on comprend aisément, mais en principe, il ne pourrait pas non plus détruire le tableau, ce qui ne tombe pas sous le sens, puisque l'*abusus* est considéré comme une des caractéristiques fondamentales du droit de propriété. Le droit moral de l'auteur est venu limiter les prérogatives du propriétaire et notamment son *abusus* et son *fructus*. Par exemple, une affaire a montré que la responsabilité du propriétaire du support peut être engagée s'il détruit l'œuvre ou la mutile, l'*abusus* n'est donc pas parfait. ».

renchérissement de l'œuvre un caractère permanent, incompatible avec la propriété éminente de la collectivité¹⁴⁷².

En fait, la structure utilitariste du droit d'exploitation est une structure analytique. Cette structure accroît de plus en plus les pouvoirs de l'auteur sur les supports, notamment lorsqu'ils sont dédiés à la commercialisation de l'œuvre. Des prérogatives analytiques telles que le droit de distribution, le droit de location et le droit de prêt accordent au titulaire des droits le pouvoir de contrôler la circulation du support et les conditions de son exploitation. Quant à la possibilité d'opposer des mesures techniques de protection (MTP) sur le support de commercialisation de l'œuvre, c'est une manifestation supplémentaire du pouvoir du titulaire des droits d'auteur sur le support matériel. De même, le droit de reproduction postule, selon l'analyse utilitariste, une fixation matérielle sur un support. Donc, la propriété poursuit le bien matériel, mais la propriété intellectuelle, qui est en elle-même stratifiée, oblige au partage avec cette propriété matérielle. Sur un même objet, on trouve plusieurs propriétés concurrentes, c'est une propriété partagée entre plusieurs titulaires chacun en ce qui le concerne : la propriété matérielle d'une part et la propriété intellectuelle d'autre part. Semblablement à la propriété féodale, les deux titres du propriétaire du support matériel et du droit de propriété intellectuelle sont concurrents sur le même bien (B.). Or, cette propriété intellectuelle est en elle-même une propriété stratifiée : on a la collectivité qui tient la propriété éminente et l'auteur qui tient la propriété utile (A.).

A. La propriété éminente de la collectivité et la propriété utile de l'auteur

348. La structure analytique du monopole. Nous avons vu que selon l'analyse utilitariste la création fait naître une saisine de fait au profit de l'auteur. Dès la publication, Recht nous explique que la propriété éminente de l'œuvre appartient à la collectivité et l'auteur qui lui fait « don » n'est plus que le titulaire d'un domaine utile, un utilisateur que la loi protège pendant sa vie et ses héritiers pendant 70 ans *post mortem*¹⁴⁷³. Le domaine éminent de la collectivité a été aperçu dès 1791 par Le Chapelier, rapporteur à l'Assemblée constituante de la loi du 13

¹⁴⁷² V. *supra* (Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, §2, B.).

¹⁴⁷³ P. Recht, *op. cit.*, p. 234, V. à la p. 245 : « Après avoir créé une œuvre, lorsque l'auteur la publie il en fait don à la collectivité (ou au Roi, si on veut employer ce vieux symbole anglais de la collectivité souveraine), qui protège sa 'propriété utile' pendant un certain temps par application de la loi sur le copyright ».

janvier sur les spectacles, dont l'article 2 parle de « propriété publique ». « Quant un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est entre les mains de tout le monde... il semble que dès ce moment l'écrivain ait associée le public à sa propriété ou plutôt la lui ait transmise toute entière. Cependant il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail, il faut que pendant leur vie et pendant quelques années après leur mort (5 ans) personne ne puisse sans leur consentement disposer du produit de leur génie. Mais enfin après le délai fixé la 'propriété du public' commence. »¹⁴⁷⁴. Ainsi l'auteur en divulguant fait don de son œuvre à la société, qui lui accorde instantanément une propriété utile. Le domaine éminent de la collectivité n'est pas visible aussi longtemps que l'auteur vit ; la collectivité reconnaît le droit de l'auteur en lui abandonnant l'exercice du droit de propriété éminente. A son décès, il le confie à ses héritiers ou à des exécuteurs testamentaires. C'est encore le domaine utile que le législateur laisse, pendant 70 ans *post mortem*, en propriété utile temporaire entre les mains des héritiers de l'auteur. La propriété perpétuelle appartient uniquement à la collectivité parce que, dans une vision féodale de la société, la perpétuité ne se justifie que par le domaine éminent¹⁴⁷⁵. Ce qui est déterminé pour l'auteur ce sont les services qu'il a le droit de tirer de l'œuvre. L'auteur ne peut jamais prétendre qu'aux utilités spécifiques de son titre. Il n'a pas à bénéficier de la vacance des utilités auxquelles il n'a jamais été appelé, et l'extinction de sa propriété est au profit de la propriété éminente de la collectivité.

En fait, les droits d'exploitation, selon la théorie utilitariste, sont appréhendés par un système analytique. Ce système décompose l'exploitation de l'œuvre en diverses phases auxquelles il fait correspondre des droits spécifiques indépendants. Il reconnaît des droits pour la reproduction, la vente, l'échange ou le louage d'exemplaire et le droit de représentation qu'on qualifie de prestation de service. La diffusion par le biais de supports matériels fait donc l'objet de droits expressément déterminés par le législateur. Le système « fermé » ou analytique s'oppose au système « ouvert » ou synthétique traditionnel en droit d'auteur. Avec l'approche synthétique, toutes les exploitations secondaires de l'œuvre peuvent être appréhendées ; le législateur n'ayant pas à intervenir pour consacrer tel ou tel nouveau droit

¹⁴⁷⁴ Rapport à la Constituante, cité par P. Recht, *op. cit.*, p. 236. V. B. Terrat, *art. préc.*, p. 351 : « Dans l'œuvre d'art, dit-on, (et la théorie pourra s'étendre à bien d'autres objets), il y a deux parts distinctes : la part intellectuelle, c'est-à-dire la pensée de l'artiste, l'idéal qu'il a incarné dans une forme quelconque, et une part matérielle, cette forme même qui a servi à réaliser sa pensée, son idéal. La première appartiendrait à la société, qui aurait mission de la protéger, d'en assurer la conservation et le bénéfice aux générations à venir : la seconde seule, qu'elle fût tableau, marbre ou bronze, ferait l'objet de la propriété privée, mais propriété grevée de servitudes, soumise à des conditions propres à garantir la première part, apanage de la société. » ; V. *supra* (Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, §2, B.).

¹⁴⁷⁵ P. Recht, *op. cit.*, pp. 240 et s.

au profit de l'auteur. En revanche, le système analytique implique l'intervention du législateur pour consacrer un nouveau droit distinct de ceux déjà existants, ce qui correspond plus à la vision utilitariste de la propriété intellectuelle. Un système « fermé » qui détaille, comme dans un catalogue les droits¹⁴⁷⁶, qui énonce précisément et limitativement les actes d'exploitation soumis au droit d'auteur est nécessairement plus rigide. La loi apparaît comme l'instrument par lequel la collectivité paie à l'auteur son service. Les droits d'exploitation sont des monopoles concédés par le législateur au nom de l'intérêt public. Ce principe présente des ressemblances certaines avec la théorie du double domaine, à la différence que le souverain n'est plus le seigneur ou le Roi, mais la collectivité.

Il y a, ici, une différence de conception des droits d'auteur et non une simple différence de méthode. Alors que la conception synthétique est individualiste, la conception analytique répond d'avantage à l'intérêt public. La première participe à la volonté de protéger l'auteur, en lui accordant un droit exclusiviste sur son œuvre, la seconde consiste à mettre en avant des considérations sociales et économiques, ce qui s'accompagne nécessairement d'une limitation des prérogatives du titulaire. Avec la conception analytique, les prérogatives sont divisées selon les actes que le législateur considère utiles de reconnaître à l'auteur ou de rendre libres. Cette conception permettra, selon les tenants de la théorie utilitariste, de déterminer précisément les actes qui relèvent du droit d'auteur et d'assurer une sécurité certaine au tiers, au public utilisateur, d'exemplaires d'œuvres. Le public sait, expressément, ce qu'il peut faire d'un exemplaire qu'il acquiert licitement¹⁴⁷⁷.

349. Le droit de reproduction *stricto sensu*. Mme Bensamoun nous explique que dès la naissance du droit d'auteur, les Etats ont manifesté la nécessité d'encourager la création. Ce constat les a poussés à légiférer pour reconnaître aux auteurs des droits sur leurs œuvres, parfois dans l'urgence. Dans cette optique, les législateurs se sont limités à une intervention ponctuelle, tant en France¹⁴⁷⁸, que dans les pays de culture *copyright*. En effet, ils ont répondu à des attentes précises, en contemplation des modes d'exploitation connus des œuvres. Il s'agissait alors d'une appréhension davantage utilitaire de la matière que de consécration réfléchie et théorique¹⁴⁷⁹. L'invention de l'imprimerie et la découverte de la gravure au XV^{ème}

¹⁴⁷⁶ A. Strowel, *op. cit.*, n° 112, p. 145.

¹⁴⁷⁷ A. Lebois, *Le droit de location des auteurs et les titulaires de droits voisins*, LGDJ, 2004, n° 296 p. 125.

¹⁴⁷⁸ L'article 1er de la vieille loi de 1793, en effet, reconnaissait expressément aux auteurs le « droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages. », V. A. Lucas, *Le droit de distribution et son épuisement*, *Comm. com. électr.*, nov. 2006, n° 25.

¹⁴⁷⁹ A. Bensamoun, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, th. Paris-Sud XI, 2005, n°32, p. 37

siècle offrent à l'écrit une dimension économique : les supports de l'œuvre sont multipliés et la diffusion devient massive. Néanmoins, la fabrication des supports réclame des investissements coûteux et les imprimeurs vont solliciter des privilèges royaux pour les rentabiliser. Les privilèges accordés permettaient ainsi de contrôler la copie des œuvres principalement littéraire, en autorisant l'impression et la publication. Ils ne protégeaient donc pas l'œuvre en elle-même, en tant que création, mais récompensaient le produit de l'impression et l'auteur restait soumis aux conditions de l'imprimeur. Or, si aujourd'hui, dans les sociétés démocratiques, la censure n'existe pas, le besoin de rentabiliser le coût de fabrication des supports persiste. Le droit d'auteur se présente, dans la logique utilitariste, comme une sorte de retour sur investissement, en temps et en argent pour diffuser l'œuvre, en perspective d'un droit d'auteur source de rémunération. En fait la principale justification de l'existence du *copyright* est de protéger les producteurs originels contre les producteurs « passagers clandestins » qui exerceraient une concurrence parasitaire en reproduisant le *bien collectif* sans avoir à supporter les coûts d'expression. Un producteur ou éditeur copieur bénéficie en effet des avantages concurrentiels décisif par rapport au producteur originel : non seulement il ne supporte pas les coûts fixes mais de plus, en sélectionnant les œuvres qui ont déjà connu le succès, il évite tout risque éditorial lié à l'incertitude sur la demande. En accordant un monopole d'exploitation au producteur originel, la propriété intellectuelle apporte une solution au risque de sous-production. L'œuvre aurait toutes les chances de ne pas être produite dans la mesure où le producteur originel ne pourrait amortir ses coûts fixes ce qui ne l'incite pas à continuer son activité. Le législateur accorde ainsi le droit de reproduction, c'est-à-dire, un monopole sur la fabrication des supports. C'est ainsi que l'article 106 du *Copyright Act* de 1976 réserve au titulaire du copyright le droit de « reproduire sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes, l'œuvre protégée »¹⁴⁸⁰.

350. Le droit de distribution. Or, la commercialisation des supports est la fin naturelle de leur fabrication. Le titulaire du monopole de fabrication a besoin d'un autre monopole de distribution. C'est ainsi que le législateur européen dans l'article 4 de la directive n° 2001/29/CE du 22 mai 2001 demande aux Etats membres de prévoir « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement [autre transfert de propriété], de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci. ». Cet article, directement inspiré de l'article 6 du Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996, consacre

¹⁴⁸⁰ Cité par N. Craipeau, *Le droit de reproduction des œuvres dans l'environnement numérique*, th. Nantes et Salamanque, 2006, n° 65, p. 70.

un droit qui permet à son titulaire de maîtriser la distribution des exemplaires de leurs œuvres¹⁴⁸¹. Ce droit s'intéresse exclusivement aux conditions de commercialisation du support et non pas aux usages qui peuvent être faits du support une fois qu'il est acquis. Le droit de distribution s'attache donc à contrôler la circulation de l'exemplaire de commercialisation de l'œuvre¹⁴⁸². La référence au public est en réalité mal venue car il est constant que la distribution ou la mise en circulation, qui emporte le cas échéant épuisement des droits, peut prendre la forme d'un transfert de propriété d'un lot d'exemplaires à un opérateur intermédiaire, distributeur final sans encore un contact avec le public¹⁴⁸³. Cette prérogative du titulaire, commune en fait à tous les droits de propriété intellectuelle, se distingue nettement du droit de contrôler les autres utilisations publiques des exemplaires, par hypothèse postérieures à leur mise en circulation et même à leur acquisition par l'utilisateur final. En plus, la mise en circulation s'apprécie exemplaire par exemplaire et non globalement. Tout contrôle du titulaire à un stade ultérieur à la première mise en circulation du support doit être justifié par un nouveau texte.

351. L'épuisement du droit de distribution. Mais lorsque le titulaire du droit d'auteur a donné son consentement au premier transfert de propriété sur l'exemplaire, il ne peut plus se prévaloir du droit de distribution pour subordonner à son consentement les transactions ultérieures portant sur cet exemplaire : l'exemplaire pourra donc être librement vendu. Son droit de distribution est épuisé. Ce que la loi du 1^{er} août 2006 consacre dans une disposition qui est devenue l'article L. 122-3-1 du CPI, lequel est ainsi rédigé : « Dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les Etats membres de la Communauté européenne et les Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen. ». Cette théorie suppose l'existence d'un droit de distribution ou de mise en circulation indépendant et distinct du droit

¹⁴⁸¹ Le législateur américain quant à lui a consacré le droit de distribution dans l'article 106, al. 3 du *Copyright Act* de 1976, reconnaissant un droit de distribution spécifique : « Le titulaire du copyright visé au présent titre dispose des droits exclusifs de faire et d'autoriser l'un quelconque des actes suivants : [...] 3. Distribuer au public des exemplaires ou des phonogrammes de l'œuvre protégée par voie de vente ou autre transfert de propriété, ou par louage, location ou prêt. »

¹⁴⁸² Ch. Caron, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 321, p. 255.

¹⁴⁸³ J. Passa, *Droit de destination et droit de distribution*, in 1957-2007 : 50 ans de droit d'auteur (*Perspectives et prospectives*), PA, 6 déc. 2007, p. 32, à la p. 35 ; F. Pollaud-Dulian, *Les droits exclusifs consacrés par la directive*, in *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilan et perspectives*, PI, 2002, n° 2, p. 7 à la p. 10 ; V.-L. Bénabou, *Epuisement des droits, épuisement des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ?*, *Légicom*, n° 25, 2001/2, p. 115 à la p. 119.

de reproduction, lequel est entendu strictement comme le droit de fixer matériellement l'œuvre sur les supports. En effet, ce n'est pas le droit d'auteur qui s'épuise mais seulement le droit de distribution, lequel ne concerne que les supports matériels¹⁴⁸⁴. En fait, la théorie de l'épuisement repose sur l'idée que le titulaire reçoit une rémunération suffisante avec la vente du produit protégé. Autrement dit, la protection du titulaire de droit de propriété intellectuelle est suffisamment assurée dès lors qu'il a un droit de contrôle sur la première mise en circulation des exemplaires. Ensuite, au-delà de cette première mise en circulation des supports, la propriété éminente de la collectivité reprend ses droits : la nécessité de la libre circulation des biens commande que les titulaires de droits intellectuels ne s'opposent pas à l'utilisation de ces mêmes exemplaires. Ainsi, l'épuisement se fonde sur la recherche d'un équilibre entre la propriété utile du titulaire du droit d'auteur et la propriété éminente de la collectivité qui exige la libre circulation des produits et la liberté du commerce. Il est inutile de biaiser en soutenant que le droit existe mais qu'il ne s'exerce pas, il n'existe plus du tout¹⁴⁸⁵. Il appartient à la collectivité qui en détient, depuis la divulgation, la propriété éminente. Ce qui appartient au titulaire ce sont les autres droits patrimoniaux que le souverain législateur a consacré par un texte spécial : le droit de reproduction, de représentation, de location et de prêt.

B. La propriété intellectuelle de l'auteur et la propriété du support

352. Le droit de location. L'idée selon laquelle l'auteur obtient une rémunération suffisante avec la vente des supports n'est plus du tout d'actualité. Les nouveaux moyens de reproduction et de diffusion ont multiplié les exploitations secondaires des œuvres. Aujourd'hui le marché de la location touche un public beaucoup plus large que celui de la vente pour certains types d'œuvres. La location génère une source importante de revenus et il

¹⁴⁸⁴ F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination*, LGDJ, 1989, n° 461, pp. 360 et s. : « Ce droit ne concerne que les supports matériels d'œuvres ; il ne s'applique pas aux formes incorporelles de l'œuvre. Il est entièrement distinct du droit de reproduction [...]. Il peut donc y avoir concession de chacun des deux droits indépendamment l'un de l'autre. De même, il peut y avoir atteinte au droit de distribution sans que le droit de reproduction ait été violé, et vice-versa. Le cumul des infractions aux deux prérogatives est possible, lorsque l'on met en circulation des exemplaires fabriqués illicitement. ».

¹⁴⁸⁵ V. V.-L. Bénabou, *Epuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ?*, *Légicom*, n° 25, 2001/2, p. 115 : « Le droit épuisé serait donc celui dont il ne reste rien après avoir été ; une espèce de droit consommable qui s'éteindrait par le premier usage que l'on en fait. ».

est bien sûr essentiel de faire participer les auteurs à ces nouveaux profits engendrés par leurs créations¹⁴⁸⁶. En publiant son œuvre, l'auteur cède tous ses droits à l'acheteur d'un exemplaire. En sa qualité de propriétaire, celui-ci peut jouir et disposer de la manière la plus absolue non seulement du support matériel, mais également de l'œuvre qui est intégrée, puisque les utilitaristes, comme nous l'avons vu, confondent l'un et l'autre. En appliquant les règles du droit civil de la vente, l'auteur ne peut s'opposer à cette exploitation qui le prive pourtant des fruits de son travail. Pour réserver à l'auteur le droit d'exploiter son œuvre et pour limiter la propriété de son contractant, l'intervention de la loi est absolument nécessaire¹⁴⁸⁷. Le droit de location est la prérogative qui permet au titulaire de droit de contrôler la location d'un support sur lequel est reproduite une œuvre. Il a été consacré par la directive n° 92/100 du 19 novembre 1993, ainsi que par les articles 6 et 7 du Traité de 1996 de l'OMPI. Le droit de location est le « droit d'autoriser ou d'interdire » la location des exemplaires matériels d'une œuvre, d'un phonogramme ou d'un vidéogramme. Si ce droit permet à son titulaire de contrôler un usage secondaire de l'œuvre, il n'en reste pas moins que son objet est le support matériel. Cette prérogative entretient donc des rapports particulièrement étroits avec le droit de propriété corporelle. Il intervient lorsque le propriétaire désire louer un exemplaire, autrement dit lorsqu'il veut exercer son droit de propriété¹⁴⁸⁸. Le support se trouve, ainsi, investi de plusieurs droits de propriétés : un droit de location appartenant au titulaire de la propriété intellectuelle, et le droit de propriété du support de l'œuvre¹⁴⁸⁹.

353. Le droit de prêt. La directive du 19 novembre 1992 pose le principe de la reconnaissance, au profit des auteurs, d'un droit de prêt public présentant les mêmes caractéristiques que le droit de location. Un des versants spécifiques du droit de prêt, lié au prêt des livres en bibliothèque, a fait l'objet d'une réglementation par la loi du 18 juin 2003. Comme le droit de location, le droit de prêt a pour objet les supports de l'œuvre et selon le texte de la loi les livres. L'article 1^{er} de la loi du 18 juin 2003 a été intégré dans le CPI, par la création d'un chapitre III, intitulé « Rémunération au titre du prêt en bibliothèque », au sein

¹⁴⁸⁶ A. Lebois, *Le droit de location des auteurs et les titulaires de droits voisins*, LGDJ, 2004, n° 323, p. 135.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸⁸ A. Lebois, *op. cit.*, n° 157, p. 65.

¹⁴⁸⁹ Le professeur Zenati voit que le droit de reproduction des œuvres d'art relève de l'image des biens, ce qui revient à dire que le droit de reproduction est stratifié sur la propriété du support. F. Zenati, *Du droit de reproduire les biens*, D. 2004, p. 962 : « [...] la propriété corporelle est la source d'un droit de reproduction, abstraction faite de toute référence à la notion d'œuvre d'art. » et lorsqu'il dit : « La loi du 9 avril 1910 a eu pour conséquence de démembrer au profit de l'auteur le droit de reproduction du propriétaire, conformément au raisonnement tenu par l'avocat général Dupin lors de l'arrêt de principe de 1842. ».

du titre III, relatif à l'« Exploitation des droits ». Cette loi est mise en place pour des raisons tant politiques que législatives. Elle réalise une certaine mise en conformité du droit français avec certaines des prescriptions du texte communautaire. Non seulement la propriété intellectuelle va cohabiter avec la propriété du livre support de l'œuvre, mais la propriété éminente de la collectivité est bien présente¹⁴⁹⁰. L'Etat est au centre du dispositif puisqu'il finance largement les rémunérations dues au titre du droit de prêt¹⁴⁹¹. Si l'on rajoute que la loi de 18 juin 2003 consacre ainsi une licence légale et une gestion collective obligatoire¹⁴⁹², il est possible de constater une véritable stratification du droit d'auteur, de plus en plus éloignée de la logique exclusiviste, comme le précise l'article L. 133-1 dans son dernier aliéna, les auteurs concernés ont un « droit à rémunération », dont le débiteur est l'état et le créancier est l'auteur¹⁴⁹³.

354. Les mesures techniques de protection (MTP). Ces mesures ont pour objet premier le support de l'œuvre, qu'il s'agisse d'un exemplaire tangible ou du vecteur intangible de transmission de l'œuvre. Par exemple, un mécanisme limitant la copie de l'œuvre n'est pas appliqué à l'œuvre, entité abstraite, mais à ses exemplaires matériels. La cryptographie ne chiffre pas l'œuvre immatérielle, mais son expression numérique, telle qu'hébergée sur un support ou transmise sur un réseau. Lorsque la technique conditionne l'accès à l'œuvre, elle le fait, nous l'avons vu, par l'intermédiaire du support, du lecteur ou de la transmission de l'œuvre¹⁴⁹⁴. La contrainte technique sur une œuvre, son verrouillage ou le contrôle de sa diffusion, sont avant tout des pouvoirs de fait. Ils ne réservent que certaines utilités de l'œuvre. C'est une possession économique, puisque la technique permet de contrôler la diffusion de l'œuvre sur un marché, mais d'une réservation qui use de moyens de fait et non de moyens de droit. En ce sens, la technique admet une relative réservation intellectuelle. Elle ne rend pas l'œuvre secrète, mais, dans une logique proche, la protège en conditionnant son accès ou son utilisation. Selon Mme Dusollier, « [il] est erroné de voir dans la technique protégeant les œuvres une sorte de 'droit de propriété', expression que l'on a parfois utilisée pour traduire la maîtrise absolue que la mesure technique allouerait à l'auteur sur son œuvre.

¹⁴⁹⁰ A. Bensamoun, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PAUM, 2008, n° 138, p. 135 : « Dans cette optique, le texte met en place un système complexe de licence légale, système qui oblige à constater la relativisation de plus en plus fréquente du principe d'exclusivité. En ce sens, il maltraite les principes classiques du droit d'auteur, en substituant au traditionnel droit exclusif un 'ersatz de droit d'auteur' ».

¹⁴⁹¹ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 322, pp. 257-258.

¹⁴⁹² V. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 270, p. 219 : « L'article L. 133-1 dispose que l'auteur 'ne peut s'opposer au prêt' et que ce dernier ouvre seulement 'droit à rémunération'. C'est donc une licence légale qui est instituée. »

¹⁴⁹³ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 324, p. 259.

¹⁴⁹⁴ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 113, pp. 104 et 105.

Il s'agit d'un monopole de fait, dont les limites ne pourront jamais atteindre celles du monopole de droit de la propriété intellectuelle, même si elles peuvent s'en approcher. »¹⁴⁹⁵. Les MTP accordent, en fait, une possession de fait d'une (des) utilité (s) qui concerne l'information incarnée dans le support¹⁴⁹⁶. C'est une saisine de fait sur le support, parce qu'elle n'empêche que les activités qui touchent le support objet des MTP. Ainsi, sur ce support se trouvent plusieurs propriétés : la saisine de fait constituée par la technique de protection, la saisine de droit, constituée par le monopole juridique¹⁴⁹⁷, la propriété du support et enfin le domaine éminent de la collectivité sur l'information concrétisée sur le support.

¹⁴⁹⁵ S. Dusollier, *op. cit.*, n° 122, p. 109, n°s 126 et s., pp. 112 et s.

¹⁴⁹⁶ V. Mme Dusollier, *op. cit.*, n° 129 : « Toutefois l'effet de la contrainte technique est de garantir à son bénéficiaire une réservation économique à laquelle, dans le cas où les dispositions anti-contournement protègent ce recours à la technique, s'ajoute une réservation juridique sous la forme du bénéfice d'une action en justice. Cela change quand même sensiblement la force de la technique. » (*Souligné par nous*).

¹⁴⁹⁷ Il est vrai que les MTP et le monopole de droit peuvent avoir comme objet de protection la même activité, par exemple la reproduction de l'œuvre, mais les MTP peuvent aussi empêcher l'écoute de l'œuvre ou sa lisibilité, l'amarrer à un équipement particulier, limiter l'utilisation dans le temps ou l'espace. « Ainsi, elle comporte et génère ses propres normes. », S. Dusollier, *op. cit.*, n° 123, p. 110.

Chapitre II : La structure exclusiviste

355. L'origine doctrinale de la conception exclusiviste. La Révolution française s'est soldée finalement par le triomphe de la bourgeoisie, qui était devenue la classe la plus riche et le plus influente dès le XVIII^{ème} siècle, et par celui de l'individualisme, qui était la philosophie la plus utile pour battre l'aristocratie à ce moment¹⁴⁹⁸.

Au XIX^{ème} siècle, la pensée socialiste est alors en pleine effervescence, née avec l'apparition du prolétariat industriel. Cette pensée prend le contre-pied de la réalité engendrée par le capitalisme libéral : la misère ouvrière. Dans son ouvrage « Qu'est ce que la propriété », publié en 1841, Proudhon a lancé la formule fameuse : « La propriété, c'est le vol », comme l'esclavage est l'assassinat¹⁴⁹⁹. Sur quoi donc fonder la propriété ? Sur le droit naturel, dit-on : mais alors, pourquoi a-t-on tant de peine à en trouver l'origine ? Sur l'occupation avance-t-on aussi : mais « quelle façon [...] de chercher l'origine d'un droit qu'on dit naturel ailleurs que dans la nature »¹⁵⁰⁰. Dieu, dit-on, a fait donation de la terre au genre humain, mais « pourquoi donc je n'ai rien reçu ? Il a mis la nature sous mes pieds, et je n'ai pas où poser ma tête ! »¹⁵⁰¹. Le travail permettrait de justifier la propriété, mais « qui a fait la terre ? Dieu. En ce cas, propriétaire, retire-toi. »¹⁵⁰². Proudhon tentait de démontrer que la propriété est « impossible », notamment « parce qu'elle est homicide », « parce qu'elle est mère de tyrannie », « parce qu'elle est la négation de l'égalité »¹⁵⁰³. Les juristes de cette époque, en particulier ceux qui voient grandir avec inquiétude les critiques socialistes et communistes de la propriété, sont connus pour être les théoriciens du droit absolu, illimité, exclusif, individuel, subjectif, plein unitaire etc., de la propriété, c'est-à-dire du concept « exclusiviste »¹⁵⁰⁴.

¹⁴⁹⁸ P. Recht, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁹⁹ J.-P. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété?, ou, Recherches sur le principe du droit et du gouvernement: premier mémoire*, Garnier-Flammarion, 1849, p. 1 : « Si j'avais à répondre à la question suivante : *Qu'est ce que l'esclavage ?* et que d'un seul mot je répondisse : *C'est l'assassinat*, ma pensée serait d'abord comprise. J n'aurais pas besoin d'un long discours pour montrer que le pouvoir d'ôter à l'homme la pensée, la volonté, la personnalité, est un pouvoir de vie et de mort, et que faire un homme esclave, c'est l'assassiner. Pourquoi alors à cette autre demande : *Qu'est ce que la propriété ?* ne puis-je répondre de même, *C'est le vol*, sans avoir la certitude de n'être pas entendu, bien que cette seconde position ne soit pas la première transformée ? ».

¹⁵⁰⁰ *Op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁰¹ *Op. cit.*, p. 55.

