UNIVERSITÉ PARIS I – PANTHÉON-SORBONNE
École doctorale de droit privé
Année 2015-2016

LES PROPRIETES INTELLECTUELLES A L'AUNE DU TRIPTYQUE

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé,
Présentée et soutenue publiquement à Paris par :

Muriel OUTTERS BALIGAND

Le 7 octobre 2015

Directeur de recherche :

Monsieur Grégoire LOISEAU
Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Jury

Monsieur Tristan AZZI
Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Monsieur Pierre BERLIOZ
Professeur à l'Université Paris Descartes

Monsieur Jean-Michel BRUGUIERE
Professeur à l'Université Grenoble – Alpes

Monsieur Grégoire LOISEAU
Profeseur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

L'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

APD	Archives de philosophie du droit
Adde	également
al.	alinéa
art.	article
Ass. plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
CA	Cour d'appel
C. cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Civ. 1e	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass.plén.	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
Cass. ch. Mixte	Cour de cassation réunie en Chambre mixte
Cass. ch. Réunies	Cour de cassation réunie en Chambres réunies
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Soc.	Chambre sociale de la cour de cassation
chron.	chronique
coll.	collection
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra	en sens contraire
Contrats, conc., consom.	Contrats, concurrence, consommation
D.	Recueil Dalloz
D. Aff.	Dalloz Affaires
D.H.	Recueil Dalloz hebdomadaire
D.P.	Recueil périodique et critique Dalloz
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
dir.	sous la direction de
doctr.	doctrine
Droits	Droits – revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit social
Dr. Sociétés	Droits des sociétés
éd.	édition ou éditeur

fasc.	fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Infra	voir ci-dessous
Ibidem	au même endroit
In	dans
I.R.	informations rapides
JCP	Semaine juridique, Édition générale
JCP E	Semaine juridique, Édition entreprise
JCP N	Semaine juridique, Édition notariale
J.O.	Journal officiel
J. - Cl. Civ.	Juri - Classeur Civil
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
PA	Les Petites Affiches
n°	numéro(s)
obs.	observations
op. cit.	*opus citatum* (œuvre citée)
Ord.	Ordonnance
p.	page(s)
PUAM	Presses universitaires d'Aix - Marseille
PUF	Presses universitaires de France
préc.	précité
préf.	préface
Rép. civ. Dalloz	Encyclopédie Dalloz
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RRJ	Revue de la recherche juridique – droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
s.	suivant(e)s
somm.	sommaires commentés
supra	ci - dessus
TGI	tribunal de grande instance
trad.	traduction
trib. civ.	tribunal civil
trib. com.	tribunal de commerce
v.	voir
vol.	volume

SOMMAIRE

Partie 1. La jouissance de la création : la place de l'*usus* et du *fructus* dans les droits de propriété intellectuelle

Titre 1. La jouissance personnelle de la création : l'*usus*

Chapitre 1. L'impensable *usus* privatif de la création
Chapitre 2. L'impossible *usus* matériel de la création

Titre 2. La jouissance économique de la création : l'*usus* et le *fructus*

Chapitre 1. La jouissance économique exclusive – ou partagée
Chapitre 2. La jouissance économique absolue – ou dirigée

Partie 2. La disposition de la création : la place de l'*abusus* dans les droits de propriété intellectuelle

Titre 1. La disponibilité a-normative de la création

Sous-titre 1. La faculté de ne pas disposer de la création
Sous-titre 2. Le pouvoir de disposer matériellement de la création

Titre 2. La disponibilité normative de la création

Sous-titre 1. La mesure de la disponibilité juridique de la création
Chapitre 1. L'indisponibilité des prérogatives morales du créateur
Chapitre 2. La disponibilité des prérogatives patrimoniales du créateur

Sous-titre 2. La valeur de la disponibilité juridique de la création
Chapitre 1. Pouvoir de disposition juridique du créateur et du propriétaire : le rapprochement condamné par le droit moral
Chapitre 2. Pouvoir de disposition juridique du créateur et du propriétaire : le rapprochement condamné par les droits d'exploitation

Introduction générale

I. Problématique générale

1. « La société industrielle a profondément transformé les fortunes en les désincarnant. L'affirmer est devenu un poncif et le décrire est en passe de devenir un lieu commun de la littérature juridique »[1]. Il n'est donc pas utile d'y insister. Il doit suffire de remarquer que les propriétés intellectuelles sont désormais au cœur de notre économie, et à l'avant-garde de notre système juridique[2]. La question apparaît alors d'elle-même : les cadres classiques du Code civil, reflet de la société préindustrielle de 1804, peuvent-ils accueillir ces biens dématérialisés[3] ? Et plus précisément, le droit de propriété, conçu pour les choses corporelles, est-il applicable aux choses incorporelles ?

2. Une propriété, certes. *A priori*, la question peut surprendre : le législateur parle de propriété, pourquoi faudrait-il en douter ?

Dans ce sens, on[4] rappelle invariablement la terminologie retenue par le législateur révolutionnaire. En matière de brevet, on cite Boufflers : « S'il existe, pour un homme, une véritable propriété, c'est sa pensée… Et l'arbre qui naît dans un champ n'appartient pas aussi incontestablement au maître de ce champ que l'idée dans l'esprit de l'homme n'appartient à son auteur » et « Le droit des inventeurs est la plus inattaquable, la plus sacrée, la plus légitime, la plus personnelle des propriétés »[5]. En droit d'auteur, on invoque Lakanal : « de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut ni blesser l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie ; et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette

[1] F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, dans *Le droit et l'immatériel*, APD t. 43, p. 81.
[2] Dans ce sens, par exemple J.-L. BERGEL, *Rapport général*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 204 ; M. HIANCE, *La propriété industrielle, un outil de développement économique*, dans *La propriété intellectuelle en question(s), regards croisés européens*, Colloque des 16-17 juin 2005, Litec, IRPI, 2006, p. 10.
[3] Voir par exemple H. BATIFFOL, *Problèmes contemporains de la notion de biens*, dans *Les biens et les choses*, APD t. 24, p. 13.
[4] Par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 37, n°48 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2e éd., 2013, p. 41, n°27 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4e éd., 2012, p. 11, n°8.
[5] Voir BOUFFLERS, *Rapport à l'Assemblée nationale*, Séance du 30 décembre 1790, cité par M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, Thèse, Litec, Collection du CEIPI, 1977, p. 1, n°1.

propriété, assurer son libre exercice par une loi positive »[6] ; ou encore Le Chapelier : « la plus sacrée, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain »[7].

On[8] renvoie ensuite au législateur contemporain : le « Code de la *propriété* intellectuelle » de 1992 regroupe « la *propriété* littéraire et artistique » et « la *propriété* industrielle ». La loi de 1957 sur le droit d'auteur figurait en annexe à l'article 544 du Code civil jusque 1992. Et l'on ne compte pas le nombre de fois où le législateur fait usage du terme de *propriété* dans le corps de la loi.

On[9] argue enfin de l'autorité du Conseil constitutionnel, qui décide que l'article 17 de la DUDH de 1789, qui protège la propriété, s'applique aussi aux propriétés intellectuelles : « (…) les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins »[10].

En résumé, il n'est pas possible d'ignorer ce concert de voix concordantes. Il faut admettre que les propriétés intellectuelles sont des propriétés. Mais la question rebondit : de quelle sorte de propriété s'agit-il ? Si la terminologie légale n'est plus remise en cause, c'est le sens qu'il convient de lui prêter qui fait désormais débat. Aujourd'hui donc, il n'est plus pertinent de se demander si la propriété intellectuelle *est* une propriété, mais *quelle propriété* elle est.

3. Mais quelle propriété ? Les propriétés intellectuelles sont-elles de véritables droits de propriété au sens de l'article 544 du Code civil ? Si la doctrine s'accorde sur la terminologie générale de propriété[11], elle est en revanche très loin du *consensus* quant à ce qu'il convient

[6] Voir P. GAUDRAT, *Propriété littéraire et artistique. Droits des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9)*, Jurisclasseur civil, fasc. 1210, 2001, p. 8, n°12.
[7] Voir A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 7, n°101-18.
[8] Par exemple, Ph. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, RTDCom. 2011, p. 562 ; Ch. CARON, *Préface*, dans C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse, Litec, 2008, Collections du CEIPI, t. 55 ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, Thèse, LGDJ, BDP t. 23, 1961, p. 276 ; Y. REBOUL, *Avant-propos*, dans C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse, Litec, 2008, Collections du CEIPI, t. 55 ; P. GAUDRAT, *Propriété littéraire et artistique. Droits des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9)*, préc., p. 8, n°12 ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 259.
[9] Par exemple, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., 2013, p. 42, n°27.
[10] Cons. const., 27 juillet 2006, n°2006-540 DC, JO 3 août 2006, p. 11541, considérant n°15.
[11] Dans ce sens, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, p. 68, n°135.

d'entendre par ce qualificatif. On recense en effet presque autant de conceptions de la propriété – et de la propriété intellectuelle[12] – que d'auteurs qui se rangent à cette analyse.

Pour certains, la propriété intellectuelle n'est rien d'autre qu'une propriété traditionnelle[13]. Mais ils sont peu nombreux à le penser. Et même lorsqu'ils rangent la propriété intellectuelle dans les catégories du Code civil, ils s'empressent le plus souvent d'ajouter que cette propriété prend toutefois des formes particulières, commandées par son objet, dont l'incorporalité et la dimension personnelle le distinguent d'une chose corporelle classique[14]. Ils arguent alors qu'il existe également des différences entre le contenu de la propriété d'un meuble et d'un immeuble par exemple, de sorte que, pour eux, le décalage entre les prérogatives du propriétaire corporel et du créateur ne remet pas davantage en cause l'analogie[15].

Mais, sur le fond, on peut dès à présent relever que les différences entre le régime des immeubles et celui des meubles sont bien plus de forme que de fond, tandis que celles qui distinguent les créations touchent au contenu du droit, voire à son essence même. On peut ainsi douter de l'assimilation des propriétés intellectuelles à l'article 544 du Code civil. Et sur la forme, le « caractère absolument non satisfaisant d'une telle façon de procéder est évident : il est inutile, même il est dangereux, de dire que quelque chose entre dans le schéma x si on est obligé d'ajouter, pour respecter la réalité des choses, que les exceptions et les déviations du schéma sont telles que celui-ci n'est plus x, mais x plus ou moins y, c'est-à-dire tout autre

---

[12] Dans ce sens, A. ABELLO, *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché »*, dans *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 342.

[13] Ch. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP 2004.I.162, n° 3 ; A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUF Clermont-Ferrand, 2005, n°115 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Thèse, n°61. Pour le brevet, M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, préc., p. 284, n°358 et 359 ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 277 , n°253 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, p. 68, n°161. Pour le droit d'auteur, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Litec, 1990, n°374 ; C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse Montpellier 1999, p. 343, n°526.

[14] Par exemple, J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 278, n°255 ; J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2006, p. 12, n°11 ; V. BONNET, *La durée de la propriété*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2002, p. 303 ; Ph. THERY, *Préface, in* M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Thèse, Defrénois, Doctorat et Notariat, Collection de Thèses, 2007 ; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Thèse, Bruylant LGDJ 1993, p. 663, n°511 ; L. JOSSERAND, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau,* dans Mélanges Sugyiama, p. 101, n°10 ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 208 et 210, n°83 et 84 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, Mélanges A. Colomer, Litec 1993, p. 281 et s. ; J.-C. GALLOUX, *Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ?*, dans *Liber amicorum* George Bonet, IRPI, Litec 201O, p. 206.

[15] Par exemple, Ph. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, préc., p. 563 ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 278, n°255.

chose. Le procédé juridique de classification a un sens si au nom adopté suit une discipline normative précise et bien connue. Il n'a aucun sens ni aucune utilité si la discipline est différente et doit être établie ailleurs qu'à travers le schéma adopté »[16].

Certains en tirent alors une conclusion radicale : « la propriété intellectuelle est étrangère à la propriété de l'article 544 du Code civil »[17]. Mais la plupart concluent seulement à une distinction entre la propriété du Code civil et la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle est bien une propriété, mais elle est une *forme* de propriété. Elle « ne s'identifie pas (…) au *droit* de propriété issu du Code civil, (…). Les deux régimes relèvent (…) d'un *concept* commun de propriété (…). Droit de propriété et propriété intellectuelle : ces deux régimes de propriété n'ont pas un lien de filiation, mais un lien de parenté collatérale. Leur relation n'est pas une identité, mais un parallélisme ; c'est une symétrie et non pas une confusion »[18].

Les auteurs parlent alors de « propriété incorporelle », « propriété intellectuelle », « propriété immatérielle », etc. Ils reconnaissent que l'on n'y retrouve pas tous les éléments de la propriété traditionnelle. Mais ils maintiennent la terminologie, parce qu'ils proposent du *concept* de propriété une définition renouvelée, qui se concentre justement sur les seuls aspects communs à l'appropriation des choses corporelles et incorporelles. Et à ce stade, chaque auteur propose son analyse de ce qui fait le cœur de la propriété – et des propriétés intellectuelles. Parmi l'opposabilité *erga omnes*, la disposition, la jouissance exclusive, la jouissance absolue, l'exclusivité, chaque auteur fait son choix, et compose son analyse[19]. Aucune ne prend véritablement le pas sur les autres. Tous admettent que le créateur a un droit de propriété, mais dans une conception de la propriété qui n'est plus celle de l'article 544 du

---

[16] R. FRANCESCHELLI, *Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur,* Mélanges P. Roubier, Dalloz 1961, p. 458.

[17] Par exemple B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Thèse, PU Aix-Marseille, 2006, p. 33, n°38 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 28, n°16 ; F. TERRE et P.SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 2002, 6e éd., n°62 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 5e éd., 1998 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 2004, n°206.

[18] E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, Thèse, PU Rennes, 2013, p. 328, n°645.

[19] Pour l'opposabilité *erga omnes* et l'*abusus*, P. CATALA, *L'immatériel et la propriété*, dans APD 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 62. Pour la jouissance absolue, C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, Economica, 5e éd. 2006, p. 116, n°217 et 218 ; M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Thèse, Defrénois, Doctorat et Notariat, Collection de Thèses, 2007, p. 118, n°181. Pour l'exclusivité, V. BONNET, *La durée de la propriété*, préc., p. 305 ; P. GAUDRAT, *Propriété littéraire et artistique. Droits des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9)*, préc., p. 2, n°2. Pour la jouissance et la disposition, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Thèse, LGDJ, BDP t. 489, p. 103, n°346 ; J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 220 ; R. LIBCHABER, *Biens*, Répertoire Civil Dalloz, 2002, p. 8, n°42 ; J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2000, p. 13, n°25. Pour l'opposabilité absolue et le caractère exclusif, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 37, n°48 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., 2012, p. 32, n°26.

Code civil. La propriété dont il s'agit ici peut seulement être définie négativement : elle n'est pas celle que l'on lit traditionnellement dans l'article 544 du Code civil. Positivement, le débat reste ouvert, et la propriété en quête de certitudes.

Pour résumer, tous prétendent voir dans les propriétés intellectuelles la propriété de l'article 544, mais les premiers adaptent ponctuellement la définition traditionnelle aux spécificités des créations, et les seconds redéfinissent de manière globale le sens et la portée de ce texte. Finalement, aucun ne s'en tient à la propriété telle que l'article 544 en propose une définition en 1804. La frontière entre les deux types d'analyses n'est d'ailleurs pas toujours très nette, puisqu'en définitive, tous proposent une nouvelle lecture de l'article 544 et de la définition de la propriété, de sorte que la différence entre les premiers – qui adaptent – et les seconds – qui renouvellent – est davantage de degré que de nature.

En tout état de cause, il est admis par tous que la propriété intellectuelle n'entre pas dans le moule traditionnel de l'article 544, mais que ce modèle peut parfaitement accueillir les créations pourvu qu'on n'en reste pas à sa lecture classique. Quelle est alors la valeur d'un tel postulat – la propriété intellectuelle est une propriété – si non seulement cette propriété n'est pas celle qui fonde notre système juridique et façonne notre droit des biens, mais si, de plus, il n'existe aucun *consensus* quant à la définition de cette « propriété » à laquelle on renvoie ? Contre toute attente donc, la nature des droits de propriété intellectuelle n'est pas résolue. Inextricablement liée à la question, plus générale, de la nature de la propriété, elle suscite aujourd'hui encore la controverse, et justifie un examen approfondi.

4. Et quel enjeu ? Pour beaucoup, la querelle est dépassée puisqu'en tout état de cause la propriété intellectuelle est une propriété. D'ailleurs, nombreux sont ceux qui la jugent dépourvue d'intérêt[20]. Pour nous, il n'en est rien[21]. Pour plusieurs raisons, il importe de déterminer la nature du droit que la loi reconnaît au créateur sur sa création.

Au plan pratique, la qualification en termes de propriété produit d'abord des conséquences ponctuelles. Il faut sans doute reconnaître que les régimes spéciaux sont assez complets et laissent peu de place à l'incertitude. Pourtant, le législateur ne peut pas tout prévoir, et l'analogie entre propriété traditionnelle et propriété intellectuelle conduit à appliquer le droit

[20] Dans ce sens, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3e éd., 2006, n°23 ; J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., p. 12, n°11. ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., 2011, p. 20, n°38.

[21] Dans ce sens également, S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 25.

commun de la propriété toutes les fois où le Code de la propriété intellectuelle est insuffisant[22].

Au-delà de la simple résolution de litiges individuels, les incidences de la qualification sont également plus générales : le recours aux mécanismes du droit commun de la propriété pour répondre aux questions laissées ouvertes par la loi spéciale oblige à les adapter aux spécificités de ces choses incorporelles. Cela conduit à repenser des concepts que l'élaboration en vue des seules choses corporelles avait peut-être obscurcis (la possession par exemple). Cela oblige également à se pencher sur des questions dont la résolution n'était pas forcément cruciale à propos des biens traditionnels (le pouvoir de démembrer par exemple[23]).

Au plan théorique ensuite, la qualification du droit du créateur permet de déterminer sa valeur juridique. En effet, le droit de propriété a valeur constitutionnelle, c'est un droit fondamental, on y voit un droit naturel, et parfois un droit de l'Homme[24]. C'est donc la place du droit du créateur dans notre système juridique qui en dépend. Cela détermine ses rapports avec les autres droits subjectifs lorsqu'ils entrent en conflit, et donc la marge de manœuvre du juge. Egalement, cela définit le pouvoir du législateur, non seulement par rapport aux autres normes internes avec lesquelles il doit composer, mais également par référence au droit communautaire qui répartit les compétences en matière de propriété entre le législateur national et le législateur communautaire[25].

Au plan rhétorique également, la qualification définit la place et le rôle des créations dans notre société. Objets de propriété, elles se voient reconnaître la qualité de véritables biens. Et leur admission dans les rangs du patrimoine fait office d'exemple, de référence, qui guide le législateur et le juge dans l'élaboration d'une protection juridique pour les créations qui ne rentrent pas – pas encore ? – dans les cadres existants.

Au plan politique, enfin, il ne faut pas négliger l'impact de l'analogie entre la propriété et le droit du créateur[26]. L'assimilation des propriétés intellectuelles à de véritables droits de propriété a un véritable retentissement, au-delà des frontières étroites du Droit. Déjà à la Révolution, les déclarations de Lakanal, Le Chapelier, Boufflers résonnent comme des

[22] Pour des exemples en droit d'auteur, voir C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc. Dans ce sens également, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., 2012, p. 29, n°26.

[23] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., 2012, p. 29, n°26.

[24] Voir M. VIVANT, *Le droit d'auteur, un droit de l'Homme ?*, RIDA 1997.

[25] *Ibidem*.

[26] Dans ce sens, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 534, n°1727.

incantations. Aujourd'hui à nouveau, la réservation des créations est contestée[27]. Elever le droit du créateur à une propriété contribue à asseoir sa légitimité, et renforce sa protection.

Au total, « il ne faut pas sous-estimer l'importance (de la détermination de la nature du droit du créateur) ni voir dans sa solution une satisfaction purement intellectuelle. Elle commande, en effet, l'application pratique et l'évolution même de la législation grâce à cette « vie réflexe » qu'évoquait Saleilles »[28].

Au demeurant, il n'est pas interdit de rechercher une satisfaction purement intellectuelle dans l'étude de la nature du droit des créateurs. Le caractère multivoque de la propriété, et la confusion qui en résulte notamment en matière de propriétés intellectuelles, peuvent en effet amener un sentiment de frustration. Sans prétendre apporter une réponse qui se voudrait définitive, nous pensons que le sujet n'a pas épuisé toutes ses ressources. En examinant la nature des droits de propriété intellectuelle sous un angle nouveau, nous voulons tenter de mieux la cerner, la question fût-elle purement académique.