¹⁵⁰² *Op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁰³ *Op. cit.*, pp. 178 et s.

¹⁵⁰⁴ M. Xifaras, *La propriété, Etude de philosophie de droit*, PUF, 2004, p. 95.

356. Une propriété personnelle. Selon la conception individualiste de la propriété, il suffit d'être une personne pour avoir une propriété individuelle privée. En d'autres termes, l'individu étant une fin en soi, il existe pour lui-même ; la chose, objet de propriété, est un moyen au service de cette fin, elle lui est entièrement consacrée, elle est vouée à son service pour que l'individu tire tel ou tel avantage ou telle jouissance qui lui plaît. Le caractère essentiel de la propriété individuelle est donc qu'un seul individu peut être propriétaire sur la chose déterminée. Si, exceptionnellement, il en est autrement, on parle de démembrement de la propriété, mot qui indique du premier coup l'anomalie d'une telle situation. La structure de la propriété littéraire et artistique (**Section 2.**) est inspirée de ce modèle individualiste (**Section 1.**).

Section 1) Le modèle exclusiviste de la propriété

357. L'élimination des propriétés simultanées. L'organisation coutumière et multiséculaire des propriétés simultanées, jouissances privatives distinctes exercées sur le même immeuble et portant sur des utilités différentes, avait sa propre logique et avait secrété empiriquement ses propres techniques, de solidarité et de contraintes. Les révolutionnaires lui ont substitué un système nouveau, fondé sur la liberté de disposition de la chose et exprimé juridiquement par l'exclusivisme¹⁵⁰⁵. L'exclusivisme donne au propriétaire vocation à toutes les utilités de sa chose et liberté dans la jouissance de ces utilités ; il exclut toutes les autres propriétés concurrentes sur le même bien. Si l'une des utilités du fonds échappe au propriétaire, par la volonté de celui-ci ou par la loi, le bénéficiaire de cette utilité n'est pas considéré comme propriétaire d'un aspect particulier de l'immeuble, il n'a pas une propriété simultanée, il est seulement titulaire d'un droit sur la chose d'autrui, droit qualifié de servitude. L'exclusivisme n'a pas été imposé par dogmatisme. Il s'est construit progressivement, dans les réalités, tout au long de la Révolution. Il est le contrepoint juridique des mesures prises contre l'ordre social sur lequel était fondé l'Ancien Régime. Il est la force juridique de l'abolition de la féodalité, du déclin de la famille patriarcale et lignagère, des coups portés aux corps et communautés, structures conservatrices de la société monarchique¹⁵⁰⁶. Au terme de la Révolution, les aspects les plus importants des propriétés simultanées ont disparu. C'est en détruisant l'ordre ancien que les révolutionnaires ont organisé, comme en négatif, la propriété exclusiviste¹⁵⁰⁷. L'économie capitaliste fondée sur le commerce et le profit succède à l'économie rurale autarcique. La juxtaposition des maîtrises réelles sur un même bien, sécurisante par la solidarité impliquée autour du fonds, apparaît comme une gêne et une entrave à l'esprit nouveau d'initiative¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁵ A.-M. Patault, *op. cit.*, p. 216.

¹⁵⁰⁶ M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, *op. cit.*, p. 236 : « Le droit de propriété, c'est en effet l'émergence du particulier contre le collectif, le droit d'un homme contre les autres hommes. Cette préférence d'un individu au détriment de tous les autres se traduit juridiquement par ce que l'on a appelé l'effet absolu du droit de propriété et qu'il convient d'appeler son opposabilité absolue : nul ne peut ignorer, négliger ou violer le droit de propriété d'une personne. ».

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ Dans ce sens E. Chénon, *op. cit.*, p. 22 : « C'est ainsi qu'indépendamment des effets qu'elle ne pouvait manquer d'avoir sur le commerce en général et sur les mœurs industrielles de la nation, la prohibition du prêt à intérêt eut une grande influence sur la division des terres et sur leurs tenures. Elle multiplia à l'infini les rentes perpétuelles tant foncières que non foncières, ce qui a fort contribué d'une part à diviser le sol, de l'autre à surcharger la petite propriété d'une multitude de servitudes perpétuelles. ».

358. Un modèle individualiste. Rome a organisé une propriété exclusive absorbant toute la chose, le Moyen Age a inventé les propriétés simultanées sur le même fonds. Pour opposées qu'elles aient été, les deux grandes conceptions, qui sont l'une et l'autre à la base du droit français, ont ceci en commun que l'organisation juridique du partage des choses s'y est opérée à partir des choses elles-mêmes et de leur utilité pour l'homme. La nature à Rome, Dieu pour les juristes médiévaux, offrent aux hommes des biens dont le droit a pour rôle d'organiser la répartition, *jus suum cuique tribuere*, voudrait dire attribuer un statut à chaque chose comme à chaque personne¹⁵⁰⁹. Rome a déduit le droit à partir des choses. De même, le point de départ de la vision juridique des auteurs du Moyen Age a été la réalité des choses appropriées selon la volonté de Dieu. A partir de la Renaissance le puissant courant de l'individualisme bouscule cette perspective objective. L'individu devient le centre du monde¹⁵¹⁰. C'est à partir de lui que les juristes déduisent désormais le système de droit, en particulier le droit de la propriété. L'appropriation cesse d'être la traduction juridique et empirique de l'utilité des choses, dans une perspective d'humilité chrétienne devant Dieu, pour devenir un système rationnel découlant de la nature humaine ; le phénomène de subjectivisation de la propriété est associé à la philosophie de l'école moderne du droit naturel qui se développe à partir du XVII^{ème} siècle avec Grotius et Pufendorf¹⁵¹¹. On voit mieux dès lors l'importance des modifications qu'entraîne à partir des années 1630 l'effondrement du cadre conceptuel dans lequel les penseurs de l'Eglise avaient enserré leur doctrine du domaine divin. La nouvelle vision individualiste efface l'ordre finaliste que l'esprit humain avait toujours cru y voir, et par là même libère l'homme dans la maîtrise que celui-ci exerce sur les choses. Dans un monde d'où Dieu s'est retiré, dans un monde conçu comme un vide juridique, où les choses, parce qu'elles lui sont étrangères, n'ont aucun droit à opposer à l'homme, celui-ci n'a plus un droit-devoir, mais un droit-liberté¹⁵¹².

Parmi les droits naturels de l'homme, le droit à l'appropriation des choses est le plus important parce qu'il conditionne la survie de l'individu. Pour le définir, Grotius ne part pas

¹⁵⁰⁹ Les Romains ne décrivaient pas le droit en fonction de l'individu et de ses pouvoirs juridiques, mais définissaient des statuts spéciaux. Ce qui explique pourquoi ils ne connaissaient pas la notion du droit subjectif. Ils avaient une conception du monde différente de celle du droit individualiste, qui était celle d'un ordre naturel où chacun trouve sa condition préétablie. V. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Annales de la faculté de Droit de Strasbourg*, Paris, 1957, pp. 195 et s.

¹⁵¹⁰ A.-M. Patault, *op. cit.*, pp. 141 et s.

¹⁵¹¹ *Ibid.*

¹⁵¹² M.-F. Rnoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'Homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété*, in *Destins du droit de Propriété*, PUF, 1985, p. 17 à la p. 31.

de Dieu mais de l'humanité¹⁵¹³. Cette idée, qui renouvelle la conception du droit, est reprise par Locke qui affirme, plus hardiment, que l'homme porte en lui, par essence, le droit de propriété parce qu'il est maître de son corps et de ses facultés¹⁵¹⁴. Ce droit s'exerce sur les choses en corollaire du droit fondamental à la conservation individuelle. Locke abandonne la notion médiévale de Dieu maître souverain des biens dont l'homme n'a que la jouissance. Certes le philosophe, prudent, prend soin de rappeler que Dieu « est seul seigneur et propriétaire » de tout l'univers, mais il ajoute que l'homme, dans l'état de nature, est seigneur absolu de sa propre personne et de ses possessions¹⁵¹⁵. La subjectivation du droit devenu, depuis Grotius, « pouvoir moral d'agir », est réalisée. En même temps est affirmée l'idée du caractère absolu et exclusif de la propriété : « *dominium* privé exclusif du reste de l'humanité », fermé à toute emprise concurrente. L'exclusivisme, qui isole le propriétaire et sa chose « du reste de l'humanité », devient l'aspect essentiel de la vision nouvelle de l'appropriation¹⁵¹⁶.

359. Les techniques romaines. La révolution avait aboli le régime féodal. Les rédacteurs du Code civil avaient donc à prendre parti sur le nouveau régime de propriété qu'ils donneraient à la France¹⁵¹⁷. Les lois de la Révolution firent table rase du régime féodal et de sa vieille théorie sur le domaine direct et le domaine utile. Désormais, le droit de propriété n'a plus besoin de l'Etat pour exister, la maîtrise sur une chose est spontanée, sans qu'il soit nécessaire que cette maîtrise soit préalablement reconnue par le droit. La propriété ne doit rien à l'Etat¹⁵¹⁸. Dans le cas contraire, nous ne serions que de simples concessionnaires : en ce sens, la propriété ne naît pas du fait de l'Etat. Le droit de propriété est directement attaché à l'individu, sans la médiation de l'Etat. Le Code civil avait comme guide le système romain, la propriété exclusive telle que l'avait organisée Justinien dans ses Institutes. Il a pris les définitions romaines ; il a admis les droits réels et les démembrements de la propriété reconnus par le droit romain. La Révolution française a consacré le concept de l'exclusivisme en utilisant des techniques juridiques déjà connues à Rome. Ces techniques, on peut les remarquer dans la structure du Code civil. A l'imitation du droit romain, le Code civil traite distinctement les droits réels (C. civ. art. 543 à 710) et les droits personnels (art. 1101 et s.)

¹⁵¹³ A.-M. Patault, *loc. cit.*.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ *Ibid.*

¹⁵¹⁷ B. Terrat, *Du régime de la Propriété dans le Code civil, op. cit.*, p. 332.

¹⁵¹⁸ D. Fornacciari, M.-A. Frison-Roche, *op.cit.*, p. 237 « Faire découler la propriété de l'Etat revient à nier l'individu, à le réduire à l'état de fonctionnaire ou concessionnaire, selon une démarche qui fut notamment celle du droit nazi à la propriété. ».

(§1.) ; ensuite, au sein des droits réels, il fait l'opposition entre la propriété (art. 544 à 577) et les droits sur la chose d'autrui (art. 578 à 710) (§2.)¹⁵¹⁹.

§1. L'opposition droit réel/droit personnel

360. Une *summa divisio* révolutionnaire. La Révolution vient pour expurger de la propriété les liens de dépendance personnelle. C'est ainsi que le décret du 28 septembre 1791, art. 1^{er} dispose : « Le territoire de la France [...] est libre comme les personnes qui l'habitent. » ; et que le Code civil affirme le principe de l'incompatibilité entre propriété et obligation : l'art. 686 précise, à propos de la servitude, que le service ne peut pas être imposé à une personne, ni stipulé en faveur d'une personne. La Révolution qui avait affranchi la personne, voulut aussi affranchir la propriété : elle est libre de toute obligation¹⁵²⁰.

On chercherait en vain dans l'ancien droit français les distinctions du droit romain. Non seulement les démembrements de la propriété y furent très nombreux, mais encore la théorie des droits réels y fut très indécise¹⁵²¹. Il est vrai que les romanistes médiévaux ont distingué le *jus in re* ou le *jus in reale*, protégé par l'action *in rem*, et le *jus in personam*, sanctionné par l'action *in personam*, mais sans aller plus loin dans la systématisation. La théorisation de l'opposition est opérée aux XVI^{ème}-XVII^{ème} siècles par les auteurs allemands et néerlandais, à partir de la définition du droit réel donné par Grotius, alors que les juristes médiévaux n'avaient pas exprimé le droit réel comme un pouvoir direct. Ce droit devient, dans la doctrine influencée par l'école de la nature et des gens, le pouvoir immédiat sur une chose, épuré de tout lien d'obligation. C'est un pas important dans la construction abstraite de la propriété exclusive, mais à l'époque où elle est systématisée, l'opposition droit réel/obligation est un pur exercice de virtuosité doctrinale sans appui dans les réalités coutumières ; elle y fut toujours mal comprise, et souvent détournée de son sens véritable¹⁵²².

¹⁵¹⁹ J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 442.

¹⁵²⁰ B. Terrat, *Du régime de la Propriété dans le Code civil*, op. cit., p. 336.

¹⁵²¹ E. Chénou, *Les démembrements de la propriété en France avant et après la Révolution*, 2^{ème} éd., Sirey, 1923, p. 18.

¹⁵²² E. Chénou, op. cit., p. 18.

361. Une propriété corporelle. Rome, en revanche, a construit le pouvoir de l'homme sur les choses comme une domination de la matière. Ceci ressort de la grande classification des choses posée par Gaius. Celui-ci classe les choses en « corporelles » et « incorporelles ». On a d'un côté les choses corporelles tel le champ, l'argent, et de l'autre côté on a les choses incorporelles qui sont les droits, c'est-à-dire les mécanismes juridiques qui permettent aux hommes d'atteindre les choses, telle la créance. Cette classification n'oppose pas les choses et les droits ; elle oppose les deux procédés par lesquels l'individu peut accéder aux richesses de la nature. Les choses corporelles sont **directement** offertes, dans leur substance même, à la maîtrise de l'individu. Les choses incorporelles, technique juridique inventée par les hommes, offrent les choses à l'individu **indirectement** par l'intermédiaire du droit. Dans cette vision, la propriété et la chose se confondent, la propriété est alors corporelle. En effet, dans la conception romaine, la maîtrise de la chose qu'est la propriété se confond avec la chose elle-même. C'est pourquoi la perpétuité du droit de propriété signifie simplement que le droit de propriété prétend durer tant que son objet n'a pas disparu. D'ailleurs, on ne dit pas « j'ai un droit de propriété sur la chose » mais « j'ai la chose »¹⁵²³. La domination de l'individu sur les choses est un pouvoir direct, un donné naturel qui n'a nul besoin de l'intermédiaire d'un mécanisme juridique pour s'exercer. La propriété (droit réel), d'une part, et le mécanisme juridique, rapport organisé entre les hommes (droit personnel), d'autre part, sont totalement étrangers l'un à l'autre. Cette maîtrise de la chose isole la propriété de tout rapport juridique avec autrui, de tout lien d'obligation. C'est la vision orgueilleuse et dominatrice des rapports de l'homme et de la nature. Il y a un abîme entre la projection romaine de la propriété et l'organisation médiévale des pouvoirs de l'individu sur la terre. Deux cultures juridiques de l'appropriation se dressent face à face. D'un côté la propriété corporelle, puissance immédiate et totale de l'individu sur la chose, hors de tout lien d'obligation. De l'autre, la propriété jouissance d'utilité, propriété médiate, incorporelle, tenue de Dieu, de la famille, du groupe, et enserrée dans un lacs d'obligations et de contraintes¹⁵²⁴. En fait, le caractère corporel ou incorporel de la propriété ne se détermine pas par rapport à la matérialité de l'objet de la propriété mais au degré de confusion de la chose avec le droit. Or, la plupart du temps ce sont les objets matériels qui permettent une telle confusion. D'où la constatation à considérer comme classique : la confusion de la propriété et de la chose conduit à l'aspect corporel, la

¹⁵²³ M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Foracciari, *op. cit.*, p. 237.

¹⁵²⁴ A.-M. Patault, *Regard historique sur l'évolution du droit des biens*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisième Journée René Savatier, (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), PUF, 1991, p. 3 à la p. 4.

distinction des autres propriétés sur la chose suppose l'incorporalité¹⁵²⁵. Donc, le caractère corporel ou incorporel, désigne la propriété et non pas la chose objet de la propriété. Quant à la chose, elle peut être matérielle ou immatérielle¹⁵²⁶. Portant, le caractère physique de l'objet, pour déterminer la corporalité ou l'incorporalité d'une propriété, est un critère insuffisant, puisqu'un bien, au cours de l'histoire, peut être corporel, devenir incorporel, se retrouver ensuite corporel.

362. Les critères de distinction. L'opposition entre les droits réels et les droits personnels se caractérise par deux traits. Elle porte, en premier lieu, sur leur objet. Le droit réel pèse directement sur une chose (*ius in re* en latin) ; il n'impose aux personnes, autres que son titulaire, rien de plus qu'une abstention, et elles doivent seulement ne pas troubler le titulaire du droit réel. La différence avec le droit personnel, ou créance, est fondamentale, puisque l'objet de ce dernier droit est d'obliger un débiteur à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose : *une activité*. En fait, dans la mesure où tous les droits portent sur des choses, le droit personnel est aussi un droit sur une chose. Mais, cette chose est une chose incorporelle consistant en l'activité d'autrui¹⁵²⁷. En réalité, les choses incorporelles ne sont rien d'autre que l'activité humaine, si l'on met à part les droits en eux-mêmes¹⁵²⁸. En deux mots, « votre droit est-il tel, que vous n'avez jamais entre vous et la chose, qui en est l'objet, aucun intermédiaire, et qu'il existe indépendant de toute obligation spéciale d'une personne envers vous ? Ce droit est réel. Votre droit est-il tel que vous ne puissiez pas vous porter directement et *recta via*, sur la chose elle-même, et qu'il faille vous adresser à une personne spécialement obligée envers vous à raison de cette chose ? Votre droit est personnel. »¹⁵²⁹.

En second lieu, la portée respective des droits réel et personnels n'est pas la même : alors que les droits personnels ne peuvent être invoqués que contre un débiteur, les droits réels sont opposables à tout le monde (*erga omnes*). Cette caractéristique nécessite une détermination de l'objet du droit réel. Le droit réel ne peut jamais exister qu'à l'occasion d'une chose déterminée ; on ne concevrait ni droit de *propriété*, ni usufruit, ni droit réel

¹⁵²⁵ A. Piédelièvre, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, Mélanges Michel Juglart, LGDJ, 1986, p. 55 à la p. 56.

¹⁵²⁶ V. A. Ch. Renouard, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil : sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin et Cie, 1860, spéc. pp. 208 et s., sa *summa divisio* des choses et celle des domaines : le domaine matériel, le domaine immatériel.

¹⁵²⁷ Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, t. I, 4^e éd., 2004, n° 505, p. 313.

¹⁵²⁸ *Ibid*, n° 508, p. 318 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 177 ; J.-Ph Lévy, A. Castaldo, op. cit., p. 262.

¹⁵²⁹ Ch. Demelombe, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Paris Durand, 1870, n° 471, p. 339-340, cité par M. Xifaras, *La propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p.32.

d'aucune sorte sur une chose qui ne serait pas encore individuellement désignée¹⁵³⁰. L'opposabilité absolue du droit réel entraîne cette autre conséquence qu'au rebours du droit de créance dont le contenu est essentiellement variable et déterminé par les volontés autonomes des contractants, le droit réel est en toute hypothèse déterminé par la loi. Il n'existe pas d'autres droits réels que ceux que la loi définit et sanctionne : le pouvoir du titulaire correspond nécessairement à l'un des types, en nombre limité, que la loi a fixés¹⁵³¹. Ce n'est en effet que dans la loi que peut se trouver le principe de l'obligation passive universelle de respecter le droit réel¹⁵³².

§2. L'opposition propriété/jus in re aliena

363. Plan. Au cœur de cette opposition on trouve le principe de l'unicité de la propriété. Le principe de l'unicité de la propriété signifie que le droit de propriété est le seul droit réel qui puisse être isolé, le seul droit réel qu'on puisse avoir sur sa chose. Tout autre *jus in re*, au contraire, porte sur la chose d'autrui ; c'est un *jus in re aliena*, qui coexiste nécessairement avec le droit de propriété, qu'il vient limiter (A.). Cela se conçoit facilement quand on réfléchit au fait qu'en somme la propriété n'est pas un droit simple, un droit unitaire, mais plutôt un faisceau serré d'un certain nombre de droits¹⁵³³, que les romains rangeaient sous trois chefs : *usus*, *fructus*, *abusus*. Il faut et il suffit, pour qu'un droit réel s'appelle et soit la propriété, que, pour son titulaire, sur la chose, la liberté d'agir soit le principe, c'est-à-dire qu'il ait l'*abusus*. (B.).

¹⁵³⁰ G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, Introduction générale*, t. 1, LGDJ, Paris, 1956, p. 292.

¹⁵³¹ M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, *op. cit.*, p. 238 : « Ainsi le droit de propriété n'est qu'anormalement démembré, dilué dans des droits réels, ce qui explique que le droit réel soit contrairement au droit de propriété, susceptible d'être perdu par prescription extinctive, que le droit d'usufruit ne soit même que viager. Cela justifie aussi l'affirmation classique selon laquelle seule la loi peut créer une catégorie nouvelle de droit réel. » ; V. R. Savatier, *Métamorphoses...*, *op. cit.*, n° 468, qui affirme que si on parle de l'usufruit d'une créance « c'est détruire la nature même du droit réel en prétendant en revêtir un droit personnel. ».

¹⁵³² V. cpdt G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, p. 292 : « Un doute ne peut s'élever qu'à propos du point de savoir s'il est permis, par la convention de décomposer le droit de propriété autrement que ne le fait la loi. ».

¹⁵³³ R. Filhol, *Propriété absolue et démembrement de la propriété dans l'ancien Droit français*, *Annales de l'Université de Poitiers*, n° 1, 1960, p. 5.

A. Présentation de l'opposition entre propriété et *jus in re aliena*

1. Le principe : l'unicité de la propriété

364. Unité de chose, unité de droit. L'organisation coutumière et multiséculaire des propriétés simultanées, jouissances privatives distinctes exercées sur le même bien et portant sur des utilités différentes, avait sa propre logique et avait sécrété empiriquement ses propres techniques, de solidarités et de contraintes. Les révolutionnaires lui ont substitué un système nouveau, fondé sur la liberté de disposition de la chose et exprimé juridiquement par l'exclusivisme. L'exclusivisme donne au propriétaire vocation à toutes les utilités de sa chose et liberté dans la jouissance de ces utilités ; il exclut les propriétés concurrentes sur le même bien. « Unité de chose, unité de droit », dit Ihering ; deux rapports de propriété ne peuvent alors coexister sur un même bien¹⁵³⁴. Si l'une des utilités du bien échappe au propriétaire, par la volonté de celui-ci ou par la loi, le bénéficiaire de cette utilité n'est pas considéré comme propriétaire d'un aspect particulier du bien, il n'a pas une propriété simultanée, il est seulement titulaire d'un droit sur la chose d'autrui¹⁵³⁵.

365. Toutes les utilités de la chose. Le terme exclusif n'est pas dans le Code civil. Pourtant Pothier, mort en 1772, écrivait déjà que la propriété comprenait le droit « d'empêcher tous les autres de s'en servir », et appartenait « privativement » à son titulaire, unique par « essence ». Ainsi le jurisconsulte Toullier, mort en 1835, écrivait que le propriétaire du fonds a le droit « d'exclusion », le droit d'interdire aux tiers l'usage de sa chose. Cette idée avait été avancée en 1790 à l'Assemblée constituante à l'occasion de la discussion sur la chasse. Le privilège exclusif des nobles de chasser avait été aboli la nuit du 4 août et tout le monde s'adonnait à cette activité, en tout lieu, dans le plus complet désordre. Robespierre ayant proposé de reconnaître à tous les citoyens la liberté illimitée de la chasse, Mirabeau se prononça en sens opposé, car selon lui, il est de l'essence de la propriété d'appartenir à un seul. Le député Mougins de Roquefort, approuvé par Merlin de Douai,

¹⁵³⁴ Cité par D. Mélédo-Briand, *Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée*, in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 467 à la p. 479.

¹⁵³⁵ A.-M. Patault, *op. cit.*, p. 216.

déclara que « la propriété doit s'entendre jusqu'à empêcher sur son héritage l'exercice d'aucun droit sans une permission préalable. Le décret du 30 avril 1790, pris à la suite de cette discussion, vint donc interdire la chasse sans permission sur le terrain d'autrui. En circonstance, le droit de chasse ne fut que l'occasion d'exprimer le caractère exclusif de la propriété, affirmation qui dépassait de beaucoup cette question. Le droit de propriété est essentiellement exclusif, écrivait Maleville, l'un des rédacteurs du Code¹⁵³⁶. Nous avons vu que dans le système féodal la jouissance d'une seule utilité de la chose suffisait pour être considérée comme une propriété. C'est-à-dire celui qui a le droit à la chasse sur une terre sera considéré comme un propriétaire à côté des autres propriétaires qui jouissent des autres utilités sur cette terre.

366. La fin de la théorie du double domaine. Les lois révolutionnaires, contre la féodalité, consacrent l'idée d'un unique propriétaire sur un même fonds. Le droit de propriété est ainsi exclusif en ce sens que le propriétaire bénéficie seul de la totalité des prérogatives qui y sont attachées. Un droit de propriété ne saurait appartenir en totalité à deux titulaires¹⁵³⁷. C'est la propriété individuelle, libre et unifiée qui triomphe en 1804 dans un code civil où tout gravite autour de la propriété. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements. Telle est la célèbre définition de l'article 544. Tous les cadres anciens qui enserraient la propriété sont rompus : cadre féodal et religieux, entièrement disparus après 1804, cadres collectifs et familiaux, réduits au minimum. La propriété privée se présente comme indépendante, sous l'autorité plus protectrice que restrictive de la loi. La théorie de la directe royale universelle est rejetée : « Au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'Empire. », nous explique Portalis¹⁵³⁸ ; l'idée d'une copropriété pour les souverains sur les biens de leur territoire » est fausse, et en « opposition avec le droit de la propriété » rajoute Maleville¹⁵³⁹.

2. L'exception : le *jus in re aliena*

¹⁵³⁶ J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 325, p. 444 et s.

¹⁵³⁷ G. Ripert, J. Boulanger, *Traité du droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, LGDJ, Paris, 1956, n° 501, p. 228.

¹⁵³⁸ J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 325, p. 444.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

367. Une technique romaine. Malgré son caractère exclusif, la propriété peut donner lieu à des droits constitués au profit des personnes autres que le propriétaire, donc sur la chose d'autrui (usufruit, servitude, gage, louage, etc.) (*iura in re aliena*). Ainsi en est-il quand la chose est soumise à un usufruit, une technique romaine de juxtaposition de deux maîtrises sans pour autant porter atteinte à l'unicité de la propriété : il est un droit réel sur la propriété d'autrui. Il est le droit d'user et de jouir des choses d'autrui sans en détruire la substance. La propriété ainsi amputée de son utilité essentielle est qualifiée à Rome « nue-propriété ». Situation économique anormale, la nue-propriété doit recouvrer un jour sa plénitude, l'usufruit est toujours temporaire, au plus viager, afin que les propriétés ne soient pas inutiles.

368. Contre le principe de la propriété des droits. Ce qui est important est que ces droits ne sont pas « la propriété » et celle-ci, fût-elle réduite en fait à des pouvoirs infimes, n'en conserve pas moins sa spécificité et sa vocation à reprendre un jour – et le plus souvent un jour prochain – la plénitude de son étendue. Le démembrement est donc seulement apparent : il n'y a qu'une propriété, et mis à part le cas des copropriétaires, qu'un seul propriétaire, les autres personnes ayant un droit distinct de la propriété¹⁵⁴⁰. De fait, si on compare le régime du Code civil au régime médiéval, celui-ci verra l'exercice de deux « propriétés » de contenu différent. Nous avons vu que dans le système féodal la jouissance d'une seule utilité de la chose suffisait pour être considérée comme une propriété. « L'usufruit est une propriété » affirme Bartole qui généralise « Quiconque a un droit de propriété de son droit. »¹⁵⁴¹, tandis que dans le Code civil, sur un même bien ne peut exister qu'une seule propriété qui, parfois, peut être (mais provisoirement) entre les mains de plusieurs propriétaires¹⁵⁴².

369. Contre la variété des droits réels. Enfin, le Code civil a limité les démembrements de la propriété (art. 543) pour réagir contre la variété des droits réels admis durant le Moyen Age¹⁵⁴³. Tout autre droit réel consiste à tirer d'une chose ou bien un groupe déterminé de services, ou bien un ou plusieurs services individuellement déterminés¹⁵⁴⁴. La différence

¹⁵⁴⁰ J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 239, p. 316.

¹⁵⁴¹ A.-M. Patault, *op. cit.*, p. 108.

¹⁵⁴² J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 239, p. 316.

¹⁵⁴³ B. Terrat, *Du régime de la propriété dans le Code civil*, *op. cit.*, p. 338.