II. Problématique particulière

5. Lorsque les auteurs[29] se penchent sur la question, leur réflexion s'organise autour de quatre grands axes, qui sont autant d'arguments invariablement avancés pour qualifier – ou disqualifier – le droit du créateur en termes de propriété au sens de l'article 544 du Code civil.

On invoque premièrement la possession, dont la définition traditionnelle implique une chose corporelle qui en forme l'objet[30]. Deuxièmement, et dans le même ordre d'idées, la nature du droit de propriété, « prince des droits réels »[31], conduit à exclure les choses dépourvues de *corpus*[32]. Troisièmement, l'exclusivisme, l'absolutisme et la perpétuité caractérisent le droit de propriété, et semblent faire défaut au droit du créateur[33]. Et quatrièmement, l'*usus*, le

[27] Sur ce point, voir par exemple A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 4, n°101-05 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., 2013, p. 13, n°6 ; C. GEIGER, *La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle,* D. 2010, chr. p. 511.

[28] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc, p. 267, n°241.

[29] Par exemple Ch. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, préc., n° 3 ; S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 25 et s.

[30] Par exemple S. ALMA-DELETTRE, *Marque : nature juridique du droit*, dans *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 2004, n°26, p. 343. Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 37, n°48.

[31] M. VILLEY, *Préface historique*, dans *Les biens et les Choses*, APD t. 24, p. 2.

[32] Dans ce sens, B. STARCK, *Cours de droit civil*, Licence 2e année, 1969-1970, Cours de Droit, p. 36 ; P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 6e éd. 2004, p. 6, n°8 ; J. DABIN, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1939, p. 440.

[33] Voir S. ALMA-DELETTRE, *Marque : nature juridique du droit*, préc., n°26, p. 343.

fructus et l'*abusus* forment le contenu de la propriété, tandis que les prérogatives du créateur leurs semblent irréductibles.

Cumulés, ces quatre obstacles se dressent sur le chemin de l'analogie parfaite entre les propriétés intellectuelles et la propriété classique. Pour la doctrine majoritaire, ils sont des éléments essentiels de la définition de la propriété. C'est à travers leur examen que les auteurs exposent et analysent le droit de propriété dans les manuels de droit des biens. On peut donc considérer qu'ils en déterminent la nature. En conséquence, leur présence ou leur absence dans le régime juridique des créations conduit logiquement au rapprochement ou à la distinction d'avec la propriété de droit commun.

6. Angles d'approche écartés. De manière générale, la question de la nature des droits de propriété intellectuelle, ou plus ponctuellement celle du droit de brevet, du droit d'auteur, ou du droit de marque, fait l'objet d'une abondante littérature. De manière particulière, chacun des quatre points est systématiquement examiné par les auteurs. Sur les trois premiers (possession, droit réel, exclusivisme-absolutisme-perpétuité), la réflexion doctrinale semble être arrivée à maturation. Lorsque la controverse persiste, elle résulte davantage de la résistance de principe de certains, que d'une véritable opposition sur le fond.

Il en va ainsi, nous semble-t-il, de la possession : une définition renouvelée de ce mécanisme, et un examen approfondi de la jurisprudence, démontrent son applicabilité – et son application – aux créations[34]. C'est également le cas du droit réel, dont les remises en cause fondamentales par la doctrine généraliste [35] n'empêchent pas la majorité des auteurs spécialisés[36] d'y rattacher le droit du créateur, ne serait-ce que par défaut : il est irréductible à un droit personnel, et la création d'une troisième catégorie de droits patrimoniaux peut laisser sceptique[37]. Quant aux *caractères* de la propriété, la doctrine s'attache également à nuancer

[34] Dans ce sens, par exemple Ch. CARON, *Propriété*, Juris-Classeur civil 2001, fasc. 10, p. 4, n°5 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Thèse, LGDJ, 2008 ; A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse, Dalloz, NBT, 2001. *Contra* A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., 2012, p. 32, n°26.

[35] Voir par exemple J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 165.

[36] Par exemple P. KAMINA, *De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles, A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997 (Godard C/ Houdelinckx)*, RRJ 1998-3, p. 888 ; M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, préc., p. 238, n°255 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, LGDJ, T.3, *Les biens*, avec le concours de PICARD, 1926, n°50, p. 56 ; P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne*, préc., p. 201 ; J. M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 276.

[37] Par exemple, J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 268, n°242 ; P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ 1969, p. 87 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 40, n°52 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., 2013, p. 41, n°27.

leur portée, autant en droit commun[38] qu'en droit spécial. Plus particulièrement, il est unanimement admis que l'exclusivisme caractérise aussi bien la propriété que le droit du créateur[39]. La perpétuité n'est, quant à elle, pas de l'essence de la propriété puisque la propriété ne dure jamais qu'autant que son objet[40]. Enfin, les entorses à l'absolutisme de la propriété traditionnelle valent bien celles que subit le droit du créateur[41].

Au total donc, ce sont autant d'obstacles à la propriété des créations qui, en doctrine aujourd'hui, sont privés de pertinence. Il faut toutefois souligner que c'est au prix tantôt d'une véritable redéfinition, tantôt d'un assouplissement certain, que l'obstacle est surmonté. On est souvent bien loin des définitions admises en 1804. Beaucoup contestent un quelconque forçage des concepts et considèrent avoir seulement révélé la véritable nature de ces institutions juridiques en les dépouillant de l'archaïsme et de la corporéité qui en freinaient la compréhension. Ils ont peut-être raison. Mais il reste indéniable que, sur ces trois points, la définition de la propriété proposée traditionnellement ne correspond pas à celle que l'on nous présente aujourd'hui, pas plus en droit commun qu'en droit des propriétés intellectuelles.

7. Angle d'approche retenu : le triptyque du propriétaire. Par ailleurs, nous relevons que la doctrine néglige quelque peu le quatrième obstacle traditionnel. En effet, pour beaucoup[42], le triptyque n'est pas un élément obligatoire de la définition de la propriété et, par suite, il n'est pas non plus nécessaire à la propriété des créations. En conséquence, plutôt que de

[38] Voir par exemple A. BURGE, *Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTDCiv. 2000, p. 1.

[39] Dans ce sens, pour le brevet, J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 279, n°256 ; M. VIVANT, *Le droit des brevets, Dalloz*, Connaissance du droit, 2e éd., 2005. Pour le droit d'auteur, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., 2012, p. 30, n°26. C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse Montpellier I, 1999, p. 128 et s.

[40] Dans ce sens, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, Paris, Sirey, 3e éd., 1938, t. 1, p. 836, n°1512 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, préc., p. 217, n°213 ; C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, Thèse, PUF, 2000. *Contra* F. CHABAS, H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, Montchrestien, 8e éd., 1994, p. 103, n°1348. Pour le brevet, M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, préc., p. 240, n°256 ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 279, n°256 ; J.-M. BRUIGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2e éd., 2011, p. 121. Pour le droit d'auteur, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 38, n°49 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., 2012, p. 30, n°26.

[41] Dans ce sens, pour le brevet, M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, préc., p. 284, n°358 et 359 ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 279, n°256. Pour le droit d'auteur, C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse Montpellier I, 1999, p. 128 et s.

[42] Par exemple F. Zénati. *Contra* M. VIVANT, *Le droit des brevets*, préc., p. 82. Voir *infra* notre Partie préliminaire.

s'arrêter à son examen, les auteurs préfèrent se concentrer sur les autres aspects de la définition de la propriété, et principalement sur l'exclusivisme et l'absolutisme[43].

La trilogie des pouvoirs du propriétaire est donc abordée de manière seulement parcellaire : les auteurs de droit civil comme les auteurs spécialisés se concentrent sur la question fameuse du pouvoir de disposer du propriétaire[44]. L'*usus* des choses corporelles retient peu l'attention, et celui des créations est tout simplement jugé non pertinent et écarté avant même d'être examiné. Quant au *fructus* traditionnel, il n'est que l'accessoire de l'*usus*, et à ce titre marginalisé. Le *fructus* des créations attire un peu plus l'attention, mais son examen reste ponctuel, et cantonné à quelques auteurs.

En tout cas, le triptyque ne fait pas l'objet d'une réflexion d'ensemble en droit commun. En droit des créations, quelques auteurs[45] s'interrogent effectivement sur sa réception globale dans tel ou tel droit de propriété intellectuelle. Mais ils concluent presque tous[46] à la transposition plus ou moins fidèle du modèle : le créateur a, (presque) comme un propriétaire, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* de sa création. Nous ne sommes pas convaincue. Pour nous, la question est examinée bien trop rapidement.

Le triptyque des pouvoirs du propriétaire est une figure essentielle de la définition de la propriété. Si le droit de propriété se *manifeste* par la possession, se *caractérise* par l'exclusivisme, l'absolutisme et la perpétuité, et *préside* aux droits réels, on admet généralement qu'il se *définit* par l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Faut-il rappeler que le législateur lui-même définit la propriété par son contenu, « en énonçant qu'il s'agit « du droit de jouir et de disposer des choses » »[47] ? Le triptyque regroupe les attributs conférés par le droit de propriété à son titulaire. Il n'est donc pas possible de faire l'économie de son examen lorsque l'on s'intéresse à la nature des droits de propriété intellectuelle.

---

[43] C'est ce que note D. GUTMAN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique*, dans *Le droit et l'immatériel*, APD t. 43, p. 73.

[44] Voir par exemple F. Zénati, S. Ginossar, Planiol, dans notre Partie préliminaire dans la version intégrale.

[45] Rapidement, par exemple Ch. CARON, *Propriété*, préc., p. 4, n°5 ; Ph. THERY, *Préface, in* M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préc. ; J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., p. 12, n°11 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 68, n°160 ; M. VIVANT, *Le droit des brevets*, préc., p. 82.

Plus longuement, J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 274, n°249 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Litec, 1990 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 108, n°129 ; J. DABIN, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, préc., p. 413 et s. ; T. REVET, J.-M. MOUSSERON et J. RAYNARD, *De la propriété comme modèle*, préc., p. 281 et s. ; M. VIVANT, *Le droit des brevets*, préc., p. 82.

[46] *Contra* P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, RTDCiv. 1935, p. 280, qui conclut à l'absence de l'*usus* et la seule présence du *fructus* et de l'*abusus*.

[47] C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, Economica, 5e éd. 2006, p. 115, n°215.

Pour cette raison, nous choisissons d'aborder la question de la nature du droit qui réserve les créations sous l'angle particulier que constitue son contenu. Nous nous concentrons sur le triptyque des attributs de la propriété, et nous nous interrogeons sur sa pertinence pour décrire – voire définir – le contenu des droits de propriété intellectuelle. Chemin faisant, nous aborderons nécessairement les trois autres aspects de la controverse, mais seulement dans la mesure où ils se rapportent à la trilogie.

8. Objet examiné : les droits de propriété intellectuelle. Nous nous intéressons principalement aux droits de propriété intellectuelle ainsi nommés par la loi, et assortis d'un régime juridique particulier. En effet, nous voulons mesurer la pertinence de la terminologie légale, en comparant le contenu d'un droit de propriété classique, tel que défini par le triptyque de l'article 544 du Code civil, et le contenu d'un droit de propriété intellectuelle, tel que défini par la loi spéciale. Nous voulons déterminer si, oui ou non, le législateur consacre au profit du créateur des prérogatives qui s'insèrent dans la classification traditionnelle des attributs du propriétaire.

Nous nous bornons donc à l'examen approfondi du droit d'auteur, du droit de brevet, du droit de marque, du droit des dessins et modèles. Nous laissons de côté, faute de véritable intérêt, leurs satellites (certificat d'obtention végétale, topographie de semi-conducteur, droit des artistes-interprètes, etc.)[48]. Nous écartons également les choses incorporelles qui, bien que parfois qualifiées de propriétés, ne font pas l'objet d'un véritable droit de propriété intellectuelle à la mesure de celles que regroupe le Code de la propriété intellectuelle. Il en va ainsi des signes distinctifs tels le nom, l'enseigne, la dénomination sociale, etc[49]. C'est aussi le cas des clientèles et des attributs de la personnalité. Nous nous contenterons de procéder, à leur égard, à des incursions ponctuelles.

Nous choisissons de regrouper l'objet de notre étude sous le terme de « créations », et nous examinons donc « le droit du créateur ». Nous convenons bien entendu que les œuvres de l'esprit, les inventions, les marques, les dessins et modèles sont des choses différentes, mais nous pensons que leurs points communs autorisent à les réunir sous un vocable commun[50]. Le choix du terme de « créations » se justifie, selon nous, par plusieurs facteurs qui les distinguent des autres choses et les caractérisent toutes. D'une part, et de manière évidente,

[48] Dans le même sens, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 8, n°18.
[49] Dans ce sens, J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., p. 4, n°4.
[50] Sur la question, voir Ph. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, RTDCom. 2011, p. 562 et s. ; J.-C. GALLOUX, *Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ?*, préc., p. 199 et s.

mais finalement assez superficielle, ces choses sont dépourvues de *corpus*, ce qui explique *a priori* leur difficile intégration parmi les catégories du Code civil. D'autre part, et de manière moins évidente, mais bien plus dirimante, elles trouvent leur source dans une activité intellectuelle, un acte de création. De manière particulière, nous précisons ici que, contrairement à l'analyse majoritaire[51], sur laquelle nous reviendrons, nous refusons d'exclure la marque de la catégorie des créations[52]. De manière générale ensuite, il s'agit de relever que toutes ces choses empruntent à leur créateur une part de sa personnalité plus ou moins importante, qui freine en conséquence leur insertion parmi les éléments du patrimoine, et les distingue des choses corporelles. Enfin, ces expressions du génie humain ont vocation naturelle au partage bien plus qu'à la réservation, et le droit du créateur est façonné en conséquence. En résumé, nous voulons insister sur cette terminologie : les choses dont nous examinons le mode de réservation ne sont pas simplement des *choses*, ni des *biens*. Leur caractère incorporel les singularise, mais il ne suffit pas à les définir. Le terme de « création » exprime bien mieux cette dimension qui leur est propre – à des degrés divers sans doute. Et si l'on voulait verser dans l'anthropomorphisme, nous dirions que c'est leur personnalité, bien davantage que leur incorporéité, qui met à mal les cadres classiques du droit des biens.

III. Plan

9. La propriété « confère à son titulaire les trois prérogatives canoniques classiques que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* d'une chose »[53]. Pour décrire le contenu du droit de propriété, la quasi-totalité des auteurs[54] distingue donc parmi les pouvoirs du propriétaire trois types de prérogatives : le droit d'user de la chose, celui d'en percevoir les fruits et celui d'en disposer. Cette trilogie est un élément central de la définition de la propriété. Peut-on en dire autant des droits de propriété intellectuelle ? Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle détient-il ces trois attributs dont la réunion fait le propriétaire ? Le contenu des droits de propriété intellectuelle correspond-il à ce triptyque ?

---

[51] Par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2011, p. 1, n°2.
[52] Dans ce sens, J.-C. GALLOUX, *Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ?*, dans *Liber amicorum* George Bonet, IRPI, Litec 2010, p. 207.
[53] R. LIBCHABER, *Biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 4, n°12.
[54] Notamment M. BUGNET, « *Œuvres de Pothier » annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, tome IX, Paris 1846, p. 35, 103 et 104 ; MARCADE, *Explication du code civil*, tome 2, 7e éd., p. 355 ; M. de VAREILLES-SOMMIERES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, RTDCiv. 1905, p. 448, n°10 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Recueil Sirey, 1932, p. 760 ; M. FABRE-MAGNAN, *Propriété, patrimoine et lien social*, RTDCiv. 1997, p. 585, n°3, et p. 590, n°9.

Partie préliminaire. La place du triptyque dans la propriété

Le triptyque est l'outil que nous choisissons pour comparer le contenu du droit de propriété et le contenu des droits de propriété intellectuelle. C'est grâce à lui que nous espérons mieux cerner la nature de ces derniers. Il nous faut donc d'abord définir cet outil : comment se présente-t-il, et à quoi sert-il ? En d'autres termes, il s'agit d'une part de cerner le contenu de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* d'un propriétaire classique, pour définir la référence à laquelle nous tenterons ensuite de ramener les prérogatives des créateurs. Il s'agit d'autre part, et surtout, de déterminer la place exacte que le droit positif réserve à cette trilogie dans la théorie de la propriété, autrement dit la valeur qu'elle lui reconnaît dans la définition de la nature du droit de propriété. De celle-ci, en effet, dépend la pertinence de notre recherche : les attributs du triptyque sont-ils véritablement constitutifs ou simplement descriptifs de la propriété traditionnelle ? Pour pouvoir trancher sur la propriété des créations, il ne suffit pas d'établir la présence ou l'absence de la trilogie dans le droit du créateur. Il faut également déterminer s'il est nécessaire, ou au contraire « inutile »[55] de pouvoir ramener le contenu des droits de propriété intellectuelle à cette trilogie. En résumé, pour mesurer les droits de propriété intellectuelle à l'aune du triptyque, encore faut-il au préalable prendre l'exacte mesure de cette référence.

Transition. Une fois mesurés le contenu et la valeur du triptyque dans la constitution d'un droit de propriété, nous pourrons examiner la place que les droits de propriété intellectuelle font aux prérogatives classiques d'un propriétaire, et nous interroger sur la nature de ces droits à l'aune de leur contenu. Quelle place réservent-ils aux trois prérogatives de la propriété ? La trilogie rend-elle adéquatement compte du pouvoir d'un créateur sur sa création, au point que l'on puisse trouver dans son droit la transposition de celui d'un véritable propriétaire ?

La propriété classique assigne au triptyque un rôle principalement descriptif, mais elle lui reconnaît aussi une valeur normative marginale : le véritable propriétaire peut se passer d'*usus* ou de *fructus*, mais il doit pouvoir disposer de sa chose. Peut-on en dire autant des pouvoirs conférés par les droits de propriété intellectuelle ?

Il est donc pertinent d'opposer d'une part l'*usus* et le *fructus*, a-normatifs, et d'autre part l'*abusus*, postulé normatif. C'est également la partition retenue par l'article 544 du Code civil. Pour passer le droit du créateur au crible du triptyque, nous distinguons en conséquence entre la jouissance de la création (Partie 1) et la disposition de la création (Partie 2).

[55] C'est bien l'opinion d'un auteur : V. BONNET, *La durée de la propriété*, préc., p. 305.

Partie 1. La jouissance de la création : la place de l'*usus* et du *fructus* dans les droits de propriété intellectuelle

L'*usus* et le *fructus* d'un bien corporel peuvent manquer à l'appel. Qu'ils soient simplement cantonnés, ou plus radicalement inexistants, ces attributs ne font ni ne défont le propriétaire. Le droit de propriété reste intact et nul ne songe à le disqualifier. Par suite, peu nous importe que les droits de propriété intellectuelle confèrent ces deux attributs à leur titulaire, ou qu'au contraire ils les en privent. Faute de valeur normative, leur présence – ou leur absence – ne qualifie pas plus qu'elle ne disqualifie les droits examinés.

Pour autant, si elle n'apporte pas de réponse directe à notre question, l'analyse de l'*usus* et du *fructus* des propriétés intellectuelles reste pertinente. Ces attributs sont certes facultatifs, mais ils n'en forment pas moins le contenu classique de la propriété des biens corporels, et leur absence n'est pas la règle mais l'exception. En conséquence, analyser les prérogatives des titulaires de droits de propriété intellectuelle à la recherche de l'*usus* ou du *fructus* n'est pas une quête inutile. Elle permet au contraire de préciser le contenu de ces droits, et d'en mesurer le degré de parenté avec le contenu d'un droit de propriété classique.

Et nous verrons que ces deux prérogatives ne font pas défaut au créateur, mais qu'appliquées aux créations, elles prennent des formes très différentes de l'*usus* et du *fructus* d'une chose corporelle, si bien qu'il peut sembler difficile d'y reconnaître de véritables attributs de la propriété. Nous distinguons la jouissance personnelle, qui consiste dans l'*usus* au sens étroit (Titre 1), et la jouissance économique, qui englobe l'*usus* et le *fructus* (Titre 2).

Titre 1. La jouissance personnelle de la création : l'*usus*

Au sens étroit, l'*usus* consiste d'abord dans un usage personnel, exclusif, égoïste de la chose (Chapitre 1). Il est aussi une maîtrise matérielle, physique d'un objet corporel (Chapitre 2). Tout ceci semble difficilement réconciliable avec l'usage d'une création.

Titre 2. La jouissance économique de la création : l'*usus* et le *fructus*

Au sens large, l'*usus* associé au *fructus* consiste dans l'exploitation de la chose. Le propriétaire a le pouvoir exclusif de faire fructifier sa chose et d'en retirer un bénéfice (Chapitre 1). Il a aussi la faculté discrétionnaire de procéder, ou pas, à cette forme d'usage économique (Chapitre 2). L'exploitation de la création par son créateur ne semble pas caractérisée par un tel degré de plénitude.

Partie 2. La disposition de la création : la place de l'*abusus* dans les droits de propriété intellectuelle

Quant à l'*abusus*, il est jugé nécessaire à l'existence d'un véritable droit de propriété. Il est l'attribut obligatoire du propriétaire, sous réserve des nuances et des distinctions exposées en partie préliminaire. Il faut donc déterminer dans quelle mesure cet attribut appartient au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Le créateur peut-il disposer de sa création ?

Ici encore, nous verrons que le créateur n'a pas l'*abusus* d'un véritable propriétaire : son pouvoir sur la création est à la fois plus fort et moins fort que celui du propriétaire d'une chose corporelle. La recherche de l'*abusus* parmi les pouvoirs conférés par les droits de propriété intellectuelle permettra donc non seulement de mieux cerner le contenu de ces droits, mais aussi de proposer des réponses quant à la nature de ceux-ci.

A cette fin, nous écartons les formes d'*abusus* qui s'avèrent secondaires (Titre 1), pour nous concentrer sur celle qui se révèle fondamentale (Titre 2).

Titre 1. La disponibilité a-normative des créations

Comme un propriétaire, le créateur a la faculté de ne pas disposer de sa création (Sous-titre 1), et le pouvoir de disposer matériellement de sa création (Sous-titre 2). Pourtant, ici encore, son *abusus* n'est pas la simple transposition de celui du droit commun de la propriété.

Titre 2. La disponibilité normative des créations

Il s'agit bien entendu de la faculté pour le créateur de disposer juridiquement de sa création. Il faut en prendre la mesure (Sous-titre 1) en procédant à un examen objectif de la disponibilité juridique des prérogatives morales (Chapitre 1) et patrimoniales (Chapitre 2) du créateur. Il faut surtout en déterminer la valeur (Sous-titre 2). L'indisponibilité des prérogatives morales ne peut pas être marginalisée, et la disponibilité des prérogatives patrimoniales n'est pas si évidente : au total, l'*abusus* juridique du créateur est très éloigné de celui d'un propriétaire.

IV. Version intégrale / version abrégée

10. Méthode des renvois. Il nous faut réduire – de moitié ou presque – nos développements, et renvoyer à la version intégrale.

Nous ne voulons pas procéder à une synthèse ou à un résumé global et systématique. Cela nous permettrait sans doute de maintenir nos développements – raccourcis – sur tous les points abordés. Mais cela nous obligerait le plus souvent à conserver seulement les conclusions, en supprimant l'analyse. Cela affaiblirait notre démonstration. Nous préférons donc une autre démarche, et retenons plusieurs manières de parvenir à une version abrégée.

D'une part, nous décidons de borner ici notre examen aux seuls droit d'auteur, de brevet et de marque. Les autres droits de propriété industrielle (les dessins et modèles que nous examinons en détail dans la version intégrale, et les satellites tels les certificats d'obtention végétale ou les topographies de semi-conducteurs que nous abordons ponctuellement), les satellites du droit d'auteur (bases de données, droits voisins, droit sur le logiciel, etc.), mais également les valeurs qui ne font pas l'objet d'une véritable propriété intellectuelle (attributs de la personnalité, clientèles, nom commercial, enseigne, etc., que nous abordons ponctuellement dans la version intégrale) sont tout simplement supprimés de cette version abrégée.

D'autre part, nous choisissons de supprimer complètement certaines parties, dont nous proposons un très rapide résumé. Sont ainsi supprimés les points dont nous pensons – espérons ? – que le retranchement n'altère pas la cohérence du tout. Ainsi en va-t-il de la partie préliminaire (La place du triptyque dans la propriété) qui donne la mesure de l'outil que nous nous sommes choisi : c'est un préalable dont nous faisons ici l'économie. Il en va de même du titre 1 de la partie 1 (La jouissance personnelle de la création : l'*usus*). En effet, notre démonstration passe par l'étude des trois attributs du triptyque, mais s'il faut choisir entre l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, c'est le premier que nous renvoyons à la version intégrale. Nous conservons l'examen du *fructus*. Et quant à l'*abusus*, l'on connaît assez la place centrale qu'il occupe dans toute entreprise de qualification en propriété. Cependant, c'est l'examen de la faculté de disposer juridiquement de la création qui appelle les conclusions les plus significatives – et définitives. Nous choisissons donc de supprimer également le titre 1 de la partie 2 (La disposition a-normative des créations).

Mais ceci ne suffit toujours pas. Enfin donc, lorsque nous passons le droit du créateur au crible de la jouissance économique ou de la disposition juridique d'un propriétaire, il nous faut encore réduire. Ici non plus, nous ne voulons pas résumer uniformément et systématiquement chacun des nombreux points abordés, parce que nous pensons que la force de notre démonstration implique de lui conserver technicité et exhaustivité. Nous choisissons donc ici aussi de faire des choix radicaux, et de supprimer purement et simplement certains points particuliers pour pouvoir en conserver d'autres dans leur intégralité. Ainsi, dans le cadre de notre démonstration, nous avons essayé d'être exhaustive, et d'examiner chaque question sous tous les angles. Ici, nous décidons de supprimer tous les aspects qui, loin d'être inutiles, sont cependant classiques, au sens où l'issue en est déjà connue en droit positif (par exemple, les exceptions au droit d'auteur telles les courtes citations, revues de presses, etc, ou encore les exceptions au droit de marque telle l'homonymie). Egalement, lorsque nous appuyons notre démonstration par l'examen de plusieurs exemples qui illustrent notre propos,

nous nous autorisons ici à n'en conserver qu'un dans son intégralité et à renvoyer à la version intégrale pour les autres (par exemple, parmi les quatre prérogatives morales de l'auteur à propos de leur disponibilité). Enfin, toutes les fois où nous étayons notre propos en examinant en détail ce qu'il en est dans chacune des branches du droit des propriétés intellectuelles – parmi celles qui nous avons ici conservées –, il nous faut encore choisir de n'en retenir qu'une, voir au maximum deux, et renvoyer pour les autres à la version intégrale (tantôt nous maintenons uniquement l'examen du droit d'auteur, tantôt nous maintenons également celui du droit de brevet ou de marque, mais pas les deux, et seulement si les solutions diffèrent de celles retenues en droit d'auteur).

Motifs des renvois. Premièrement, nous supprimons la partie préliminaire, qui se fixe pour objectif de mesurer l'outil retenu. La place et la valeur du triptyque dans le droit de propriété appellent une étude approfondie, et les controverses sont riches en doctrine. Mais c'est une question qui peut être renvoyée à la version intégrale sans que notre objectif principal – la recherche des attributs de la propriété dans le droit du créateur – s'en trouve compromise. Il nous suffit de préciser la place que *nous* assignons à cette trilogie en droit commun, pour que notre grille de lecture des droits de propriété intellectuelle soit clairement exposée.

Deuxièmement, c'est la première moitié de notre première partie qui disparaît également. L'obstacle associé à l'*usus* des créations est le plus facile à appréhender, parce qu'il s'attache aux caractéristiques particulières de la chose elle-même (son absence de *corpus*, sa vocation au partage, sa nature publique), tandis que les arguments tenant au *fructus* et à l'*abusus* des créations visent plutôt le droit du créateur (les prérogatives qu'il confère – ou pas). Et précisément, cet obstacle « visible » est amplement traité en doctrine, il ne suscite pas de difficulté inattendue, et nos développements sur ce point peuvent faire l'objet d'un renvoi. Nous regrettons néanmoins particulièrement de devoir supprimer certains développements qui nous tiennent à cœur : le statut juridique de l'information est une question passionnante ; la résistance obstinée d'une partie de la doctrine qui refuse de reconnaître la possession des créations ne cesse de nous étonner ; et le rapprochement conceptuel que nous proposons entre possession et *usus* nous paraît mériter un examen attentif, ne serait-ce que parce qu'il est complètement ignoré en doctrine.

Troisièmement, l'examen de la jouissance économique du créateur est maintenu, et ce dans sa quasi-intégralité. En effet, il s'agit d'une part (en chapitre 1) de renverser un postulat bien ancré dans notre droit positif. Nous voulons montrer que – contrairement à l'opinion de la vaste majorité des auteurs – les droits de propriété intellectuelle n'investissent pas le créateur

d'un droit exclusif mais partagé. Ici, l'examen détaillé du régime des créations est nécessaire, parce qu'il s'agit d'aller directement contre les idées reçues. Seuls certains points mineurs peuvent être supprimés, sans que la démonstration s'en trouve affectée. D'autre part, il s'agit (en chapitre 2) de souligner la profonde singularité du droit du créateur. Nous voulons montrer que, tandis que le propriétaire a la faculté quasi-discrétionnaire de jouir ou de se désintéresser de sa chose, le créateur est privé de cette liberté. Il est obligé de jouir de sa création : il en va de la naissance et du maintien de son droit, mais aussi de la naissance et de la survie de sa création elle-même. Le créateur n'est pas oisif mais actif, pas libre mais contraint. Sa jouissance économique n'est pas absolue mais dirigée. Et ici encore, il est nécessaire de maintenir la majeure partie de nos développements pour convaincre : à propos des propriété intellectuelles en général, c'est ici que nous trouvons le trait d'union entre toutes les créations, ce qui les réunit en tant que choses originales et les distingue sans appel des choses corporelles. A propos des propriétés industrielles plus spécifiquement, nous trouvons ici un argument majeur pour refuser de voir dans le droit sur la création industrielle une propriété. A propos du droit d'auteur, nous aboutissons ici à une conclusion surprenante : contre toute attente, le droit de l'auteur n'est pas – loin de là – ce pouvoir que le concours de prérogatives patrimoniales et morales rendrait encore plus absolu que celui d'un propriétaire. Et pour convaincre, il faut argumenter.

Quatrièmement, nous supprimons l'examen du pouvoir de disposer matériellement des créations, mais surtout celui du pouvoir de ne pas en disposer juridiquement. Nous renonçons ici à contrecœur à l'examen de la gestion collective en droit d'auteur.

Cinquièmement, nous maintenons l'examen du pouvoir de disposition juridique du créateur, et plus particulièrement de l'auteur. A propos des prérogatives morales de l'auteur, il nous faut conserver une grande partie de nos développements, parce que nous postulons que celles-ci sont non pas seulement inaliénables, mais également et plus généralement indisponibles, proposition qu'il nous faut donc étayer. A propos de ses prérogatives patrimoniales, notre remise en cause est encore plus radicale, et il n'est pas possible d'abréger. Nous refusons de voir dans les contrats d'auteur de véritables cessions, et nous n'y voyons pas davantage des démembrements de propriété. Le pouvoir de l'auteur sur ses prérogatives patrimoniales n'est pas celui d'un propriétaire, et nous avançons de nombreux arguments dans ce sens. Ceci nous conduit à conclure que le droit de l'auteur n'est pas un droit de propriété. Nous voulons convaincre, et il nous faut argumenter en détail.

Sixièmement, nous maintenons notre conclusion, parce qu'il ne suffit pas de dire ce que le droit du créateur n'est pas. Nous tentons de comprendre ce qu'il est, et cela implique de

comprendre également ce qu'est la propriété – ou ce que sont les propriétés. A ce stade de la démonstration, il n'est plus envisageable de s'arrêter à mi-chemin, et il faut conclure sans renvoi.

Au total, nous craignons d'affaiblir considérablement notre démonstration, parce qu'il aurait fallu conserver tous nos développements pour asseoir définitivement nos conclusions, surtout lorsque celles-ci se démarquent des solutions traditionnellement admises. Egalement, nous prenons ici un risque, car les développements que nous conservons sont, le plus souvent, ceux qui prêtent à discussion, ceux à propos desquels notre analyse n'est pas forcément celle de la doctrine. Dans la version intégrale, de nombreux points abordés ne suscitent pas de controverse, et viennent tempérer nos prises de position parfois décalées. De cette version abrégée au contraire, le lecteur peut tirer l'impression que notre propos se résume à une critique systématique des analyses couramment admises. Ce n'est pourtant pas le cas, et ce n'est pas du tout notre intention. Nous avons simplement pensé qu'il serait plus enrichissant de proposer au lecteur une réflexion qui tente de s'éloigner des sentiers battus, à propos de questions qui ne sont ni consensuelles ni conventionnelles, et avec l'espoir de provoquer un débat. En tout état de cause, la version intégrale est à la disposition du lecteur qui ne serait pas convaincu – ou dont la curiosité serait piquée. Quant à nous, notre préférence personnelle va à la version intégrale, pour sa complétude et son « harmonie », et nous espérons qu'elle sera généreusement consultée.

Bilan des renvois. Nous avons supprimé plus de 600 pages. Pourtant, nous pensons que l'ensemble reste cohérent, et que la force de notre démonstration est sauve. Seule sa richesse s'en trouve amoindrie. Un très rapide rappel de *ce qui reste* permet de le montrer.

Notre objectif est de débusquer les manifestations des attributs de la propriété traditionnelle dans les droits d'auteur, de brevet et de marque, aux fins de trancher quant à la nature – propriétaire – de ces derniers. A cet égard, nous concluons qu'aucun d'entre eux n'est un véritable droit de propriété. Parce que notre analyse s'oppose à celle de la doctrine majoritaire, nous conservons, pour convaincre, uniquement les arguments qui vont dans notre sens. Sans ignorer ceux qui auraient pu nous conduire à la solution inverse, nous les supprimons ici parce qu'ils sont déjà connus.

Trois arguments restent, qui appuient notre démonstration. Et il faut ici distinguer entre les propriétés industrielles et le droit d'auteur. Pour les premières, c'est d'une part dans le caractère partagé et non exclusif de la jouissance de la création que nous trouvons un premier argument, et d'autre part dans son caractère contraint et non absolu. Pour le droit d'auteur,

c’est au surplus dans les traits singuliers de la disponibilité de l’œuvre que nous trouvons une dernière preuve du divorce avec la propriété.

Au total, seuls restent en lice les arguments qui nous mettent en danger, ceux qui critiquent, ceux qui s’opposent, ceux qui susciteront donc immanquablement la controverse et appelleront sans aucun doute la critique. Nous espérons que le lecteur gardera à l’esprit que cette version – très – abrégée n’est pas un pamphlet : la version intégrale est beaucoup plus nuancée. Il a seulement fallu choisir, et nous avons choisi d’essayer de convaincre, de préférence sur les points où cela pouvait sembler perdu d’avance.

Partie préliminaire. La place du triptyque dans la propriété

11. Résumé et renvoi[56]. Héritage présumé du droit romain, la division tripartite est résumée dans des locutions latines devenues classiques : le propriétaire peut *uti*, *frui*, *abuti*, il a l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, ou encore le *ius utendi*, *ius fruendi* et *ius abutendi*. Citée par tous les auteurs, cette trilogie est une figure incontournable de la définition de la propriété. Sa notoriété attise la controverse : elle fait l'objet des assauts répétés de la doctrine, qui critique son contenu, et conteste sa valeur. Nous verrons qu'elle se montre résiliente.

12. Contenu. Quant à son contenu, et sur le fond d'abord, on lui reproche son incomplétude : le triptyque ne suffirait pas à décrire le très large éventail des prérogatives du propriétaire. Pourtant, il ne prétend pas en dresser une liste exhaustive, seulement en proposer un classement catégoriel, une typologie et non un inventaire.
Sur la forme ensuite, c'est la cohérence interne de la tripartition qui est critiquée : elle ne propose pas un système rationnel de classification, les trois catégories se chevauchent, leurs frontières sont approximatives et mouvantes, leur contenu n'est pas étanche. Mais selon nous, la distinction entre *usus* et *fructus* est claire, et se révèle utile, elle doit être maintenue. Quant à l'*abusus*, la confusion qui règne en doctrine tient à deux facteurs cumulés : la distinction des actes matériels et juridiques, et les rapports entre *abusus* et disposition. Pourtant, il faut tout simplement distinguer l'acte d'*abusus*, univoque mais au contenu protéiforme, et l'acte de disposition, plurivoque. La question est traitée en détail dans la version intégrale.

13. Valeur. Quant à sa valeur, est-elle seulement descriptive ? Le triptyque se borne-t-il à décrire – pertinemment ou pas – les attributs de la propriété ? Ou au contraire, faut-il lui attacher une valeur normative ? La trilogie est-elle le contenu obligatoire de tout droit de propriété, en l'absence duquel ladite qualification est exclue ?
Il faut faire la part entre la normativité postulée et la normativité avérée du triptyque. La doctrine ancienne, et une partie de la doctrine moderne, y voient le contenu nécessaire et suffisant de toute propriété. Mieux, ils y trouvent la nature de ce droit. Et les arguments ne manquent pas, en droit romain comme en droit civil. Pourtant, le droit positif ne consacre pas l'analyse des classiques, et la réalité est bien plus nuancée : le triptyque n'a aucune valeur normative dans la définition de la propriété, il conserve en revanche un reliquat de

[56] Voir version intégrale n°10 à 103.

normativité dans la constitution de la propriété. L'*usus* et le *fructus* peuvent être absents sans que la propriété s'en trouve disqualifiée : ils ne sont pas normatifs. Au contraire, l'*abusus* est consubstantiel à la propriété, mais jusqu'à quel point ? La suppression totale du premier disqualifie la seconde, mais pas son simple cantonnement. Encore faut-il s'entendre sur ce que l'on entend par *abusus*, et cantonnement. Parle-t-on ici de disposition matérielle, juridique, translative, non-translative ?

Mais il faut encore préciser que la doctrine retient des lectures variables du droit positif : chez certains, le lien entre propriété et disponibilité est tellement fort que même les simples amputations au pouvoir de disposer les conduisent à douter que l'on soit en présence d'une véritable propriété. Chez d'autres au contraire, la propriété peut fort bien être totalement indisponible. Et ici, il s'agit en réalité d'une remise en cause bien plus fondamentale du droit positif : certains auteurs refusent toute valeur normative au triptyque, mais surtout tout rôle dans la définition de la propriété. C'est une véritable répudiation du triptyque qui est postulée, et nous l'examinons en détail dans la version intégrale.

14. Bilan. Pour conclure, nous retenons quant à nous une lecture modérée de la place du triptyque dans la propriété, celle que le juge et le législateur nous paraissent lui assigner réellement.

14-1. Valeur normative. Il a d'une part une valeur normative marginale. Ni l'*usus* ni le *fructus* ne sont nécessaires pour être propriétaire, et même leurs formes sont dépourvues d'obligatoriété : ils varient au gré des choses auxquelles ils s'appliquent. L'*abusus* est en revanche obligatoire.

Mais on ne peut se contenter d'une telle affirmation. La solution est loin d'être aussi simple. Premièrement, l'*abusus* est susceptible de plusieurs définitions. Vise-t-on l'*abusus* au sens large qui inclut les actes matériels et juridiques de disposition ? Ou le réduit-on aux premiers ? Ou aux seconds ? Et parmi les actes juridiques de disposition, vise-t-on seulement l'aliénation, ou tous les actes translatifs, ou aussi les actes juridiques non translatifs constitutifs de droits réels, voire même les actes juridiques constitutifs de droits personnels ? Encore faut-il déterminer laquelle de ces conceptions on retient lorsqu'on l'associe au postulat de normativité.

Deuxièmement, même lorsque l'on surmonte cette première difficulté en précisant le domaine de l'*abusus* retenu, c'est aussi la réponse à la question de sa normativité qui est incertaine. En effet, les auteurs s'opposent sur la lecture du droit positif. D'une part, ils ne s'accordent pas

forcément sur le sens qu'il faut donner à la jurisprudence. D'autre part, et nonobstant les solutions retenues par la jurisprudence et/ou la loi, ils ne s'accordent pas forcément sur la réponse la plus pertinente en termes d'analyse juridique.

Au total, la normativité de l'*abusus* dans la propriété est loin de renvoyer une image univoque. Pour cette raison, et dans un souci de clarté, nous proposons dans la version intégrale de distinguer les différentes hypothèses envisageables, et les différentes réponses que l'on peut y apporter. En bref, il s'agit d'une hiérarchie des atteintes possibles à l'*abusus*, et d'un recensement des différentes conséquences qui peuvent être attachées à chacune d'elles, et entre lesquelles la doctrine oscille sans parvenir à un *consensus*. Ce résumé de l'interface entre *abusus* et propriété témoigne de la complexité de la question, et explique que cette dernière laisse parfois l'impression d'une certaine confusion. En tout cas, ce bilan souligne, à notre sens, la place déterminante de l'*abusus* dans la propriété, et surtout, les liens inextricables entre ces deux notions.