¹⁵⁴⁴ V. G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, t. I, *Introduction générale*, LGDJ, 1956 : « L'opposabilité absolue du droit réel entraîne cette autre conséquence qu'au rebours du droit de créance dont le contenu est essentiellement variable et déterminé par les volontés autonomes des contractants, le

essentielle entre la propriété et tout autre droit réel, c'est donc que le droit de se servir de la chose est d'un côté la règle et de l'autre l'exception. Ce qui est déterminé pour le propriétaire, ce sont les services qu'il n'a pas le droit de tirer de la chose, et aussi ceux qu'il a le devoir d'en tirer. Ce qui est déterminé pour l'usufruitier, le créancier hypothécaire, etc., ce sont les services qu'ils ont le droit de tirer de la chose¹⁵⁴⁵. Sur la chose, le propriétaire peut tout, excepté certains actes ; le titulaire d'un autre droit réel ne peut rien, excepté certains actes. Rien de ce qui est défendu au propriétaire ne résulte de ce qui lui est permis ; c'est au contraire ce qui lui est ou reste permis qui résulte de ce qui lui est défendu. Tout ce qui est défendu au titulaire d'un autre droit réel, ou du moins le gros de ce qui lui est défendu, résulte de ce qui lui est permis. De ce que le propriétaire, en principe, a droit à tous les services de la chose, il suit que, si les lois positives ou les droits d'autrui sur la même chose qui l'empêchent d'en tirer certains services viennent à disparaître, il profite de l'abrogation de ces lois, de l'extinction de ces droits et peut désormais tirer de la chose les services dont il a été temporairement privé. En d'autres termes, de ce qu'il a droit en principe à tous les services de la chose, il s'en suit qu'il a un arrière-droit à ceux de ces services auxquels actuellement et par exception, de par les lois positives ou de par ses conventions, il n'a pas droit¹⁵⁴⁶. Le titulaire de tout autre droit réel ne peut jamais prétendre qu'aux services spécifiques dans son titre. Il n'a pas à bénéficier de la vacance des services auxquels il n'a jamais été appelé, et ne profiterait en rien, par exemple, de l'extinction de la propriété elle-même¹⁵⁴⁷.

370. Contre la stratification. L'exclusivité de la propriété ne s'oppose pas à la reconnaissance d'une pluralité de sujets titulaires des autres droits réels, en même temps, sur de la même chose. L'affirmation peut étonner : on a l'habitude de considérer la propriété du Code civil comme unitaire, au sens où le droit ne peut être alloué qu'à un propriétaire unique, un droit individualiste, exclusiviste, et par conséquent rétif à toute forme de communauté¹⁵⁴⁸. Le domaine est bien divisé en deux sujets au sens où l'un et l'autre sont titulaires d'un droit réel (direct et immédiat) sur la chose, quoiqu'un seul soit propriétaire. Cela découle de l'interprétation stricte de l'article 578 qui dispose que l'usufruit est le « droit de jouir des choses dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en

droit réel est en toute hypothèse déterminé par la loi. Il n'existe pas d'autres droits réels que ceux que la loi a définis et sanctionnés : le pouvoir du titulaire correspond nécessairement à l'un des types, en nombre limité, que la loi a fixés. Ce n'est en effet que dans la loi que peut se trouver le principe de l'obligation passive universelle de respecter le droit réel. ».

¹⁵⁴⁵ M. De Vareilles-Smiières, *De la Propriété*, RTD civ., 1905, p. 443, à la pp. 444 et s.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ M. Xifaras, *op. cit.*, p. 106.

conserver la substance. » L'enjeu de cette interprétation est de mieux cerner le sens du « comme le propriétaire » de la chose. Si l'usufruitier est « comme le propriétaire », c'est qu'il n'est pas le propriétaire, ni même un propriétaire. La chose appartient à autrui et son usufruit est un droit sur la chose d'autrui, un *jus in re aliena*. Dans ce sens l'usufruitier détient une fraction de la propriété (l'*usus* et le *fructus*), un droit réel, sur la chose, mais il n'a pas l'essence de la propriété (l'*abusus*). C'est donc l'*abusus* qui est le critère de distinction entre la propriété et le reste des droits réels¹⁵⁴⁹. Il en découle cette conséquence fort exacte que l'*abusus* ainsi compris fait seul partie du contenu du droit de la propriété. Ce dernier comprend seul, en principe, le droit de consommer, de détruire ou de modifier la substance de la chose. Tous les autres droits réels n'autorisent leur titulaire qu'à jouir de la chose d'une façon plus au moins complète, mais toujours « à la charge d'en conserver la substance » comme l'indique l'article 578 du Code civil pour l'usufruit. Sous réserve de l'hypothèse du quasi-usufruit, ni l'usufruitier, ni aucun autre titulaire de droit réel autre que le propriétaire, ne possède l'*abusus*¹⁵⁵⁰.

B. L'*abusus* : critère de distinction entre la propriété et les *jus in re aliena*

371. L'élément individualiste dans la propriété. A partir du XVI^{ème} siècle, les nouvelles conditions économiques, une société de plus en plus marchande, l'évolution des idées vers l'individualisme, l'appui actif des juristes humanistes, font de l'*abusus*, libre disposition de la chose, l'élément essentiel de la propriété, rejetant ainsi les jouissances partiaires dans la catégorie romaine des servitudes. La notion d'*abusus*, liberté de disposer de la chose et liberté de choisir la manière dont on entend en jouir, sera le pivot autour duquel basculera lentement la conception de la propriété en même temps que l'ordre social millénaire¹⁵⁵¹. Le puissant courant individualiste du droit naturel vient appuyer la pression doctrinale vers la propriété exclusive. Pufendorf écrit au XVII^{ème} siècle : « La propriété est un droit en vertu duquel le fonds et la substance d'une chose appartiennent à quelqu'un »¹⁵⁵². La propriété exclusive

¹⁵⁴⁹ V. cpdt M. Xifaras, *ibid*.

¹⁵⁵⁰ D. Berra, *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil, contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, 1969, p. 120.

¹⁵⁵¹ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, op. cit., pp. 136-137.

¹⁵⁵² Cité par A.-M. Patault, *Regard historique sur l'évolution du droit des biens*, op. cit., p. 8.

s'oppose désormais aux autres maîtrises de jouissance. Le *jus abutendi*, droit de disposer discrétionnairement de la substance, devient le critère de la propriété. L'*abusus*, qui implique un seul propriétaire sur l'immeuble, maître total de la chose, à l'exclusion de toute autre propriété concurrente, et dégagé de toute obligation envers autrui, va être le fer de lance de la propriété exclusive¹⁵⁵³. Le droit du propriétaire de disposer de sa chose, l'*abusus*, attribut spécifique du droit de propriété, constitue l'expression la plus complète de son pouvoir. Le propriétaire peut ainsi accomplir discrétionnairement tous les actes juridiques ou matériels entraînant pour le propriétaire la perte de tout ou partie de son bien¹⁵⁵⁴. L'*abusus* se présente ainsi comme la manifestation empirique de la liberté personnelle du propriétaire, étendue comme puissance de l'esprit actif, exercice autonome d'une volonté raisonnable qui commande la soumission des choses qu'elle se donne pour objet. C'est pourquoi cette liberté, lorsqu'elle se fait empirique sur les choses extérieures, prétend réaliser l'humanité de l'homme dans le monde, ou plus exactement ce qu'il y a de plus libre et par conséquent de plus noble dans cette humanité et ne connaît pour limite que celle des autres propriétaires¹⁵⁵⁵, dans la citoyenneté et dans la mitoyenneté¹⁵⁵⁶.

372. L'hostilité de la doctrine utilitariste à l'*abusus*. On retrouve ici la projection de l'idée de liberté qui entoure le droit de propriété. L'*abusus*, c'est choisir comme chef, comme « maître » de la chose, le propriétaire dont la gestion n'est soumise à aucun contrôle. Cet aspect s'accorde à l'absolutisme et à l'illimitation des pouvoirs du propriétaire. Lorsqu'on parlait, au lendemain du Code civil, de maître de la chose dont la gestion n'est soumise à aucun contrôle, ni à aucune responsabilité, on entendait sans doute marquer la reconstitution unitaire des pouvoirs découlant du droit de propriété. C'était en quelque sorte prendre le contrepied direct de la distinction abolie du domaine éminent et du domaine utile. La Révolution a voulu faire du propriétaire un souverain, un maître de la chose pourvu du *dominium* romain¹⁵⁵⁷. Une partie de la doctrine moderne qualifie, malheureusement, la servitude et l'usufruit en tant que propriétés au sens relatif du terme. Ce faisant, la tradition

¹⁵⁵³ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, op. cit., pp. 136-137.

¹⁵⁵⁴ J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, Sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 2000, n° 83, p. 86.

¹⁵⁵⁵ V. F. Chabas, *Biens, Droit de la propriété et ses démembrements*, Montchrestien, n° 1337, p. 87 : « Dans la conception des Révolutionnaires et des rédacteurs du Code civil, le droit de propriété est l'un des droits naturels, primordiaux de l'individu : 'La propriété étant un droit inviolable et sacré...' (Déclaration des droits de 1789, art 17). L'exercice de ce droit n'a pour limite que 'celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits' (art. 4) ; [...] ».

¹⁵⁵⁶ M. Xifaras, op. cit., p. 480.

¹⁵⁵⁷ D. Berra, op. cit., p. 81.

coutumière continue à se manifester, remettant une nouvelle fois en cause la stricte dissociation gâienne entre propriété corporelle, c'est-à-dire la capacité de disposer totalement de la chose, et le droit, élément incorporel, sur la propriété d'un tiers. Cette vision utilitariste considère que « L'*abusus* n'est qu'une utilité ; le propriétaire peut s'en passer comme des autres utilités sans pour autant perdre sa qualité. »¹⁵⁵⁸. Ainsi, la propriété ne se caractérise plus par la libre maîtrise de la chose, c'est-à-dire l'*abusus*, mais par la simple jouissance d'une utilité. Devant une telle vision erronée, la division essentielle entre droit réel et droit de créance, fondée sur la propriété corporelle, court le risque de redevenir à nouveau, comme au temps coutumier, une construction doctrinale étrangère à la réalité des propriétés, entendues comme simple jouissance¹⁵⁵⁹.

373. La propriété inaliénable, une propriété complète ? Etymologiquement, *ab-usus*, signifie aller au-delà de l'usage, c'est-à-dire consommer détruire et par extension modifier ou altérer la substance de la chose¹⁵⁶⁰. Cela est si vrai, que lorsque l'usufruit porte sur une chose consomptible au premier usage, on est bien obligé d'admettre que l'usufruitier est titulaire d'un quasi-usufruit, c'est-à-dire, en réalité, un droit de propriété puisqu'il exerce alors une prérogative comparable à l'*abusus*. L'*abusus* peut aussi se réaliser par des actes juridiques, en démembrant la propriété, c'est-à-dire, en concédant des droits réels à des tiers. Mais la question qu'on peut poser est de savoir si la pleine aliénabilité du bien est un attribut capital de la propriété. Parfois on tend à confondre liberté d'aliéner et *abusus*. Ainsi par exemple, Huc écrivait, à propos des conventions d'inaliénabilité, qu'elles aboutiraient « forcément à ceci que le *jus abutendi*, le droit de disposer, n'aurait pas été compris dans la transmission [...] Le *jus abutendi* demeurerait donc en quelque sorte en l'air, sans support juridique. On aurait un droit de disposer tout-à-fait isolé et manquant de sujet, ce qui serait absurde. »¹⁵⁶¹. Pour lui, être propriétaire, c'est précisément avoir la faculté d'aliéner et par conséquence, être

¹⁵⁵⁸ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3ème éd., 2008, n° 209, p. 334, Ainsi la notion de propriété embrasse tous les phénomènes d'appropriation. Ginossar (Sh Ginossar, *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960) est l'inspirateur de ce courant doctrinal qui prétend que l'objet du droit de propriété peut être un droit. En caractérisant le droit de propriété par une relation d'appartenance, cette doctrine considère que tout droit, réel ou personnel, est dans un rapport d'appartenance par rapport à son titulaire et fait donc l'objet d'un droit de propriété. Ce courant reste toujours minoritaire.

¹⁵⁵⁹ R.-M. Rampelberg, *Pérennité et évolution des res incorporelles après le droit romain*, APD, t. 43, 1999, p. 35, à la p. 42.

¹⁵⁶⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., : « Mot latin signifiant littéralement 'utilisation jusqu'à l'épuisement', consommation complète' [...] »

¹⁵⁶¹ Th. Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, Paris : Pichon, 1891, n° 36, p. 61, cité par D. Berra, op. cit., p. 77.

privé de la faculté d'aliéner, c'est être dépouillé de son droit individuel de propriété¹⁵⁶². Carbonnier de son côté affirme qu'une propriété inaliénable est une « propriété à laquelle manque le droit de disposer et qui, par conséquent, tend à se réduire aux droits d'user et de jouir (en quoi elle s'éloigne de la définition de l'art. 544 et paraît se rapprocher de l'usufruit). ». Pour l'éminent jurisconsulte l'inaliénabilité de la propriété consiste dans une paralysie temporaire de l'*abusus*¹⁵⁶³.

374. La critique de Planiol. Planiol critique cette définition de l'*abusus*. En fait, l'*abusus* a le mérite de cristalliser une prérogative originale, la seule qui semble être réservée au propriétaire. Le caractère radical de cette prérogative conduit à le considérer comme caractéristique du droit de propriété. Or la possibilité de disposer juridiquement de son droit, en l'aliénant, n'est nullement caractéristique de la propriété. Ce caractère de cessibilité est commun en principe à tous les droits réels, sauf un petit nombre d'exception¹⁵⁶⁴. Ainsi à ses yeux, la propriété d'une chose inaliénable est une propriété parfaite. Pour l'éminent jurisconsulte le droit d'aliéner n'est jamais compris dans le droit de propriété et doit donc être une chose indifférente à sa perfection. C'est un droit distinct du droit de propriété et qui n'a pas le même objet : le droit de propriété porte sur la chose, tandis que le droit d'aliéner porte sur le droit de propriété lui-même et seulement sur ce droit. Le droit d'aliéner n'étant qu'un droit sur le droit de propriété, l'existence ou la non existence du premier ne change rien à la portée du second, qui de ce chef ne peut cesser d'être complet et parfait¹⁵⁶⁵. L'*abusus* et la faculté d'aliéner sont deux choses distinctes, il est clair que chacune d'elles connaît des exceptions propres et indépendantes. L'*abusus* reçoit ainsi des limites qui ne concernent pas le pouvoir d'aliénation : on peut citer en ce sens toutes les restrictions d'origine légale, ou même simplement administrative qui, dans un but d'intérêt public, notamment en matière immobilière interdisent, restreignent ou réglementent le libre exercice de la faculté de détruire ou de modifier la « substance » de la chose. Le pouvoir d'aliéner reçoit, de son côté, des limites qui ne se confondent pas avec les précédentes ; ainsi l'inaliénabilité restreint seulement la possibilité de céder la propriété à un tiers, elle ne touche en rien à l'*abusus*¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶² Th. Huc, *op. cit.*, t. 1, n° 7, p. 16.

¹⁵⁶³ J. Carbonnier, *Les biens*, *op. cit.*, p. 136 ; n° 84, p. 141.

¹⁵⁶⁴ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, LGDJ, 3^e éd. 1905, n° 2337.

¹⁵⁶⁵ *Contra* M. De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, pp. 451 et s.

¹⁵⁶⁶ D. Berra, *th. préc.*, pp. 139 et s.

375. L'explication. En fait, dans l'évolution historique du droit de la propriété, la notion d'aliénation n'a pu se dégager qu'à partir du jour où a été constituée la propriété individuelle. On sait que la forme primitive du droit de propriété, du moins ce qui concerne le sol, a été chez tous les peuples la forme collective ; le progrès a consisté pour chaque peuple dans la transformation graduelle de la propriété collective en propriété individuelle. A la communauté primitive se sont peu à peu substituées la propriété collective de la tribu, du clan, de la famille et finalement de l'individu. Tant que le régime de la propriété collective a été prépondérant, il est évident que la notion de faculté d'aliéner, au moins quant au sol, devait être complètement étrangère à la théorie juridique en vigueur. Dans cette évolution, la féodalité représente une étape intermédiaire, plus proche il est vrai de la propriété individuelle, du moins dans la phase terminale de l'Ancien Régime. Dans les structures du système féodal, les propriétaires tenaient leurs droits du seigneur ou du Roi. Ces derniers conservaient sur les terres jadis concédées un domaine éminent qui oblige les acquéreurs à obtenir l'investiture du représentant du seigneur et à payer, à cette occasion, des droits de mutation. Les terres concédées sont donc censées revenir au seigneur à chaque mutation et parfois de façon définitive, notamment dans l'hypothèse du retrait féodal. Ainsi, dans le système féodal, où les titulaires tiennent leurs droits de la collectivité ou de l'autorité qui le représente (tribu, seigneur, etc.), l'aliénation des biens est difficilement concevable dans la mesure où une investiture (autorisation) est nécessaire. L'inaliénabilité était en fait un moyen qui protégeait les familles aristocrates. Habilement employée dans les testaments ou donations, elles permettaient de maintenir la splendeur de ces grandes familles aristocratiques en assurant au profit des générations à venir la conservation de la fortune et des biens hors d'atteinte de leur propriétaire actuel et aussi de ses créanciers (les bourgeois). Le grand nombre d'institutions qui entravaient ainsi la libre disposition des biens, les conséquences fâcheuses qui en résultaient pour les bourgeois, et en règle générale la sécurité des transactions, auraient pu suffir eux-mêmes à entraîner leur suppression. A cette occasion apparaît bien l'aspect politique et social du principe de la libre disposition des biens. En invoquant ce principe, on entendait certes faire barrage aux inconvénients pratiques de la clause d'inaliénabilité, mais surtout condamner la résurrection des biens de mainmorte que la Révolution s'était acharnée à détruire jusque dans ses derniers vestiges. On crut que les clauses d'inaliénabilité allaient permettre une restauration des institutions féodales et aristocratiques de l'Ancien Régime. C'est pourquoi elles furent longtemps suspectées de réaliser indirectement une substitution

prohibée ou d'être imposées par un désir condamnable de thésaurisation. Le principe de libre disposition symbolisait cette condamnation du passé¹⁵⁶⁷. On voit que le principe de la liberté d'aliénation vise la protection des intérêts d'une classe sociale dans la société, c'est-à-dire la classe bourgeoise, à un moment donné, c'est-à-dire pendant la rupture avec l'Ancien Régime.

376. La liberté d'aliéner, principe protecteur d'un intérêt public. Il faut bien voir, en effet, que l'exercice de la liberté d'aliéner aboutit à une série de transferts de patrimoine à patrimoine, et que l'ensemble de ces mutations favorise la circulation des biens. Or, cette circulation est conforme aux postulats de l'économie libérale. Les économistes affirment que la libre disposition des biens et la condition de la circulation des richesses permettent à ces dernières de parvenir aux mains de ceux qui peuvent le mieux en faire usage¹⁵⁶⁸. Les juristes admettent la même analyse. La faculté d'aliéner est l'un des plus puissants leviers de l'activité économique ; et il apparaît aux juristes que la libre disposition des biens n'est que l'application du principe fondamental de l'économie politique, à savoir que la libre circulation des biens est l'une des conditions de leur utilisation économique dont le meilleur parti sera tiré, au mieux des intérêts économiques de la société, lorsque, à force de passer de mains en mains, ces biens finiront par arriver inévitablement entre celles qui seront les plus aptes à les exploiter¹⁵⁶⁹. Il est clair que l'intérêt que ce principe tend à défendre est l'intérêt public, celui de la liberté du commerce et de l'industrie. L'attribution initiale du droit de propriété à l'individu importe finalement assez peu ; ce qui compte d'avantage est que les biens soient négociables sur le marché¹⁵⁷⁰. La négociation des propriétés sur le marché est toujours la solution optimale pour maximiser la richesse globale. L'octroi de droits de propriété, dans cette optique, n'est pas une fin en soi mais un moyen, dont les vertus incitatives sont au service de la maximisation du bien-être social¹⁵⁷¹. En fait, la faculté d'aliéner permet que le contrôle d'une ressource rare soit de préférence orienté vers ceux qui sont susceptibles d'en faire le meilleur usage, c'est-à-dire les plus forts sur le marché. L'*abusus*, caractérisé par son individualisme et l'épanouissement personnel de l'individu, est loin de protéger un tel intérêt.

¹⁵⁶⁷ D. Berra, *th. préc.*, pp. 21 et s.

¹⁵⁶⁸ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, éd. Thémis, 2^{ème} éd. 2008, n° 773, p. 210.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

¹⁵⁷⁰ V. S. Dussolier, *op. cit.*, n° 318, p. 251.

¹⁵⁷¹ J. Farchy, *art. préc.*, p. 391.

Section 2) La structure exclusiviste de la propriété littéraire et artistique

377. Plan. A l'instar de la propriété classique en Droit civil, l'*abusus* prend une place centrale en matière de propriété littéraire et artistique. Elle est la raison d'être de son caractère exclusiviste. L'*abusus* ne supporte aucune autre propriété sur la chose (§1.). En vertu du caractère exclusif de la propriété, le propriétaire d'une chose dispose de la maîtrise de toutes ses utilités. Les utilités de la forme originale sont les communications de l'œuvre au public (§2.).

§1. L'unicité de la propriété littéraire et artistique

378. Plan. Nous avons vu que l'unicité de la propriété signifie : une seule propriété pour une seule chose. Ainsi, pour pouvoir affirmer que seule la propriété littéraire et artistique porte sur l'objet du droit d'auteur, c'est-à-dire la forme, il faut d'abord étudier la place de la propriété éminente de la collectivité dans la structure exclusiviste de la propriété littéraire et artistique (A.). Ensuite, il faut affirmer l'indépendance de la propriété du support de la propriété littéraire et artistique (B.). L'auteur seul est propriétaire de son œuvre, la structure de sa propriété est indépendante et de la propriété de la collectivité et de la propriété du support.

A. La propriété littéraire et artistique et le domaine éminent de la collectivité

379. Fondement. On ne peut pas appliquer la logique de récompense à la propriété littéraire et artistique. Le domaine éminent de la collectivité n'a aucune place dans une structure exclusiviste. Dès la création, l'auteur est muni d'un droit moral unitaire, ce droit moral constitue l'*abusus* de la propriété littéraire et artistique, un *abusus* trop jaloux pour

pouvoir accepter un autre *dominium* tel le domaine éminent de la collectivité. Ensuite, quand l'œuvre est divulguée, l'exploitation ne peut avoir lieu que dans les limites et sous la forme que l'auteur a lui-même fixées. L'œuvre, en effet, n'est *patrimonialisée* que dans les limites de la divulgation exercée précédemment. L'œuvre n'accède au patrimoine et ne donne prise aux droits patrimoniaux que dans la mesure strictement nécessaire à l'exécution de la décision qui aura été prise. La collectivité ainsi, n'a aucun rôle dans la création des droits d'auteur, sauf à les protéger. C'est l'auteur la source de ses droits, et non pas la société qui les a accordés. C'est-à-dire le droit objectif est là pour protéger le droit subjectif, et non pas pour le créer. C'est une propriété personnelle (1.) ; et parce qu'elle est ainsi, elle est, contrairement à l'opinion majoritaire en doctrine, une propriété perpétuelle (2.). Il est difficile d'étudier séparément la question du domaine éminent de la collectivité et celle de la perpétuité du droit. Elles sont liées parce que la perpétuité du droit contredit l'idée d'un domaine éminent de la collectivité.

1. La propriété littéraire et artistique : une propriété personnelle

380. Le principe de l'exclusion des idées. A la conception d'une propriété personnelle, correspond une analyse de l'œuvre, définie comme une chose, cette chose est une forme personnelle, objet d'un droit de propriété. Or, quand on qualifie l'œuvre de l'esprit en idée ou en information, celle-ci ne peut pas être propre à son prétendu inventeur, parce que celui-ci est loin d'être l'auteur unique ; il doit énormément aux travaux de ses devanciers, au fond commun des connaissances acquises et tombées dans le domaine public. Sans elles, il n'aurait pas pu accomplir ses propres travaux, car il aurait été arrêté au seuil même de la science ou n'aurait pu y faire que quelques pas. Cette idée, ou information n'est donc pas à lui ; elle appartient autant et même beaucoup plus à la collectivité qui l'a préparé et rendue possible. Immatérielles et indivisibles, les informations et les idées constituent un domaine commun donné par la collectivité à tous les hommes. Cette affirmation plonge, en fait, ses racines dans le principe médiéval selon lequel le savoir serait un don divin. Ce fonds commun des idées sert à l'auteur de source d'inspiration et détermine la part de la communauté dans la

production intellectuelle¹⁵⁷². L'œuvre, selon cette logique, ne serait donc pas une chose mais une action¹⁵⁷³, un travail intellectuel produit et destiné à être échangé avec la société, et pour lequel l'auteur est en droit de prétendre à une rémunération¹⁵⁷⁴. Cette rémunération prend la forme d'une propriété intellectuelle qui a pour objet une activité.

381. L'unicité de l'œuvre. La doctrine individualiste admet l'existence de ce fonds commun d'idées, de thèmes et de sujets. En revanche, elle considère que l'existence de ce fonds commun n'est pas une raison suffisante pour mettre en cause la structure exclusiviste de la propriété littéraire et artistique. La doctrine individualiste admet, aussi, que nous ne pouvons pas créer nos idées ; mais elle insiste sur le fait que nous pouvons les combiner et leur donner une forme. C'est dans cette mesure que l'auteur est un créateur ; et, dans cette mesure, c'est son œuvre ; il en est maître. Puisqu'il la crée lui-même et lui seul, dans son imagination et sa personne, elle y reste, même après sa divulgation, à sa pleine et complète discrétion. Il y a donc bien là cette puissance réelle sur un objet, que la loi appelle droit moral, et qui constitue l'*abusus*, l'élément nécessaire pour construire la propriété. Plus favorisé même que la propriété traditionnelle, ce pouvoir que le droit moral donne à l'auteur sur la forme de ses idées ne souffre pas de limites et n'a à redouter aucune violation. Car non seulement l'auteur peut être assuré que son œuvre ne sera communiquée, ou déformée sans sa propre volonté, mais il est aussi sûr que personne n'arrivera par sa propre création à une forme exactement semblable. C'est, en effet, une chose fort remarquable qui met parfaitement en lumière la distinction, que la doctrine individualiste signale, entre le fond des idées et leur forme : sur les questions scientifiques ou sur les informations d'actualité, en accentuant autant que l'on voudra les discussions qui peuvent s'élever, il n'en est pas moins vrai que des milliers de personnes pensent exactement la même chose ; au contraire, en ce qui concerne la forme, si on donne le même sujet à traiter à cent personnes, on aura autant de compositions différentes, sauf à peine quelques coïncidences de détail. C'est parce que la forme et la composition sont le reflet exact de tout ce qui est personnel en nous que les œuvres ne peuvent pas davantage être identiques que les hommes. Lors donc qu'un auteur a donné à sa pensée une forme littéraire ou artistique, il peut affirmer que cette forme est la sienne, non

¹⁵⁷² Sur la théorie sociale V. L. Pfister, *th. préc.*, pp. 525 et s.

¹⁵⁷³ V. cpdt V.-L. Bénabou, *art. préc.*, p. 58 : « Le terme de production renvoie sans doute, dans l'acception courante, à l'idée de l'action de donner naissance à, de créer et/ ou au résultat de cette action. Il peut donc être envisagé dans une double dimension dynamique (action) et statique (produit de l'action). Une telle acception est intéressante dans la mesure où elle est apte à rendre compte du caractère protéiforme de la création-résultat unifiée par l'unicité de la création-action. Toutefois, le terme production n'est guère discriminant, sinon qu'il est rapporté ici à des secteurs de création. Il est de surcroît étranger aux notions clés du droit d'auteur français. ».

¹⁵⁷⁴ L. Pfister, *th. préc.*, p. 530.

seulement par son origine, mais encore par la faculté actuelle de disposition que son droit moral lui accorde¹⁵⁷⁵.

382. La création, notion réservée à l'œuvre. C'est pour cela, qu'il faut insister sur le fait qu'il y a que les œuvres de l'esprit qui sont des créations. En fait, si on demande à plusieurs savants de nous donner une solution technique à un problème technique, combien sont susceptibles de donner la même solution à ce problème ? L'invention n'a pas ce caractère d'unicité¹⁵⁷⁶. Plusieurs personnes peuvent être en possession de la même invention sans se connaître. Le CPI le prévoit. Ainsi, l'article L. 613-7, al. 1^{er} du CPI dispose en effet que « toute personne qui, de bonne foi, à la date du dépôt ou de priorité d'un brevet, était, sur le territoire où la présente loi est applicable, en possession de l'invention, objet de brevet, a le droit, à titre personnel, d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet. ». La reconnaissance des droits de possession personnelle antérieure a pour effet de paralyser l'action en contrefaçon engagée par le breveté ou ses ayants droits ; elle n'est toutefois reconnue que sous réserve de la réunion de conditions très strictes. Parmi elles, on voit que la loi exige que la personne revendiquant le bénéfice de cet article doit avoir pleine connaissance de l'enseignement technique considéré, c'est-à-dire qu'elle doit porter sur tous les éléments constitutifs du brevet tels que revendiqués¹⁵⁷⁷. L'objet de la possession et celui de l'invention doivent être identiques : il peut cependant valablement porter sur un simple équivalent. Ensuite, on peut ajouter que cette possession est personnelle en ce sens qu'elle doit avoir pour origine le travail propre de celui qui l'invoque : elle ne peut avoir été constituée par une communication sans obligation de confidentialité¹⁵⁷⁸. La possession de l'invention suppose donc une acquisition de bonne foi. On peut relever, d'ailleurs, que deux saisines concurrentes se superposent sur la même invention¹⁵⁷⁹. Le déposant n'est pas privé, par la possession personnelle antérieure, de sa saisine de droit offerte par la loi : le titre de brevet. Le possesseur de l'invention avait une saisine de fait par sa possession antérieure, cette saisine de fait se transforme en saisine de droit. Celle-ci fait échapper son titulaire à l'action en contrefaçon, mais elle ne peut être ni cédée ni concédée par voie de licence. Ainsi, on voit que l'inventeur, même le plus ingénieux, a certes le droit d'obtenir une récompense provisoire pour son invention, mais d'autres inventeurs auraient été potentiellement capables du même résultat.

¹⁵⁷⁵ A. Boistel, *op. cit.*, pp. 255 et s.

¹⁵⁷⁶ *Contra* A. Robin, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 1, §1.

¹⁵⁷⁷ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^e éd., 2006, n° 437, p. 272.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ A. Abello, *op. cit.*, n° 143, p. 73.

On récompense donc, par le monopole, le travail nécessaire du premier inventeur, gage d'émulation rationalisée, afin d'encourager le travail des futurs nouveaux inventeurs. Cette approche est en harmonie avec la notion traditionnelle du monopole comme droit d'exception, puisque le droit de l'inventeur implique la protection exclusive de quelque chose de libre, à la portée de tous, comme l'idée. En revanche le droit de l'auteur sur son œuvre ne viole le droit naturel de personne dans la mesure où la forme elle-même de l'œuvre, la manière dont elle est exprimée, est unique, singulièrement liée à son auteur¹⁵⁸⁰. En d'autres termes, le travail et la découverte de l'inventeur se caractérisent essentiellement par leur nouveauté, alors que la création de l'auteur se manifeste par sa nature plus subjectivement originale. De manière plus mathématique, il est impossible que deux hommes, sans se copier, composent textuellement la même œuvre. L'apport majeur de la doctrine individualiste est d'avoir clairement défini l'objet du droit d'auteur : l'œuvre de l'esprit consiste dans la forme personnelle qu'il a donnée aux idées. Cette doctrine précise en effet que prôner la propriété littéraire et artistique, n'est en rien revendiquer l'appropriation des idées. Ainsi, selon ce raisonnement, la propriété littéraire et artistique est fondée sur la personnalité de l'auteur et l'objet s'identifie au sujet¹⁵⁸¹.

2. La propriété littéraire et artistique : une propriété perpétuelle

383. L'explication utilitariste. Pour la doctrine utilitariste, les œuvres de l'esprit sont à considérer comme des inventions. Les unes et les autres résultent de l'assemblage d'éléments qui sont à la disposition de tous, elles doivent, donc, être soumises à une législation similaire en limitant la durée des droits de même façon que celle de l'exploitation exclusive de brevets. Une propriété intellectuelle qui n'est pas limitée dans le temps est une propriété injuste parce qu'elle est contraire à l'intérêt public. On affirme communément que le droit d'auteur est limité dans le temps. Cette limitation ne concerne, pour la doctrine individualiste, que les prérogatives patrimoniales de l'auteur. Pourtant, la doctrine individualiste moderne se sent un peu embarrassée devant la question de la perpétuité du droit pécuniaire. En fait, l'explication utilitariste lui semble être imposée. Si l'objet du droit d'auteur est une idée ou une

¹⁵⁸⁰ F. Rideau, *op. cit.*, p. 331.

¹⁵⁸¹ L. Pfister, *th. préc.*, p. 548.

information, cet objet est inappropriable par nature ; alors on approprié une utilité sur cet objet inappropriable par la technique de la propriété intellectuelle. Ainsi, l'objet du droit d'auteur ne peut être qu'une activité qui concerne cette idée ou cette information. Et parce qu'il monopolise une activité, le droit d'auteur se présente comme une exception à la liberté du commerce et de l'industrie. La perpétuité du « monopole » d'exploitation est anticoncurrentielle et va à l'encontre de « la première de toutes les conditions qu'il faut poser pour la justice du paiement de l'auteur, la nécessité, en récompensant son travail, de maintenir intacts les droits de la société sur la jouissance des idées, pour la plus grande gloire de l'auteur et pour l'accomplissement même de son œuvre. »¹⁵⁸². En plus, le caractère temporaire du droit d'exploitation correspond parfaitement à la structure stratifiée : la collectivité, qui tient le domaine éminent sur l'œuvre, accorde à l'auteur un monopole temporaire d'exploitation. A l'expiration du délai de protection fixé par la loi le domaine utile (le monopole d'exploitation) se ressoude avec le domaine éminent et la collectivité a désormais, à perpétuité, la propriété pleine et entière de l'œuvre¹⁵⁸³. Ainsi, on voit bien que les arguments en faveur d'une limitation dans le temps du droit d'exploitation sont tirés des considérations utilitaristes fondées sur un intérêt réputé supérieur à celui des auteurs¹⁵⁸⁴. Selon cette logique, seule l'idée qu'il y a ou qu'il y aurait un intérêt public majeur à un accès libre aux œuvres au-delà d'une période assurant la juste rémunération, voire de la récompense de l'auteur, y compris à travers la sécurité matérielle de sa famille, peut fonder cette restriction au droit de l'exploitation¹⁵⁸⁵. « Cette liberté d'accès qui fonde la limitation peut d'ailleurs se justifier de deux façons : la liberté d'accès ou au moins l'incitation à la culture si l'on se place du côté du public ; mais aussi la liberté du commerce et de l'industrie, si l'on se place du côté des exploitants, qui, d'une certaine manière, profitent davantage du domaine public que le public [...] »¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸² A.-Ch. Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 466 (cité par F. Pollaud-Dulian, *La durée du droit d'auteur*, RIDA, avril 1998, p. 83 à la p. 95.)

¹⁵⁸³ P. Recht, *op. cit.*, pp. 254-255.

¹⁵⁸⁴ V. cpdt F. Zénati, note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 10 mars 1999, *RTD civ.* 1999, p. 859 à la p. 867 : « Le droit patrimonial de l'auteur n'est pas perpétuel. Il s'éteint quelques temps après la mort de l'auteur, conférant à l'œuvre le statut de chose commune (improprement qualifié de domaine public). Son caractère éphémère aurait été voulu par le législateur pour assurer au public un libre accès aux œuvres littéraires et artistiques. Si l'on applique la jurisprudence de la Cour de cassation reconnaissant au propriétaire un droit sur l'image de son bien, c'en est fini de cette dimension publique de l'œuvre, puisque le droit à l'image du propriétaire de la chose corporelle prendra le relais du droit patrimonial de l'auteur et perpétuera la propriété de l'œuvre. »

¹⁵⁸⁵ V. S. Carre, *th. préc.*, n° 601, p. 462 : « Le caractère temporaire du monopole s'impose ainsi afin de permettre le développement d'une libre concurrence qui, sans être une fin en soi, constitue le moyen de garantir le 'progrès' des arts et des sciences, dans l'intérêt du public, de la collectivité toute entière. La limite dans le temps du droit accordé à l'auteur trouve donc son fondement dans cet intérêt collectif. »

¹⁵⁸⁶ F. Pollaud-Dulian, *loc cit.*

384. L'explication individualiste. Comment peut-on alors expliquer la nature limitée du droit d'exploitation ? En réalité, cette limitation dans la durée s'explique facilement si on prend en considération le fait que c'est le droit de divulgation la source des droits d'exploitation ; or, cette source s'éteint à la mort de l'auteur. Donc si le droit d'exploitation se trouve limité dans le temps c'est parce que sa source, le droit de divulgation, s'est trouvée éteinte, selon le principe de l'éclatement du droit moral à la mort de l'auteur. Le principe de la perpétuité du droit moral suffit à lui seul, comme nous l'avons vu, pour faire face au domaine éminent de la collectivité et caractériser la perpétuité de sa propriété. Comme l'exprime Hepp : « [...] dans l'état de la théorie juridique définitivement acquise à l'heure actuelle et dont, en toutes ses parties, s'inspire la loi nouvelle, il n'est plus logiquement possible de tirer argument d'une limitation dans le temps du droit général de disposition que la nouvelle loi reconnaît à l'auteur sur son œuvre. En effet ce dernier droit (que, par habitude, on continue d'appeler le 'droit moral', bien que son domaine déborde la notion) est en réalité le droit d'auteur lui-même considéré dans son essence et son fondement légal. Or l'article 6 de la loi dispose qu'il est perpétuel. »¹⁵⁸⁷

B. L'indépendance de la propriété du support et la propriété littéraire et artistique

385. Le premier essai d'une distinction. On était accoutumé à considérer qu'un livre n'avait qu'un seul « corps », le tout étant une chose matérielle ; et si l'auteur pouvait être propriétaire, ce n'était que de son manuscrit ; une fois le manuscrit vendu, le libraire était censé avoir aussi acheté le discours. On vivait encore – et on vivra jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle – dans le monde des choses matérielles : la souveraineté de l'auteur s'arrêtait à la matérialité même du support. Or, Marion, à l'occasion d'une affaire exceptionnelle concernant des textes canoniques¹⁵⁸⁸, va découvrir qu'un livre peut être infiniment plus que des caractères tracés sur des pages ; qu'il peut avoir une nature particulière, ni tout à fait matérielle, ni tout à fait spirituelle, mais entre les deux. Marion va soutenir, en substance, la thèse suivante : si un livre profane, dit-il, peut, sans conteste, faire l'objet d'un commerce

¹⁵⁸⁷ F. Hepp, *Le droit d'auteur « propriété incorporelle » ?*, RIDA avr. 1958, p. 161 à la p. 188 et p. 189.

¹⁵⁸⁸ *Le Corpus iuris canonici*, texte sacré et commun : l'arrêt du Conseil privé du Roi de mars 1583, cf L. Pfister, *th. préc.*, p. 135 et s.

régulier, il en est tout autrement d'un livre sacré, qui est « chose spirituelle »¹⁵⁸⁹. Pour expliquer cette nature complexe, l'avocat établit une distinction essentielle, pour la propriété littéraire et artistique, entre le support matériel et le texte, le contenu intellectuel¹⁵⁹⁰. C'est que tout livre peut en premier lieu être appréhendé dans sa matérialité et être considéré « comme un papier écrit »¹⁵⁹¹. Pour illustrer son raisonnement, l'avocat compare le livre à « un calice en tant qu'il est métal »¹⁵⁹². Ainsi envisagé, le livre, comme le calice sont des choses temporelles relevant du droit humain. Par son caractère matériel et temporel, le livre constitue une chose patrimoniale, susceptible d'un commerce juridique, et peut être « vendu en toute liberté »¹⁵⁹³. Mais, le livre n'est pas seulement matière, il est aussi esprit. En effet, l'avocat considère que le contenu intellectuel de l'ouvrage est d'une nature différente du support et soumis par conséquent à un autre régime juridique. De même qu'un calice n'est plus uniquement un objet métallique dès lors qu'il est consacré, de même un livre consacré au droit canon n'est plus uniquement du « papier écrit » : analysé comme « étant l'écriture sainte et sacrée », la doctrine canonique est sacralisée et entre dans la catégorie des choses spirituelles. De cette qualification juridique est déduit le régime juridique applicable au texte canonique : il est exclu de tout commerce juridique¹⁵⁹⁴. D'une manière biaisée, Marion a donc introduit la distinction fondamentale entre le support et le discours qui est au fondement du droit d'auteur moderne. Pour la première fois le discours est arraché au support¹⁵⁹⁵.

386. La distinction selon Pufendorf et Domat. En fait, il faut rappeler que selon Gaius « L'écriture, fût-elle en or, suit en accession le papier ou le parchemin, comme les constructions ou les semences suivent le sol. Si, par conséquent, sur ton papier ou sur ton parchemin, Titus a écrit des vers, une histoire, un discours, ce livre n'est pas à Titus, mais à toi [...]. Si quelqu'un a peint sur la planche d'autrui, selon quelques jurisconsultes, la planche cède à la peinture, selon d'autres, la peinture, quelle qu'elle soit, cède à la planche. Mais la première opinion nous paraît préférable. »¹⁵⁹⁶ A la fin du XVII^{ème} siècle, cette règle romaine est contestée par la doctrine individualiste notamment par Pufendorf et Domat, pour ne

¹⁵⁸⁹ B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, éd. Seuil, 2004, pp. 104 et s.

¹⁵⁹⁰ L. Pfister, *th. préc.*, p. 137.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*

¹⁵⁹² *Ibid.*

¹⁵⁹³ *Ibid.*

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

¹⁵⁹⁵ B. Edelman, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁹⁶ *Just. Inst.*, II, I, 33-34 ; de *Gaius, Inst.* II, 77-78 (Cité par P. Kamina, *De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelle, A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997 (Godard c/ Houdelinchx)*, *RRJ*, 1998, p. 881.).

prendre que deux exemples¹⁵⁹⁷. Alors qu'en droit romain elle était un cas d'accession de deux choses mobilières, la règle revêt sous leur plume une signification et une dimension nouvelles. Les commentaires des deux juristes illustrent précisément la progressive émergence de l'idée de propriété littéraire et artistique. Pufendorf écrit que ce qu'on appelle du papier et du parchemin, ne demeure pas tel, à proprement parler, que quand il est blanc ; « car dès qu'il y a quelque chose d'écrit, ce n'est plus du papier, c'est une Lettre, un Livre, un Mémoire. » Pufendorf semble assimiler le cas de l'écriture à une forme de spécification. L'écriture modifie la nature du support. Elle constitue un moyen de réaliser une chose nouvelle, une œuvre (lettre, livre, mémoire) et dicte par conséquent l'attribution de cette chose à celui qui la réalise. Dans la mesure où Pufendorf prend en considération le contenu intellectuel et non plus le caractère matériel, son commentaire paraît significatif de l'apparition de l'idée de propriété littéraire et artistique. Les propos de Domat le sont encore davantage¹⁵⁹⁸. Le juriste français écrit qu'il « est bien certain que le maître du papier ne deviendrait pas *maître de ce* qu'on y aurait écrit, quand ce ne serait qu'une simple lettre. »¹⁵⁹⁹. Lorsqu'il parle d'une lettre, il semble bien que Domat fasse référence à l'œuvre sans la confondre et la réduire à un simple objet matériel. D'ailleurs, dans un autre passage, il précise qu'il ne faut pas confondre le support avec l'ouvrage de l'esprit. Aussi, nous explique le professeur Pfister, Domat, lorsqu'il évoque la maîtrise de « ce » qui est écrit sur le support matériel, conçoit certainement la propriété du texte dans sa dimension immatérielle.

387. Au XVIII^{ème} siècle. Le siècle des Lumières est le théâtre d'une intense controverse entre les libraires parisiens et ceux de province. Afin de légitimer leur monopole d'édition, les premiers prétendent être titulaires, sur les œuvres intellectuelles et non plus sur les seuls manuscrits, de droits inviolables et perpétuels de propriété acquis auprès des auteurs ; leurs concurrents provinciaux le contestent et rappellent que seul le Roi peut réserver l'œuvre à un particulier par l'octroi d'un privilège¹⁶⁰⁰. La thèse parisienne consistait, en quelque sorte, à dématérialiser l'objet de la propriété littéraire et artistique en impliquant que le manuscrit original, jusqu'alors unique support matériel et original confondu avec l'œuvre, perdait sa valeur traditionnelle au profit d'une œuvre abstraite¹⁶⁰¹. Selon les libraires parisiens, l'objet de la cession ne visait donc pas uniquement le support matériel de l'œuvre, mais aussi l'œuvre,

¹⁵⁹⁷ L. Pfister, *th. préc.*, pp. 216 et s.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹⁹ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1727, Liv. 3, tit. 7, section 2, art. 15, p. 298 (Cité et souligné par L. Pfister, *th. préc.*, p. 217.)

¹⁶⁰⁰ L. Pfister, *L'œuvre, une forme originale*, art. *préc.*, p. 247.

¹⁶⁰¹ F. Rideau, *op. cit.*, p. 313.

au sens moderne, à travers la cession de son support. La rémunération parfois significative, du simple manuscrit, pouvait d'ailleurs occasionnellement en témoigner¹⁶⁰². C'est notamment ce qui ressort de la représentation que s'en faisaient des juristes tels que Louis d'Héricourt et ses successeurs, comme en témoignent en ce sens le vocabulaire et les expressions utilisées. L'avocat d'Héricourt parlait en effet simultanément du droit de propriété de l'auteur sur le « manuscrit », la « production littéraire », l'« ouvrage », et de manière plus intéressante, peut être prémonitoire, de la propriété du « texte de l'ouvrage » : « Donc un libraire qui a acquis un manuscrit [...]; qui a enfin obtenu un privilège pour l'imprimer doit demeurer perpétuellement propriétaire du texte de cet ouvrage, lui et ses descendants, comme d'une terre ou d'une maison, etc... ». Dans ce contexte le privilège était transmis par le biais de l'acquisition du manuscrit. Cette confusion entre le support et l'œuvre s'explique parce qu'à l'époque la notion d'œuvre était encore abstraite et mal identifiée, et elle nécessitait une empreinte tangible et familière afin d'être acceptée comme objet du droit de propriété¹⁶⁰³. Cette confusion persistante entre le manuscrit et l'œuvre, plus au moins volontaire pour défendre les intérêts des libraires de la capitale¹⁶⁰⁴, ne facilitait pas les avancées théoriques sur l'identification de l'objet de la propriété littéraire. On confondait largement l'œuvre et son support matériel, dont la vente absorbait deux objets différents : le *corpus* matériel (le manuscrit) et l'œuvre. Elle ne répondait toujours, non plus, à l'argumentation des détracteurs de l'idée de propriété, qui ne manquait pas traditionnellement, à l'instar des libraires de provinces, de rappeler que l'objet de la propriété ne peut porter sur des choses immatérielles, en particulier les idées¹⁶⁰⁵.

388. La théorie de Kant. Il faut attendre la fin XVIII^{ème} pour que Kant fasse la distinction entre l'œuvre et le support. Selon le grand philosophe, le livre, en tant qu'écrit, n'est pas une marchandise que l'auteur peut céder à l'éditeur. L'éditeur, dans la logique de Kant, n'a qu'un usufruit sur l'œuvre mais il n'est jamais le propriétaire de celle-ci. « Dans un livre, en tant qu'écrit, l'auteur adresse un discours à son lecteur ; et celui qui l'a imprimé discourt par le biais de ses exemplaires, non pour son propre compte, mais entièrement au nom de l'auteur. Il

¹⁶⁰² F. Rideau, *op. cit.*, p. 315.

¹⁶⁰³ *Ibid.*

¹⁶⁰⁴ V. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 4, p. 6 : « Certes, il était admis que l'auteur était propriétaire de son œuvre, cette œuvre se distinguait d'ailleurs plus ou moins nettement du manuscrit qui en est le support, mais une fois qu'il a cédé le manuscrit à un libraire pour que celui-ci l'imprime et la diffuse, il a cédé tout ensemble la propriété du support matériel et celle de l'œuvre. » , *Adde* L. Pfister, *th. préc.*, p. 230 : « Et d'Héricourt d'affirmer qu'un libraire 'qu'a acquis un manuscrit [...] doit demeurer *perpétuellement propriétaire du texte* de l'ouvrage.' » (Souligné par L. Pfister.)

¹⁶⁰⁵ F. Rideau, *op. cit.*, p. 316.

le met dans la posture de celui qui discourt publiquement et il sert seulement d'intermédiaire pour la transmission au public de ce discours. L'exemplaire de ce discours, que ce soit sous forme de manuscrit ou d'imprimé, peut bien appartenir à qui l'on veut [...]. Toutefois, faire discourir quelqu'un publiquement, mettre à la portée du public son discours en tant que tel, cela signifie parler au nom de l'auteur [...]. C'est à n'en pas douter une affaire qu'on peut effectuer au nom d'un autre mais jamais en son propre nom (en tant qu'éditeur). Celui-ci crée certes en son propre nom l'instrument muet de la transmission du discours de l'auteur au public, par le biais de l'imprimé, et qu'il se désigne par suite comme celui par le biais duquel l'auteur adresse un discours au public, il ne peut le faire qu'au nom de l'auteur [...] Or l'édition de livres est une affaire qui ne peut être conduite qu'au nom d'un autre (c'est-à-dire de l'auteur que l'éditeur propose comme quelqu'un qui discourt à travers lui publiquement) ; ce droit ne peut donc compter parmi les droits qui sont attachés à la propriété d'un exemplaire, il ne peut être légitime que par un contrat particulier passé avec l'auteur. »¹⁶⁰⁶. Malheureusement, ces développements n'ont trouvé un écho en France que tardivement.

389. Au XIX^{ème} siècle. En France au XIX^{ème} siècle, la jurisprudence ne faisait pas clairement la distinction entre la création et son support. C'est ainsi que la Cour de cassation avait affirmé que « le droit de reproduire le tableau par la gravure doit être compris au nombre des droits et facultés que transmet à l'acquéreur une vente faite sans réserve », suivant le Procureur général Dupin qui regardait la distinction entre le tableau et l'œuvre comme « une abstraction, une pure subtilité, un jeu d'esprit propre à délecter les imaginations vaporeuses, mais qui, visiblement, n'a aucune valeur aux yeux des jurisconsultes. »¹⁶⁰⁷. La doctrine, quant-à-elle, était beaucoup plus avancée sur la question¹⁶⁰⁸. On peut citer à cet égard Boistel : « Mais l'œuvre est destinée à être publiée. Ce fait nouveau va-t-il détruire la propriété ? Quel effet la publication et la mise en vente de l'œuvre auront-elles sur les droits qui viennent d'être analysés ? Il faut noter, tout d'abord, que l'on est en présence de droits parfaitement démontrés, parfaitement définis, qui sont par là même inviolables comme tous les droits. On ne devra donc en admettre la perte que dans la mesure où leur aliénation résultera de la volonté de l'auteur propriétaire, ou des conséquences nécessaires de ses actes. Or qu'est ce

¹⁶⁰⁶ E. Kant, *De l'illégitimité de la contrefaçon des livres* (1785), cité par F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 243, p. 180.

¹⁶⁰⁷ Cass. ch. réun., 27 mai 1842, *DP* 1842, 1, p. 297 (Cité par MM. A. et X.-Fr. Lucas, *Revendication d'exemplaires matériels d'œuvres protégées par le droit d'auteur*, note sous Cass. com. 19 nov. 2003, *D.* 2004, *jurispr.* p. 801.)

¹⁶⁰⁸ A. Gastambide, *op. cit.*, p. 83, il précise par exemple que dans un manuscrit il y a deux choses, « une création intellectuelle et un objet mobilier. ». (Cité par L. Pfister, *th. préc.*, p. 550, note 181.)

qui se passe dans la mise en vente de l'ouvrage ? [...] Prenons d'abord l'acheteur du premier exemplaire, et voyons, en l'absence même de toute explication précise entre l'auteur et lui, de quels droits il peut légitimement se croire acquéreur. Il a d'abord un droit de propriété pleine et entière sur l'exemplaire acheté : il peut non seulement le lire, s'en servir, y puiser des idées ou des renseignements, le copier même pour son usage, le faire lire à ses amis et les en faire jouir comme lui-même ; mais il peut encore en disposer complètement, [...], vendre même l'exemplaire ou le détruire. Pas de difficulté sur ce point. Mais peut-il aller plus loin ? Peut-il se croire un droit de disposition sur l'œuvre même ? le droit de la reproduire et de la publier, même en la modifiant à sa guise ; le droit d'en tirer des profits pécuniaires ? Nous pouvons affirmer hardiment qu'un homme de bon sens n'aura jamais une pareille pensée. [...] Le doute sur ce point était possible avant l'invention de l'imprimerie : en effet la valeur de l'exemplaire copié, étant très considérable, pouvait paraître comprendre celle de l'œuvre elle-même, d'autant plus que d'un autre côté la valeur vénale de l'œuvre immatérielle était considérablement amoindrie par la difficulté de la reproduction et le petit nombre d'acheteur à qui elle pouvait s'adresser. Cela explique pourquoi la propriété littéraire a été reconnue si tard. Mais, de nos jours, il ne saurait y avoir de malentendu sur ce point. [...] C'est donc un point démontré que l'acheteur d'un exemplaire ne saurait prétendre avoir sur l'œuvre aucun droit de disposition. Il en résulte évidemment que l'auteur gardera ce droit à lui seul, puisque certainement il n'entend pas céder à l'acheteur plus que celui-ci ne demande et n'entend recevoir. Le même raisonnement pourrait être reproduit pour tous les acheteurs successifs, avec cette observation en plus que le fait de la vente antérieure de premiers exemplaires rend pour eux encore plus impossible la croyance à l'acquisition d'un droit de disposition sur l'œuvre tout entière. Or le public, n'étant que la somme de tous les acheteurs, ne saurait avoir plus de droits qu'eux. Donc le droit de disposition reste à l'auteur, malgré la publication. »¹⁶⁰⁹.

390. Au XX^{ème} siècle. Selon Recht, l'arrêt de la Cour de cassation le 25 juin 1902, dans l'affaire *Lecoq*¹⁶¹⁰, a eu le mérite de rendre un immense service à l'évolution du droit d'auteur en affirmant nettement la diversification de deux droits de propriété, parallèles et indépendants : celui portant sur l'œuvre (conception de l'esprit) et celui portant sur le support de l'œuvre (propriété traditionnelle)¹⁶¹¹. Le législateur a, ensuite, proclamé le principe *expressis verbis* dans la loi du 9 avril 1910 relatif à la vente d'objet d'art : « l'aliénation d'une

¹⁶⁰⁹ A. Boistel, *op. cit.*, pp. 259-261.

¹⁶¹⁰ *Aff. Préc.*

¹⁶¹¹ P. Recht, *op. cit.*, p. 94.

œuvre d'art n'entraîne pas celle du droit de reproduction. » C'est le principe de l'article 29 de la loi de 1957 (L. 111-3 du CPI) « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. ». Bien sûr la loi de 1957 a une portée plus étendue que celle qui l'a précédé. Car la loi de 1910 ne traitait expressément que du droit de reproduction, alors que l'article L. 111-3 dissocie de la propriété du support « la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 », c'est-à-dire l'ensemble des droits de propriété littéraire et artistique.

391. En résumé. L'analyse des droits d'auteur conduit à une pleine approbation du principe que les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957 ont hérité de leurs devanciers. L'auteur n'aliène pas nécessairement la propriété littéraire et artistique en même temps que l'œuvre, car propriété du support et droits d'auteur sont parfaitement distincts. Il s'agit de deux propriétés portant sur deux objets distincts. La propriété du support procède de l'appréhension d'un bien matériel, que l'homme fait sien, le droit d'auteur d'une expression de la personnalité, dont l'œuvre porte l'empreinte dans des conditions qui entraînent la prédominance et la perpétuité du droit moral. Nous avons vu que le droit moral est l'*abusus* de la propriété littéraire et artistique. Comment, alors, peut-on concevoir deux *abusus* sur le même bien ? Le droit moral ne peut porter, donc, que sur un objet indépendant de la propriété du support : une forme originale. Penser que l'objet des droits d'auteur est le support de l'œuvre revient à négliger l'aspect moral du droit d'auteur. « Il serait, enfin, contraire à la vocation des droits d'auteur d'admettre qu'en aliénant l'œuvre le créateur s'en est dessaisi : ce serait négliger à la fois l'aspect moral et l'aspect patrimonial de la création artistique. Car, un peintre, qui consent à se défaire sous la pression de la nécessité, d'une toile, qui ne lui donne pas pleine satisfaction, n'irait pas jusqu'à permettre la reproduction, s'il en était expressément sollicité par l'acquéreur : sous-entendre son consentement, ce serait trahir ses intentions et blesser sa sensibilité. »¹⁶¹². Comme l'a annoncé clairement un arrêt de la Cour d'appel de Paris, dans une formule reprise ensuite par la Cour de cassation, le droit d'auteur (en l'espèce le droit de reproduction) « a un fondement et un objet différents de ceux de la propriété même de la chose »¹⁶¹³.

¹⁶¹² H. Desbois, *op. cit.*, 3^{ème} éd., 1978, n° 312, pp. 403 et s.

¹⁶¹³ CA Paris, 1^{re} ch., 1 juill. 1964, *Ann. Propr. Ind.* 1965, p. 223 ; Cass. 1^{re} ch. civ., 20 déc. 1966, *D.* 1967, p. 159 (cité par A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 222, pp. 190 et s.)