14-2. Valeur descriptive. Le triptyque a d'autre part une valeur descriptive emprunte de modestie. A ce titre, on lui reconnaît un premier mérite : celui de la clarté. Il propose une description simple et précise des rapports entre une personne et sa chose, sans prétendre à l'exhaustivité, ni rien enlever à la liberté de principe qui caractérise le pouvoir du propriétaire. Il classe plus qu'il n'énumère. Il cerne le contenu de la propriété sans le circonscrire.

On lui reconnaît un second mérite : celui de l'utilité. Il s'agit d'un outil juridique ayant vocation à proposer un système rationnel, un cadre dans lequel la réflexion peut s'épanouir. C'est une véritable typologie, reposant sur un critère de classification relativement objectif (c'est principalement la nature – objective – de la prérogative examinée qui commande son rattachement à l'une des trois catégories, même si le degré de gravité de l'atteinte infligée au patrimoine – subjectif – entre en compte indirectement). Elle est utile, dans la mesure où le rattachement d'un acte à l'une ou l'autre des catégories produit des conséquences juridiques : il rend la possibilité de son exercice indispensable ou au contraire superfétatoire, il le pare ou le prive de normativité. Autrement dit, la typologie assortit sa départition de régimes juridiques distincts.

Et pour conclure sur sa valeur descriptive, il faut sans doute rester mesurée. Cette typologie est d'ambition modeste, et la seule conséquence qu'elle produit est finalement de distinguer entre la normativité de l'*abusus* et l'a-normativité de l'*usus* et du *fructus*. Pourtant, malgré sa portée limitée, et nonobstant les incertitudes qui touchent à leurs frontières, et qui sont

inhérentes à toute typologie, l'*abusus*, avec l'*usus* et le *fructus* composent un système rationnel qu'avec d'autres[57], nous jugeons satisfaisant.

15. Transition. Voici donc notre outil cerné. Il exprime le contenu de la propriété qui nous servira de référence dans notre recherche. Et cela nous permet de préciser ce que nous entendons personnellement par propriété. Nous rejetons l'analyse la plus ancienne – enferrée dans le triptyque – comme les analyses modernes – qui s'en émancipent jusqu'à parfois le renier. Notre conception est modérée, elle fait de la propriété un droit subjectif, conférant à son titulaire des attributs qui restent de simples illustrations du contenu illimité du pouvoir sur la chose, tout en faisant de l'*abusus* un élément essentiel de qualification. Il est à présent possible de procéder à l'examen de la résonnance du triptyque de la propriété dans le droit du créateur, aux fins de déterminer si c'est bien elle qui réserve les créations.

[57] M. FABRE-MAGNAN, *Propriété, patrimoine et lien social*, préc., p. 589.

Partie 1. La jouissance de la création : la place de l'*usus* et du *fructus* dans les droits de propriété intellectuelle

16. La définition des termes de jouissance, d'*usus* et de *fructus* ne fait pas l'objet d'un *consensus* en doctrine, pas plus que les catégories qu'ils désignent[58]. C'est pourquoi il nous faut préciser les sens qu'ils sont susceptibles de recevoir.

Si l'on retient du terme de jouissance une acception large, l'*usus* et le *fructus* sont les « deux formes de jouissance d'un bien »[59]. Mais au sens plus étroit[60], la jouissance constitue seulement l'exploitation de la chose de manière à lui faire produire des fruits. Et dans ce sens, elle peut n'inclure que le *fructus*, si on le définit comme le droit de faire produire des fruits à la chose et le droit de les recueillir. Mais elle peut aussi accueillir l'*usus*, si l'on cantonne le *fructus* à la seule perception effective des fruits, tandis que l'on classe dans l'*usus* les actes qui consistent à faire produire ces fruits à la chose. A l'inverse, l'*usus* peut n'inclure que l'usage privatif et direct de la chose, dénué de toute dimension commerciale, auquel cas c'est le *fructus* qui abrite alors l'usage économique de la chose. L'*usus* peut encore réunir au contraire toutes les formes d'utilisation de la chose, à visée économique ou personnelle.

Ces catégories juridiques prétendent refléter la réalité, mais elles peinent à rendre compte de sa complexité. A nos yeux, il n'est donc pas possible de s'en tenir à un examen distinct de l'*usus* et du *fructus*. Au contraire, pour examiner la jouissance d'une création, il nous semble pertinent de relever que, globalement, le propriétaire d'une chose peut adopter deux types de comportements. Tantôt il se place dans une perspective que l'on peut qualifier de statique, lorsqu'il s'en tient à une utilisation directe et à une relation privative avec sa chose. Tantôt il choisit une attitude dynamique, en insérant la chose dans le circuit commercial, de manière à en exploiter tout le potentiel frugifère. Un auteur exprime bien cette dualité : « (l)'usage est comme une alternative de la jouissance : mode personnel de la jouissance des biens (au sens large du terme) dont la jouissance (au sens précis) est le mode économique : utilisation directe d'une chose qui se distingue de l'exploitation consistant à en tirer des revenus »[61].

Pour nous, la jouissance de la chose recèle effectivement une double dimension, privative ou commerciale, qui trouve une traduction insuffisante dans l'opposition entre l'*usus* et le *fructus*. Nous retenons personnellement la distinction suivante : la jouissance personnelle de

[58] Voir version intégrale n°25 à 27.
[59] P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, Defresnois, 4e éd., 2010, p. 122, n°434.
[60] Pour une distinction claire, voir par exemple F. X. TESTU, *L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux*, JCP G 2012, n°1400, p. 2352.
[61] G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 9e éd., 1999, p. 400, n°1026.

la chose consiste dans l'*usus* entendu au sens étroit, tandis que sa jouissance économique réunit l'*usus* au sens large et le *fructus*.

Reste à déterminer si ce sont également ces formes de jouissance que les droits de propriété intellectuelle confèrent au créateur sur sa création. Peut-il exercer sur elle une emprise exclusive et privative ? En détient-il l'*usus* au sens étroit (Titre 1) ? Est-il seul et véritable maître de son exploitation ? L'*usus* au sens large, associé au *fructus*, font-ils partie de ses attributs réservés (Titre 2) ?

Titre 1. La jouissance personnelle de la création : l'*usus*

17. Parmi les attributs d'un droit de propriété classique, l'*usus* tient une place centrale. Certes, il n'est pas indispensable[62] : non seulement le propriétaire peut s'en séparer au profit d'un tiers et ne garder pour lui que l'*abusus*, mais surtout la propriété se conçoit parfaitement pour une chose insusceptible de tout *usus* (la chose consomptible qui se consomme par le premier usage[63]). Pour autant, cette prérogative est fondamentale : « l'*usus* est, de nos jours, l'attribut le plus respecté de la propriété »[64]. C'est le cœur de la propriété, la finalité première de la réservation. Le propriétaire s'approprie la chose avant tout pour en user. Il est donc difficile de concevoir une véritable propriété qui se passerait de cet attribut.

Et entendu au sens traditionnel, l'*usus* présente des caractères qui font douter de son applicabilité aux créations. Maîtrise exclusive de la chose, il constitue en effet une forme d'expression presque primaire du droit de propriété. Il s'agit pour le propriétaire de se réserver l'accès exclusif et privatif à la chose, d'exercer sur elle une emprise physique qui interdit tout contact avec les tiers, et relève du Fait bien davantage que du Droit. « Manifestation la plus tangible et la plus concrète du contact direct avec l'objet approprié, le droit d'usage est (…) pour le propriétaire, le pouvoir de se servir personnellement de sa chose suivant la destination de celle-ci »[65]. Plus précisément, l'*usus* consiste d'une part dans une utilisation privative et personnelle de la chose, à l'exclusion des tiers, et d'autre part dans une maîtrise physique d'un objet par hypothèse corporel.

Cet attribut apparaît donc doublement incompatible avec la création : entendu ainsi, l'*usus* d'une création est tout simplement inconcevable[66]. L'usage privatif du créateur est impensable (Chapitre 1), son usage matériel est impossible (Chapitre 2).

[62] Ch. CARON, *Propriété*, Juris-Classeur civil 2001, fasc. 10, p. 6, n°13.
[63] *Ibidem*.
[64] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, p. 1641, n°730.
[65] G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, préc., p. 400, n°1026.
[66] Dans ce sens, Ch. CARON, *Propriété*, préc., p. 6, n°13. N

Chapitre 1. L'impensable *usus* privatif de la création

18. Lorsqu'il prive les autres de sa chose, le propriétaire ne fait qu'exercer son *usus*, et l'exclusion des tiers à son seul profit ne soulève aucune contestation. Au contraire, l'*usus* fait figure d'attribut opportun, utile, et l'on peut même dire « noble », du propriétaire. Or les objets de propriété intellectuelle semblent inexorablement appelés à quitter celui qui les a produits pour circuler, et la prétention d'un usage privatif et exclusif peut apparaître contestable. L'*usus* privatif des propriétés intellectuelles serait donc non seulement illégitime (Section 1), mais aussi impertinent (Section 2). Comment réconcilier ces critiques avec le respect qu'inspire l'*usus* d'un propriétaire classique ?

Section 1. L'*usus* privatif illégitime

19. Résumé et renvoi[67]. L'*usus* confère au propriétaire le pouvoir d'user de sa chose, et corrélativement celui d'en interdire tout usage par les tiers. L'usage du propriétaire est donc naturellement exclusif. Cet aspect de son pouvoir est tellement fondamental que beaucoup y trouvent aujourd'hui l'essence de la propriété. Et c'est précisément cette qualité de la propriété qui pose problème à propos des droits de propriété intellectuelle : si le propriétaire d'une chose corporelle peut légitimement revendiquer l'exclusivité de l'usage de sa chose, cette prétention est fortement contestée lorsqu'elle s'applique à une chose incorporelle. Autrement dit, l'*usus* d'une chose corporelle est légitime, tandis que celui d'une création ne l'est pas : l'*usus* du créateur peut-il être l'attribut d'une véritable propriété ?

L'argument de l'illégitimité de l'*usus* des créations repose à l'origine sur une confusion entre l'idée et la création. La distinction des deux notions devrait donc suffire à asseoir la légitimité d'un usage exclusif de la création, et autoriser le rapprochement – sur ce point – avec l'*usus* d'un propriétaire. Cependant, l'argument de l'*usus* illégitime n'est pas aussi facilement balayé. D'abord, la portée de la distinction entre idée et création doit être fortement nuancée. Surtout, l'irruption d'une troisième notion, à mi-chemin entre l'idée et la création, vient relancer le débat : l'usage privatif et exclusif de l'information est-il légitime ? Nous nous y arrêtons longuement dans la version intégrale.

Pour résumer, et pour nous en tenir à ce qui nous préoccupe directement, nous arrivons à la conclusion que l'usage privatif et exclusif d'une création est parfaitement légitime, à l'égal de

[67] Pour le détail, voir version intégrale n°107 à 134.

– voire même davantage que – celui d'une chose corporelle. Légitime donc, la réservation des créations par un droit privatif autorise-t-elle pour autant le créateur à interdire tout accès aux tiers ?

Section 2. L'*usus* privatif impertinent

20. Résumé et renvoi[68]. L'*usus* exclusif d'une création peut être jugé non pertinent de deux manières qui se répondent et finalement s'annulent.

Au premier abord, lorsqu'il est privatif, secret, l'*usus* apparaît contre-nature, en ce qu'il contredit à la fois la nature de la création et l'attente naturelle du créateur. Il est jugé non pertinent, dans la mesure où cet *usus* exclusif, traditionnellement tellement prisé du propriétaire classique, se révèle inutile lorsqu'on prétend l'appliquer à la création. En effet, s'il est opportun de se réserver l'accès exclusif à une maison, un champ, une voiture, que sert en revanche de se réserver le seul accès à une création que l'on refuse de divulguer ? D'ailleurs, le droit positif prend acte de ce décalage avec la propriété classique : l'usage personnel et secret de la création n'a pas sa place parmi les attributs conférés par les propriétés intellectuelles. Au contraire, de manière générale, le droit positif fait de la publicité de la création la condition nécessaire du droit du créateur. Et de manière particulière, la divulgation en droit d'auteur soulève des questions particulièrement intéressantes, sur lesquelles nous insistons dans la version intégrale. En tout état de cause, et en conséquence, si ce type de pouvoir, emblématique de la propriété, manque tellement de pertinence en matière de créations que le droit positif se refuse à le consacrer, son absence parmi les attributs du créateur n'interdit-elle pas de lui reconnaître une véritable propriété ?

Pourtant, c'est la définition même de l'*usus* du véritable propriétaire, en ce qu'elle exige la possibilité d'un usage privatif, qui n'est pas pertinente. Redéfini comme l'usage de la chose conforme à sa destination, cet attribut trouve un terrain favorable autant chez les biens corporels que chez les créations. Le « véritable » *usus* d'un « véritable » propriétaire est tout aussi utile aux – et parfaitement opportun pour les – créations.

Au total, l'impertinence de l'*usus* privatif d'une création, sans aucun doute justifiée en soi, perd sa relevance dès lors qu'on établit que l'*usus* d'une chose corporelle n'a pas, quant à lui, à être privatif. Sans doute faut-il reconnaître qu'il n'est pas possible de démontrer objectivement et incontestablement qu'un droit de propriété traditionnel peut se passer d'*usus*

[68] Pour le détail, voir la version intégrale n°135 à 186.

privatif : la destination de la chose, et *a fortiori* la destination du droit, ne sont pas exempts de subjectivité. Pour autant, c'est l'analyse que nous retenons. Dès lors, l'argument selon lequel, faute d'*usus* privatif, l'on n'est pas en présence d'une véritable propriété, ne nous convainc pas. Nous sommes au contraire convaincue que le contenu de la véritable propriété doit être dessiné par référence à l'objet auquel elle s'applique.

21. Conclusion du chapitre. La nature particulière de la création a pu faire douter qu'il soit légitime d'aménager sur elle une exclusivité au profit de son créateur. Et c'est justement dans la nature de la création que nous avons trouvé la juste limite de cette légitimité : les créations doivent être réservées – mais pas les idées –. Et leur réservation passe par leur divulgation : le Droit ne protège l'usage d'une chose que lorsque celui-ci est conforme à la destination de celle-là, et la création a naturellement vocation à circuler. Globalement donc, lorsque le créateur respecte la nature de la création – qui est davantage qu'une simple idée ou qu'une information, et qui est une chose à vocation publique –, il est protégé par les droits de propriété intellectuelle, qui l'investissent d'un pouvoir d'usage dans lequel on trouve tout simplement la transposition de l'*usus* classique d'une chose corporelle.
Pourtant, ceci ne met pas un terme à toutes les difficultés posées par cet attribut. Outre son caractère privatif, c'est aussi sa dimension matérielle qui pose problème.

Chapitre 2. L'impossible *usus* matériel de la création

22. Nous avons admis que l'*usus* d'une création, comme celui de toute chose, doit consister dans les usages que la nature de la chose – et son respect – autorisent. C'est la dimension personnelle et spirituelle de la création qui interdit le secret et exige un usage public. Mais pour autant, un tel usage trouve encore ses détracteurs : c'est désormais la dimension incorporelle de la création qui semble l'interdire.

En effet, lorsqu'elle définit l'*usus* du propriétaire, la doctrine insiste souvent sur sa matérialité. « Manifestation la plus tangible et la plus concrète du contact direct avec l'objet approprié »[69], l'*usus* « implique une relation matérielle, voire charnelle, entre (le propriétaire) et son bien »[70]. L'*usus* est « de toutes les prérogatives du propriétaire la plus simple, la moins intellectualisée et la plus caractéristique de ce contact direct qu'établit la propriété entre le propriétaire et sa chose »[71]. Les « actes matériels de jouissance et de consommation »[72] sont des « facultés inhérentes à la propriété »[73]. Pour résumer, l'*usus* consiste classiquement dans l'usage matériel d'une chose corporelle.

L'absence de *corpus* de la création la rend *a priori* réfractaire à cette forme de maîtrise. L'*usus* d'une création peut donc sembler à cet égard inconcevable. Pourtant, c'est seulement en ce qu'on le définit comme nécessairement matériel que cet attribut est réfractaire à l'incorporalité. Deux séries d'arguments appuient cette analyse. D'abord, l'examen du contenu de l'*usus* permet de dépasser ce matérialisme. En soi, cet attribut ne se réduit pas à ce pouvoir concret et primaire que retient la doctrine classique, et sa dématérialisation est parfaitement concevable. Il en résulte, à notre sens, non pas un forçage, mais au contraire une meilleure compréhension de la notion. Ensuite, c'est en replaçant l'*usus* dans son contexte global, en examinant sa place au sein du droit des biens, que l'on met en lumière ses liens avec un autre pilier de cette matière : la possession. Le rapprochement des deux notions, et l'examen de la matérialité de la seconde, viennent asseoir définitivement la dématérialisation de la première. En bref, nous postulons que l'analyse intrinsèque de l'*usus* autorise à dépasser ce matérialisme (Section 1), et son analyse extrinsèque vient confirmer ce postulat (Section 2).

---

[69] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, préc., 13e éd., 2007, p. 69, n°28.
[70] Ch. CARON, *Propriété*, préc., p. 5, n°12.
[71] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, préc., 2004, p. 113, n°434.
[72] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Cosse, Marchal et Cie, 4e éd., t. II, 1869, §191, p. 173 et 175, cité par Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, préc.
[73] *Ibidem.*

Section 1. La dématérialisation postulée de l'*usus*

23. Résumé et renvoi[74]. Le matérialisme de cet attribut se manifeste à deux égards. D'une part, il imprègne le contenu de l'*usus* : tandis que les actes de *fructus* ou d'*abusus* peuvent être tantôt matériels, tantôt juridiques, les actes d'*usus* sont très généralement présentés comme exclusivement matériels, et les exemples classiques consistent toujours dans un fait (le fait d'habiter une maison, le fait de cultiver une terre, etc…). D'autre part, il contamine l'objet de l'*usus* : parce qu'ils consistent dans l'appréhension concrète d'une chose, les actes d'*usus* impliquent un objet corporel. L'exigence est donc double : matérialité de l'objet et matérialité de l'acte.

Il semble difficile de concevoir l'*usus* d'une création. Pourtant, nous jugeons ce double postulat inexact. Premièrement, l'objet corporel est une exigence non seulement infondée, mais surtout obsolète. Deuxièmement, reste l'obstacle du contenu matériel de l'*usus* : après examen, et au risque d'être taxée d'archaïsme, nous jugeons que l'usage matériel d'une création est impossible. Pour autant, nous suggérons que cela importe peu, parce que le véritable *usus* d'un propriétaire n'est pas nécessairement matériel. Les actes juridiques sont une forme d'usage de la chose autant que les actes matériels, et le fait que seuls les premiers soient au pouvoir du créateur n'interdit pas d'y trouver l'*usus* d'un propriétaire. Au total, la dématérialisation de l'*usus* – objet et contenu – nous paraît admissible. Et plus fondamentalement, dans la version intégrale, nous interrogeons la pertinence de la partition des actes d'*usus* et de *fructus*, et celle de la dichotomie des actes matériels et juridiques.

En tout état de cause, et pour conclure, l'obstacle intrinsèque à l'*usus* – sa double matérialité – est à nos yeux dépassé. D'ailleurs, cette analyse ne nous paraît pas si isolée : assimiler l'acte matériel d'*usus* à un simple comportement dépourvu de traduction concrète sur un *corpus* n'est pas sans rappeler la dématérialisation d'un autre mécanisme du droit des biens à l'épreuve des créations : la possession.

Section 2. La dématérialisation confirmée de l'*usus*

24. Résumé et renvoi[75]. L'*usus*, c'est le droit pour le propriétaire d'user de sa chose. Avec le *fructus* et l'*abusus*, le triptyque réunit les formes que prend l'exercice du droit de propriété.

[74] Pour le détail, voir la version intégrale n°189 à 231.
[75] Pour le détail, voir la version intégrale n°232 à 289.

Cette définition ne laisse-t-elle pas un sentiment de déjà-vu ? Comment définit-on traditionnellement la possession, sinon comme l'exercice du droit de propriété ? Dans la mesure où elle peut sembler se confondre avec l'*usus*, il faut examiner la possession, ne serait-ce que pour dissiper la confusion et préciser la relation qui unit les deux notions. Et cette analyse se révèle fructueuse.