§2. Les utilités de l'objet de la propriété littéraire et artistique

392. La communication de l'œuvre au public et la forme, deux faces de la même chose. Nous avons vu que l'œuvre de l'esprit est une forme originale et que cette forme originale a une structure complexe. Elle comporte au moins deux niveaux : la forme interne et la forme externe. La forme interne, essence même de l'œuvre, ne vit que dans l'esprit de l'homme : dans l'esprit de l'auteur, d'abord, parce qu'elle s'y crée ; dans l'esprit de l'amateur, ensuite, qui l'y recherche. Le premier utilise sa raison, empreinte de sa personnalité pour exprimer sa création, le second dialogue avec l'œuvre de l'esprit, utilisant et enrichissant sa raison. La forme originale est ainsi bipolaire, tributaire de deux personnes pour se manifester, elle ne se développe pleinement que dans la communication¹⁶¹⁴. La communication et la forme sont ainsi les deux faces de la même chose, parce qu'elle absorbe la forme dans sa totalité¹⁶¹⁵, elle se confond avec la forme elle-même¹⁶¹⁶. La forme de l'esprit n'a d'autres utilités que la communication au public. Cette réalité intrinsèque de l'œuvre est prise en compte par la loi du 11 mars 1957 qui érige la « communication » en critère de l'exploitation. La loi de 1957, dans son article 27, définissait le concept de représentation comme une communication directe au public et le concept de reproduction comme une communication indirecte au public. Les deux attributs du droit d'exploitation se construisent symétriquement par rapport à celui de communication qui devient ainsi le critère d'exploitation. A partir de là, la construction est parfaitement cohérente. Il est évident que ce couple d'attributs couvre de manière exclusive toutes les communications d'une œuvre puisque, selon la thèse individualiste, le seul critère d'exploitation est la communication au public, celle-ci ne saurait être que directe ou indirecte. L'auteur se voit reconnaître un droit de propriété exclusive qui couvre l'œuvre dans toutes ses utilités¹⁶¹⁷. Cette approche synthétique a permis de déduire la théorie du droit de destination (A.). A côté de cette théorie, qu'on peut qualifier d'économique¹⁶¹⁸, une autre théorie, plutôt humaniste, explique mieux la structure exclusiviste du droit d'exploitation (B.).

¹⁶¹⁴ Ph. Gaudrat, *Notion d'œuvre, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1134*, n° 53, pp. 15-16.

¹⁶¹⁵ Contrairement au support qui n'est capable d'absorber que la forme externe.

¹⁶¹⁶ Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 57, p. 17 : « La communication est de l'essence de la forme intelligible en quoi consiste l'œuvre. ».

¹⁶¹⁷ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 525, p. 357.

¹⁶¹⁸ Elle est ainsi parce qu'elle se justifie d'un point de vue économique lorsqu'il a pour but de contrôler les modes de diffusion des exemplaires qui peuvent favoriser la contrefaçon, ou des activités susceptibles à terme de perturber le marché de ces exemplaires. V. F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination, op. cit.*, n° 15, p. 31.

A. La théorie du droit de destination

393. Plan. Si la théorie du droit de destination correspond parfaitement à une vision synthétique du droit d'exploitation (1.), cette théorie, qui est soucieuse des intérêts des auteurs, n'a pas une structure parfaitement exclusiviste. En fait, nous allons voir que, malgré son caractère individualiste¹⁶¹⁹, la théorie du droit de destination représente, une fois de plus, une structure stratifiée du droit d'exploitation (2.).

1. L'exposé de la théorie

394. Une structure synthétique. La *summa divisio* du droit d'exploitation implique une conception large ou « synthétique » des prérogatives de l'auteur, permettant à l'auteur « d'assortir l'autorisation de reproduire son œuvre de conditions et de limitations diverses et de contrôler ainsi les conditions dans lesquelles les exemplaires réalisés seront utilisés par les tiers. »¹⁶²⁰. L'auteur peut ainsi faire face à toute forme d'exploitation de l'œuvre. Dans cette conception traditionnelle du droit français, le droit de reproduction englobe donc non seulement le droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre, mais aussi celui de contrôler la circulation ultérieure de ces exemplaires et leur utilisation. Autrement dit, tous les actes qui se situent dans la continuité de l'acte de reproduction *stricto sensu* appartiennent à l'auteur, car ils relèvent du droit de reproduction, *lato sensu* : la mise en circulation des supports de reproduction, leur remise en circulation après qu'ils ont été retirés du circuit commercial, la location ou le prêt des exemplaires de reproductions mis en circulation, leur utilisation à des fins différentes de celle envisagée et autorisée par l'auteur, lorsqu'il a permis la reproduction

¹⁶¹⁹ V. A. Françon, *L'avenir du droit d'auteur*, RIDA, avr. 1987, p. 21 : « La théorie qui reconnaît à l'auteur un droit de destination permet de réintroduire plus d'équité dans le système en même temps qu'elle tient compte de la philosophie de base qu'inspire toute la matière. Selon cette philosophie, l'auteur créateur de l'œuvre protégée qui reflète sa personnalité doit pour cette raison pouvoir contrôler l'usage qui en fait, même s'il ne s'agit pas d'une reproduction ou d'une représentation *stricto sensu* ».

¹⁶²⁰ Th. Desurmont, *Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite*, RIDA, juil. 1987, p. 21.

initiale (par exemple l'utilisation de phonogrammes du commerce destinés à l'usage des acquéreurs pour des fins de radiodiffusion ou de sonorisation de lieux publics)¹⁶²¹. L'auteur est fondé à affecter les reproductions à une certaine finalité, à une certaine destination et comme l'explique Desbois : « l'auteur, ou son ayant droit, comme tel, est qualifié, non seulement pour permettre ou refuser discrétionnairement l'édition d'une œuvre, mais aussi pour en spécifier, en même temps que les modalités – il s'agit là de l'étendue –, la destination. Une violation du droit de reproduction sera commise par conséquent, non seulement par l'éditeur qui diffusera en feuillets le roman qu'il n'avait obtenu l'autorisation de divulguer que sous la forme d'un volume, mais aussi par les tiers acquéreurs de volumes qui procèderont à un emploi contraire aux stipulations du contrat. »¹⁶²².

395. Les applications jurisprudentielles. Les applications jurisprudentielles sont assez nombreuses, mais les applications les plus remarquables sont intervenues à propos de l'utilisation des phonogrammes du commerce par les stations de radio et par les discothèques. Dans les deux cas, le problème était posé de savoir si cette utilisation tombait sous le coup du droit de reproduction. S'agissant de l'utilisation radiophonique, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée par l'affirmative en analysant la redevance perçue à ce titre comme un complément du droit de reproduction¹⁶²³. A l'occasion d'un litige opposant la SACEM à des exploitants de discothèques, la Cour de cassation a affirmé très nettement que « l'autorisation donnée par la SACEM aux exploitants de discothèques d'étendre à une destination nouvelle le domaine d'exploitation du droit de reproduction cédé au nom des auteurs légitimait en contrepartie la stipulation d'une redevance complémentaire au titre du droit de reproduction mécanique. »¹⁶²⁴. On peut relever un arrêt récent de la Cour de cassation du 27 avril 2004 dans lequel les juges appliquent la théorie du droit de destination à des locations non autorisées d'exemplaires. En l'espèce, la société Nouvelle DPM louait des jeux vidéo légalement acquis auprès de la société Nintendo, à la librairie La Plume et l'encrier, afin que celle-ci les sous-loue à sa propre clientèle. La Société Nintendo, dont l'autorisation n'avait pas été sollicitée, a assigné ces deux sociétés en contrefaçon. Après avoir qualifié les jeux vidéo de logiciel, la cour d'appel avait condamné les sociétés assignées, non sur le fondement de l'article L. 122-6-1 qui réserve expressément à l'auteur d'un logiciel un droit de location,

¹⁶²¹ F. Pollaud Dulian, *op. cit.*, n° 730, p. 477.

¹⁶²² H. Desbois, *op. cit.*, 2^{ème} éd., n° 288, p. 333.

¹⁶²³ CA Paris, 27 avr. 1945, *Gaz. Pal.* 1945, 1, p. 192 ; *JCP éd. G.* 1946, II, 3074, note R. Plaisant. (cité par A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n° 250, p. 208.)

¹⁶²⁴ Cass. 1^{re} ch. civ., 19 avr. 1988, *JCP éd. G.* 1988, II, 21120, note A. Françon.

mais sur le fondement général énoncé à l'article L. 122-4, selon lequel « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur, est illicite. ». Le pourvoi reproche à la Cour d'appel de l'avoir condamné alors que les jeux vidéo sous-loués ne sont pas des logiciels mais des œuvres audiovisuelles pour lesquelles aucune disposition du CPI ne réserve un droit de location à l'auteur. La cour de cassation rejette cette argumentation en énonçant que « le droit de location, qui procède de la faculté reconnue à l'auteur et à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises, constitue une prérogative du droit d'exploitation ». Elle considère que la Cour d'appel « a exactement retenu, sans avoir à qualifier les œuvres en cause, que la mise en place d'un système de location de jeux vidéo Nintendo sans autorisation de la société *Nintendo Company Ltd* portait atteinte aux droits d'exploitation que cette société détient sur ces jeux. » En retenant une conception synthétique du droit d'exploitation et en rattachant le droit de location au droit de reproduction, les juges appliquent ici la théorie du droit de destination¹⁶²⁵.

2. La critique de la théorie

396. Une construction stratifiée. Certes la théorie du droit de destination correspond bien à une conception large du droit d'auteur, une conception individualiste et *iusnaturaliste* selon laquelle le droit d'auteur apparaît comme un droit naturel et non comme une simple rémunération accordée par la collectivité¹⁶²⁶. Or, même si le droit d'exploitation et la propriété éminente de la collectivité sont indépendants, ce n'est pas le cas en ce qui concerne la propriété du support qui partage le même objet que le droit de destination. En fait, c'est autour de cette théorie que se concentrent en droit d'auteur français et belge les discussions sur le pouvoir de l'auteur sur la diffusion des exemplaires de son œuvre. Ainsi, selon M. Gotzen, la doctrine du droit de destination signifie que « les auteurs ont le pouvoir d'interdire à leurs cocontractants comme à tout acquéreur ultérieur une ou plusieurs formes d'utilisation

¹⁶²⁵ Cass. 1^{re} ch. civ., 27 avr. 2004, *Bull. civ.* 1^{re} partie n° 117, p. 96; *RTD com.*, 2004, p. 484 note F. Pollaud-Dulian; *PI* n° 12, 2004, p. 770 note P. Sirinelli ; *Com. comm. électr.* juil./août 2004, p. 23, note Ch. Caron ; *Propri. Ind.* Sept. 2004, p. 27, note P. Kamina ; *P.A.* 17 janv. 2005 *jurispr.*, pp. 5-17, note X. Daverat; *Légipresse* avr. 2005, p. 63 note F. Sardain.

¹⁶²⁶ V. F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination*, *op. cit.*, n° 722 : « Nous ne croyons guère à l'idée de la récompense. ».

déterminées des exemplaires de l'œuvre.»¹⁶²⁷ Il s'agit pour l'auteur de contrôler non seulement les modalités de la commercialisation des exemplaires, mais aussi, en aval, certains usages faits par les acquéreurs ou les détenteurs des supports¹⁶²⁸. Cette prise en compte des supports apparaît dans les articles et les décisions de jurisprudence qui fondent la théorie du droit de destination. Parmi ces articles, on a pu souligner l'article L. 332-2 du CPI relatif à la procédure de la saisie contrefaçon, dont l'expression « exemplaires illicitement utilisés » employée dans cette disposition viserait les supports illicitement distribués en vertu du droit de destination¹⁶²⁹. Il en est de même dans les arrêts reconnus comme prônant l'existence du droit de destination. Ainsi, en matière d'œuvre audiovisuelle, les juges ont sanctionné le fait de remettre en circulation des supports de commercialisation voués à la destruction¹⁶³⁰. Enfin, dans les arrêts reconnaissant le plus manifestement un droit de destination en faveur de l'auteur, il s'agissait de supports de commercialisation¹⁶³¹. En effet, le droit de destination semble avoir été affirmé dans des affaires relatives à l'utilisation des phonogrammes du commerce par les stations de radio et par les discothèques. Dans ces deux cas, les juges ont reconnu que l'utilisation de ces supports tombait sous le coup du droit de reproduction. A la lumière de ces différents arrêts, le droit de destination apparaît comme réglant le sort des supports issus d'un processus de reproduction. Ainsi, puisqu'elle concerne uniquement les supports et non l'œuvre elle-même, le droit de destination, malgré son caractère synthétique, ne peut, en tant que tel, se voir reconnaître le qualificatif d'exclusif, propre aux droits d'exploitation, qui intéresse la communication de l'œuvre au public¹⁶³². En fait, la structure du droit de destination ne paraît pas respecter le principe de l'indépendance de la propriété littéraire et artistique de la propriété du support.

¹⁶²⁷ F. Gotzen, *Het Bestmingsrecht von de Auteur*, Bruxelles, Larcier, Edition augmentée d'un résumé en français sous le titre *Le droit de destination de l'auteur*, p. 397 (cité par A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* 3^{ème} éd., n° 247, p. 206.)

¹⁶²⁸ V. F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 219 p. 204 : « Compte tenu de ce que nous avons dit dans les pages précédentes sur le fondement et l'étendue du droit de destination, le fait que l'auteur puisse contrôler ces modes d'exploitation secondaires des exemplaires ne nécessite pas d'ample explication. » et Dans son traité, *op. cit.*, n° 730, p. 476 : pour lui le droit de destination englobe : « [...] la mise en circulation des supports de reproduction, leur remise en circulation après qu'ils ont été retirés du circuit commercial, la location ou le prêt des exemplaires de reproduction mise en circulation, leur utilisation à des fins différentes de celle envisagée et autorisée par l'auteur, lorsqu'il a permis la reproduction initiale (par exemple l'utilisation de phonogrammes du commerce destinés à l'usage privé des acquéreurs pour des fins de radiodiffusion ou de sonorisation de lieux publics). ».

¹⁶²⁹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination*, *op. cit.*, n° 112, p. 117.

¹⁶³⁰ Par ex. Cass. ch. crim. 2 déc. 1964, *Gaz. Pal.* 1965, II, p. 290 ; *JCP* 1965, II, 14069, note H. Desbois (cité par F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination*, *op. cit.*, n° 214 pp. 201 et s.).

¹⁶³¹ V. L. Breuker, *th. préc.*, n°s 467 et s.

¹⁶³² D. Masson, *Les droits patrimoniaux de l'auteur à l'épreuve de la communication au public, pour une nouvelle « cristallisation » des droits ?*, th. Montpellier I, 1997, n° 117, p. 88.

B. La théorie de la communication

397. La *summa divisio* droit de reproduction/droit de représentation. Le droit d'auteur, selon la structure exclusiviste, confère à l'auteur le maximum de prérogatives et d'avantages qui sont liés à l'œuvre. C'est-à-dire qu'elle comprend toutes les exploitations possibles de l'œuvre, qu'elles soient expressément reconnues par la législation ou non. Ainsi, conformément aux principes généraux du droit de propriété littéraire et artistique, il faut considérer que toutes les communications non expressément mentionnées par le législateur doivent être rattachées à l'une des branches de la *summa divisio* du droit d'exploitation. Ainsi, à l'occasion de la transmission de la directive européenne du 19 novembre 1992, qui impose aux Etats membres de reconnaître au bénéfice des auteurs « le droit d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt », le gouvernement français a choisi de ne pas la transposer¹⁶³³. L'argument était que le droit de destination reconnu en France permettait d'atteindre le but affiché, ce qui, comme on vient de le voir, n'est pas à l'abri de la critique. Pourtant, la reconnaissance expresse et autonome des droits de location et de prêt doit être comprise comme contraire à l'esprit du droit d'auteur français.

398. Le problème de la location et de prêt. S'il est d'usage, dans la doctrine française, d'intégrer la location et le prêt parmi les actes qui constituent une reproduction *lato sensu*. La lecture de l'article L. 122-3 du CPI, définissant la reproduction, ne semble pas contenir, loin s'en faut, une telle interprétation lorsqu'il dispose : « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. ». Bien que la location et le prêt requièrent l'usage d'exemplaires, le droit d'auteur, lui, a pour objet la création immatérielle, et le droit d'autoriser la location ou le prêt de son œuvre ne présuppose aucunement celui de fixer la création. En outre, l'action de mettre l'œuvre à la disposition temporaire du public ne nécessite, en lui-même, aucune fixation de la création. Si l'œuvre a été fixée préalablement, l'acte juridique consiste en une mise à disposition de la création et ne porte pas sur le support¹⁶³⁴. Or la solution envisageable permet cette fois-ci d'englober le droit de location et de prêt parmi les actes qui constitue une représentation. Cette thèse est soutenue par le professeur Gaudrat. Selon l'éminent spécialiste,

¹⁶³³ Rép. min. 9 août 1999, JOAN Q, 27 sept. 1999, p. 5601. (Cité par A. Lebois, *Droits de location et de prêt*, J.-Cl. Civil, Annexes PLA, fasc. 1254, 2006, n°2.)

¹⁶³⁴ *Contra* A. Lebois, *op. cit.*, spéc. n°s 30-34.

en aucun cas, « et contrairement à ce que la doctrine a pu soutenir, l'intervention d'un support n'écarte, en soi, le caractère direct de la communication. »¹⁶³⁵.

Si l'on admet l'analyse que le professeur Gaudrat fait de la représentation, toutes les communications possibles d'une œuvre par prêt ou location d'un support entrent naturellement dans le champ de la représentation. Il n'y a pas lieu, en effet, de limiter la représentation à l'exécution publique, puisqu'il s'agit de toute communication directe au public, sans restriction, de la forme. La « forme vivante » animée par des interprètes et propre à la communication de certains types d'œuvres, n'est qu'une des formes susceptible d'être représentée. La forme écrite peut l'être au même titre, soit par affichage de l'exemplaire imprimé, soit par multiplication des accès à l'exemplaire imprimé (télématique, prêt et location d'exemplaires physiques en dehors du cercle de famille). Ainsi devrait-on admettre que la mise à disposition d'exemplaires dans les bibliothèques ainsi que les locations de vidéocassettes mettent en jeu le droit de représentation. En effet, ces exploitations n'exigent pas la fixation de la création sur de nouveaux exemplaires mais, au contraire, permettent une diffusion nouvelle de l'œuvre à partir d'exemplaires déjà créés. Cette thèse est loin d'être isolée.

399. Une théorie en harmonie avec la doctrine continentale. Pour montrer que la location constitue une représentation de l'œuvre, une partie de la doctrine allemande, à laquelle se réfère une partie de la doctrine suisse, a avancé une comparaison avec d'autres cas analogues¹⁶³⁶. Hubmann prenait pour exemple les partitions d'une œuvre musicale. L'exécution publique de cette œuvre au moyen des partitions vendues donne à l'auteur le droit à une redevance supplémentaire au titre de son droit de représentation, sans égard à la rémunération due pour la reproduction des partitions. Il devrait en aller de même, selon Hubmann, en ce qui concerne la location des exemplaires, même s'il s'agit d'exemplaires déjà aliénés, dans la mesure où l'œuvre est offerte aussi à un nouveau cercle indéterminé de personnes¹⁶³⁷. Mme Diserens nous donne d'autres exemples. Pour elle, certains actes réglés par la loi sur le droit d'auteur sont proches de la location d'exemplaires déjà aliénés. Ainsi, par la communication publique par fil ou sans fil ou la communication publique par haut-parleur d'une œuvre radiodiffusée, l'œuvre atteint le public. Le caractère successif de la communication se retrouve dans ces cas. Ils ne sont pas différents du cas de la location

¹⁶³⁵ Ph Gaudrat, *Droit de représentation*, J. Cl. Propriété littéraire, Fasc. 1242, 2004, n° 22, p. 7

¹⁶³⁶ D. Diserens, *La location de vidéogrammes et de phonogrammes en droit d'auteur, Etude de droit comparé et de droit suisse*, Droze, 1986, pp. 184 et s.

¹⁶³⁷ *Ibid.*

d'exemplaires aliénés au public. En fait, ce qui compte, selon elle, c'est que l'œuvre atteint le public successivement comme c'est le cas lorsque le droit de représentation est mise en œuvre. La Commission européenne était, dans un premier temps, de cet avis¹⁶³⁸. Elle a assimilé ces deux prérogatives en relevant que des visions successives sont opérées par les clients louant les cassettes, et que dans les deux cas, une diffusion de l'œuvre protégée est possible sans que le nombre d'utilisateurs soit identique au nombre de supports matériels mis à disposition. La représentation d'une œuvre s'adresse à un public, chaque fois différent, dans le cadre d'une exécution publique. Malheureusement, le 13^e considérant de la directive du 19 novembre 1992 exclut expressément de la location et du prêt « la mise à disposition de phonogrammes ou de films à des fins de représentation publique ou radiodiffusion. » Le texte communautaire fait ainsi clairement la distinction entre les deux prérogatives¹⁶³⁹.

¹⁶³⁸ *Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique, Problèmes de droit d'auteur appelant une action immédiate*, doc. COM (88), 172 final 1988, n° 4.10.5, p. 163 (Cité par A. Lebois, *Droits de location et de prêt*, J.-Cl. Civil, Annexes PLA, fasc. 1254, 2006, n°35, p. 11. V. cpdt, CJCE, 17 mai 1988, p. 2605, JCP éd. G 1989, II, 21173, obs. B. Edelman.

¹⁶³⁹ A. Lebois, *fasc. préc.*, n° 35, p. 11.

Conclusion générale

400. Sur les fondements individualistes. Le XVIII^{ème} siècle est le siècle de la raison. Religion, philosophie, science, politique, privilèges des classes, corporations : tout est soumis à son impitoyable critique. Jamais dans l'histoire, il n'y avait eu une telle fermentation d'idées et une telle préparation révolutionnaire des esprits. Pour s'y engager, il faut disposer d'une entière liberté d'examiner, de questionner, de critiquer, de mettre en doute : plus aucun dogme ni aucune institution n'est sacré. C'est le principe de l'autonomie de la connaissance. Celle-ci n'a que deux sources, la raison et l'expérience, et toutes deux sont accessibles à chacun. La raison est mise en valeur comme outil de connaissance, non comme mobile de conduite humaine, comme le suggèrent les utilitaristes avec leur figure de l'*homo-oeconomicus*. La raison s'oppose à la foi, non aux passions. Celles-ci, au contraire, sont à leur tour émancipées des contraintes venues d'ailleurs.

Accepter que l'être humain soit la source de sa loi, c'est aussi l'accepter dans son entier, tel qu'il est, et non tel qu'il devrait être. Or il est corps et esprit, passion et raison, sensualité et méditation mais non un simple robot guidé par ses pulsions de plaisir et de douleur. Cette originalité de chacun accorde une place nouvelle aux artistes et à leurs pratiques. Peintres et musiciens, acteurs et écrivains ne sont plus de simples amuseurs ou décorateurs, mais s'adonnent à des activités appréciées : l'artiste créateur décide lui-même de ses propres compositions et les destine à une jouissance purement humaine.

Au cœur de ce siècle, plus tôt ici, plus tard là, apparaît une « sphère publique politique », dite encore « sphère publique bourgeoise », doublement caractérisée. Politiquement, elle définit un espace de discussion et d'échange soustrait à l'emprise de l'Etat (c'est-à-dire à la « sphère du pouvoir public ») et critique à l'égard des actes ou fondements de celui-ci. Sociologiquement, elle se différencie et de la cour du Roi, qui appartient au domaine du pouvoir public, et du peuple, qui n'a point accès au débat critique : c'est en cela qu'elle peut être qualifiée de « bourgeoise ». Dans cette sphère publique, nulle borne ne peut être mise, et nul domaine n'est interdit, à l'exercice du raisonnement public par les individus

privés. L'usage critique de la raison n'est plus bridé par le respect dû à l'autorité religieuse ou politique.

C'est un des principes essentiels du mouvement des Lumières, qui place au rang des premières libertés celle consistant à faire usage public de sa raison. Celui-ci est indissociable de la production littéraire et artistique, car cet usage est celui qu'en fait l'auteur devant l'ensemble du public qui lit. Le premier utilise sa raison, empreinte de sa personnalité dans sa création, le second dialogue avec l'œuvre de l'esprit en utilisant sa propre raison. Ainsi, se construit, d'abord une sphère privée de l'auteur, puisque, dès lors que son œuvre est originale, elle relève de la sphère privée de sa personne. L'œuvre de l'esprit est alors une affirmation du moi créateur, un acte de libre disposition de sa propre personnalité. Corrélativement, l'amateur, dans sa sphère privée, ne se contente pas de dialoguer avec l'œuvre ; il en discute aussi dans le cercle de sa famille, pour ensuite discuter de cette œuvre dans les cafés, les salons et les revues critiques, en tant qu'auteur. C'est la formation d'un espace public qui doit être un lieu de discussions et d'échanges entre les individus.

Cette *summa divisio* au sein de la société, entre sphère privée et sphère publique, va bouleverser la vie de l'individu mais aussi celle de la société, en détruisant la société médiévale *mono-sphérique*. Se prolonge alors le combat pour la liberté de conscience, la liberté d'opinion, d'expression, de publication. La bourgeoisie, alors, pour récompenser les auteurs qui avaient travaillé avec tant d'enthousiasme à la venue de sa révolution, leur promet la propriété littéraire et artistique. Cette propriété, à l'époque, lui coûtait peu. En effet, la propriété littéraire et artistique, si elle intéressait les éditeurs, peu nombreux en définitive, ne rapportait aucun bénéfice à la masse capitaliste.

Or, la révolution industrielle qui s'est produite dans la culture au début du XX^{ème} siècle, par l'apparition des œuvres cinématographiques, aboutira à un changement de paradigmes. L'industrie cinématographique se révèle être extrêmement coûteuse, mais aussi très avantageuse pour les investisseurs. Se pose alors la question de savoir qui peut participer aux résultats économiques découlant du droit d'auteur, c'est-à-dire de déterminer non seulement qui est le premier propriétaire, mais aussi et surtout qui doit être le dernier bénéficiaire économique et dans quelle mesure. Il faut bien le reconnaître, la conception du droit d'auteur comme un ensemble d'attributs très personnels, parce qu'en liaison avec la création par laquelle un être humain exprime sa personnalité, se trouve dans une certaine mesure remise en cause, pour une raison simple : le droit d'auteur commence à entrer dans l'ère industrielle. C'est ainsi que la loi de 1957 a instauré la formulation d'une présomption de cession des droits d'auteur en faveur du producteur de l'œuvre cinématographique. Le

législateur introduit une autre exception qui répond aux appétits des exploitants. Il s'agit du régime de l'œuvre collective, dans lequel une personne morale peut se voir reconnaître à titre originaire les droits d'auteur.

Les années soixante et soixante-dix marquent l'essor de la télévision et l'apparition de l'œuvre dite « audiovisuelle ». Vient alors la loi du 3 juillet 1985, qui élargit le régime de l'œuvre cinématographique pour devenir celui de l'œuvre audiovisuelle. Mais ce sont surtout les dispositions concernant les logiciels qui apparaissent comme si significatives pour amplifier le mouvement utilitariste du droit d'auteur. En effet, lorsque le créateur du logiciel est salarié, les droits d'auteur sur le logiciel sont attribués à l'employeur. Il y a d'ailleurs là une ressemblance très marquée avec les solutions retenues dans le système utilitariste du droit de la propriété industrielle. Les solutions, qui soi-disant, sont dérogatoires au régime ordinaire de la propriété littéraire et artistique, s'inspirent de certains aspects du système utilitariste du droit des brevets.

En matière de logiciels la codification réalisée par la loi du 1^{er} juillet 1992 a, en quelque sorte, banalisé le régime dérogatoire mis en place par le législateur en 1985 sur les programmes d'ordinateur. Non seulement les dispositions spéciales, initialement contenues dans un chapitre spécial de la loi de 1985, sont désormais disséminées dans le texte légal mais de plus elles ne sont plus présentées comme des anomalies. Or, en leur faisant perdre leur spécificité et en les présentant comme de simples aménagements techniques dispersés ici ou là, au gré des besoins, le législateur a proprement contaminé le droit d'auteur avec le virus informatique. Une contamination qui va toucher la jurisprudence avec son interprétation extensive opérée au sujet des œuvres collectives.

Est-il toujours possible de parler de tempéraments ou d'exceptions au principe, ou sommes-nous devant une situation dans laquelle le nombre d'exceptions éclipse le principe ?

Se construit alors le modèle utilitariste de l'auteur : un simple salarié dans un secteur culturel dominé par les entreprises. En somme, l'auteur-salarié s'affirme comme étant l'antithèse de l'auteur-propriétaire.

401. Sur la structure exclusiviste. La doctrine individualiste fait de l'*abusus* l'élément essentiel de la propriété. Celui-ci implique, en effet, un seul propriétaire sur la chose à l'exclusion de toute autre propriété. Or, en matière de propriété littéraire et artistique, cet élément se révèle être le droit moral. Ainsi le contrat établi entre l'éditeur et l'auteur ne sera pas qualifié de contrat de vente – comme c'est le cas en copyright – mais de constitution d'usufruit. Cela veut dire que l'auteur gardera toujours sa qualité de propriétaire puisqu'il

détient l'*abusus*, c'est-à-dire, le droit moral. L'exploitant devrait alors se contenter de sa qualité d'usufruitier.

Or, une structure exclusiviste attribue au propriétaire toutes utilités de la chose. Comment est-il possible que l'auteur soit maître de toutes les utilités d'une chose immatérielle telle que l'œuvre de l'esprit ?