Plus qu'un postulat, c'est un constat : la dématérialisation de la possession est consommée. Certes, ici encore, la doctrine classique retient une définition matérielle qui rend la possession réfractaire aux créations. Cependant, l'analyse des textes montre qu'elle leur est parfaitement applicable. Surtout, l'examen attentif du droit positif atteste qu'elle leur est effectivement appliquée, explicitement ou implicitement. Au total, la dématérialisation de la possession est bien plus avancée que celle de l'*usus*, et cela n'est pas sans répercussions : elle provoque la dématérialisation conséquente de l'*usus*.

En effet, parce que les notions sont proches, et dans la mesure où la possession est une institution centrale du droit des biens, celle-ci peut au minimum revendiquer une certaine autorité sur l'*usus*. L'intellectualisation de la première précipite celle du second, elle a valeur d'exemple.

Mais selon nous, la possession n'autorise pas un simple parallèle avec l'*usus*. Bien plus, la première est le prolongement du second : l'*usus* constitue le doublon ponctuel du *corpus* possessoire. Et leurs liens étroits *obligent* à étendre la dématérialisation du second au premier. Ainsi, il n'est même plus pertinent de se demander si l'*usus* peut être appliqué aux créations : si l'on admet que la possession leur est appliquée, et si l'on prend acte de cette unité ponctuelle entre les deux notions, il faut concéder que l'*usus* est déjà effectivement appliqué aux créations.

Autrement dit, nous trouvons finalement dans la relation extrinsèque de l'*usus* avec la possession une preuve que le droit positif entérine la capacité intrinsèque – jusqu'à présent seulement postulée – du premier à prendre pour objet des créations. Parce que l'*usus* est une catégorie descriptive, une simple qualification dépourvue d'effets juridiques, il est impossible de trouver des preuves de son application directe aux créations dans le droit positif. Mais la possession produit des effets juridiques (probatoires, acquisitifs), et nous les avons débusqués à propos des créations. Pour nous, cela *prouve* que la possession – et l'*usus* – leurs sont appliqués.

25. Conclusion du chapitre. Pour conclure, l'usage matériel d'une création est sans doute impossible, mais peu importe. L'*usus* d'un véritable propriétaire ne se réduit pas à des actes

matériels sur une chose corporelle. Comme le créateur, le propriétaire aujourd'hui use de sa chose principalement par des actes juridiques. La matérialité de l'acte d'*usus*, comme la corporéité de son objet, reflètent une époque révolue, et les choses modernes appellent des formes d'usage dématérialisées. L'usage matériel par le maître d'une chose corporelle est sans aucun doute une forme d'*usus* possible, mais il est loin d'être le seul, et en conséquence, il n'est pas nécessaire pour faire le propriétaire. A notre sens, l'examen de la possession renforce cette analyse, transformant un simple postulat en véritable preuve.

26. Conclusion du titre. L'*usus* apparaissait incompatible avec les créations. Mais sa définition classique est périmée. L'usage d'une chose peut sans doute être privatif, mais il doit surtout se conformer à la destination de celle-ci. Il peut certainement être matériel, mais il doit avant tout être perceptible. Au total, si la jouissance personnelle et matérielle est le nerf de la propriété, elle est en revanche inadaptée aux créations, et seule une définition moderne – et éloignée de la tradition – en fait un attribut pertinent pour le créateur.

Dès lors, plusieurs conclusions sont possibles sur ce point : on peut s'en tenir à la définition classique de l'*usus*, et décider que le droit du créateur sur sa création n'est pas un véritable droit de propriété. Certes, l'*usus* n'est pas indispensable à la propriété, mais la tradition le place au cœur de celle-ci, et son absence rend la qualification improbable. Pourtant, c'est une analyse qui nous semble déraisonnable : au-delà du cas particulier des créations, l'*usus* classique est également inadapté aux choses corporelles de notre époque, et sa lecture moderne nous paraît indispensable.

Une seconde conclusion est alors possible : il s'agit de retenir une conception large de la propriété, qui s'accommode parfaitement d'une définition renouvelée de l'*usus*, et qui accueille les créations à bras ouverts. Ceci ne nous convient pas non plus, car c'est surtout une solution de facilité.

Nous doutons encore de la nature du droit qui réserve les créations, et l'impertinence de l'*usus* au sens classique alimente ce doute. Nous voulons poursuivre l'examen, afin de déterminer si les autres pouvoirs du créateur se rapprochent davantage de ceux d'un propriétaire traditionnel. C'est la jouissance économique de la création qui retient désormais notre attention (Titre 2).

Titre 2. La jouissance économique de la création : l'*usus* et le *fructus*

27. La jouissance d'une chose corporelle peut prendre deux visages, tantôt personnelle, tantôt économique. On vient de voir qu'au sens étroit, l'*usus* d'une chose corporelle est difficilement transposable à la création, sauf à en retenir une définition renouvelée. Nous entendons désormais l'*usus* au sens large, en ce compris son appendice, le *fructus*. Ces attributs peuvent-ils épouser les formes des créations ?

« La jouissance (…) est d'abord, pour le propriétaire, le droit de faire fructifier son bien ou de le laisser improductif »[76]. Comme le souligne cet auteur, la jouissance économique du propriétaire présente deux traits principaux : elle est à la fois exclusive et absolue. Ce sont les caractères classiques de la propriété[77], et ils s'appliquent naturellement à tous ses attributs. D'une part, la jouissance économique de la chose implique le pouvoir d'exclure les tiers de la chose, et corrélativement de s'en réserver tous les usages, ainsi que tous les fruits qu'elle est susceptible de produire. D'autre part, cette jouissance confère au propriétaire le pouvoir de choisir librement les formes qu'elle peut revêtir, lui assurant la faculté d'exploiter ou pas, et de déterminer le degré et les formes de cette exploitation. On peut résumer ces deux caractères en qualifiant le propriétaire de maître de sa chose, mais il faut bien distinguer l'exclusivité, qui qualifie sa relation aux tiers et le pose en maître « unique », de l'absolutisme, qui qualifie sa relation à la chose et le pose en maître « libre »[78].

En comparaison, la jouissance économique de la création peut-elle être qualifiée d'exclusive (Chapitre 1) et d'absolue (Chapitre 2) ? Une fois la création rendue publique, le créateur peut-il pareillement s'en réserver n'importe quelle utilité ? Peut-il interdire aux tiers tout usage auquel il n'aurait pas consenti ? Est-il seul à pouvoir exploiter la création et en recueillir les fruits ? A-t-il le contrôle discrétionnaire de l'exploitation de sa création ?

[76] G. CORNU, Droit civil, *Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 9e éd., 1999, p. 398, n°1018.
[77] La perpétuité est également un caractère de la propriété, mais il n'est pas pertinent pour notre recherche.
[78] Voir par exemple M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 135.

Chapitre 1. La jouissance économique exclusive – ou partagée

28. Au lieu de s'en réserver l'usage personnel et l'accès privatif, le propriétaire d'une chose corporelle peut choisir de l'insérer dans le circuit commercial. Il en use alors de manière à lui faire produire des fruits, il l'exploite dans une perspective économique, qui dépasse l'usage privé. C'est le propriétaire qui décide de louer sa maison plutôt que de l'habiter, ou de vendre sa récolte plutôt que de consommer les légumes de son potager. Et pourtant, alors même que la chose quitte la sphère privative de son propriétaire pour s'ouvrir aux tiers, l'exclusivité reste au cœur de la relation qui l'unit à son maître. La jouissance économique d'une chose corporelle est exclusive, car le propriétaire est seul maître de ses usages, dont il se réserve la totalité des fruits.

On l'a vu, tant que la création n'a pas quitté la sphère privative de son créateur, elle fait l'objet d'une forme d'exclusivité. Mais dès lors qu'elle est divulguée, sa nature incorporelle semble bien faire obstacle à la maîtrise exclusive de son créateur. Ubiquiste, la création pénètre la conscience de tous ceux qui en prennent connaissance. Chacun se l'approprie par l'esprit, et il devient difficile de concevoir au profit du créateur une maîtrise exclusive de tous ses usages, ou une réservation de tout ce qu'elle est susceptible de produire. Ici encore, le droit du créateur semble donc s'éloigner inexorablement d'une véritable propriété.

Pourtant, l'argument de l'ubiquité de la création, qui interdirait tout usage exclusif, ne suffit pas à régler la question. Les droits de propriété intellectuelle sont posés comme exclusifs en législation, en doctrine et en jurisprudence. Et il suffit de lire le Code de la propriété intellectuelle pour s'en convaincre : le législateur organise effectivement au profit du créateur une véritable exclusivité sur l'exploitation de sa création.

Il faut alors réaliser un examen plus précis – et plus nuancé – de cette jouissance économique et de son véritable degré d'exclusivité. Objectivement d'abord, il existe de nombreuses entorses au pouvoir exclusif du créateur, qui obligent à relativiser sa valeur de principe. Subjectivement ensuite, l'équilibre qui s'établit entre le principe exclusif et ses exceptions fait l'objet en doctrine d'une lecture qui n'a rien d'évidente. Le sens et la portée qu'il convient de donner à ces exceptions fait débat. Et de la place que l'on reconnaît à l'exclusivité dans la jouissance économique du créateur, dépend la nature du droit que l'on choisit de lui prêter. Autrement dit, on peut généraliser l'opinion d'un auteur : « Le sujet est capital, car étudier les exceptions au droit d'auteur, c'est dire jusqu'où il ne va pas, donc, en réalité, ce qu'il est »[79].

[79] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3e éd., 2006, p. 255, n°312.

Il faut donc d'abord déterminer dans quelle mesure le droit positif confère au créateur une jouissance économique exclusive de la création (Section 1), pour ensuite apprécier la valeur des analyses que la doctrine se propose d'en tirer (Section 2).

Section 1. La mesure de l'exclusivité

29. Domaine de l'examen. La jouissance dont nous examinons le contenu réunit, rappelons-le, l'*usus*, pouvoir d'exclure les tiers, et le *fructus*, fruits produits par la réservation des utilités de la création. Notre définition de la jouissance exclusive rejoint d'ailleurs celle d'un auteur : « L'auteur (ou le titulaire des droits) a seul le pouvoir d'autoriser toute exploitation de son oeuvre, ce qui signifie que, *a contrario*, il peut aussi interdire. Bien évidemment, il a également la possibilité de déterminer les rémunérations qui lui sont dues en contrepartie de l'utilisation de ces oeuvres. Il maîtrise donc tous les rouages de l'exploitation de ses créations et, comme tout propriétaire, il doit être associé aux fruits qui en résultent »[80]. Plus généralement à propos des propriétés intellectuelles, nous voulons déterminer si le créateur a le pouvoir d'exclure les tiers de sa création en toutes circonstances, si effectivement toutes ses utilités lui sont réservées, ainsi que tous ses fruits actuels ou potentiels ; ou si au contraire il est tenu de partager sa jouissance avec les tiers, d'accepter que certaines utilités ne lui soient pas réservées, ou de supporter que certains tiers puissent tirer un profit concurrent de sa création.

30. Principes. Le Code de la propriété intellectuelle est clair, les droits de propriété intellectuelle sont des droits exclusifs.
En droit d'auteur, l'article L. 111-1 CPI pose le principe général : « L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit … d'un droit de propriété incorporelle exclusif … ». L'article L. 122-1 CPI est bref, puisqu'il attribue à l'auteur, au titre de son droit patrimonial, « le droit de représentation et le droit de reproduction ». Pourtant, il est admis que cette distinction ne résume pas tout le pouvoir de l'auteur. Il s'agit simplement de distinguer deux types de jouissance de l'œuvre, mais il est loisible à l'auteur d'en user de quelque manière que ce soit, et la largesse des catégories alternatives permet d'accueillir n'importe lequel de ces usages. Autrement dit, l'auteur peut exclure les tiers de toute jouissance économique de l'œuvre, et l'article L. 122-1 CPI ne prétend pas limiter son pouvoir d'interdire. D'ailleurs, l'article L. 122-4 CPI illustre

[80] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2e éd., 2009, p. 242, n°295.

bien cette idée : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ». Et les articles L. 335 et suivants CPI prévoient des sanctions en cas de violation de cette exclusivité. En résumé, personne d'autre que l'auteur ne peut exploiter l'œuvre de l'esprit, sous peine de sanction.

L'article L. 611-1 en droit des brevets, l'article L. 511-1 en droit des dessins et modèles, et l'article L. 713-1 en droit des marques disent la même chose[81] : le créateur peut se réserver toutes les formes de jouissance économique de sa création. C'est bien une maîtrise exclusive que les textes organisent à son profit, au moins dans le principe.

Pourtant, les exceptions sont légion. Tantôt légales, tantôt prétoriennes, elles sont nombreuses à imposer au créateur une jouissance partagée. Nous examinons la place réservée à l'exclusivité d'une part dans les droits de propriété industrielle (§1), d'autre part dans les droits de propriété littéraire et artistique (§2).

§1. La place de l'exclusivité dans les droits de propriété industrielle

Nous nous arrêtons sur le droit des brevets (A) et le droit des marques (B), et renvoyons à la version intégrale pour le droit des dessins et modèles[82] et le droit sur le nom commercial[83].

A. En droit des brevets

31. Licence de brevet et exclusivité. Bien entendu, le breveté peut choisir de partager l'exploitation de son invention avec un tiers en concédant une licence de brevet. Ainsi, il autorise le licencié à exploiter l'invention et partage, de ce fait, l'exploitation avec lui. Pour autant, on ne peut trouver ici une atteinte à la jouissance exclusive du breveté pour une raison simple : celui-ci consent à ce partage, pour lequel il obtient une rémunération. Même si l'exploitation est partagée, il reste maître d'exclure tout tiers, et ne perd rien de sa jouissance exclusive. L'autorisation qu'il concède, et l'exploitation entreprise par le licencié, entraînent effectivement la perception d'un profit par ce dernier, mais celui-ci en contrepartie verse une rémunération au breveté, qui reste ainsi seul à recueillir les fruits. Et d'ailleurs, il n'est pas

[81] Pour le détail, voir version intégrale n°296 à 299.
[82] Voir version intégrale n°314 à 330.
[83] Voir version intégrale n°369.

exact de dire que le licencié partage la jouissance de l'invention avec le breveté. Il exploite en vertu d'une licence, droit personnel[84] qui lui confère une créance contre le breveté, et non droit réel sur l'invention. Le licencié ne jouit pas de l'invention à titre de propriétaire, il n'exerce pas l'*usus* et le *fructus* d'un propriétaire, mais seulement un droit personnel qui laisse le breveté seul titulaire des prérogatives de la propriété. Au demeurant, il en va ici exactement comme en droit commun : le propriétaire d'un immeuble peut en louer une partie à un locataire, qui en partage alors en fait la jouissance. Cependant, le locataire ne détient qu'un droit personnel contre le propriétaire, qui reste seul maître de son bien. Personne ne songe alors à suggérer que le locataire exercerait ainsi l'*usus* ou le *fructus* d'un propriétaire, ni à mettre en doute la nature exclusive du droit du propriétaire. En résumé, la licence de brevet, lorsqu'elle est volontaire du moins, ne peut être considérée comme une atteinte au principe exclusif.

32. Exceptions, limites et exclusivité. En revanche, la loi (1) et la jurisprudence (2) prévoient de nombreuses exceptions à la jouissance exclusive du breveté. Bien entendu, pour être qualifiées d'exceptions, celles-ci supposent que le breveté ait *a priori* le droit d'interdire l'usage examiné, et que ce droit lui soit ponctuellement retiré. Il faut donc distinguer les exceptions au droit exclusif, de ses limites, qui consistent quant à elles à refuser *a priori* l'existence même du droit exclusif sur certains usages de l'invention. Autrement dit, ces dernières postulent que l'usage examiné est autorisé, pour la raison qu'il n'a pas vocation naturelle à être réservé au breveté. Les limites ne lui enlèvent rien, contrairement aux exceptions. En soi, elles ne portent donc pas atteinte au droit exclusif et n'éloignent pas celui-ci d'une véritable propriété. Parce qu'elles définissent une zone de liberté mitoyenne du domaine réservé du breveté, elles n'ont d'incidence ni sur le contenu de celui-ci, ni sur sa nature. Elles sont étrangères à l'analyse des atteintes portées au pouvoir d'exclure du breveté, et laissent intact le débat qui nous intéresse, relatif à la nature de son droit.

Pourtant, les deux notions sont loin d'être aussi étanches. Nous voulons donc nuancer cette lecture de trois manières : d'une part, les multiples conditions de brevetabilité des inventions (par exemple, la non-divulgation), ainsi que les nombreuses inventions que la loi déclare non-brevetables (par exemple, le vivant), dessinent pour le droit exclusif des frontières qui n'ont rien d'évidentes, et qui apparaissent plutôt arbitraires. Ainsi, il est difficile de prétendre que le droit exclusif n'a pas naturellement vocation à couvrir les inventions déjà divulguées, ou les

[84] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6e éd., 2006, p. 298, n°485.

procédés biologiques ou méthodes chirurgicales par exemple. Il est évident que cela résulte d'un choix du législateur bien davantage que de la nature des choses. Et par suite, on pourrait très bien considérer que le droit exclusif du breveté a *a priori* vocation à appréhender de tels objets, et que le législateur, en décidant de l'en priver, pose en réalité des exceptions. Ce serait retenir une conception extrêmement large du droit exclusif du breveté, mais celle-ci se rapproche d'autant d'une véritable propriété, dont la vocation naturelle n'a pas de bornes autres que celles que la nature des choses impose. Les limites légales ne sont donc peut-être pas étrangères à la nature du droit du breveté, puisqu'elles semblent parfois s'apparenter à de véritables exceptions. Au fond, on peut penser que limites et exceptions ne sont que les deux facettes d'une même pièce, et c'est ce que semble dire un auteur pour qui « (c)es exceptions au monopole font le pendant aux exceptions de brevetabilité qu'elles viennent compléter »[85].

D'autre part, et *a contrario*, certaines exceptions, présentées comme telles par le droit positif, sont en réalité analysées davantage comme de simples limites au droit exclusif. Il en va ainsi surtout, nous le verrons, de celles qui autorisent l'usage privé d'une invention, ou encore son usage à titre d'expérimentation. Mais certains auteurs vont jusqu'à présenter ces exceptions sans même prononcer ce terme, se contentant de les regrouper au titre de l' « exploitation non réservée au breveté », et postulant d'office que « (l)e monopole du breveté ne couvre pas certains actes d'exploitation, dont la loi autorise l'accomplissement par les tiers »[86]. Ici, c'est le phénomène inverse que nous décrivons : en déclassant ces exceptions en de simples limites, il s'agit en réalité de retenir une conception extrêmement étroite du droit du breveté. Cela revient en effet à poser qu'il n'a pas le pouvoir d'interdire ces usages, qui échappent naturellement à sa souveraineté. Autrement dit, lorsque certains auteurs minimisent l'impact de ces exceptions, et vont parfois jusqu'à refuser d'y voir de véritables atteintes au droit exclusif, ils ne font rien d'autre que remettre en cause la nature même du droit du breveté : d'un droit de propriété souverain et au domaine naturellement illimité, on glisse vers un monopole d'exploitation octroyé par la loi et conférant un nombre limité de prérogatives en dehors desquelles l'exclusivité n'existe pas et la liberté reprend ses droits.

Enfin, et plus globalement, les textes manquent de clarté sur ce point. En effet, le législateur pose effectivement un principe exclusif au profit du breveté, et qualifie son droit de propriété à maintes reprises. Mais dans le même temps, ce sont aussi ces textes qui semblent nous diriger vers une lecture étroite du droit exclusif et nous éloigner de la plénitude attendue

[85] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 394, n°649.
[86] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, p. 73, n°173.

d'une propriété. En effet, la loi de 1844 conférait au breveté « le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention »[87], s'inscrivant bien dans la veine d'une véritable propriété, au contenu indéfini et indéfinissable. Le législateur de 1968 opte plutôt pour une liste indicative des actes que le titulaire du brevet peut interdire. Et celui de 1978 « a supprimé la portée générale du droit conféré par le brevet ; le breveté peut seulement interdire les actes que la loi énumère »[88]. Ainsi, en dehors de la liste légale, point de salut pour le breveté. Comment mieux exprimer que le droit exclusif du breveté n'est pas celui d'un propriétaire, mais celui du titulaire d'un monopole, ou mieux, d'un privilège au contenu strictement délimité ?