En fait selon la conception individualiste du droit d'auteur, l'œuvre de l'esprit est une forme originale. Cette forme originale a une structure complexe. Elle comporte au moins deux niveaux : la forme interne et la forme externe. La forme interne, essence même de l'œuvre, ne vit que dans l'esprit de l'homme : dans l'esprit de l'auteur, d'abord, parce qu'elle s'y crée ; dans l'esprit de l'amateur, ensuite, qui l'y recherche. Le premier utilise sa raison, empreinte de sa personnalité pour exprimer sa création, le second dialogue avec l'œuvre de l'esprit, utilisant et enrichissant sa raison. La forme originale est ainsi bipolaire, tributaire de deux personnes pour se manifester, elle ne se développe pleinement que dans la communication. La communication et la forme sont ainsi les deux faces d'une seule et même chose, parce qu'elle absorbe la forme dans sa totalité, elle se confond avec la forme elle-même. La forme de l'œuvre de l'esprit n'a d'autres utilités que la communication au public. Cette réalité intrinsèque de l'œuvre est prise en compte par la loi du 11 mars 1957 qui érige la « communication » en critère de l'exploitation. Cette loi définissait le concept de représentation comme une communication directe au public et le concept de reproduction comme une communication indirecte au public. Les deux attributs du droit d'exploitation se construisent symétriquement par rapport à celui de communication qui devient ainsi le critère d'exploitation. A partir de là, la construction est parfaitement cohérente. Il est évident que ce couple d'attributs couvre de manière exclusive toutes les communications d'une œuvre puisque, selon la thèse individualiste, le seul critère d'exploitation est la communication au public, celle-ci ne saurait être que directe ou indirecte. L'auteur se voit reconnaître un droit de propriété exclusive qui couvre l'œuvre dans toutes ses utilités.

402. Sur l'avenir du droit d'auteur. Sans toucher, en principe, les fondements individualistes du droit d'auteur, la loi du 1^{er} août 2006, dite DADVSI, introduit des dispositions qui bouleversent profondément la structure exclusiviste du droit d'auteur. L'introduction des mesures techniques de protection et de l'épuisement du droit de distribution signifie que la structure des droits d'exploitation est désormais une structure stratifiée. Or, le modèle de cette structure était le modèle féodal, réfractaire à la présence

d'*abusus*. Comment est-il possible alors qu'une telle structure coexiste avec l'*abusus* de la propriété littéraire et artistique ?

Nul besoin d'être prophète pour prévoir que la prochaine « réforme » législative touchera, cette fois-ci, le droit moral lui-même. Le législateur a montré, en quelque sorte, cette intension en instaurant le régime spécial de l'auteur fonctionnaire dans lequel l'agent public de l'Etat est complètement dépouillé de son droit moral. Ce régime sera, peut être, la règle pour les auteurs dans le secteur privé. Dès lors que le législateur aura tranché, il ne peut plus y avoir de discussion entre utilitaristes et individualistes¹⁶⁴⁰.

Pourtant, la controverse doctrinale ne doit pas mourir. Le droit d'auteur ne peut être que controversé ; sans cette méthode d'exposition et de réflexion son mouvement ne paraît pas certain.

L'étude de la théorie générale du droit d'auteur nous a montré que celle-ci n'est pas gravée dans le marbre mais grattée sur un palimpseste. Gérard Genette nous explique, en effet, qu'un palimpseste est un parchemin dont on a gratté la première inscription pour en tracer une autre qui ne la cache pas tout à fait, en sorte qu'on peut y lire, par transparence, l'ancien sur le nouveau¹⁶⁴¹. La théorie générale du droit d'auteur ressemble ainsi à ce palimpseste. Au travers du débat entre utilitaristes et individualistes, on peut lire certains éléments du débat entre socialistes et libéraux. De même, dans le débat entre socialistes et libéraux, on peut lire des éléments du débat entre libraires de province et libraires de Paris. Ce constat traduit, peut-être le propre de la science du droit : ne pas comporter de processus d'élimination des théories controversées. A l'inverse des chimistes ou des physiciens qui ont adopté tel ou tel paradigme, les juristes n'en finissent pas de redécouvrir la même chose. La controverse doctrinale doit demeurer présente pour continuer à inspirer le mouvement du droit d'auteur.

A ce titre, le Code civil, qui n'a pas encore dit son dernier mot, pourrait représenter le terrain idéal du débat d'avenir.

¹⁶⁴⁰ Ch. Atias, *La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé*, *RRJ*, 1983, n° 2, p. 227 à la p. 445.

¹⁶⁴¹ G. Genette, *Palimpsestes, La littérature au second degré*, éd. Seuil, 1982.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

- Ahrens (H.),** *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 8^e éd., Leipzig : Brockhaus, t. II.
- Azéma (J.), Galloux (J.-Ch.),** *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^e éd., 2006.
- Batiffol (H.),** *Problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J., 1979.
- Bénanent (A.),** *Droit civil Les obligations*, Montchrestien, 2005.
- Bentham (J.),** *Œuvres* 4 vol., Scientia, 1969.
- Berenboom (A.),** *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd. Larcier, 2005.
- Bergel (J.-L.), Bruschi (M.), Cimamonti (S.),** *Les biens*, (Sous la direction de Jacques Ghestin), LGDJ, 2000.
- Bertauld (A.),** *Question pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, 1^{re} série, Paris, 1869.
- Bertrand (A.),** *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 1999.
- Boistel (A.),** *Philosophie du droit*, t. I Paris, 1899.
- Bonnecase (J.),** *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1930.
- Boulanger (J.),** *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, 1^{ère} partie, 2^{ème} éd. L.G.D.G., 1957.
- Boulanger (J.),** *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, 1^{ère} partie, 2^{ème} éd. L.G.D.G., 1957.
- Bullier (A.-J.),** *La Common Law*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2007.
- Carbonnier (J.),** *Droit civil, Les personnes*, PUF, 21^{ème} éd., 2000.
- Caron (Ch.),** *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006.
- Chabas (F.),** *Leçons de droit civil, Biens, Droit de la propriété et ses démembrements*, Montchrestien, 7^{ème} éd. 1993.

Colombet (Cl.), *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz, 1999.

Cornish (W.-R.) & Llexelyn (D.), *Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5^{ème} éd. Sweet & Maxcell, 2003.

Cornu (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^e éd., Monchrestien, 2005.

Demelombe (Ch.), *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Paris Durand, 1870.

Desbois (H.), *Le droit d'auteur en France*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1966, 1973 (mise à jour).

Desbois (H.), *Le droit d'auteur en France*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1978.

Desbois (H.), *Le droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1950.

Domat (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1727.

Duguit (L.), *Traite de droit constitutionnel*, ancienne Librairie Fontemoing et C^{ie}, E. de Bocard succ., Paris, 1921, t. 1^{er}.

Edelman (B.), *Droits d'auteur et droits voisins, Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993.

Edelman (B.), *La propriété littéraire et artistique*, PUF, 3^e éd. 1999.

Escarra (J.), Rault (J.), Hepp (F.), *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset, 3^e éd., 1937.

Farjat (G.), *Droit économique*, Paris, PUF, 1971.

Flour (J.),. Aubert (J.-L.), Savaux (E.), *Les obligations, Le fait juridique*, Armand Colin, 11e éd. 2005.

Françon (A.), *Cours de propriété littéraire et artistique et industrielle*, Litec, 1999.

Frank (A.), *Philosophie du Droit civil*, Paris, 1886.

Gastambide (A.), *Traité théorique et pratique Des contrefaçons en tous genres*, Paris 1837.

Gastambide (J.-A.), *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Cosse et Marchal, 1862.

Gautier (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 1^{re} éd., 1991.

Gautier (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5^e éd., 2004.

Gautier (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., 2007.

Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), *Droit civil, Introduction Générale*, LGDJ, 3^{ème} éd. 1990.

Ghestin (J.), Gourbeaux (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale (Sous la direction de Jacques Ghestin)*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994.

Hauriou (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1923.

Hauriou (M.), *Principes de droit public*, Paris, Larose, 1910.

Hayek (F. Von), *Droit, législation et liberté*, vol. 2, *Le mirage de la justice sociale*, PUF, 1995.

Hayek (F.-A.), Droit, législation et liberté, PUF, 1980.

Hegel (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, trad. Par J.-F. Kervégan, PUF, 2003

Josserand (F.), *De l'esprit des droits et leur relativité*, Paris, 1939.

Josserand (L.), *Cours de droits civil positif français*, t. I., 2^{ème} éd. Paris, 1932.

Laboulaye (E.), *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858.

Laboulaye (Ed.), Guiffrey (G.-M.), *La propriété littéraire au XVIII^e siècle: recueil de pièces et de documents publié par le Comité de l'Association pour la défense de la propriété littéraire et artistique, avec une introduction et des notices*, Hachette 1859.

Larroumet (Ch.), *Introduction à l'étude du droit privé*, t. I, 4^e éd., 2004.

Le Tarnec (A.), *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2e éd, 1966.

Lévy (J.-Ph.), Castaldo (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002.

Locke (J.), *Two Treaties of Government*, London, Cambridge University Press, 1967.

Lucas (A.) et Lucas (H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^{ème} éd. Litec, 2001.

Lucas (A.) et Lucas (H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} éd. Litec, 2006.

Lucas (A.), *Droit de l'informatique*, PUF, Paris, 1987.

Mackaay (E.), Rousseau (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, éd. Thémis, 2008.

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), *Les personnes les incapacités*, éd. CUJAS, 1992

Mazeaud (H.-L.) et Mazeaud (J.-P.), *Leçon de droit civil*, t. IV, vol. 2, éd. Montchrestien, 1966.

Mousseron (J.-M.), *Traité des brevets*, Litec, 1984.

Nimmer (M. B.), *Nimmer On Copyright*, (4 vol.) Mathew Bender, 1984.

Nion (A.), *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, Paris, 1846.

Olagnier (P.), *Le droit d'auteur*, t. I et II, LGDJ, 1934.

Ourliac (P.), Malafosse (J.), *Histoire du droit privé*, Les biens, PUF, 1969.

Patault (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989.

Patterson (L. R.) & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright, A Law of User's Rights*, University of Georgia Press, 1991.

Patterson (L. R.) & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright, A Law of User's Rights*, University of Georgia Press, 1991.

Plaisant (R.), *Propriété littéraire et artistique*, Delams, 1985.

Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, LGDJ, 3^e éd. 1905.

Pollaud-Dulian (F.), *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005.

Pouillet (E.), Claro (Ch.), *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, 3^e éd., 1908.

Pufendorf (S. von), *Droit de la nature et des gens*, t. 1 livre II, ch. III, Caen, PUC, 1987.

Recht (P.), *Le droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, 1955.

Recht (P.), *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théorie*, LGDJ, 1969.

Renouard (A.-Ch.), *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux arts*, (2 tomes), Paris, 1838-1839.

Ripert (G.), Boulanger (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, Introduction générale*, t. 1, LGDJ, Paris, 1956.

Roubier (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, t. I et II, Paris, 1952.

Roubier (P.), *Théorie général du droit*, Dalloz, 2005.

Savatier (R.), *Du droit civil au droit public*, L.G.D.J., 1945.

Savatier (R.), *Le droit de l'art et des lettres, Les travaux des muses dans les balances de la justice*, LGDJ, 1953.

Savatier (R.), *Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959.

Schmidt-Szalewski (J.), Pierre (J.-L.), *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd., 2007.

Sirinelli (P.), *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2004.

Stolfi (N.), *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Trad. Par E. Potu, Paris, Giard & Brière, 1916.

Tafforeau (P.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éditeur, 2^{ème} éd., 2007.

Terré (F), *Introduction général au droit*, Dalloz, 4^e éd., 1998.

Troplong (R.-Th.) & Bonaventure-Marie Toullier (Ch.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code depuis et y compris de titre de la vente: De la vente ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon*, t. I, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1856.

Villey (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003.

Villey (M.), *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969.

Vivant M. (sous la dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, ellipses, 1997.

Waline (M.), *L'individualisme et le droit*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 1949.

Zenati-Castaing (F.), Revet (Th.), *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd., 2008.

II. Ouvrages spéciaux et thèses

- Abello (A.),** *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008.
- Adeney (E.),** *The Moral Rights of Authors and Performers, An International and Comparative Analysis*, Oxford, 2006.
- Alma-Delettre (S.),** *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, th. Montpellier I, 1999.
- Becquet. (S.),** *Le Bien industriel*, LGDJ, 2005.
- Bedel (M.),** *Problème humains du droit d’auteur*, Science et Lettre, Liège, Sirey.
- Bénabou (V.-L.) et Varet (V.),** *La codification de la propriété intellectuelle*, La Documentation française, 1998.
- Bensamoun (A.),** *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d’auteur*, th. Paris-Sud XI, 2005.
- Bensamoun (A.),** *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d’auteur*, PAUM, 2008.
- Berlioz (P.),** *La notion du bien*, LGDJ, 2007.
- Bernaut (C.),** *La propriété littéraire et artistique appliquée à l’audiovisuel*, L.G.D.J, 2003.
- Berra (D.),** *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil, contribution à la notion d’indisponibilité juridique*, th. Nancy, 1969.
- Bienaymé (A.),** *Principes de concurrence*, Economica, 1998.
- Binctin (N.),** *Le capital intellectuel*, Litec, 2007.
- Bouche (N.),** *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L’Harmattan, 2004.
- Bougerol (D.),** *La notion d’œuvre audiovisuelle*, th. Poitiers, 2006.
- Breuker (L.),** *Les rapports de l’œuvre et de son support*, th. Montpellier, 2002.
- Buchanan (J.),** *Freedom in Constitutional Contract*, College Station : Texas A & M University Press, 1977.
- Cabrillac (H.),** *La protection de la personnalité de l’écrivain et de l’artiste, Essai sur le droit moral*, th. Montpellier, 1926
- Caron (Ch.),** *Abus de droit et droit d’auteur*, Litec, 1998.
- Carre (S.),** *L’intérêt du public en droit d’auteur*, thèse, Montpellier I, 2004.
- Castell (B.),** *L’épuisement du droit intellectuel en droit allemand français et communautaire*, PUF, 1989.
- Cedras (J.),** *L’œuvre collective*, th. Paris II, 1978.

- Chagny (M.),** *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Paris I, 2002.
- Chardeaux (M.-A.),** *Les choses communes*, LGDJ, 2006.
- Chénon (E.),** *Les démembrements de la propriété en France avant et après la Révolution*, 2^{ème} éd., Sirey, 1923.
- Chénon (E.),** *Les démembrements de la propriété en France avant et après la Révolution*, 2^{ème} éd., Sirey, 1923.
- Cherpillod (I.),** *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, 1985.
- Choisy (S.),** *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002.
- Clamour (G.),** *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.
- Cornu (M.),** *Le droit culturel des biens, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996.
- Coumaros (N.),** *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Recueil Sirey, 1931.
- Craipeau (N.),** *Le droit de reproduction des œuvres dans l'environnement numérique*, th. Nantes et Salamanque, 2006.
- Czarnota (B.) et Hart (R.),** *Legal protection of computer programs in Europe*, Butterworths, 1991.
- Dabin (J.),** *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.
- De la Moutte (J.-M.),** *L'acte juridique unilatéral*, Thèse 1949, Université de Toulouse Faculté de droit.
- Décoq (A.),** *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris LGDJ, 1960.
- Del Bianco (E.),** *Le droit d'auteur et ses limites*, Lausanne, 1951.
- Desurmont (Th.),** *L'incidence des droits d'auteur sur la propriété corporelle des œuvres d'art en droit interne français*, th. Paris II, 1974.
- Dock (M.-Cl.),** *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ, 1962.
- Drahos (P.),** *A philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, 1996.
- Dubuisson (F.),** *Existe-t-il un principe général d'appropriation de l'information*, thèse, Bruxelles, 2004.
- Dusollier (S.),** *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, 2005.
- EL Shakankiri (M.),** *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, LGDJ, 1970.
- El-Tanamli (A.-M.),** *Du droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire et artistique*, th. Paris, 1943.
- Emerich (Y.),** *La propriété des créances : approche comparative*, LGDJ, 2007.

Fabre (R.), *Le know-how. Sa réservation en droit commun*, Litec 1976.

Farjat (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

Frayssinet (M.-H.), *La notion d'intérêt en droit administratif*, th. Toulouse I, 2000.

Frison-Roche (M.-A.), Bonfils (S.), *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005.

Frost Harold (G.), *Law and practice relating to lettres patentes*, London, 1906.

Gavin (G.), *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, Paris, Dalloz, 1960.

Geiger (Ch.), *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec, 2004

Ginossar (Sh.), *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

Giocanti (D.), *Le droit au respect de l'auteur en droit français*, th. Paris II, 1989.

Gotzen (F.), *Het Bestmmingsrecht von de Auteur*, Bruxelles, Larcier.

Gounot (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon, 1912.

Gounot (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude de l'individualisme juridique*, th. Paris, 1912.

Grefe (X.), *Economie de la propriété artistique*, Economica, 2005.

Hovasse-Banget (S.), *La propriété littéraire et artistique en droit de successions*, Thèse, Rennes, 1990.

Huc (Th.), *Traité de la cession et de la transmission des créances*, Paris : Pichon, 1891.

Huguet (A.), *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ, 1962.

Huguet (A.), *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ, 1961.

Ionescu (O.), *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^{ème} éd., Bruylant, 1978.

Ionescu (O.), *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Sirey, 1931.

Jolowicz (J.-A.) (Sous la direction de), *Droit anglais*, Dalloz, 2^e éd., 1992.

Jouanjan (O.), *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800 – 1918)*, PUF, 2006.

Joubert (Cl.), *La protection des œuvres posthumes*, Paris, 1959.

Jouvet-Delage (C.), *L'influence du droit moral sur l'aménagement des droits d'auteur dans la législation et la jurisprudence françaises*, Thèse Paris II, 1971.

Kamina (P.), *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, th. Poitiers, 1996.

Kirat (Th.), *Economie du droit*, Repères, Editions La Découverte, 1999.

Laligant (O.), *La divulgation des œuvres artistique littéraire et musicales en droit positif français*, LGDJ, 1983.

Laligant (O.), *La divulgation des œuvres audiovisuelle*, L.G.D.J., 1986.

Laligant (O.), *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 1999

Laronze (B.), *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PAUM, 2006.

Latreille (A.), *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, th. Paris Sud, 1995.

Le Stanc (Ch.), *L'acte de contrefaçon*, Litec, 1977.

Lebois (A.), *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, LGDJ, 2004.

Leclerc (J.), *Le fondement du droit et de la société*, 3^{ème} éd. 1947, Namur, Ad. Wesmael-Charlier, t. 1, n°58, p. 319.

Leloup (J.-M.), *Le journal, les journalistes et le droit d'auteur*, Litec, 1962.

Lucas (A.), *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998.

Lucas (A.), Dvèze (J.), Frayssinet (J.), *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, 2001.

Lucas (A.), *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975.

Lucas-Schloetter (A.), *Droit moral et droits de la personnalité. Etude de droit comparé français et allemand*, 2 Tomes, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

Maffre-Baugé (A.), *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, th. Montpellier I, 1997.

Martin Hübner (N.), *Les influences philosophiques sur la doctrine du droit d'auteur en Allemagne et en France. Kant, Fichte, Hegel et Schopenhauer*, th. Montpellier I, 2005.

Masse (P.), *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique*, th. Paris, 1906.

Masson (D.), *Les droits patrimoniaux de l'auteur à l'épreuve de la communication au public, pour une nouvelle « cristallisation » des droits ?*, th. Montpellier I, 1997.

Mekki (M.), *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

Michaeldès-Nouaros (G.), *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international*, Paris, A. Rousseau, 1935.

Montanier (J.-C.), (G.) Samuel, *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999.

Mousseron (J.-M.), *Le droit du breveté d'invention, Contribution à une analyse objective*, LGDJ, 1961.

Nerson (R.), *Les droits extrapatrimoniaux*, th. Lyon, 1939.

N'Guyen Duc Long (C.), *La numérisation des œuvres*, Litec, 2001.

Nimmer (M. B.), *Nimmer On freedom of speech, A Treatise on the Theory of the First Amendment*, Mathew Bender, 1984.

Nisato (V.), *Le consommateur et les droits de la propriété intellectuelle*, th. Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2005.

Pélissier (A.), *Possession et meuble incorporels*, Dalloz, 2001.

Pellissier (G.), *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, th. Paris I, 1995.

Peltier (A.), *Le secret des correspondances*, PAUM, 1999.

Perret (F.), *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles : Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle*, th. Genève 1974.

Pfister (L.), *L'auteur propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, th. Université Robert Schuman, Strasbourg III, 1999

Piriou (F.-M.), *Personne morale et droit d'auteur en France et aux Etats-Unis*, th. Paris II, 2001.

Pollaud-Dulian (F.), *Le droit de destination*, LGDJ, 1989.

Raynard (J.), *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990.

Recht (P.), *Le Droit d'auteur : une nouvelle forme de propriété, histoire et théorie*, LGDJ, 1969.

Renauld (J.-R.), *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Bruxelles, Larcier, 1955.

Renouard (A.-Ch.), *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil : sur les personnes et sur les choses*, Paris, 1860.

Renouard (A.-Ch.), *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil : sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin et Cie, 1860.

Revet (Th.), *La force du travail, Etude juridique*, Litec 1992.

Rideau (F.), *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne: Une convergence oubliée*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

Ripert (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1951.

Robin (A.), *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005.

Roujou de Boubée (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J., 1961.

Sabatier (M.), *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Librairie Techniques, 1976.

Sardain (F.), *La propriété intellectuelle à l'épreuve du logiciel, L'exemple des interfaces*, th. Poitiers, 2002.

Schmidt (J.), *L'invention protégée*, Litec, 1972.

Seignette (J.), *Challenges to the Creator doctrine, Authorship, copyright ownership and the exploitation of creative works in the Netherlands, Germany and the United States*, Kluwer Law, 1994.

Sénéchal (P.), *Origine et dévolution du droit au respect de l'œuvre en droit français*, th. Paris II, 1989, p. 206.

Striffling (R.), *Le contrat d'édition*, Paris, éd. Domat-Montchrestien, 1936.

Strowel (A.) et Triaille (J.-P.), *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Story- Scientia et Bruylant, 2001.

Strowel (A.), *Droit d'auteur et copyright convergence et divergence*, Bruxelles, LGDJ, Paris, Bruylant, Bruxelles, 1993.

Tengang (J.-M.), *Essai sur la dépersonnalisation du droit d'auteur*, th. Bordeaux IV, 2001.

Truchet (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat*, LGDJ, Paris, 1977.

Valentin (V.), *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, 2002.

Varet (V.), *La protection des œuvres posthumes*, th. Paris II, 1996.

Villey (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Annales de la faculté de Droit de Strasbourg*, Paris, 1957.

Vivant (M.), *Juge et loi du brevet, Approche du droit de brevet*, Litec, 1977.

Weiller (D.), *Abus de droit et propriété littéraire et artistique*, th. Strasbourg, 1962.

Werra (de) (J.) *Le droit à l'intégrité de l'œuvre*, th. Berne, 1997.

Xifaras (M.), *La propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

Zenati (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981.

Zollinger (A.), *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, th. Poitiers, 2006.

III. Article, colloques et chroniques

Abello (A.), *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », in Droit et économie de la propriété intellectuelle, sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello*, LGDJ, 2005, p. 356

Airut (J.-P.), *L'utilitarisme*, in *Le Grand dictionnaire de la philosophie*, sous la direction de M. Blay, Larousse, 2003.

- Bécourt (D.),** *Droit d'auteur et droit du travail*, JCP 1988, I, Doctr., 3364.
- Bécourt (D.),** *La trilogie auteur-œuvre-public (5^{ème} partie)*, P.A., 10 janv. 1994, n° 4.
- Bellini (E.),** *Moral Right and Droit moral, a matter of paradigms*, R.I.D.A., avr., 2005, p. 4.
- Bénabou (V.-L.),** *Epuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ?*, Légicom, n° 25, 2001/2, p. 115.
- Benabou (V.-L.),** *L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France*, in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, Rencontre Franco-Allemandes*, Litec, 2007, p.165.
- Bénabou (V.-L.),** *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle*, RLDI, n° 1, janv. 2005, p. 53.
- Bénabou (V.-L.),** *Puier à la source du droit d'auteur*, RIDA, avr. 2002, p. 3.
- Bently (L.),** *Copyright and the death of the Author in Literature and Law*, *The Modern Law Review*, Vol. 57, 1994, p. 973.
- Berenboom, (A.),** *Situation actuelle du droit d'auteur, Entretien avec Alain Berenboom*, in *Le combat du droit d'auteur*, Les nouvelles impressions, Paris, 2001, p. 171.
- Bernault (C.),** *La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction*, D. 2003, p. 957
- Bernault (C.),** *Objet du droit d'auteur, œuvres protégées*, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1135, 2006.
- Bonet (G.),** *L'épuisement des droits de propriété intellectuelle*, in *L'avenir de la propriété intellectuelle*, acte du colloque IRPI du 26 oct. 1992, Litec, 1993.
- Bosc (J.),** *Sur la doctrine du droit de Calvin*, in, *La révélation chrétienne et le droit*, Dalloz, 1961, p. 87.
- Bouche (N.),** *Droit de l'informatique : le consommateur affranchi*, *Lamy Droit des affaires*, n°77, déc. 2004, p. 55.
- Boutet (M.),** *Considérations générales*, n° spécial sur la loi de 1957, RIDA, avril, 1958, p. 19.
- Brethe de Gressaye (J.),** *La philosophie de droit de Julien Bonnecase*, *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1972, I, vol 4.
- Breton (A.),** *De la faculté pour la Société des Gens de Lettres d'ester en justice en vue de la protection du droit moral d'un auteur décédé*, in *Mélanges Hamel*, Dalloz, 1961, p. 19.
- Canivet (G.) et Champalaune (C.),** *Le comportement du consommateur dans la définition du marché*, in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 228.

Caron (Ch.), *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP, G., 2004, p. 1623.

Caron (Ch.), *Eruption judiciaire autour de l'image d'un volcan*, note sous TGI Clermont-Ferrand, 1^{re} ch. civ., 23 janv. 2002, *Comm. com. électr.*, avril, 2002, p. 15.

Caron (Ch.), *Le consommateur en droit d'auteur*, in *Liber amicorum J. Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 249

Caron (Ch.), *Les Limites Externes au Droit D'auteur (Abus de Droit et Droits du Public)*, in *Les Frontières du droit d'Auteur, Journée d'Etudes de l'ALAI, University of Cambridge, 14-17 September 1998*, Libby Baulch, Michael Green & Mary Wyburn, Australian Copyright Council, 1999, p. 241.

Caron (Ch.), *Les Misérables : œuvre figée pour l'éternité ?* *Com. comm. électr.*, mai 2004, p. 24.

Catala (P.), *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, *D.* 1984, *chr.*, p. 97.

Catala (P.), *La propriété de l'information*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97.

Cohen (D.), *Art, public et marché*, *APD*, 1995, p. 220.

Cohen (D.), *La liberté de créer*, in *Droits et liberté fondamentaux*, (Sous la dir. de Cabrillac R., Frison-Roche M.-A. et Revet Th.), 8^e éd., Dalloz, 2002, p. 252.

Conseil d'Etat, Rapport public 1999, L'intérêt général, La documentation française.

Corbet (J.), *Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur?*, *RIDA* avr. 1991, p. 59.

Cornish (W. R.), *Authors in Law*, *The Modern Law Review*, Vol. 58, no. 1, Jan. 1995, p. 1.

Cornu (M.), *Droits d'auteurs des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public*, *D.* 2006, p. 2185.

Croze (H.), *Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels. Décret n°96-103 du 2 février 1996*, *JCP éd E* 1996, I, 546.

Dabin (J.), *Individu et Société. Les transformations du droit civil, du Code Napoléon à nos jours*, *Bull. de la Classe des Lettres et des Science Morales et Politiques, Académie royale de Belgique*, t. XLIV, 1958, p. 192.

Dabin (J.), *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, *R. Crit. Lég. Jurispr.*, 1939, p. 413.

Dabin (J.), *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1939, p. 413.

Damich (E.-J.), *State 'Moral rights' statutes : An Analysis and Critique*, *Columbia VLA Journal of Law & the Arts*, 1989, 13, p. 1733.

De Boor (H.), *Lettre d'Allemagne, Le Droit d'Auteur*, 1934, p. 115

De Nayer (B.), *Droit d'auteur et protection des intérêts des consommateurs dans la société d'information*, *REDC*, 1998, p. 3.

De Sousa E Brito (J.) , *Droits et utilité chez Bentham*, *APD*, t. 26, L'utile et le juste, Sirey, 1981.

Dechristé (P.-J.), *L'œuvre audiovisuelle et la présomption d'exploitation au producteur*, note sous Cass. soc. 3 mars 2004, *D.* 2004, p. 2494.

Delayen (S.), *Droit d'auteur contre copyright*, *L'actualité Poitou-Charentes*, n° 81, 2008, p. 98.