Au total, pour évaluer la force du droit exclusif du breveté, il semble insuffisant de se borner à dénombrer les exceptions légales et jurisprudentielles. Encore faut-il également prendre en compte la lecture qu'en retiennent le juge, le législateur et la doctrine. Sans doute, il ne faut pas négliger ces exceptions qui, en elles-mêmes et cumulées, nous le verrons, portent déjà une atteinte radicale au droit exclusif. Mais c'est surtout la manière qu'ont les acteurs du droit positif, d'une manière générale, de minimiser celles-ci et d'étendre le champ des limites au détriment de celui des exceptions, qui trahit leur tendance à concevoir le droit exclusif comme une peau de chagrin. Nous reviendrons plus tard sur la nature de ce droit. Ici, nous voulons mesurer non seulement le poids objectif de ces exceptions, mais aussi la portée subjective qu'elles reçoivent.

1. Les exceptions légales

33. La loi peut priver le breveté de son pouvoir d'interdire. Ces exceptions sont plus ou moins importantes : le législateur peut organiser un usage tiers tout en accordant au breveté une rémunération, mais il peut aussi lui imposer un usage concurrent dépourvu de contrepartie financière. Il peut limiter l'accès des tiers à un usage purement privé, ou au contraire obliger le breveté à supporter une véritable exploitation concurrente. Quelles qu'elles soient, ces hypothèses ont toutes un point commun, qui autorise à les qualifier de véritables exceptions : elles privent le breveté de la faculté de refuser, elles lui retirent ce pouvoir d'exclure qui caractérise un véritable propriétaire.

[87] Cité par J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 69, n°162.
[88] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle* ,préc., p. 69, n°162. Dans le même sens, J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 382, n°626.

Il convient de les examiner, pour pouvoir juger de leur poids face au principe exclusif. Mais elles constituent des entorses « déclarées », leur légitimité n'est pas contestée, et leur contenu ne suscite pas de véritable controverse. Par conséquent, nous pouvons nous contenter d'en rappeler les traits essentiels, et renvoyer à la version intégrale pour le détail[89].

Pour décrire ces exceptions, nous choisissons de distinguer entre les moins graves, qui ôtent au breveté la faculté de refuser, mais lui offrent une contrepartie financière (a), et les plus graves, qui le privent non seulement du droit d'exclure les tiers de l'usage de l'invention, mais aussi de celui de les exclure de ses fruits (b).

a. La perte de l'*usus* exclusif

34. Dans huit hypothèses, le législateur porte un coup décisif à l'exclusivité du breveté, en autorisant des licences obligatoires, qui imposent au breveté, moyennant redevance, de souffrir qu'un tiers exploite son invention sans son consentement[90]. Décidées par l'autorité judiciaire, on recense la licence obligatoire pour défaut d'exploitation (art. L. 613-11 à 14 CPI), la licence de dépendance (art. L. 613-15 al. 2 CPI), et la licence de brevet à certificat d'obtention végétale (art. L. 613-15-1, L. 613-22-1 et L. 613-22-2 CPI). Les licences d'office, quant à elles, résultent d'un arrêté du ministre, et sont accordées dans l'intérêt de la santé publique (art. L. 613-16 CPI), de l'élevage (art. L. 5141-13 du Code de la santé publique), pour la fabrication de médicaments destinés à l'exportation vers des pays en difficulté économique et sanitaire (Règlement communautaire du 17 mai 2006), dans l'intérêt du développement économique (art. L. 613-18 et R. 613-26 et s. CPI), et pour les besoins de la Défense nationale (art. L. 613-19 CPI).

Globalement, les licences obligatoires apparaissent comme un « instrument redoutable d'amoindrissement, d'érosion du droit du breveté, puisqu'elles le privent de la libre décision de concéder ou non des licences et du libre-choix de son partenaire contractuel »[91]. Certes, le breveté reçoit une contrepartie financière, mais « celle-ci ne résulte que médiocrement d'une redevance dont le breveté ne maîtrise pas la fixation du montant »[92]. Il est bien entendu exclu que ces licences soient gratuites, car « (l)a solution contraire nierait par trop le droit de

[89] Voir version intégrale n°303 à 313.
[90] Voir par exemple J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 117, n°294 et s.
[91] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 334, n°618.
[92] *Ibidem*.

propriété »[93]. Mais même lorsqu'elles sauvegardent un semblant de contrepartie au profit du breveté, elles constituent « de véritables exceptions au droit exclusif, puisqu'un tiers obtient une licence forcée pour exploiter l'invention sans que le breveté puisse s'y opposer »[94]. Parce qu'elles trouvent leur fondement dans l'intérêt général, et dans la mesure où leur application est strictement encadrée par la loi, elles sont tolérées. Il nous semble cependant qu'elles creusent déjà, à elles seules, un fossé important entre le droit exclusif d'un breveté et celui d'un propriétaire classique.

Que dire alors de toutes celles que nous allons encore examiner ? En effet, nous voulons à ce stade souligner un point : selon nous, les atteintes ci-dessus examinées au droit exclusif du breveté sont sans aucun doute importantes, parce qu'elles constituent une véritable immixtion du législateur dans la sphère de liberté du brevet, et privent le breveté de la faculté d'exclure les tiers de son invention. Néanmoins, celui-ci reçoit une rémunération, si bien qu'il perd l'*usus* exclusif, mais garde le *fructus* exclusif. Pour cette raison, nous avons classé ces exceptions parmi les moins graves, en comparaison avec celles qui ôtent au breveté non seulement le droit exclusif d'user, mais aussi celui de récolter les fruits, que nous allons envisager maintenant.

b. La perte de l'*usus* et du *fructus* exclusifs

35. Ces exceptions sont importantes, parce que le breveté perd non seulement le pouvoir d'exclure, mais aussi le droit de se réserver tous les fruits de son invention. Il ne faut donc pas en minimiser la portée. Certaines restent cependant de simples entorses au principe (α), tandis que d'autres sont, à notre sens, de véritables remises en cause du principe exclusif (β).

α. Les entorses au principe exclusif

36. Certains actes, de faible envergure, paraissent presque inoffensifs pour le breveté. Certes, ils devraient normalement être sanctionnés au titre de la contrefaçon, mais le législateur les tolère. Il s'agit, pour résumer ici rapidement[95], des actes accomplis « dans un cadre privé et à des fins non commerciales » (art. L. 613-5 a) CPI), des actes « accomplis à titre expérimental » (art. L. 613-5 b) CPI), des « études et essais requis en vue de l'obtention d'une

[93] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 341, n°636.
[94] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 328, n°601.
[95] Pour le détail, voir version intégrale n°308.

autorisation de mise sur le marché pour les médicaments » et des « actes nécessaires à leur réalisation et à l'obtention de l'autorisation » (art. L. 613-5 d) CPI issu de la loi du 26 février 2007), de la réalisation sous forme de « préparation officinale » de médicaments couverts par un brevet (art. L. 613-5 c) CPI). Enfin, les articles L. 613-5-1 et 2 (transposant l'article 11 de la directive sur les inventions biotechnologiques du 6 juillet 1998), et 613-5-3 CPI font exception aux brevets protégeant des inventions portant sur des végétaux ou des animaux, en autorisant sous certaines conditions le réemploi de leur produit.

Ces exceptions privent le breveté de son droit d'exclure, mais leur portée semble limitée. Certaines paraissent indolores, comme l'usage dans un cadre privé et non commercial. D'autres n'entravent pas directement le breveté dans son exclusivité, puisqu'il continue de pouvoir seul l'exploiter et de s'en réserver tous les fruits. Ce sont les actes accomplis à titre expérimental, ou les exceptions relatives aux inventions portant sur des végétaux ou des animaux, qui n'autorisent pas le tiers à s'approprier les fruits de l'invention mais seulement à user de celle-ci. L'une d'elles permet certes au tiers de tirer profit de l'invention en monnayant son résultat – ce sont les préparations officinales –, mais elle reste relativement marginale. Globalement, ces exceptions paraissent très secondaires. D'ailleurs, elles sont parfaitement tolérées, et personne n'en conteste la légitimité. Justifiées « à la fois par des considérations d'intérêt général (…), parce qu'ils ne causent pas de véritable préjudice au titulaire du brevet et surtout par le fait qu'ils ne constituent pas véritablement une exploitation de l'invention »[96], la doctrine ne songe même pas à les remettre en cause.

Pourtant, à notre sens, même ici, le législateur empiète véritablement sur le domaine réservé du breveté. En effet, quel que soit l'acte envisagé, il s'agit toujours d'un acte d'usage qui émane d'un autre que le breveté. Et si l'invention fait l'objet d'un droit de propriété, alors tous les usages sans exception sont réservés au breveté. Son consentement est nécessaire pour tout usage d'un tiers, fut-il inoffensif. Le droit du propriétaire l'autorise à monnayer tout accès des tiers à son bien, et à toujours rester libre de le refuser.

Même l'usage dans un cadre privé et non commercial constitue une atteinte à l'exclusivité du breveté. Pour la justifier, on argue souvent qu'elle ne cause aucun préjudice au breveté[97]. Et dans ce sens, il est vrai que cet usage n'a d'autre finalité que lui-même, et ne vise rien de plus que la satisfaction immédiate du tiers. Aucune forme d'exploitation de l'invention n'est envisagée, et le tiers ne lui fait produire aucun fruit. Cet usage paraît purement gratuit,

[96] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 310, n°564. Voir aussi J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 74, n°175.
[97] Par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 310, n°564.

presque désintéressé, et il semble effectivement que le breveté n'en ressente aucun préjudice. Pourtant, ceci nous semble faux. Le tiers accomplit ici un acte d'utilisation ou de fabrication. Or, l'article L. 613-3 confère précisément au breveté le droit de le lui interdire. En tant que propriétaire, le breveté est en droit non seulement de refuser cet usage, mais aussi d'exiger en contrepartie une rémunération. Le tiers qui use de l'invention dans le cadre privé utilise le bien d'autrui sans bourse délier, il en tire donc un avantage, un profit qui, si faible soit-il, constitue néanmoins nécessairement une perte pour le breveté. On argue par ailleurs que ce type d'usage, précisément parce qu'il se situe dans le cadre privé, est impossible à contrôler et à sanctionner, si bien qu'il est plus simple, et plus raisonnable, de l'autoriser. Dans cette veine, les économistes soutiennent que le coût d'un tel contrôle dépasserait de beaucoup le profit qui en résulterait pour le breveté. Nous nous rangeons à cet avis : l'usage privé et non commercial d'une invention doit sans doute être toléré. Mais pour autant, il ne s'agit pas ici de poser que celui-ci est légitime, et encore moins de nier qu'il constitue une atteinte au droit exclusif. Il s'agit simplement de capituler devant une difficulté pratique, et de faire preuve de pragmatisme.

A fortiori, les autres exceptions ci-dessus examinées portent, elles aussi selon nous, une atteinte véritable au droit du breveté. Celui qui, au titre de l'article L. 613-5 b) CPI, procède à des expérimentations sur l'invention brevetée n'en retire sans doute aucun profit direct. Mais il est parfaitement admis que cette expérimentation ait pour finalité une amélioration ou une modification de l'invention, dans le but ultime de commercialiser cette amélioration, et donc de concurrencer directement le breveté. Il s'agit bien alors d'obliger le breveté à supporter sans contrepartie la concurrence d'un tiers sur son invention. Et que dire de la loi du 26 février 2007 qui ajoute le d) relatif aux essais en vue de la mise sur le marché ? Le tiers n'a d'autre but que de concurrencer directement le breveté et ses actes d'usage de l'invention protégée ont une finalité commerciale directe. Un auteur explique cette tolérance par la volonté de promouvoir les médicaments génériques, tout en soulignant que « (d)e tels actes, les essais de bioéquivalence, ne constituent pourtant pas à proprement parler des actes d'expérimentation mais bien plutôt des actes d'exploitation de l'invention brevetée puisqu'ils préparent l'exploitation de médicaments génériques incorporant l'invention dès qu'elle sera entrée dans le domaine public »[98]. Quant à celui qui, aux termes des articles L. 613-5-1, 2 et 3 CPI, réutilise par exemple le produit d'une récolte issue de semences protégées, il est sans doute autorisé à recueillir les fruits de sa récolte puisqu'il a acquis valablement les semences

[98] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 312, n°568.

brevetées. En réensemençant ses terres, il ne fait certes qu'user de ce qu'il a récolté, et il lui est interdit de commercialiser ce produit, ce qui constituerait une exploitation concurrente du brevet. Cependant, ce réemploi lui procure effectivement un véritable gain, et corrélativement prive le breveté du profit qu'il aurait recueilli si le tiers avait dû lui acheter de nouvelles semences. Sans doute, l'article 14 de la directive distingue entre les petits agriculteurs, qui peuvent procéder ainsi gratuitement, et les autres, qui doivent pour ce faire payer une redevance au breveté. Celle-ci est cependant « sensiblement inférieure au montant perçu pour la production sous licence »[99] : tantôt non rémunéré, tantôt rémunéré mais « au rabais », le breveté doit ici encore supporter qu'un tiers tire un profit direct de son invention. Et que dire de l'article L. 613-5 c) CPI, qui organise une véritable concurrence au droit exclusif ? Le pharmacien qui réalise des préparations officinales agit dans un but purement intéressé, aux fins de tirer un profit pécuniaire direct d'une invention sur laquelle il n'a aucun droit. On peut toujours souligner son importance économique très marginale, ou le fait que la Santé publique l'exige, il reste que cette exception « constitue bien une exploitation commerciale de l'invention »[100]. En résumé, pour tous ces tiers, l'usage de l'invention est gratuit, et leur procure cependant un gain. L'invention protégée produit un fruit qui devrait normalement échoir au breveté, lequel subit donc un préjudice. Il est ici privé non seulement de la faculté de s'opposer à ce qu'un tiers use de son invention, mais on lui impose de surcroît d'en souffrir, puisqu'il subit gratuitement qu'un tiers s'accapare le profit qui est logiquement sien.

Globalement, il ne nous semble donc pas possible de nier qu'il s'agisse de véritables exceptions. On peut tenter d'en minimiser la gravité en les qualifiant de simples entorses au principe exclusif. Et nous ne songeons pas à nier qu'il s'agit d'aménagements nécessaires au bon fonctionnement du système des brevets, ni à contester la légitimité que leur confère leur origine légale. Par ailleurs, nous admettons volontiers que leur poids économique et le préjudice subi par le breveté restent marginaux. Pour autant, nous voulons simplement souligner qu'au plan des principes, il est à notre sens impossible d'y voir de modestes atténuations à l'hégémonie du breveté sur son invention. Il s'agit de véritables exceptions : elles éloignent le droit de brevet du droit exclusif d'un propriétaire. Et les atteintes au droit exclusif du breveté sont loin de s'arrêter là.

[99] Cité par F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 313, n°569.
[100] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 312, n°568.

β. Les remises en cause du principe exclusif

37. L'exception de possession personnelle antérieure. D'une part, à l'article L. 613-7 CPI, le législateur oblige le breveté à partager directement l'exploitation de son invention en reconnaissant, sous certaines conditions, à un tiers un droit de possession personnelle antérieure[101]. Ici, le breveté est privé du droit d'agir en contrefaçon contre celui qui exploite l'invention concurremment avec lui. Sa jouissance économique n'est donc pas exclusive mais partagée.

Certes, les conditions de ce partage sont strictes : le possesseur doit avoir commencé l'exploitation avant le dépôt de brevet par le breveté ; il doit exploiter lui-même l'invention, qu'il ne peut ni céder ni concéder par voie de licence ; il ne peut transmettre son droit qu'avec l'entreprise à laquelle il est attaché. Néanmoins, il reste que le droit du breveté n'est alors pas exclusif, loin s'en faut. Il ne peut s'opposer à cette concurrence, ni même exiger une quelconque contrepartie. Et l'exploitation concurrente n'est ici pas indolore, ni simplement ponctuelle, comme c'était le cas pour les exceptions précédemment citées. Il ne s'agit pas seulement d'un seul ou de quelques actes isolés, dénués de finalité commerciale à grande échelle. C'est au contraire une entreprise délibérée de la part d'un exploitant, qui se fixe pour seul et unique but de tirer un profit économique maximum d'une invention par ailleurs appropriée par un tiers. Autrement dit, le breveté se voit ici refuser une partie importante des fruits de son invention, et imposer une perte commerciale sérieuse.

On ne peut plus dire que l'atteinte à son droit exclusif est marginale, ou secondaire, sorte de corollaire accidentel ou de dommage collatéral. Il s'agit d'une « véritable brèche légale dans le monopole »[102]. A notre sens, il n'est même plus raisonnable de parler ici d'exception au principe exclusif, parce que ce terme implique non seulement une atteinte ponctuelle et indolore, mais surtout un déséquilibre entre une position hégémonique de principe et une faible concession au profit d'un tiers. En l'occurrence, il s'agit davantage d'un rééquilibrage entre deux concurrents, du concours de deux droits presque équivalents sur un même bien. Le breveté n'a plus la jouissance exclusive de (son) l'invention – que nous hésitons même à qualifier de sienne –. Il y a partage de la jouissance économique de l'invention entre deux exploitants.

---

[101] Voir J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 271, n°436 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 328, n°602 et s. ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 74, n°175.

[102] Expression de F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 328, n°601.

38. L'épuisement du droit du breveté. D'autre part et surtout, c'est l'article L. 613-6 CPI qui réduit, par le mécanisme de l'épuisement du droit[103], le domaine de l'exclusivité du breveté.

En effet, *a priori*, le titulaire du brevet a, sur le territoire couvert par son brevet, le droit exclusif d'exploiter son invention. Notamment, cela signifie qu'il a le droit de s'opposer à ce que des marchandises brevetées soient importées et commercialisées en France sans son consentement. Parce qu'il détient un monopole sur la commercialisation du produit en France, il a le droit d'exclure les tiers, et peut donc s'opposer à toute importation parallèle. Mais l'article 28 du Traité européen pose le principe de la libre circulation des produits au sein de l'Union européenne. Le Traité autorise donc à importer en France un produit licitement fabriqué à l'étranger, tandis que le droit de brevet autorise le breveté français à agir en contrefaçon : « il y a sur le plan technique antinomie entre les règles relatives à la libre circulation et des monopoles d'exploitation strictement territoriaux »[104].

Pour concilier ces deux règles contradictoires, la Cour de justice des communautés européennes trouve un compromis dans la règle de l'épuisement du droit[105] : elle définit l' « objet spécifique » du droit de brevet, dont elle décide qu'il doit être respecté, mais au-delà duquel le droit du breveté doit céder devant le principe de libre circulation. La solution est consacrée par l'article L. 613-6 du CPI lors de la réforme de 1978. Ainsi, au titre de l'article L. 611-1 CPI, le breveté se voit reconnaître une exclusivité sur l'exploitation de son invention sur le territoire de son brevet. Et pourtant, pour mieux « mesurer le pouvoir de contrôle du titulaire du brevet »[106], il faut examiner les conditions de l'épuisement de son droit.

Globalement, l'objet spécifique du droit de brevet consiste dans « le droit de fabriquer ou de faire fabriquer l'objet breveté et de réaliser la première mise en circulation dans l'Espace économique européen ; au-delà, le droit de brevet ne peut être invoqué pour faire obstacle à la circulation du produit »[107]. Plus précisément, le breveté a donc, sur le territoire donné, « le droit d'interdire aux tiers la fabrication du produit incorporant l'invention (…) et le droit d'interdire la première mise en circulation du produit couvert par le droit »[108]. Il peut aussi s'opposer à toute importation d'un produit fabriqué de manière illicite à l'étranger. Il peut encore s'opposer à l'importation d'un produit issu d'un pays non partie au Traité européen,

[103] Sur la question, voir J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 70, n°141 et s., et p. 269, n°434 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 56, n°94 et s. ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 79, n°187 et s.
[104] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 70, n°142.
[105] CJUE, Centrafarm c/ Sterling Drug, Rec. p. 1161.
[106] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 72, n°145.
[107] *Ibidem*.
[108] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 57, n°96.

puisque la règle de l'épuisement ne concerne que cet espace, l'épuisement international étant écarté[109]. En revanche, sur le territoire donné, l'exclusivité prend fin « après la fabrication du produit et sa première commercialisation par lui-même ou avec son consentement »[110]. Dès lors que le produit a été licitement – c'est-à-dire avec son accord – fabriqué ou mis en circulation sur le territoire, le breveté ne peut donc plus contrôler les « actes de commercialisation subséquente ou d'utilisation »[111]. On dit que le droit exclusif du breveté s'épuise avec la fabrication et la mise en circulation. De plus, lorsque le produit a été licitement fabriqué et mis en circulation dans un autre Etat membre, le breveté ne peut pas non plus s'opposer à son importation en France. Autrement dit, les importations parallèles échappent au contrôle du breveté. Pour résumer, « si le produit a été mis en circulation sur le territoire de l'un quelconque des Etats membres et avec le consentement du titulaire du droit (…), ce droit s'épuise quant aux objets en question, qui doivent alors circuler librement dans l'ensemble de l'Union européenne. Le titulaire du droit ne peut pas non plus objecter la concurrence déloyale à l'importation parallèle »[112].