Delvaux (P.), *L'utile et le juste dans les droits de l'homme révolutionnaires*, *APD*, t. 26, 1981, p. 223.

Demogue (R.), *Les souvenirs de famille et leur condition juridique*, *RTD civ.*, 1928, p. 23.

Desbois (H.), *L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique*, *R.T.D. civ.*, 1939, p. 1.

Desbois (H.), *L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique*, *RIDA*, oct. 1968, p. 163.

Desbois (H.), *Propriété littéraire et artistique*, *Rép. civ.* Dalloz, 1974

Desurmont (Th.), *Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite*, *RIDA*, juil. 1987, p. 21.

Deswarte (M.-P.), *Intérêt général, bien commun*, *RDP*, 1988, p. 1289.

Dietz (A.), *The Artist's Right of Integrity*, *IIC*, Vol. 25, No. 2/1994, p. 177.

Durie (R.), *Moral Rights and the English Business Community*, *Ent. L. R.*, 1991, p. 41.

Durrande (S.), *Les « héritiers » du droit au respect*, *D.* 1989, *chron.*, p. 189.

Edelman (B.), *Le droit d'auteur et le marché*, *Le monde diplomatique*, juillet 1990, p. 32.

Edelman (B.), *Le droit moral dans les œuvres artistiques*, *D. chron.* 1982, p. 263

Edelman (B.), *Les bases de données ou le triomphe des droits voisins*, *D. aff.* 2000, p. 89.

Edelman (B.), *Les bases de données ou le triomphe des droits voisins*, *D. aff.* 2000, p. 89.

Edelman (B.), *Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique (esquisse d'une théorie de sujet)*, *D. chron.* 1970, p. 197.

Edelman (B.), *Nature de droit d'auteur et des droits voisins*, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1112. 2000.

Edelman (B.), *Une loi substantiellement internationale. La loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins*, J.D.I., 1987, p.555.

Eisemann (C.), *Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du 19^{ème} au 20^{ème} siècle)*, RDP, 1952.

El Shakankiri (M.), *J. Bentham : Critique des droits de l'homme*, in APD, 1964, p. 130.

Fabiani (M.), *Le droit de l'auteur à l'intégrité de son œuvre*, RIDA, 1964, janv., p. 79.

Fabre-Magnan (M.), *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD civ., 1997, p. 583.

Farchy (J.), *L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable*, P.I., 2006, n° 21, p. 388.

Favre (P.), *Unanimité et majorité dans le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, RDP, 1979, p. 111.

Fernay (R.), *Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur*, RIDA, juil. 1981, p. 139.

Filhol (R.), *Propriété absolue et démembrement de la propriété dans l'ancien Droit français*, Annales de l'Université de Poitiers, n° 1, 1960, p. 5.

Forns (J.), *Le droit de propriété intellectuelle dans ses relations avec l'intérêt public et la culture*, Revue de Droit d'Auteur, 1951, p. 26.

Fournier (N.), *Droit et volonté générale chez Jean-Jacques Rousseau*, in *Le droit des modernes (XIV^e-XVIII^e siècles)*, sous la direction de S. Rials, LGDJ, 1994, p. 173.

François (P.), *Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, RTD com., 2005, p. 7.

Françon (A.), in *Droit d'auteur et droits voisins, la loi du 3 juillet 1985*, Colloque de l'IRPI, Litec 1986, p. 89.

Françon (A.), *L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ?*, GRUR Int., 1973, p. 264.

Françon (A.), *L'avenir du droit d'auteur*, RIDA, avr. 1987, p. 21

Françon (A.), *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, D. 1976, chron., p. 55.

Françon (A.), *La notion de public selon le droit d'auteur français*, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 248.

Françon (A.), *La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur*, RIDA, janv. 1980, p. 3.

Françon (A.), *La protection du droit moral de l'auteur relatif à une œuvre tombée dans le domaine public*, in *Mélanges Henry Cabrillac*, Litec, 1968, spéc. n° 21, p. 180.

Françon (A.), *La protection du droit moral de l'auteur relatif à un œuvre tombée dans le domaine public*, in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrilias*, Litec, 1968, p. 167.

Frison-Roche (M.-A.) et Terré-Fornacciari (D.), *Quelques remarques sur le droit de propriété*, *APD*, t. 35, 1990, p. 233.

Frison-Roche (M.-A.), *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété*, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, étude offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 759.

Frison-Roche (M.-A.), *Le modèle du marché*, *A.P.D.*, t. 40, 1995, p.287.

Frison-Roche (M.-A.), *Vers une rente pour autrui*, *Droit & Patrimoine*, n° 119, oct. 2003, p. 73.

Galloux (J.-Ch), *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, *D.* 1994, *chron.*, p. 229.

Gaudrat (Ph.), *Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants)*, *Rép. civ. Dalloz*. Sept. 2005.

Gaudrat (Ph.), *Droit de divulgation*, *J.-Cl. Civil, Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1211, 2001, n°68.

Gaudrat (Ph.), *Droit de représentation*, *J. Cl. Propriété littéraire*, Fasc. 1242, 2004.

Gaudrat (Ph.), *Droit de représentation*, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc.319, 1992,

Gaudrat (Ph.), *La protection des logiciels par le droit d'auteur, bilan et perspectives*, *RIDA*, 1988, n°138, p. 113.

Gaudrat (Ph.), *La protection des logiciels*, *RIDA*, avr. 1986, p. 181.

Gaudrat (Ph.), *Les démêlés intemporel d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur*, *RIDA*, 2001 oct., p. 71.

Gaudrat (Ph.), *Loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur*, *RTD com.* 1998, p. 598.

Gaudrat (Ph.), *Notion d'œuvre*, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1134.

Gaudrat (Ph.), *Propriété littéraire et artistique (1°propriété des créateurs)*, *Rép. civ. Dalloz*, sept. 2005

Gaudrat (Ph.), *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 195.

Gaudrat (Ph.), *Théorie générale du droit moral*, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1210.

Gavanon (I.), *Nantissement de logiciel*, J. Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1360.

Gendreau (Y.), *Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais*, in RRJ, 1988-1, p. 41.

Gervais (D.), *Essai sur le fractionnement du droit d'auteur, Deuxième partie : originalité, créativité et réalignement du droit d'auteur*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, 2003, Vol. 16, n° 2, p. 363.

Ginsburg (J.), *Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaire*, RIDA, Janv., 1991, p. 130.

Gotzen (F.), *Le Droit moral en Belgique*, in *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 259.

Gotzen (F.), *Les sujets d'inquiétude*, in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, Ed. CNRS, 1991.

Goutal (J.-L.), *Le droit moral et les contrats d'exploitation des oeuvres*, in *Autonomie de la volonté et contrats de propriété intellectuelle*, sous la dir. De M.-Ch. Piatti, Les Cahiers Juridiques du Sud-est, 1997, p. 103.

Goutal (J.-L.), *Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur*, RIDA 2001, n° 187, p. 93.

Grégoire (S.), *Droit au respect* (sous la direction de Ph. Gaudrat), J. Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1213.

Guillemain (M.) et Lallement (A.), *La réforme du droit d'auteur des agents publics : difficultés d'application aux enseignants-chercheurs*, D. 2005, p. 1418.

Hage-Shahine (F.), *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTD civ. 1980, p. 705.

Hassler (Th.), *L'intérêt commun*, Rev. trim. dr. com. dr. éco., n°4, oct.-déc., 1984, p. 581.

Henaff (P.), *Le droit moral de l'auteur décédé : Menace pour la liberté d'expression et la création artistique*, (1^{re} partie), PA, 20 juil. 1999, n° 143, p. 17 ; 2^{ème} partie, PA, 22 juil. 1999, n° 145, p. 13.

Hirsch-Ballin (E.-D.), *Confrontation des droits de l'auteur avec ceux de la communauté*, RIDA n°10, Janv. 1956.

Huet (J.), *Droit de l'informatique : la liberté documentaire et ses limites, ou les banques de données à l'épreuve du droit d'auteur* (commentaire de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire *Microfor c. Le Monde*), D. 1984, chron. p. 129.

Humblot (B.), *De l'indépendance du créateur en droit d'auteur*, RIDA, janv. 2004, p. 3.

Hurt (R.-M.), *The economic rationale of copyright*, The American Economic review, Vol. LVI, n°2, May, 1966, p. 421.

- Husson (L.),** *Droits de l'homme et droits subjectifs*, APD, 1981, p. 345.
- Ionescu (O.),** *Léon Duguit et le droit subjectif. Quelques remarques sur les écrits récents consacrés à la question*, APD, 1932, p. 269.
- Jaubert (Cl.),** *La protection des œuvres posthumes*, th. Paris, 1959.
- Josselin-Gall (M.),** *Le commerce international du droit de propriété littéraire et artistique : quelques incertitudes*, RTD com. 1996, p. 425.
- Joubert (Cl.),** *Les conditions d'application du statut des œuvres posthumes*, RIDA, avril-juillet, 1963, p. 123.
- Kamina (P.),** *De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelle, A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997 (Godard c/ Houdelinchx)*, RRJ, 1998, p. 881.).
- Kamina (P.),** *Exploitation des droits. Disposition particulières à certains contrats. Contrat de production audiovisuelle*, J-Cl., *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1340.
- Kayser (P.),** *Les droits de la personnalité aspects théoriques et pratiques*, RTD civ., 1971, p. 474, n° 27.
- Kerever (A.),** *La modernisation de la loi de 1957*, RIDA, janvier, 1986, p. 33.
- Kéréver (A.),** *Le droit d'auteur acquis et conditions du développement de la culture juridique européenne*, D. A., 1990, p. 145
- Kerever (A.),** *Le droit d'auteur est il anachronique ?*, *Le Droit d'Auteur*, déc. 1983, p. 360.
- Kéréver (A.),** *Le droit d'auteur : acquis et conditions du développement de la culture juridique européenne*, in *Droit d'Auteur*, 1990, p. 144
- Kéréver (A.),** *Révolution française et droit d'auteur*, RIDA, juil. 1989, p. 4
- Kessler (M.),** *Un droit de protection économique : le droit d'auteur*, *Expertises*, 1989, p. 215.
- Klimrath (M.),** *De la saisine*, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1835, t. II, p. 356.
- Kloepferl (W.),** *L'acte unilatéral et le consentement*, *Revue de la recherche juridique droit prospectif*, 2004 – 2 (1), p. 937.
- Koumantos (G.),** *Faut-il avoir peur du droit moral ?* RIDA, avril 1999, p. 87.
- Ladd (D.),** *the harm of the concept of harm in copyright*, *Auteursrecht*, january, 1984, NR, 1/3.
- Lang (J.),** *La loi du 3 juillet 1985*, RIDA janvier, n° 127, p. 7.
- Lebois (A.),** *Droits patrimoniaux. – Droit de reproduction (CPI, art. L. 122-3)*, *Juris-Classeur civil, Annexes, PLA*, fasc. 1246.
- Lebois (A.),** *Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée*, *D. aff.* 2002, p. 2322.

Legeais (R.), *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, RID comp. 1990, vol. 2, p. 677.

Lemarchand (S.), Fréget (O.), Sardain (F.), *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, P.I., janv., 2003, n°6, p. 11.

Lésourd (G.), *Le droit moral après la mort de l'auteur*, th. Paris 1962.

Ligi (F.), *La protection de la personnalité de l'auteur dans l'intégrité de son œuvre*, Droit d'Auteur, 1962, p. 194.

Linant de Bellefonds (X.), *Le droit de décompilations des logiciels: une aubaine pour les cloneurs?*, JCP G 1998, I, 118, p. 483.

Lochak (D.), *La société civile : du concept au gadget*, in *La société civile*, Travaux du Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.), PUF, 1986, p. 46.

Loiseau (G.), *L'épuisement du droit au respect de la vie privée*, Droit & patrimoine, n° 111, janvier 2003, p. 115.

Lucas (A.) & Sirinelli (P.), *L'originalité en droit d'auteur*, JCP éd. G, 1993, I, 3681.

Lucas (A.) et Lucas (X.-F.), *Revendication d'exemplaire matériels d'œuvres protégées par le droit d'auteur*, note sous Cass. com. 19 nov. 2003, D. 2004, jurispr. p. 801.

Lucas (A.), *Droit d'auteur, information et entreprise*, Cah. Dr. Entr. 1988, 1, p. 7.

Lucas (A.), *Le droit de distribution et son épuisement*, Comm. com. électr., nov. 2006, n° 25.

Lucas (A.), *Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels*, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1160, n°59.

Lucas-Schloëtter (A.), *Pour un exercice équilibré du droit moral ou le droit moral et la balance des intérêts*, in *Mélanges dédiés à Adolf Dietz*, München : C. H. Beck, 2001, p. 127.

Lucas-Schloëtter (A.), *Pour un exercice équilibré du droit moral ou le droit moral et la balance des intérêts*, in *Mélanges A. Dietz*, p. 127.

Lyon-Caen (G.), *Une querelle juridique des anciens et des modernes (à propos des Liaisons dangereuse)*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2, Dalloz-Sirey, 1961, p. 497.

Mackaay (E.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, édition CUJAS, 2002, p. 11.

Maier (P.-A.), *L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, Revue du Marché Unique européen, 2/1994, p. 49.

Mainguy (D.), *Première approche : place du droit de la concurrence dans le droit privé*, JCP, Cahier de Droit de l'entreprise, 2000, n°3 p. 1.

- Mallet-Poujol (N.),** *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D. 1997, chron. p. 330.
- Maspétiol (R.),** *Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie*, APD, t. 9, 1964, p. 71.
- Matthyssens (J.),** *Le droit moral contre les faux-monnayeurs du génie*, RIDA, oct. 1980, p. 3
- Mazeaud (H.),** *Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence*, D. 1959, p. 133.
- Mazères (J.-A.),** *Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt : de l'opposition des termes aux termes de l'opposition*, RDP, n°4, 2005, p. 1047.
- Méléd-Briand (D.),** *Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée*, in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 467.
- Meynial (E.),** *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) Du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes, étude de dogmatique juridique*, *Mélanges Fitting*, t. II, Montpellier, 1908, p. 409.
- Michaeldis-Nouaros (G.),** *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, RTD civ., 1966, p. 216.
- Michaélidès-Nouaros (G.),** *La protection des intérêts moraux de l'auteur comme postulat de la culture*, D.A., 1979, n°2, p. 37.
- Michaélidès-Nouaros (G.),** *La question de l'inaliénabilité du droit moral de l'auteur en Droit Comparé*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 1953, p. 239.
- Moller (M.),** *A propos du Livre Vert*, RIDA, juil. 1989, p. 23.
- Monelli (Y.),** *La protection juridique des programmes d'ordinateur*, JCP G, 25 juin 1994, *Actualité*, p. 1, n° 24.
- Moscatti (L.),** *Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe*, Droits, n° 47, 2008, p. 149.
- Mousseron (J. -M.), Raynard (J.) et Revet (Th.),** *De la propriété comme modèle*, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281
- Mousseron (J.-M.),** *Valeur, biens droits*, *Mélanges André Breton-fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 279.
- Mousseron (J.-M.), Vivant (M.),** *Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le terrain occupé par le droit*, *Cahier de droit de l'entreprise*, 1988-1, p. 2.
- Nérisson (S.),** *Le droit moral de l'auteur décédé en France et en Allemagne*, *Cahiers IRPI*, n° 4, 2003.
- Nodier (L.-M.),** *Définition de l'utilitarisme*, in *Qu'est-ce que l'utilitarisme ? Une énigme dans l'histoire des idées*, *Revue de MAUSS*, n°6, 1995, p. 15.

Nordeman (W.), *Le principe du traitement national et la définition des œuvres littéraires et artistiques*, *Droit d'Auteur*, 1989, p. 319.

Oliver (D.), *Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ?*, *R.I.D.C.* 2-2001, p.327.

Parisot (B.), *L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique*, *D. S.*, 1972, p. 71.

Parisot (B.), *La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de protection audiovisuelle : réalité ou mythe ?*, *D. chr.* 1992, p. 75

Passa (J.), *Droit de destination et droit de distribution*, in *1957-2007 : 50 ans de droit d'auteur (Perspectives et prospectives)*, *PA*, 6 déc. 2007, p. 32.

Patault (A.-M.), *Regard historique sur l'évolution du droit des biens*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, *Troisième Journée René Savatier*, (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), *PUF*, 1991, p. 3.

Pech (L.), *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information*, *Com. comm électr.*, juillet-Août 2004, p. 13.

Pfister (L.), *L'œuvre, une forme originale, Naissance d'une définition juridique (XVIII^{EME}-XIX^{EME} siècles)*, in *Littérature et nation* n° 27, 2002, p. 245.

Pfister (L.), *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, *RIDA* juil. 2005, p. 117.

Picard (E.), *Embryologie juridique, Nouvelle classification des droit (Droit international privé ; droits intellectuels)*, *Journal du droit international privé*, t. 10, 1883, p. 565.

Piédelièvre (A.), *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, *Mélanges Michel Juglart*, *LGDJ*, 1986.

Pollaoud-Dulian (F.), *Balzac et la propriété littéraire*, *L'année balzacienne* 2003 « *Le médecin de campagne* », *PUF*, 2003, p. 197.

Pollaoud-Dulian (F.), *Droit moral et droits de la personnalité*, *JCP éd. G.*, 1994, 3780.

Pollaoud-Dulian (F.), *Droits moraux. Régimes matrimoniaux et succession*, *J-Cl, Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1225.

Pollaoud-Dulian (F.), *Droits moraux. Régimes matrimoniaux et successions*, *J. Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1225, 2000.

Pollaoud-Dulian (F.), *La durée du droit d'auteur*, *RIDA*, avril 1998, p. 83.

Pollaoud-Dulian (F.), *Les droits exclusifs consacrés par la directive*, in *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilan et perspectives*, *PI*, 2002, n° 2, p. 7.

- Potu (E.),** *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre, Annales du Droit commercial*, 1909, p. 211.
- Puttemans (A.),** *Les auteurs sont-ils responsables de leurs actes ? (ou : du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre face aux contrats et aux exigences actuelles du commerce et de la technique), in Les journées du droit d'auteur, Bruxelles*, 1989, p. 303.
- Rampelberg (R.-M.),** *Pérennité et évolution des res incorporeales après le droit romain, APD*, t. 43, 1999, p. 35.
- Raynard (J.),** *Propriété incorporelles : un pluriel bien singulier, in Mélanges offerts à J. J. Burst*, Litec 1997, p. 527.
- Reboul (Y.),** *Quelques Réflexions sur l'œuvre collective, Mélange P. Mathély*, Litec, 1989, p. 297.
- Rigaux (F.),** *La liberté de la vie privée, RIDC*, 1991, p. 563.
- Rigaux (F.),** *La vie privée une liberté parmi d'autres ? Trav. Fac. Droit Namur t. 17*, Bruxelles 1992, éd. Larcier.
- Rivero (J.),** *Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ?, D., chron.* 1947, p. 69.
- Rnoux-Zagamé (M.-F.),** *Du droit de Dieu à droit de l'Homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété, in Destins du droit de Propriété*, PUF, 1985, p. 17.
- Robin (A.),** *Droits patrimoniaux, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1240*, 2007.
- Rouast (A.),** *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTD civ.*, 1944, p. 1.
- Roubier (P.),** *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs, APD*, 1957, p. 1.
- Sardain (F.),** *Le droit d'auteur à l'épreuve du logiciel : l'exemple du droit de décompilation, Com. comm. électr.* Oct. 2002, p. 18.
- Sardain (F.),** *Le public, Le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres, Comm. com. électr.* Mai 2004, p. 15
- Savatier (R.),** *Droit privé et droit public, D.* 1946.
- Savatier (R.),** *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, RTD civ.*, 1958, p. 331.
- Savatier (R.),** *L'artiste ou l'écrivain salarié, L'artiste ou l'écrivain salarié, in Hedengaags arbeidsrecht : opstellen aangeboden aan prof. M. G. Levenbach. (Mélanges Levenbach) Alphen aan den Rijn : N. Samson*, 1966, p. 269.
- Savatier (R.),** *L'exercice libre de l'Art et des Lettres au regard du Droit Economique, Archiv Für Urheber-Film-Funk-Und Theaterrecht*, 55/1970, p. 1.
- Savatier (R.),** *La réforme de la loi du 11 mars 1957 et sa portée, Défrénois*, 1960, art. 27867.

Scotchmer (S.), *Standing on the shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, *Journal of Economic Perspectives*, n° 5, 1991, p. 29.

Sériaux (A.), *La notion de choses communes, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir*, in *Droit et environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23.

Sériaux (A.), *La notion juridique de patrimoine*, *RTD civ.*, 1994, 801.

Siirinen (F.), *L'ordre concurrentiel et le droit d'auteur*, *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 483.

Silz (E.), *La notion juridique de droit moral de l'auteur, son fondement, ses limites*, *RTD civ.* 1933, p. 382.

Sirinelli (P.), *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, in *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1993

Sirinelli (P.), *L'œuvre audiovisuelle*, Lamy, *Droit des médias et de la communication*, t. 1, Etude 130.

Stowel (A.), *Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner*, *APD*, t. 37, Sirey, 1992, p. 143.

Strömholm (S.), *Droits intellectuels et droit international privé*, *RDI L'ingénieur-Conseil*, 1987, p. 123.

Strömholm (S.), *Le droit moral des auteurs d'une œuvre cinématographique selon la loi française du 11 mars 1957*, *Le Droit d'Auteur*, 1964, p. 132

Strowel (A.) et Tulkens (F.), *Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur*, *A propos des libertés de créer et d'user des œuvres*, in *Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, (sous la dir. de A. Strowel et F Tulkens), Larcier, 2006, p. 9.

Strowel (A.), *Le droit et l'objet d'art. Réflexion en marge d'un colloque*, *Annales de droit de Louvain*, 1990, n°4, p. 386.

Strowel (A.), *Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit*, *A. P. D.*, t. 37, 1992, p ; 143.

Terrat (B.), *Du régime de la Propriété dans le Code civil*, in *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, 2004, p. 329.

Terré (F.), *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, *Droits*, 1985, n° 1, p. 33.

Tournier (A.), *Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 Mars 1957 ?*, *RIDA*, XX, 1958, p. 5.

Troller (A.), *Réflexion sur l'« Urheberpersönlichkeitstrecht »*, *Le Droit d'Auteur*, 1960, p. 309

- Vareilles-Smmières (De) (M.),** *De la Propriété*, RTD civ., 1905, p. 443.
- Vaunois (L.),** *L'évolution du droit moral*, in *Mélange Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 300.
- Villey (M.),** *Du nouveau sur la philosophie de Kant*, APD, 1964, p. 245.
- Vivant (M.),** *A propos des biens informationnels*, JCP 1984, I, 3132.
- Vivant (M.),** *Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels*, Informatica et diritto, Florence, 1984, p. 237.
- Vivant (M.),** *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, RIDE/4, 2006, p. 361.
- Vivant (M.),** *Le contenu du droit d'auteur*, in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, Sous la direction d'Isabelle de Lamberterie, Paris, CNRS, 1991, p. 77.
- Vivant (M.),** *Le programme d'ordinateur au pays des musées. Observations sur la directive du 14 mai 1991*, JCP éd. E, 1991, I, 1994, n° 16-2.
- Vivant (M.),** *Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, à la recherche d'un nouveau paradigme*, Université de tous les savoirs, Vol. 5, 2001, p. 201.
- Vivant (M.),** *Touche pas à mon filtre ! droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle*, JCP éd. E, 1993, I., 275
- Vivant (M.),** *Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle*, JCP éd. E, 1993, I, 251
- Vivant(M.),** *An 2000 : L'information appropriée ?*, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997.
- von Lewenski (S.),** *l'américanisation de la propriété intellectuelle*, P. I., n° 10, 2004, p. 482.
- Yvon Ngombe (L.),** *Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain*, RIDA oct. 2002, p. 3.
- Zenati (F.),** *Du droit de reproduire les biens*, D. 2004.
- Zénati (F.),** *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, D. 2002, p. 15.

IV. Conclusions, notes et observations

- Battifol (H.),** note sous Cass. civ. 14 mai 1945, S. 1945, 1^{ère} partie, p. 101.
- Binctin (N.),** note sous Cass. 30 janv. 2007, PA, 19 juil. 2007, n° 144, p. 10.
- Bonet (G.),** note sous *TPI* du 10 juil. 1991 (*aff. Magill*), RTDE 1993, p. 525.
- Bonneau (J.-R.),** TGI Paris, 3^e ch., 27 juin 1984, G. P. 1985, 1, p. 66.
- Caron (Ch.),** CA Paris 4^e ch. A, 28 mai 2003 (inédit), *Com. Com. élec.*, 2003, n°102.

Caron (Ch.), *Le droit moral droit absolu ?*, note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 5 déc. 2006, *Com. com. électr.*, fevr. 2007, p. 26.

Caron (Ch.), note sous CA Paris 4^e ch. A, 28 mai 2003 (inédit) *Com. Com. élec.*, 2003, n° 102.

Caron (Ch.), note sous CA Paris 4^e ch. B, 9 sept. 2005, *Comm. com électr.* Mai 2006, p. 23.

Caron (Ch.), note sous CA Paris, 4^e ch., 19 déc. 1997, *RIDA* 2/1998, p. 433.

Caron (Ch.), note sous CA Paris, 4^e ch., 28 juin 2000, *Com. comm. électr.* Nov. 2000, p. 15.

Caron (Ch.), note sous CA Paris, 9 sept. 2005, *Comm. com. élec.*, mai 2006, p. 23.

Caron (Ch.), note sous CA Paris, 4^e ch. A, 14 févr. 2001, *Comm. Com. électr.* Mars 2001 p. 20.

Caron (Ch.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ. 7 nov. 2006, *Com. com. électr.*, déc. 2006, p. 29.

Caron (Ch.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 27 avr. 2004, *Com. comm. électr.* juil./août 2004, p. 23.

Caron (Ch.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 30 janv. 2007 (*aff. Les Misérables II*), *JCP éd. G.*, II, 10025

Caron (Ch.), note sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2006, (*aff. Pierre Perret*), *Com. com. électr.*, déc. 2006, p. 29.

Caron (Ch.), note sous Cass. ass. plen. 7 mai 2004, *JCP G* 2004, II, 10085.

Caron (Ch.), note sous CE, ord. réf., 13 nov. 2001, *Com. comm. électr.*, févr. 2002, p. 21.

Caron (Ch.), note sous Paris, réf. 14 août 1996 , (*aff. Brel et Sardou*), *RIDA* janv. 1997, p. 361.

Caron (Ch.), obs. CA Paris 1^{ère} ch. Sect. A, 10 sept. 2001, *Comm. com. élec.* juillet/août, n°95. 2002.

Caron (Ch.), obs. sous Paris, 4^{ème} ch. A, 14 févr. 2001, *Comm. com. électr.*, mars, 2001, n°25, p. 20.

Caron (Ch.), obs. sous, TGI Paris, 1^{re} ch., 8 sept. 1999, obs. Ch. Caron, *D. somm.*, 2000, p. 271.

Caron (Ch.), *Vers un droit moral objectif soumis à la force obligatoire des contrats*, note sous CA Paris 4^e ch. B, 15 déc. 2004, *Com. comm. électr.*, fevr. 2005, p. 45.

Choisy (S.), note sous Cass. 30 janv. 2007, *D.* 2007, *jurispr.*, p. 920.

Colombet (Cl.), obs. sous Cass. 1^{er} ch. civ., 16 juin 1982, *D.* 1983, *IR*, p. 96.

Colombet (Cl.), obs. sous TGI Paris le 14 déc. 1983, *RTD com.* 1984, p. 284.

Colombet (Cl.), obs. sous TGI paris, 11 déc. 1985, *D.* 1987, *somm.* p. 155.

Cornu (M.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 10 mars 1999, *RIDA* oct., p. 149.

Daverat (X.), note Cass. 1^{re} ch. civ., 27 avr. 2004, *P.A.* 17 janv. 2005 *jurispr.*, pp. 5-17.

Daverat (X.), obs. sous TGI, 3^e ch. 14 février 2003, *P. A.*, 19 janvier 2004, n° 13, p. 13.

Démogue (R.), note sous Paris 1^{ère} ch. 13 oct. 1927, *D.H.* 1927, p. 545.

Desbois (H.), note sous CA Orléans, 18 févr. 1959, *D.* 1959, p. 440.

Desbois (H.), note sous CA Paris, 18 avril, *D. jurispr.* 1957.

Desbois (H.), note sous Cass. ch. crim, *JCP* 1965, II, 14069.

Desbois (H.), note sous Cass. civ. 14 mai 1945, *D.* 1945, p. 285.

Desbois (H.), obs. sous T.G.I. Seine, 1^{er} oct. 1964, *R.T.D. Civ.* 1965, p. 407.

Desbois (H.), obs. sous, TGI, de la Seine, 5 mai 1954, *RTD com.* 1954, p. 826.

Durand (J.-F.) et Le Tourneau (Ph.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 4 juin 1971, *JCP G*, 1971, II, 16913.

Edelman (B.) note sous Cass. 1^{ère} ch. civ., 10 mai 1995, *D.* 1996, p. 114.

Edelman (B.), Cass. 1^{re} ch. civ., 1 juil. 1970, *D. jurispr.*, 1970, p. 769.

Edelman (B.), Cass. 1^{re} ch. civ., 16 déc. 1986, *D. jurispr.* 1988, p. 173.

Edelman (B.), note sous CA Paris 31 mars 2004, *D.* 2004, *jurispr.* 2028.

Edelman (B.), note sous CA Paris 4^e ch. A. 28 juin, 2006, *D.* 2006, p. 2610.

Edelman (B.), note sous Cass. 1^{ère} ch. civ. 16 déc. 1986, *D.* 1988, jur. p. 173.

Edelman (B.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 3 mars 1992, *D.* 1993, p. 358.

Edelman (B.), note sous Cass. civ. 1^{er} ch., 7 fév. 1973, p. 363.

Françon (A.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 10 mars 1999, *RTD com.*, 1999, p. 397.

Françon (A.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 19 avr. 1988, *JCP éd. G*, 1988, II, 21120.

Françon (A.), note sous TGI Paris le 14 déc. 1983, *D.* 1984, *I.R.*, p. 287.

Françon (A.), note sous TGI Paris, réf. 14 août 1996, (*Aff. Brel et Sardou*) *RTD com.* 1997, p. 97.

Gautier (P.-Y.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 10 mars 1999, *JCP G* 1999, II, 10078.

Gautier (P.-Y.), note sous TGI Paris, réf. 14 août 1996 (*Aff. Brel et Sardou*), *D.* 1996, *jurispr.* p. 490.

Gény (F.), note sous CA Paris, 20 nov. 1935, *S.* 2^{ème} partie, p. 169.

Ginsburg (J.), obs. sous *Harper and Row Publishers Inc. V/ Nation Entreprises*, 105. SCT. 2227.28 (1985) ; *RIDA* juill. 1987, p. 153.

Grégoire (S.), note sous Cass. 30 janv. 2007 (*aff. Les Misérables II*) *JCP éd. E*, 2007, 2065, p. 17.

Gulphe (Avocat général) Concl. sous TGI Seine, 15 avril 1964 ; *Gaz. Pal.*, 1964, 2, p. 23.

Haddadin (S.), note sous, CA Paris, 4^e ch., sect. A, 18 déc. 2002, *JCP éd. E.*, p. 2067.

Huet (J.), obs. sous TGI Paris, 1^{re} ch., 21 sept. 1983 *D.*1984, *IR*.

Kamina (P.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 27 avr. 2004, *Propr. Ind.* Sept. 2004, p. 27.

Kerever (A.), obs sous T.G. Nanterre, 1^{ère} ch. 19 juin 1996, *RIDA*, janv., 1997, p. 265.

Kéréver (A.), TGI Paris, 3^e Ch. 10 mai 1996, *RIDA*, oct. n° 170, p. 321.

Kerver (A.), note sous CA Colmar, 1^{re} ch. 15 sept. 1998, *RIDA* janv. 1999, p. 410.

Laporte-Legeais (M.-E.), note sous CA Paris 4^e ch. A, 28 mai 2003 (inédit), *JCP E*, p. 1923.

Laporte-Legeais (M.-E.), note sous CA Paris, 4^e ch. A 12 déc. 2001, *JCP E*, 2002, p. 2024.

Le Stanc (Ch.), obs. sous TGI Paris, 1^{re} ch., 21 sept. 1983, *D.* 1984, p. 77.

Lucas (A.), note sous CA Paris 4^e ch. A, 12 déc. 2001, *P.I.* n° 5 p. 49.

Lucas (A.), note sous Cass. Civ. 1^{er}, 11 janvier 1989, *JCP G.* 1989, II 21378.

Lucas (A.), note sous TGI Paris, 3^e ch., 1 fév. 2006, *P.I.* n° 19, p. 184.

Lucas (A.), obs. sous CA Paris 31 mars 2004, *PI*, 2004, p. 768.

Lucas (A.), obs. sous CA Paris 4^e ch. A, 28 mai 2003 (inédit), *P.I.*, n° 9, p. 382

Lucas (A.), obs. sous CA Paris 4^e ch. A, 28 mai 2003 (inédit), *P.I.*, n° 9, p. 382

Lucas (A.), obs. sous CA Paris 4^e ch. B, 9 sept. 2005, *P. I.* 2006, p. 176.

Lucas (A.), obs. sous CA Paris 4^{ème} ch. A, 14 févr. 2001, *PI*, 2001 p. 54.

Lucas (A.), obs. sous CA Paris. 4^e ch. A, 14 févr. 2001.

Lucas (A.), obs. sous CA Toulouse, 3^e ch., 13 juin 2002 (inédit), *P.I.* n° 9, p. 383.

Lucas (A.), obs. sous, Cass. 1^{re} ch. Civ., 21 nov. 2006, *PI* janv. 2007, p. 84.

Lucas, (A.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ. 7 mars 1986 (*aff. Pachot*) *R.I.D.A.* juillet, 1986, n°129, p. 137.

Lucas-Scloetter (A.), note sous TGI Paris 1^{re} ch. 1^{re} sect., 12 sept. 2001, *Droit de la famille*, mars 2002, p. 8.

Lyon–Caen (Ch.) note au S. 1902.1.305 sous l’arrêt *Lecocq*.

Lyon-Caen (Ch.), note sous l’affaire *Lecocq*, *D.* 1903, I, p. 7.

Lyon-Caen (G.) et Lavigne (P.), note sous Cass. civ. le 13 avril 1959, *D. jurispr.* 1959, p. 324.

Montels (B.), obs. sous CA Paris 4^e ch. B, 9 sept. 2005, *Comm. com électr.* Mai 2006, p. 18.

Nast (M.), note sous Paris, 6 mars 1931, *D.P.*, 2^{ème} partie.

Nast (M.), note sous, TGI civ. De la Seine ((*affaire Canal*), 1 avril 1936, *D. P.*, 1936, 2^{ème} partie, p. 65.

Niboyet (J.-P.), Tr. Seine, 6 déc. 1933, *RCDIP*, 1934, p. 421.

Olivier (F.), note sous TGI Paris, réf. 5 mai 1997(*aff. Queneau*), *JCP G* 1997, II, 22906.

Ourliac (P.), note sous CA Paris, 25 avril 1966, *J.C.P.* 1967. II. 15111.

Passa (J.), note sous CA Grenoble, 4 mai 2000, *PI*, avril 2004, n° 11, p. 689.

Plaisant (M.), note sous CA Paris, 27 avr. 1945, *JCP éd. G*, 1946, II, 3074.

Plaisant (R.), note sous Trib. Paris 3^{ème} ch. 1969, *JCP* 1970, II, 16415.

Pollaude-Dulian (F.), *La qualification d'œuvre audiovisuelle et les notions d'œuvre de collaboration et d'œuvre collective*, (note sous TGI Paris 27 oct. 1993) *RIDA* juill. 1994, p. 406.

Pollaude-Dulian (F.), note sous CA Paris, 9 sept. 2005 *RTD com.* 2005, p. 723.

Pollaude-Dulian (F.), note sous Cass. 1^{re} ch. Civ., 21 nov. 2006, *RTD com.* 2007, p. 536.

Pollaude-Dulian (F.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 27 avr. 2004, *RTD com.*, 2004, p. 484.

Pollaude-Dulian (F.), obs. sous CA Paris 4^e ch. B, 9 sept. 2005, *RTD com.* 2005, p. 723.

Pollaude-Dulian (F.), obs. sous Cass. civ. 1^{ère} ch., 15 févr. 2005, *RTD com.* 2006, p. 93.

Revet (Th.), note sous Cass. 1^{re} ch. 2 mai 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 626.

Sailleilles (R.), obs. sous Cour de Paris, le 1^{er} février 1900, *Sirey*, 1900, 2^{ème} partie, p. 121.

Sardain (F.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 27 avr. 2004, *Légipresse* avr. 2005, p. 63.

Sirinelli (P.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 27 avr. 2004, *PI* n° 12, 2004, p. 770.

Sirinelli (P.), note sous TGI Paris le 12 sept. 2007, *RIDA*, 2007, oct. p. 359, *chr.* p. 211.

Sirinelli (P.), obs. sous CA Paris 4^e ch. A, 7 juin 2000, *D. 2001, somm. Comm.*, p. 2555.

Sirinelli (P.), obs. sous CA Paris 4^e ch. A., 18 janv. 2006, *RIDA*, oct. 2006, p. 219.

Sirinelli (P.), obs. sous CA Paris 4^e ch. A., 28 janv. 2004, *P.I.*, n°11, p. 640 et p. 644.

Sirinelli (P.), obs. sous Cass. 1^{re} ch. Civ., 21 nov. 2006, *RIDA* janv. 2007, p. 241.

Sirinelli (P.), obs. sous Paris, 4^{ème} ch. A, 14 févr. 2001, *D. 2001, somm. comm.*, p. 2637.

Vanois (L.), *L'évolution du droit moral*, in *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey 1960, p. 295.

Vivant (M.) et Le Stanc (Ch.), note sous TA de Lyon, 2^e ch., 21 nov. 1994, *JCP éd. E*, 1996, I, 559, p. 217.

Wagret (J.-M.), TGI Paris, 1^{re} ch., 21 sept. 1983, *JCP* 1984, II, 20249.

Waline (M.), note sous Cons. D'Et. 3 avr. 1936, *D. 3^{ème}*, p. 58.

Zénati (F.), note sous Cass. 10 mars 1999, *RTD civ.* 1999, p. 863.

Zenati (F.), note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 10 mars 1999, *RTD civ.* 1999, p. 859.

V. Rapports et débats parlementaires

Brügger (P.), *Rapport du Groupe Suisse concernant le questionnaire sur le droit moral, Pays continentaux ou de droit civil, in Le droit moral de l'auteur, Congrès d'Anvers, ALAI, 1993, p. 234.*

Suivi du livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information 15 nov. 1996, Com. 1996, 586/3, p. 27.

Debu-Bridel (J.), *Déb. parlement., conseil, séance du 31 oct. 1956, J.O., p. 2153.*

Dietz (A.), *Le droit moral de l'auteur (droit civil) Rapport général, in Le droit moral de l'auteur, ALAI, 1993 Congrès d'Anvers, 1993, p. 25.*

Dietz (A.), *Le droit moral de l'auteur (droit civil) Rapport général, in Actes du Congrès d'Anvers de l'ALAI, 1993, p. 47.*

Gaudrat (Ph.), *Droit moral & Multimédia – Rapport pour le colloque Sapporo, mai 2004, n°48.*

Gaudrat (Ph.), *La titularité des droits sur les droits œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création, Rapport aux Ministre de la Culture, de la Justice et au Secrétaire d'Etat à l'industrie, févr. 2000.*

Hamon (L.), *Propriété Littéraire et Artistique, discussion d'un projet de loi, JO Conseil de la République – séance du 30 oct. 1956, p. 2127.*

J.O., Déb., Sénat, séance du 3 avril 1985, p. 103, col. 1.

Jolibois (M.), *Rapport au Sénat, 2^e session extraord., 1984-1985, Doc. Sénat, n° 212, t. 2, p. 60.*

Jolibois (M.), *rapporteur du projet au Sénat, J.O. CR, Sénat, 17 juin 1985, p. 1253.*

Le projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, RIDA, V, p. 150.

Le projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, RIDA, V, p. 150.

Muller (M.), *Rapport du Conseil Economique et social présenté au nom de la section du cadre de vie par - 23 juin 2004, La documentation française, 2004.*

Plaisant (M.), *Débats Parlementaires, Sénat, JO, p. 427, col. 1.*

Vaunois (V.), *Rapport à la société d'Etudes législatives in le Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1908, p. 217.*

VI. Ouvrages et articles non juridiques

Adréani (T.), *Un être de raison, critique de l'homo oeconomicus, Syllepse, 2000.*

- Arendt (H.),** *La condition de l'homme moderne*, Presses Pocket, 1994.
- Chartier (R.),** *L'ordre des livres, lecteurs, auteurs, bibliothèques en Europe entre XIV^e et XVIII^e siècle*, éd. ALINEA, 1992.
- Chartier (R.),** *Les origines culturelles de la révolution française*, éd. Seuil, 2000.
- Delos (R.-P.),** *La fin propre de la politique : le Bien commun temporel*, *Semaines sociales de France*, 1933, p. 224.
- Edelman (B.),** *Le sacre de l'auteur*, éd. Seuil, 2004.
- Foucault (M.),** *Qu'est ce qu'un auteur ?*, *Bulletin de la société française de philosophie*, juill. Sept. 1969, p. 73.
- Fromm (E.),** *Le cœur de l'homme, sa propension au bien et au mal*, trad. Par S. Laroche, PBP, 1979.
- Fujiwara (M.),** *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, *Revue d'histoire littéraire de la France (RHLF)*, 2005, n°1, p. 79.
- Gargy (A.),** *La religion dans la société aux Etats-Unis*, Paris, 1902.
- Godin (Ch.),** *Dictionnaire de Philosophie*, fayard/éd. Du temps.
- Gottlieb Fichte (J.),** *Preuve de l'illégitimité de la reproduction, un raisonnement et une parabole*, in *Qu'est ce qu'un livre* (Benoist J. éd.), PUF pp. 155-172.
- Grefe (X.),** *Economie de la Propriété artistique*, Economica, 2005.
- Guérin (M.),** *Qu'est qu'une œuvre?* Actes Sud, 1986, p. 29:
- Hegel (G. W. F.),** *Cours d'esthétique*, I, trad. de J.-P. Lefevre, et V. von Schenck, Aubier, Paris, 1995
- Izoulet (J.),** *La cité moderne : métaphysique de la sociologie*, Paris, F. Alcan, 5 éd., 1898.
- Kant (I.),** *De l'illégitimité de la reproduction des livres*, in *Qu'est ce qu'un livre* (Benoist J. éd.), PUF, Paris, 1995, pp. 119-133.
- Kant (I.),** *Qu'est ce qu'un livre*, in *Qu'est ce qu'un livre* (Benoist J. éd.), PUF, pp. 133-137.
- Lafargue (P.),** *Le socialisme et les intellectuels*, *Conférence faite à l'Hôtel des Sociétés savantes le vendredi 23 mars 1900*, dans la réunion organisé par le Groupe d'Etudiants collectivistes adhérents au P.O.F., éd. Les bons caractères, 2004.
- Le Guay (P.),** *Dictionnaire des personnages du cinéma*, Bordas, 1988.
- Lepage (H.),** *Demain le capitalisme*, Hachette, 1983.
- Lidsky (P.),** *Les écrivains contre la Commune*, La Découverte, 1999.
- Lipovetsky (G.),** *L'ère du vide, Essais sur l'individualisme contemporain*, éd. folio, 1993.
- Manent (P.),** *Les libéraux, Textes choisis et présentés par Pierre Manent*, t. II, Hachette, 1986.

- Mercier (L.-S.),** *L'An 2440, rêve s'il n'en fût jamais*, La Découverte, 1999.
- Michel (H.),** *L'idée de l'Etat*, 3^e éd., Fayard, 2003.
- Molière,** *Œuvres de Molière: avec des notes de tous les commentateurs*, t. 1^{er}, Paris, 1851.
- Mounier (E.),** *Le personnalisme*, PUF, Que sais-je, 2001, p. 27.
- Ollman (B.),** *Alienation: Marx's conception of man in capitalist society*, Cambridge University press, 1970.
- Paris (Th.),** *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, 2003.
- Proudhon (J.),** *Les majorats littéraires, Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel*, Bruxelles, 1862.
- Proudhon (J.),** *Qu'est-ce que la propriété?, ou, Recherches sur le principe du droit et du gouvernement: premier mémoire*, Garnier-Flammarion, 1849.
- Puaux (F.),** *Histoire de la Réformation française*, Paris, éd. M. Lévy, 1859.
- Rangeon (F.),** *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.
- Rothbard (M.),** *L'éthique de la liberté*, Les Belles Lettres, 1991.
- Rousseau (J.-J.),** *Du Contrat social*, éd. Seuil 1977.
- Schaltz (A.),** *L'individualisme économique et social : ses origines - son évolution - ses formes contemporaines*, Paris : A. Colin, 1907.

Index

(Le présent index renvoie aux numéros de paragraphes.)

A

Abusus

25, 271, 272, **280 et s.**, 314, 316, 341, 343, 346, 362, 369, **370 et s.**

Amateur

84, 108, 113, 115, 276, 278, 391.

Autonomie de la volonté

45, 47, 62, 159, 165, **167 et s.**, 181, 256.

B

Bentham

59 et s., 96, 98, 118, 164.

C

Common law copyright

120, 140, 328, 341.

Consommateur,

30, 61, 83 et s., 90, 108, **239 et s.**, **249 et s.**, 278.

D

Diderot

6 et s., 107.

Domaine public

74, 90, 115, 138, 154, 284, 296, **302 et s.**, **325 et s.**, 346, 378, 382-383.

Droit de location

207, 334, 346, 347, 351-352, 394, 397.

Droit de prêt

346, 352.

Droit naturel

46, 66, 70, 74, 96, 107, 110, **116 et s.**, 233, 314, 354, 357, 370, 381, 395.

Dualisme

145

E

Epuisement du droit de distribution,

207, 350.

Equilibre d'intérêts

73.

Exclusion des idées

106, 378.

F

Fair use

146, 161.

Forme externe/Forme interne

108 et s., 278 et s., 276, 391.

H

Habermas

39, 61, 84, **86 et s.**, 109, 168, 283.

Hegel

51, 70, 101, **106 et s.**

Homo oeconomicus

60, 64, 67, **74**, 90, 98, 108, 342.

I

Individu

35 et s., 47, 51 et s., 70, 72, 74, 83-84, 97, **168 et s.**, **230 et s.**, 243, 246, 259, 268, 275, 283, 289, 310, 314, 317, 342, 335, 355, 357, 360.

Information

72-73, 75, 83, 123, **133 et s.**, 154, **198 et s.**, 244, 250, 278, 306, **322 et s.**, 343, 346, 353, 378, 382.

K

Kant

23, 25, 43, 54, 70, 87, 99, 101, 109, 113, 115, 177, 181, 311, **387**.

L

Les Lumières

87, 101

Limites et exceptions en droit d’auteur,

115, 146

M

Marché

52, 60 et s., 74, 83, 88, 89, 93, 96, 97. 101, 153, **164**, 168, 172, 206, 208, 213, 215, 250, 292, 293, 326, 329, 337, 342, 350, 353, **375**, 387, 391.

Mesures techniques de protection (MTP)

346, 353.

N

Nouveauté

68, 71, 76, 77, 78, 79, 90, 91, 111, 127, 147, 148, 196, 229, 317, 369.

O

Œuvre posthume

138, 147, 156, 224, 227, 230, 300.

Originalité

42, 60, 72, **77 et s.**, 86, 93, 101, 103, **110 et s.**, 122, 191 et s., 228, 244 et s. , 260, 275, 332.

P

Perpétuité du droit moral

26, 294, 301, **302 et s.**, 383, 390.

Personnalisme

35 et 50 et s.

Privilèges

3 et s., 71, 73, 85, **92 et s.**, 283, 327, 348.

Pufendorf

41, 357, 370, 384.

R

Réputation

12, 175, 206, 233, 235, **238-243**, **247- 250 et s.**, **260-267**, 273, 275, 278, 282, 292, 301, 310.

S

Saisine

5, **315 et s.**,

330, 341, 353, 381, 327, 330, 341, 347.

Savoir-faire

74, 148, 197, 197 , 203, 327, 329.

Secret

121, 154, 203, **326 et s.**

Sphère privée

60-62, 86 et s., 101, 115

Sphère publique

86 et s., 101, 115,

204, **271**, **283**.

Sphère publique littéraire

V. Sphère pubilque.

Statutory copyright

103, 120, 322, 341.

Summa divisio droit de reproduction/droit de représentation

180, 207, **395 et s.**

Summa divisio droit public/droit privé

96, 165, 169.

Summa divisio droit réel/droit personnel

19, 342.

U

Unicité de l'œuvre

107, 380.

Unité de l'intérêt général

47 et s., 67, 68 et s. 276.

Usufruit

281 et s., 315 et s., 361, 367, 369, 371

Table de matière

Sommaire	1
Introduction	2
Partie I : Les fondements individualistes du droit d’auteur	31
Titre I La finalité du droit d’auteur.....	32
Chapitre I : L’intérêt général en Droit	34
Section 1) La conception volontariste de l’intérêt général.....	35
§1. L’individualisme juridique	35
A. Qu’est ce que l’individualisme ?.....	35
B. L’influence de la définition de l’intérêt général sur le système juridique français	41
§2. La doctrine du bien commun	46
A. Le personnalisme	46
B. Appréciation critique.....	54
Section 2) L’approche utilitariste de l’intérêt général.....	57
§1. L’intérêt général : synonyme d’intérêt public	57
§2. Appréciation critique de l’approche utilitariste	61
A. Une définition inexacte	61
B. Le retour à Rousseau	66
Chapitre II : L’intérêt général en droit d’auteur	69

Section 1) La thèse utilitariste : l'intérêt public comme finalité du droit d'auteur	71
§1. Présentation de la doctrine utilitariste	71
A. Les arguments	72
B. L'objectivation de la propriété littéraire et artistique.....	78
1. Vers une lecture objective de la notion d'originalité	79
2. La transformation du public en consommateurs	83
§2. Le retour du modèle féodal.....	87
A. L'effacement de la distinction entre sphère privé et sphère publique.....	87
B. Le retour des privilèges	92
1. Un monopole mercantiliste	92
2. Un monopole accordé.....	95
Section 2) La thèse individualiste : l'intérêt général comme finalité du droit d'auteur	104
§1. Une création.....	106
§2. ...originale	110
Titre II : Les sources du droit de l'auteur.....	118
Chapitre I : La thèse utilitariste attribuant une source non-volontariste au droit d'auteur.....	123
Section 1) L'exposé de la doctrine utilitariste.....	124
§1. La création « fait juridique », source des droits patrimoniaux	124
§2. La divulgation « fait juridique » épuisable	127
A. La divulgation synonyme d'une communication au public	127
B. Les arguments en faveur de l'épuisement du droit de divulgation	130
Section 2) L'appréciation critique de la thèse utilitariste.....	138

§1. Une thèse en contradiction avec le CPI	138
A. La création : fait juridique incapable de créer des droits patrimoniaux selon le CPI	138
B. La contradiction de la thèse de l'épuisement du droit de divulgation avec le CPI	142
§2. Une thèse incompatible avec le système juridique français	152
A. Le « <i>right of disclosure</i> » : une conception anti-individualiste.....	152
B. Le principe de l'autonomie de la volonté, et la <i>summa divisio</i> droit public/droit privé	158
Chapitre II : La thèse individualiste attribuant une source volontariste au droit d'auteur.....	164
Section 1) Le principe : L'auteur souverain.....	166
§1. La conception jurisprudentielle du droit de divulgation avant la loi du 11 mars 1957	167
§2. L'aménagement des contrats d'exploitation : une manifestation du droit de divulgation.....	174
Section 2) Les tempéraments : les auteurs dépossédés	183
§1. L'œuvre informationnelle.....	183
A. Les justifications de l'absence du droit de divulgation.....	184
1. L'absence d'originalité.....	184
2. L'absence de communication au public	189
B. Les conséquences impliquées par l'absence du droit de divulgation.....	192
1. La conception analytique du monopole	193
2. La présomption de cession du monopole	195
3. Le nantissement du logiciel.....	196

§2. Les œuvres plurales	197
A. L'œuvre audiovisuelle.....	197
1. Le droit de divulgation dans la phase d'élaboration	199
2. Le droit de divulgation dans la phase d'exploitation	204
B. L'œuvre collective.....	208
1. Le droit de divulgation sur l'ensemble de l'œuvre collective	209
2. La menace de l'œuvre collective sur la personne du créateur.....	213
Partie II : Les structures propriétaires du droit d'auteur	218
Titre I : Les structures du droit moral	220
Chapitre I : La structure éclatée	222
Section 1) Présentation de la structure éclatée du droit moral	223
§1. Le constat de l'éclatement du droit moral	223
§2. L'origine de l'éclatement du droit moral.....	225
A. L'assouplissement de la distinction entre idée et forme	226
B. L'instrumentalisation du droit moral.....	232
Section 2) Critique de la structure éclatée du droit moral.....	236
§1. Le droit moral : droit inaliénable ?	236
A. L'aliénation du droit de divulgation.....	237
B. L'aliénation du droit au respect.....	240
§2. Le droit moral : droit subjectif ?	245
Chapitre II : La structure unitaire.....	254
Section 1). La structure du droit moral du vivant de l'auteur	255
§1. Présentation de la conception unitaire du droit moral	255

A. Le droit moral : droit subjectif protecteur de l'intérêt général.....	255
B. Le droit moral : <i>abusus</i> de la propriété littéraire et artistique	262
1. La qualification en <i>abusus</i>	262
2. Les objections à la qualification.....	267
§2. La question de l'abus du droit moral	272
A. Une application restrictive de la théorie de l'abus	274
B. Une application extensive de la théorie de l'abus	275
Section 2) La structure du droit moral <i>post mortem</i>	279
§1. Le principe de l'éclatement du droit moral à la mort de l'auteur	279
§2. Le principe de la perpétuité du droit moral post mortem	286
A. Un principe protecteur de l'intérêt public culturel.....	287
B. Un principe attentatoire à l'intérêt public culturel	292
Titre II : Les structures du droit d'exploitation	297
Chapitre I : La structure stratifiée.....	299
Section 1.) Le modèle féodal de la propriété stratifiée.....	300
§1. Des propriétés simultanées	301
§2. Une propriété-devoir.....	304
Section 2.) La structure utilitariste du droit d'auteur	309
§1. L'analyse utilitariste du droit d'auteur	309
A. L'œuvre de l'esprit : un bien collectif.....	310
1. Le caractère inappropriable des biens collectifs	310
2. L'éternelle confusion entre œuvre, information et support.....	317

B. La propriété intellectuelle : une solution à l'inaliénabilité des biens collectifs	323
§2. Le retour des propriétés simultanées	330
A. La propriété éminente de la collectivité et la propriété utile de l'auteur	332
B. La propriété intellectuelle de l'auteur et la propriété du support	337
Chapitre II : La structure exclusiviste	341
Section 1) Le modèle exclusiviste de la propriété.....	343
§1. L'opposition droit réel/droit personnel.....	346
§2. L'opposition propriété/jus in re aliena.....	349
A. Présentation de l'opposition entre propriété et <i>jus in re aliena</i>	350
1. Le principe : l'unicité de la propriété	350
2. L'exception : le <i>jus in re aliena</i>	351
B. L' <i>abusus</i> : critère de distinction entre la propriété et les <i>jus in re aliena</i>	354
Section 2) La structure exclusiviste de la propriété littéraire et artistique	360
§1. L'unicité de la propriété littéraire et artistique	360
A. La propriété littéraire et artistique et le domaine éminent de la collectivité... 360	
1. La propriété littéraire et artistique : une propriété personnelle	361
2. La propriété littéraire et artistique : une propriété perpétuelle.....	364
B. L'indépendance de la propriété du support et la propriété littéraire et artistique	366
§2. Les utilités de l'objet de la propriété littéraire et artistique	373
A. La théorie du droit de destination	374
1. L'exposé de la théorie	374
2. La critique de la théorie.....	376

B. La théorie de la communication	378
Conclusion générale	381
Bibliographie.....	386
Index	416
Table de matière	421

Essai sur une théorie générale en droit d'auteur

Cette étude propose une lecture critique des courants doctrinaux et jurisprudentiels contemporains qui, notamment sous l'influence du système anglo-saxon, font reculer les conceptions fondamentales du droit d'auteur. Elle a pour objectif de démontrer que la propriété de l'auteur sur son œuvre n'est pas un dogme juridique, mais un effet des principes généraux du droit civil français, voire du système juridique français tout entier. D'où l'idée que le droit moral, dans sa conception classique, trouve un fondement adéquat dans le Code civil français. Le débat actuel, qui oppose « romantiques » et pragmatiques, fournit donc le fil conducteur de l'élaboration d'une théorie générale du droit d'auteur.

Mots clés : Propriété littéraire et artistique – droit auteur – théorie générale – individualisme – utilitarisme – philosophie du droit d'auteur – sphère privée/sphère publique – *Abusus* – Droit moral – Epuisement du droit de divulgation – Jürgen Habermas.

A general Essay on the theory of Author's right

This study proposes a critical reading of the contemporary doctrinal and jurisprudential currents that under the influence of the Anglo-Saxon system make back-move on the fundamental concepts of author's right. It aims to show that the property of the author on his work is not a legal dogma, but a result of the general principles of the French civil law, even of the entire French legal system. From where, the idea that the moral right in its traditional structure, finds a base adequate in the French Civil code. The current debate, which opposes the "romantic" and pragmatic doctrines, provides the discussion thread of the development of a general theory of author's right.

Keywords: Artistic and – Author's right – Legal theory – Individualism – Utilitarianism – The philosophy of author's right – private sphere/public sphere – *Abusus* – moral Right – The Exhaustion of the right of disclosure – Jürgen Habermas.