Le droit exclusif du breveté connaît donc des limites importantes. Certes, « (l)'épuisement du droit ne concerne que la circulation ou la commercialisation de produits couverts par le droit, pas leur fabrication »[113]. Et la CJUE vient nuancer la portée de l'épuisement du droit par le jeu d'une seconde notion, celle de « fonction essentielle ». « La fonction essentielle se réfère à la finalité du droit et permet d'affiner en quelque sorte la détermination de l'objet spécifique ou de préciser les limites du droit. Elle donne la mesure de la justification de l'existence des droits de propriété intellectuelle »[114]. Elle permet parfois d'écarter l'épuisement du droit. Mais il reste qu'à notre sens, on se trouve bien éloigné de la maîtrise exclusive d'un propriétaire. Admettre que le droit puisse « s'épuiser », ou qu'il ne soit exclusif que dans la stricte mesure de son « objet spécifique », c'est cantonner le pouvoir d'interdire du titulaire à certains actes limitativement énumérés. Et ceci n'a pas grand chose à voir avec le pouvoir d'interdire du propriétaire d'une chose corporelle.

C'est bien l'analyse retenue par la CJUE. En effet, les notions d'objet spécifique et de fonction essentielle, et leur application par le droit européen, permettent de mieux cerner la place véritable du principe exclusif face à l'exception de l'épuisement du droit : il est inexact de dire que le droit européen de la concurrence pose exception au droit exclusif du breveté car

[109] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 316, n°575.
[110] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 72, n°145.
[111] *Ibidem*.
[112] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 57, n°95.
[113] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 57, n°96.
[114] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 56, n°93.

il ne s'agit plus, à notre sens, d'une simple exception. De manière générale[115], le droit européen de la concurrence et le droit des propriétés intellectuelles entrent en conflit. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pose des principes : ses articles 34 et 35 posent celui de libre circulation, et les articles 101 et 102 celui de la libre concurrence. Face à cela, les droits de propriété intellectuelle confèrent à leur titulaire un droit exclusif. L'article 36 concilie ces principes contradictoires. Mais, dans l'esprit de la CJUE, la conciliation s'opère au profit des premiers[116]. Ainsi, « certaines restrictions aux principes de libre circulation et, par identité de raisons, de libre concurrence sont admissibles, dès lors qu'elles sont justifiées par la préservation des droits de propriété industrielle ou artistique »[117]. Ce sont donc bien les droits de propriété intellectuelle qui font exception au droit de la concurrence, et pas l'inverse. Et cette exception doit être interprétée strictement. Pour la CJUE, les restrictions ne peuvent concerner que « la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété »[118].

Ici encore donc, et bien davantage que pour les exceptions précédemment citées, le droit du breveté est atteint dans son contenu même. Le rapprochement avec un droit de propriété semble bien improbable.

2. Les exceptions prétoriennes

39. En dehors de toute prévision légale expresse, la jurisprudence contribue elle aussi à l'émiettement du domaine réservé du breveté.

En droit européen de la concurrence, le droit de brevet peut heurter deux dispositions du Traité : l'article 81 qui prohibe les ententes, et l'article 82 qui prohibe l'abus de position dominante. Pourtant, *a priori*, le droit exclusif du breveté ne constitue pas, en soi, une atteinte à ces dispositions. Le breveté ne se trouve pas dans une position dominante par le simple fait qu'il détient un droit exclusif, et c'est ce qu'affirme la CJUE notamment dans l'arrêt Renault : « le seul fait d'obtenir le bénéfice d'un droit exclusif accordé par la loi, droit dont la substance consiste à pouvoir empêcher la fabrication et la vente des produits protégés par des tiers non autorisés, ne peut être regardé comme une méthode abusive d'élimination de la concurrence »[119]. Le breveté a bien le pouvoir d'exclure les tiers, de leur refuser tout usage de

[115] Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 52 et s., n°88 et s.
[116] Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 53, n°88.
[117] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 54, n°90.
[118] CJUE, 17 octobre 1990, Hag 2, aff. C.10/89, Recueil I.3711.
[119] CJUE, 5 octobre 1988, Maxicar c. Renault, Aff. 53/87, Recueil, p.6067.

son invention, même rémunéré. C'est l'essence même de l'exclusivité. L'arrêt Volvo de la CJUE avait posé « le principe que le refus d'accorder une licence, même de la part d'une entreprise en position dominante, parce que la faculté pour le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant ce droit constitue « la substance même de son droit exclusif » »[120]. Autrement dit, le seul fait pour une entreprise d'être en position dominante ne constitue pas un abus. « Le domaine des abus possibles commence là où s'arrête l'exercice des prérogatives comprises dans les limites de l'objet spécifique d'un droit de propriété industrielle »[121].

La CJUE a depuis opéré un revirement de jurisprudence. C'est l'arrêt Magill du 6 avril 1995, à l'occasion duquel le juge fait exception au principe selon lequel l'objet spécifique du droit d'auteur consiste dans le pouvoir d'autoriser ou de refuser l'accès à l'œuvre, et donc dans la faculté de refuser une licence d'exploitation. Désormais, le juge s'arroge le pouvoir de prononcer une licence forcée, considérant que le refus de l'auteur constitue un abus de position dominante dès lors qu'il n'existe pas d'équivalent au produit protégé[122]. L'arrêt Magill est ensuite systématisé par l'arrêt IMS Health du 29 avril 2004[123]. Ces arrêts n'ont pas été rendus en droit des brevets, mais l'ordonnance du président du TPICE dans l'affaire Microsoft le 22 décembre 2004[124] permet leur application au brevet. Désormais donc, le droit de brevet peut, à lui seul, constituer, aux yeux du droit de la concurrence, un abus de position dominante. Dans ce cas, les autorités administratives ou judiciaires utilisent la licence obligatoire pour y remédier, et de ce fait mettent fin à l'exclusivité devenue en elle-même synonyme d'abus. Les juridictions françaises[125] ont admis ce type de licence.

Cette jurisprudence pose un premier problème, au plan des textes : l'article 31 (k) de l'annexe ADPIC prévoit la possibilité d'une telle licence, et mais uniquement « dans les cas où la législation d'un membre permet… ». Certes, d'autres textes permettent les licences forcées : « le règlement 1/2003 consacre la possibilité pour la Commission de prescrire des transferts forcés de technologie pour remédier aux abus de position dominante »[126]. Et « (l)e règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations envisage de tels transferts forcés au titre des engagements que doivent prendre les parties à certaines concentrations afin de permettre à la

[120] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 66, n°106.
[121] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 367, n°828.
[122] Voir *infra* n°85.
[123] D. 2004 n°32, p. 2366.
[124] Déc. T. 201/04, A. Heinemann, Compulsory Licences and Product Integration in European Competition Law-Assessment of the European Commission's Microsoft Decision, IIC 2005, 1, p. 63.
[125] Cappel Paris, 12 février 2004, Propr. intell. Avril 2004, n°11, p. 626.
[126] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 361, n°594.

Commission de déclarer lesdites concentrations compatibles avec les règles du Marché commun »[127]. Mais un auteur souligne que l'arrêt Magill « conduit la Cour à s'attribuer la faculté d'imposer une licence obligatoire non prévue par la loi (ni par les conventions internationales en propriété intellectuelle, traités dont l'un des buts est précisément de limiter la possibilité d'instaurer de telles licences) au titulaire du droit intellectuel… »[128]. Et en tout état de cause, aucun texte français ne donne un tel pouvoir aux juridictions internes, ce qui conduit un autre auteur[129] à se demander s'il ne faudrait pas attendre une intervention législative pour valider ce type de licence.

Cette jurisprudence pose également, et surtout, un problème de fond : en appliquant la théorie des infrastructures essentielles admise en droit communautaire par les arrêts Magill et Health, les juridictions françaises postulent que l'exercice de sa faculté d'exclure par le breveté, c'est-à-dire ce qui fait l'essence même de son droit, peut suffire à constituer une atteinte au droit de la concurrence et le rendre passible d'une sanction. Il suffit que le breveté soit en position dominante, et qu'il refuse de concéder la technique essentielle protégée à des concurrents, pour que le juge français le contraigne par la licence forcée. Ainsi, s'il est en position dominante sur le marché, il est désormais impossible au breveté d'exercer valablement son droit exclusif. Comment mieux dire que le droit de jouir exclusivement de la création n'existe plus ? Un auteur s'insurge de cette jurisprudence Magill qui remet en cause « le principe même du droit exclusif et qui marque une certaine régression dans la compréhension des droits intellectuels par les juges européens »[130].

40. Pour terminer, il faut mentionner le **droit exclusif de l'inventeur salarié**[131]. En effet, le rapport de subordination de l'inventeur avec son supérieur hiérarchique ne constitue pas une exception au sens traditionnel, mais il a une incidence directe sur le pouvoir de l'inventeur sur son invention. Autrement dit, parce que le créateur de l'invention est aussi salarié, le droit exclusif qui devrait être naturellement le sien peut se trouver entamé. Nous renvoyons à la version intégrale[132] pour la mesure de cette entorse.

---

[127] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 361, n°594.
[128] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 66, n°107.
[129] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 325, n°532.
[130] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 66, n°106.
[131] Voir par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 223, n°356 et s. ; J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle, préc.*, p. 192, n°304 et s.
[132] Pour le détail, voir version intégrale n°313.

B. En droit des marques

41. Tout comme le brevet, la marque semble *a priori* protégée par un droit exclusif. C'est bien ce qu'implique l'article L. 713-1 CPI lorsqu'il proclame : « L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque… ». C'est aussi ce qui transparaît des articles L. 713-2 et suivants du CPI, qui dressent une liste des actes que le propriétaire a le pouvoir d'interdire aux tiers. D'ailleurs, quelle meilleure preuve de cette faculté d'exclure que l'article L 716-1 CPI qui attribue au propriétaire le pouvoir d'agir en contrefaçon contre celui qui empièterait sur son domaine réservé ? Et si le doute persistait, la CJUE vient encore de réaffirmer ce principe : « la prérogative essentielle que confère une marque à son titulaire (tient dans) le pouvoir exclusif d'utiliser le signe en cause afin de distinguer des produits »[133].

Et pourtant, les atteintes à l'exclusivité sur la marque sont, ici encore, légion. La doctrine[134] recense plusieurs véritables « exceptions », dont elle distingue certaines « limites ». En réalité, c'est l'analyse du droit de marque en un monopole d'exploitation qui dicte cette dichotomie et nous conduit à la remettre en cause. Pour mesurer le domaine exact du droit exclusif, il faut examiner non seulement les exceptions reconnues, mais aussi les entorses déguisées en limites. Les premières sont des entorses « déclarées » au droit exclusif, et l'on peut dire qu'à peu de choses près, leur légitimité, leur domaine et leur régime sont « acquis » en droit positif, de sorte que nous pouvons les envisager plus rapidement et renvoyer à la version intégrale pour le détail[135]. Ce sont les secondes qui nous arrêtent ici.

A notre sens, les limites sont au nombre de trois, posées par les articles L. 713-1 CPI (1) et L. 713- 2 et 3 CPI (2). Certes, la doctrine ne les conçoit pas comme des exceptions au droit de marque, ni comme des atteintes à l'exclusivisme du propriétaire. Pour elle, le droit sur la marque n'a tout simplement pas vocation à s'appliquer à de tels actes qui ne font pas, par nature, partie du domaine réservé du propriétaire. Autrement dit, il s'agit de limites au droit sur la marque, qui dessinent les frontières de son champ d'application. Mais cet *a priori* nous laisse sceptique parce qu'il suppose d'admettre que le droit exclusif sur la marque n'a pas vocation naturelle à réserver tous les usages possibles de celle-ci, mais seulement certains.

---

[133] CJUE, ord. 19 février 2009, UDV North America, cité par J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 59, n°47.

[134] Voir par exemple J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 241 et s., n°558 et s.

[135] Voir version intégrale n°346 à 368.

En tout cas, dans le cadre de notre examen de la force du droit exclusif, ces limites ne peuvent être ignorées. En les examinant, nous posons le cadre du droit exclusif, le domaine en dehors duquel l'exclusivité laisse la place à la liberté d'usage. De cet examen découlent logiquement les frontières de ce droit. Et si nous décidions simplement d'ignorer ces exceptions, cela reviendrait à prendre pour acquis que le droit de marque n'a pas vocation à couvrir ces usages. Or, c'est sans doute la position d'une grande partie de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation. Mais notre but est de déterminer si le droit de marque peut être qualifié d'exclusif au sens d'un droit de propriété classique. Et pour ce faire, l'examen de ces limites est nécessaire, puisqu'il conduit précisément à définir le degré d'exclusivité du titulaire de la marque.

1. L'article L. 713-1 CPI

Cette première limite (a) connaît elle-même des limites (b).

a. La limite du principe de spécialité

42. Domaine. L'article L. 713-1 CPI peut bien proclamer la propriété de la marque, il s'empresse aussitôt de préciser que « L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés ». Autrement dit, l'objet approprié, c'est seulement la marque dans la stricte mesure des produits ou services qu'elle désigne lors de son enregistrement. Le propriétaire peut effectivement se réserver l'exclusivité de l'*usus* et du *fructus* de sa marque, mais uniquement lorsque celle-ci désigne les produits ou services qu'il a lui-même déterminés. En dehors de ceux-là, il ne peut pas interdire aux tiers d'utiliser cette marque. Ceux-ci peuvent donc, par exemple, la déposer pour désigner d'autres produits ou services, pourvu que les deux marques se placent sur des secteurs non concurrentiels.

C'est le principe de spécialité[136], ainsi consacré implicitement par la loi du 4 janvier 1991. Il fait du droit sur la marque un droit non pas absolu mais relatif[137]. « (L)e droit de propriété industrielle a, ici, un caractère relatif : le titulaire de la marque peut opposer son droit sur le signe à tous les concurrents qui prétendraient utiliser le même signe ou un signe proche pour

[136] Voir par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 713, n°1298 et s. ; A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Thèse, Litec, IRPI, t. 24, 2004, notamment p. 9, n°22.
[137] Par exemple G. BONET, *Préface*, p. XI, dans J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, Thèse Paris II, Litec, IRPI, t. 31, 2007.

désigner les mêmes produits ou des produits similaires. (…) En revanche, le titulaire ne peut prétendre monopoliser l'utilisation du signe dans d'autres secteurs d'activité. Son droit est limité par le principe de spécialité »[138]. « Ce droit, en effet, ne protège pas le signe enregistré en tant que tel ou pour lui-même, comme le droit d'auteur et le droit de brevet le font pour les objets – oeuvre, invention – qu'ils couvrent respectivement. Si le titulaire de l'un de ces derniers droits bénéficie d'une protection absolue qui lui permet, en principe, de s'opposer à toute exploitation de l'objet de son droit, même à des fins ou dans un secteur d'activité différents, le titulaire d'une marque ne jouit en revanche d'un monopole d'exploitation du signe que dans la relation de celui-ci avec des produits ou services déterminés – ceux, précisément, qui sont visés dans l'enregistrement de la marque. Le droit de marque est ainsi un droit relatif ou « spécial », et non absolu, car il ne protège le signe qu'en tant qu'il désigne certains produits ou services »[139].

43. Portée. On peut trouver dans cet article une véritable exception à l'exclusivisme du propriétaire de la marque : comment justifier qu'il ne puisse interdire que certains usages strictement déterminés de sa marque – ceux qui visent les produits ou services enregistrés – et qu'il soit obligé de supporter tous les autres, pourvu qu'ils ne soient pas en concurrence avec son activité commerciale ? Et puisque plusieurs personnes peuvent être valablement propriétaires d'une même marque, d'un même signe, pourvu que celui-ci désigne des produits distincts et non concurrents, comment qualifier le droit d'exclusif alors qu'il est dans ce cas partagé ?

Si le principe de spécialité imprègne littéralement tout la législation française des marques[140], allant jusqu'à façonner la définition même de l'objet réservé – en rendant le signe indissociable des produits ou services qu'il désigne lors de l'enregistrement –, cet état d'esprit trouve également un écho dans la jurisprudence communautaire : ici aussi résonne le caractère relatif du droit de marque. En effet, pour préserver la liberté du commerce et de la concurrence dans l'espace européen, la CJUE doit nécessairement porter atteinte aux droits exclusifs protégés par les propriétés intellectuelles. Déjà, en 1974, elle fait du droit de marque un droit relatif, décidant que « la marque a pour fonction d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque pour la désignation dans le commerce de produits ou de services et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de

[138] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 713, n°1298.
[139] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 47, n°36.
[140] Voir par exemple A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, préc., p. 4, n°7.

la marque pour la commercialisation ou la promotion de produits ou services identiques ou similaires »[141]. Mais elle va ensuite beaucoup plus loin. Depuis l'arrêt Terrapin de 1976, elle décide que la marque a également pour fonction essentielle « de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance »[142]. Et aujourd'hui, la CJUE accorde davantage d'importance à la seconde fonction en date qu'à la première, elle « tend même à occulter purement et simplement la fonction d'exclusivité »[143]. Or, l'on voit bien que la seconde se traduit nécessairement par un cantonnement de la première. Il ne s'agit même plus de la coexistence pacifique d'un domaine exclusif et d'un domaine libre. La CJUE semble désormais concevoir l'exclusivité comme une véritable exception au principe de l'usage libre de la marque. Dans un arrêt de 2002 Arsenal, elle use d'une formule parlante à cet égard : l'exercice du droit de marque doit « être réservé aux cas dans lesquels l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir au consommateur la provenance du produit »[144]. Et encore plus clairement : « la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance »[145]. Autrement dit, dans l'esprit de la CJUE, le droit de marque vise bien entendu à protéger la faculté d'interdire du titulaire, mais celui-ci ne peut exclure les tiers que lorsque sa marque a effectivement pour effet de garantir l'identité d'origine du produit ou service et d'éviter toute confusion. Au contraire, lorsqu'aucune confusion n'est possible, et lorsque les agissements du tiers ne compromettent pas cette garantir d'identité d'origine, le droit d'interdire cesse. Ainsi, la CJUE considère que « l'exploitation d'un signe par un tiers ne peut tomber sous le coup d'un droit de marque que si elle compromet les fonctions de la marque et en particulier la fonction de garantie d'identité d'origine »[146].

On le voit bien, il ne s'agit plus ici d'admettre une restriction ponctuelle au pouvoir exclusif du titulaire de la marque. Cela va beaucoup plus loin : il s'agit de considérer que ce pouvoir exclusif n'a vocation naturelle à exister que dans le strict cadre de cette seconde fonction essentielle, cadre en dehors duquel le titulaire de la marque ne détient tout simplement aucun

[141] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 279, n°233.
[142] CJUE, 18 juin 2002, Philips, Rec. p. I-5475.
[143] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 279, n°233.
[144] CJUE, 12 novembre 2002, Rec. p. I-10273.
[145] CJUE, 18 juin 2002, Philips, Rec. p. I-5475.
[146] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 62, n°50.

droit. Autrement dit, ce que nous concevons comme une exception parce que nous nous fions à l'appellation de « propriété » retenue par le droit positif, laquelle nous semble impliquer un pouvoir d'exclure par principe illimité, n'est vu par le législateur, le juge et la doctrine que comme une limite, qui trace la frontière entre le droit exclusif d'une part et la liberté d'autre part. Un auteur exprime clairement cette analyse sous-jacente : « en raison de la fonction d'identification de produits ou services déterminés assignée au signe qu'il a pour objet, le droit de marque ne protège pas le signe en lui-même, contre toute forme d'exploitation non autorisée, mais seulement la relation de ce signe avec ces produits ou services – précisément ceux énumérés dans l'enregistrement, qui ont vocation à être désignés sous la marque. Au-delà du cercle constitué par ces produits ou services, le droit de marque n'existe tout simplement pas. Ce cercle constitue ainsi le périmètre du droit de marque. C'est en cela que l'on dit que la marque est soumise au principe de spécialité »[147].

On le voit, le pouvoir pour le titulaire d'une marque d'exclure les tiers de toute immixtion apparaît de plus en plus comme une véritable peau de chagrin. Pourtant, et contre toute attente, la doctrine presque unanime maintient à ce stade que le droit sur la marque est exclusif. Même s'ils voient dans le principe de spécialité un fondement du droit des marques, ils maintiennent que le droit de marque, dans la stricte mesure de sa spécialité, est exclusif.

Sans doute, certains auteurs s'inquiètent de la jurisprudence communautaire. Un auteur critique ainsi la CJUE qui va encore plus loin, et pour lui trop loin : réduire l'exclusivité au seul cas où le tiers provoque la confusion du public est trop extrême. Il existe des hypothèses intermédiaires où, sans aller jusqu'à étendre l'exclusivité à toute utilisation de la marque, le tiers peut sans créer de confusion néanmoins user de la marque d'une manière qui ne doit pas être tolérée et ressortit du domaine réservé du titulaire de la marque. « (I)l serait anormal de permettre à un opérateur de profiter de la réputation attachée à une marque d'un concurrent pour la seule raison qu'il prend soin de ne pas créer un tel risque de confusion, ou de le dissiper, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Arsenal ou comme dans les affaires de marque d'appel ou d'usage de marque dans des tableaux de concordance. Si le titulaire n'avait pas la faculté d'interdire aux tiers un usage de ce type, il pourrait en résulter un large usage du signe par les tiers ayant finalement pour effet de priver le titulaire de véritable monopole d'exploitation du signe (…) »[148]. La doctrine s'inquiète donc de la disparition de la fonction d'exclusivité au profit d'une seule fonction essentielle, celle de garantie d'identité

[147] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 276, n°231. Dans le même sens, J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., 2007, p. 11, n°8.
[148] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 280, n°233.

d'origine, dans l'arrêt Arsenal. Et finalement, elle semble rassurée par l'arrêt L'Oréal/Bellure du 18 juin 2009 qui réaffirme la coexistence de ces deux fonctions : la disparition de la fonction d'exclusivité impliquerait que seule la confusion justifie l'action en contrefaçon, ce qui serait par trop réducteur.

De manière générale donc, la doctrine refuse de trouver dans le principe de spécialité une atteinte au droit de propriété, et concilie au contraire parfaitement celui-ci avec le principe d'exclusivité : « dans les limites de sa spécialité, la marque enregistrée est l'objet d'un droit exclusif, qui peut être qualifié de droit de propriété »[149]. Le raisonnement est le suivant : l'objet du droit de propriété n'est pas le signe en soi, mais seulement le signe en tant qu'il désigne tel produit ou tel service. Ainsi réduit, l'objet approprié est effectivement soumis au pouvoir exclusif de son propriétaire qui peut, comme l'exprime l'article L. 713-1 CPI, exclure les tiers de toute jouissance de sa marque dans sa relation avec les produits et services qu'il a désignés lors de l'enregistrement. Peu importe qu'il ne détienne pas d'exclusivité sur l'usage du signe en dehors de ces produits ou services, puisque celui-ci est alors distinct de l'objet – restreint – de son droit exclusif. En résumé, pour postuler que le droit sur la marque est tout à la fois relatif et exclusif, il suffit de cantonner l'objet protégé de manière à lui faire épouser les contours – rétrécis – du droit exclusif. Il est alors possible de dire que le propriétaire a, sur son signe ainsi circonscrit, le droit d'exclure les tiers de toute immixtion.

Nous voulons bien admettre cette lecture, et renoncer à trouver ici une exception au principe exclusif, pour plusieurs raisons. D'abord, le principe de spécialité se justifie par des considérations d'opportunité[150] : si le législateur accorde la protection d'un droit exclusif sur la marque, c'est dans le but de protéger l'investissement de l'exploitant contre la concurrence déloyale et de garantir la provenance du produit ou service pour éviter la confusion du client. Pour ce faire, le principe de spécialité cantonne le domaine réservé à ce qui est strictement nécessaire, et une protection plus étendue de la marque serait inutile. Elle ne serait d'ailleurs pas méritée, puisque la marque n'est pas une véritable création, contrairement à l'œuvre ou à l'invention, dont la protection plus étendue constitue la récompense de la collectivité pour l'enrichissement qu'elle lui apporte[151]. Elle serait enfin contre-productive puisqu'au lieu de promouvoir un commerce loyal, elle autoriserait le propriétaire à se réserver un signe sans que celui-ci désigne un produit ou service. Paralysant la libre concurrence, elle constituerait finalement une entrave à la libre circulation des marchandises et à la liberté du commerce.

---

[149] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 277, n°231-1. Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 900, n°1555 ; et p. 713, n°1298.

[150] Voir A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, préc., p. 1 et s., n°1 et s.

[151] Dans ce sens, J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 48, n°37.

Ensuite, mais c'est une opinion plus personnelle, le principe de spécialité permet à notre sens de mieux cerner la véritable nature de ce bien qu'est la marque. En effet, ce qui a une valeur, ce qui constitue un bien, ce n'est pas le signe en soi car, détaché des produits qu'il désigne, il n'a aucune valeur. Ce qui a une valeur, c'est le signe en tant qu'il désigne des produits ou services aux yeux du public. Ce n'est pas tant la marque, mais surtout son lien avec le produit que le propriétaire veut se réserver. Concrètement, c'est le pouvoir d'attraction de la marque sur les clients qui intéresse le propriétaire, et cela ne peut être séparé des objets, produits ou services, auxquels le public associe cette marque. Autrement dit, il nous semble effectivement exact de dire que l'objet approprié n'est pas le simple signe, mais le signe pris dans sa relation au produit. « Le droit des marques ne porte pas sur le signe choisi, pris en lui-même : il couvre le signe dans sa relation aux produits ou services que l'on entend distinguer »[152]. Et puisque, ainsi réduit, l'objet approprié est effectivement réservé à son propriétaire, il nous semble acceptable de dire que le droit sur la marque ainsi définie est exclusif.

Mais surtout, la marque, ce bien tel qu'on vient de le circonscrire, nous apparaît sous un jour nouveau : il est pour nous une véritable création. A rebours de l'opinion classique[153] qui distingue parmi les propriétés intellectuelles les créations (littéraires, artistiques, industrielles, dessins et modèles) et les non-créations (signes distinctifs), nous pensons que les signes distinctifs, et ici plus particulièrement la marque, en sont aussi. Si on les appréhende comme des signes objectifs, détachés de ce qu'ils sont censés désigner, on peut effectivement douter de la créativité de leur auteur. Mais il faut relever que la marque est soumise au principe de spécialité, ce qui indique bien qu'elle est inséparable de ce qu'elle désigne. Pour nous, cela signifie qu'elle ne se suffit pas à elle-même, qu'elle doit être appréhendée avec les objets qu'elle désigne, et pour le message subjectif qu'elle véhicule. Or, ce lien entre le signe et le public est, quant à lui, une véritable création, qui implique le talent de celui qui le forge au fil du temps et des efforts. Bien entendu, nous ne nions pas que l'œuvre littéraire implique un niveau de créativité sans commune mesure avec la marque. Il reste cependant que cette dernière n'en est pas totalement dénuée. Et le principe de spécialité fait à notre sens ressortir la subjectivité de la marque, caractère qui la relie aux autres formes de création.

D'ailleurs, cette conception de la marque n'est pas complètement isolée. Pour un auteur, créer ne se résume pas à inventer, fonder, produire. Dans son sens ancien et large, créer signifie extraire du néant. « L'élément le plus important réside en ce que cette création est le résultat

[152] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 713, n°1298.
[153] Par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 713, n°1298 ; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 2, n°3.

d'un travail intellectuel, cet effort si particulier de l'intelligence, de va-et-vient entre le fait et l'idée. Or, les signes distinctifs sont, vus sous cet angle, des formes de création, la création d'une identité, d'une « image » pour un produit, pour un service ou pour une entreprise dans ses activités commerciales »[154].

En tout état de cause, cet article L. 713-1 CPI doit être lu jusqu'au bout, puisqu'il affirme dans le même souffle un droit exclusif et un principe de spécialité. Si nous admettons que leur conciliation soit possible, et même souhaitable, dans la mesure où l'on pose que la marque circonscrite à l'objet enregistré est effectivement exclusive, il reste impossible d'ignorer cette première entorse à l'exclusivité : le propriétaire de la marque ne détient le pouvoir d'exclure les tiers de toute jouissance de sa chose que dans la stricte mesure des produits ou services qu'il a enregistrés. Son pouvoir exclusif est avant tout relatif.

b. La limite de la limite : le paradoxe de la marque renommée ou notoire

44. Pour être complet sur ce point, nous voulons citer ici l'article L. 713-5 CPI qui, loin de poser une exception ou une limite supplémentaire, apporte au contraire un tempérament, « une limite à la spécialité »[155], qui vient en quelque sorte restaurer l'exclusivité sur la marque, mais seulement lorsque celle-ci est renommée ou notoire : « La reproduction ou l'imitation » d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur « si elle » est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si « cette reproduction ou imitation » constitue une exploitation injustifiée de cette dernière.

Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables à l'emploi d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle précitée ».

Dès à présent, nous voulons préciser que nous renonçons à définir de manière définitive les notions de marque notoire et de marque renommée[156]. La première comme la seconde font l'objet d'une abondante littérature, et chaque auteur retient une définition qui lui reste personnelle. La jurisprudence est loin d'être fixée et le législateur reste silencieux.

---

[154] J.-C. GALLOUX, *Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ?*, dans *Liber amicorum* George Bonet, IRPI, Litec 2010, p. 207.

[155] G. BONET, *Avant-propos*, p. XII, dans A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, préc.. Voir dans le même sens A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, préc., p. 168, n°320.

[156] Sur la question, voir les développements détaillés de A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, préc., p. 335 et s., n°682 et s. Voir aussi J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 113, n°82.

Globalement, il est possible de distinguer deux conceptions, parmi lesquelles nous ne choisissons pas. Pour les tenants des théories égalitaires, « la marque renommée et la marque notoirement connue présentent un degré de notoriété égal et se distinguent uniquement par l'existence ou l'absence d'enregistrement »[157], tandis que pour ceux des théories hiérarchiques, « ces deux notions entretiennent un rapport hiérarchique, l'une jouissant d'un degré de notoriété plus élevé que l'autre »[158].

45. Domaine. Pour une marque classique, le principe de spécialité signifie que le propriétaire peut interdire l'usage de la marque par les tiers pour les produits ou services identiques ou similaires à ceux qu'il a mentionnés dans l'enregistrement. Il s'agit de protéger l'exploitation de sa marque par le propriétaire, et il suffit pour cela que les actes de concurrence soient sanctionnés. A l'inverse, en dehors de l'exploitation des produits ou services déterminés, l'usage de la marque pour d'autres produits ou services non concurrents n'est pas interdit. Au contraire ici, le législateur prévoit, lorsque la marque est renommée à l'alinéa 1, ou notoire à l'alinéa 2, que le pouvoir d'exclure de son propriétaire peut s'étendre au delà de son domaine de spécialité, et qu'il peut interdire l'usage de la marque même pour des produits ou services qui n'ont aucun rapport avec ceux que lui-même exploite sous la marque. *A priori* bien entendu, la règle générale s'applique et le tiers peut déposer le signe pour désigner des produits ou services différents même si la marque est renommée ou notoire. Mais, dans ce cas précis, il suffit au propriétaire de cette marque d'établir qu'il peut subir un préjudice ou que l'usage de la marque par ce tiers est fautif, pour pouvoir l'interdire. C'est l'oeuvre de la jurisprudence, consacrée par l'article L. 713-5 CPI qui transpose la directive sur ce point facultative.

Ici donc, il ne s'agit pas d'une exception au principe exclusif, mais au contraire d'un renforcement de celui-ci. Alors que le droit de marque est normalement qualifié de relatif, celui qui réserve une marque renommée ou notoire peut être dit absolu[159] : il est soustrait au fameux principe de spécialité. Lorsque le principe exclusif prend fin, c'est-à-dire lorsque l'usage de la marque concerne des produits ou services distincts et non concurrents de ceux enregistrés sous la marque, c'est un régime de protection autonome qui prend le relais. Sur le fondement de la responsabilité délictuelle, le titulaire de la marque peut étendre la protection de sa marque au-delà de son terrain exclusif. Et s'il ne dispose alors plus d'un droit exclusif

[157] A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, préc., p. 336, n°686.
[158] *Ibidem*.
[159] Dans ce sens, G. BONET, *Préface*, p. XI, dans J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc.

au sens propre, il dispose néanmoins d'une protection spéciale[160], dont le jeu rappelle bien davantage celui d'un droit privatif que d'une simple action en responsabilité. D'ailleurs, contrairement au droit français qui distingue pour la marque française entre ces deux types de protection, le règlement sur la marque communautaire place la protection de la marque renommée directement dans le cadre de la protection de la marque classique, à savoir sous l'égide du droit exclusif. Un auteur se demande ainsi si « avec le temps, la protection spéciale de la marque renommée ne va pas finir par être rattachée, dans la jurisprudence communautaire ou interne, au droit exclusif, comme dans le règlement sur la marque communautaire »[161]. Malgré la différence de régime, cette protection apparaît donc bien comme une extension du droit exclusif.

46. Portée. Pour autant, sa réception par la doctrine[162], la jurisprudence et le législateur, apparaît quelque peu paradoxale : loin d'y trouver un simple prolongement du pouvoir exclusif du propriétaire de la marque, on y lit à l'inverse – et non sans ironie – une véritable exception, cette fois au principe de spécialité : « les deux catégories – marque notoire et marque de renommée – servent à restreindre des principes fondamentaux du droit des marques »[163]. Et l'on préconise d'en retenir, comme pour n'importe quelle exception, une définition étroite, qui limiterait son champ d'application à de rares hypothèses de marques extrêmement connues[164]. On déplore ainsi la jurisprudence de la CJUE qui opterait quant à elle pour « une définition très libérale et, à notre sens, fort peu rigoureuse de la « marque de renommée » » [165]. Autrement dit, ledit principe de spécialité est tellement ancré dans les mentalités, et le cantonnement subséquent du pouvoir du propriétaire si bien admis par tous, que c'est le rétablissement de la faculté d'exclure là où on l'avait retirée qui fait figure d'exception. En effet, le principe de spécialité est généralement relié à celui de la liberté du commerce[166], et c'est seulement par exception, lorsque certaines conditions strictes sont réunies, qu'il est admis d'y porter atteinte. Le raisonnement consiste à dire que, malgré la liberté laissée par le principe de spécialité pour les tiers d'user d'une marque en dehors de son domaine de spécialité, il est parfois possible, lorsque de tels agissements se révèlent néanmoins abusifs et préjudiciables au propriétaire, de faire exception à cette liberté – de

[160] Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 515, n°374, et p. 550, n°388.
[161] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 552, n°389-1.
[162] Par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 844, n°1474.
[163] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 844, n°1474.
[164] Par exemple, A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, préc., p. 327 et s., n°667 et s.
[165] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 844, n°1474.
[166] Notamment F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 714, n°1301.

principe – et de poser une « exception ». Ainsi, là où nous lisons le renforcement ponctuel du pouvoir exclusif du propriétaire sur sa marque, le droit positif lit seulement la sanction d'un agissement parasitaire.

On mesure ici encore à quel point le pouvoir exclusif du propriétaire d'une marque est loin de constituer le cœur de son droit. Le droit sur la marque est avant tout façonné par sa fonction économique, celle d'identification du produit aux yeux du public. Le droit du propriétaire passe au second plan, face à la promotion d'une concurrence loyale. C'est le principe de spécialité, le caractère relatif du droit de marque qui constitue son essence, « qui irradie véritablement tout le droit des marques en déterminant la mise en œuvre de l'essentiel de ses règles »[167]. Et pour nous, le principe de spécialité apparaît comme l'antithèse du principe exclusif. Non pas que le propriétaire soit complètement privé de son droit, mais simplement, on peut avancer que ce n'est pas tant la protection du propriétaire qui guide le droit positif, c'est davantage celle de la loyauté et de la transparence du commerce. Et par suite, la manière de concevoir le droit sur la marque s'en trouve directement influencée.

2. Les articles L. 713-2 et 3 CPI

La limite qu'ils posent est d'abord implicite (a), elle est ensuite explicite (b).

a. La limite implicite des articles L. 713-2 et 3 CPI : l'exigence d'un usage de la marque à titre de marque dans la vie des affaires

47. Domaine. Il faut lire entre les lignes des articles L. 713-2 et L. 713-3 CPI. Ces deux articles dressent une liste des actes que le propriétaire de la marque peut valablement interdire aux tiers, ou autoriser. Il s'agit donc d'une description du domaine réservé du propriétaire, ce que corrobore l'article L. 516-1 CPI qui rattache à ces deux textes la sanction de la contrefaçon. *A priori* donc, il n'est pas question ici d'exceptions ou de limites, mais bien du principe même de l'exclusivité : il s'agit de tout ce que le propriétaire peut choisir de faire seul, et dont il peut exclure quiconque.

Mais précisément, décrire positivement tout ce que le propriétaire peut interdire, c'est aussi décrire négativement tout ce qu'il ne peut pas interdire. Confronté à un acte d'usage par un tiers, celui qui veut agir en contrefaçon doit s'assurer que celui-ci entre dans les prévisions de

[167] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 49, n°38.

ces deux articles. Et en dehors des actes énumérés dans ces textes, et puisque l'action en contrefaçon ne peut sanctionner que ceux-ci, le propriétaire de la marque est privé de son pouvoir d'interdire.

Néanmoins, il faut rappeler que le droit français doit être interprété conformément à la directive européenne. Et sur ce point, l'article 5 de la directive de 1988 ne procède pas de la même manière que le législateur français. Au lieu d'établir une liste des actes interdits aux tiers, celui-ci appréhende « l'ensemble des prérogatives du titulaire de la marque au travers d'une notion unique : celle d'« usage » du signe constituant la marque »[168]. Ainsi, là où l'énumération du droit français pouvait conduire à exclure *a contrario* les actes d'usage non expressément visés, la directive et sa définition plus large semblent *a priori* dessiner pour le droit exclusif un champ d'application plus large. Et pourtant, il n'en est rien.

En effet, d'une part, l'énumération du législateur français est formulée dans des termes qui permettent en réalité de couvrir la plupart des usages, ce qui rejoint la définition communautaire. D'autre part et surtout, c'est en réalité le droit communautaire qui vient réduire la portée du droit exclusif du titulaire de la marque : seuls certains usages de la marque portent atteinte au droit exclusif. On peut certes le déduire d'une interprétation *a contrario* des articles L. 713-2 et 3 CPI : ils excluent du domaine réservé du propriétaire tous les actes qui n'ont pas de dimension commerciale. En visant les actes d'exploitation du propriétaire, ils refusent logiquement de réserver au propriétaire ceux qui ne consistent pas à exploiter commercialement la marque. Mais on peut surtout le constater à l'examen du droit européen : les termes de la directive comme ceux de la CJUE sont clairs, et le domaine réservé au titulaire de la marque est très loin de couvrir tous les usages.

Plus précisément, la CJUE opère un compromis entre le droit de marque et les principes de libre concurrence et de libre circulation. Pour trancher, elle définit l'objet spécifique et la fonction essentielle du droit de marque, et décide que, pour pouvoir valablement porter atteinte à ces principes, le titulaire de la marque doit l'exercer dans le respect des deux notions mentionnées. Autrement dit, quelles que soient les prérogatives reconnues par la loi nationale, leur titulaire ne peut s'en prévaloir que s'il respecte l'objet spécifique et la fonction essentielle de la marque[169]. « En matière de marques, l'objet spécifique de la propriété commerciale est notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque pour la première mise en circulation d'un produit et de le protéger ainsi contre les concurrents qui

[168] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 45, n°32.

[169] Dans ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 241, n°558.

voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque »[170]. Et la fonction essentielle de la marque consiste « à garantir aux consommateurs l'identité d'origine du produit »[171], « en leur permettant de distinguer sans confusion possible ce produit de ceux qui ont une autre provenance »[172].
On le voit, la CJUE propose ainsi une définition du contenu du droit de marque qui n'est pas explicitement celle du législateur français, mais qui peut être rapprochée de la lecture « entre les lignes » que nous avons proposée des articles L. 713-2 et 3 CPI. L'étendue du pouvoir d'exclure du propriétaire de la marque se résume donc à la seule exploitation commerciale de celle-ci. Le droit sur la marque protège l'intérêt commercial de son titulaire, mais uniquement contre les agissements de tiers qui voudraient eux aussi tirer un bénéfice commercial de cette marque. Toute autre forme d'agissement sur la marque, émanant d'un tiers, est étrangère au domaine réservé du propriétaire qui ne peut l'interdire. On quitte alors le domaine du droit de propriété, et celui de l'action en contrefaçon. Seule la responsabilité civile, avec ses conditions spécifiques, peut protéger le propriétaire de la marque.

48. Conditions. Et plus précisément, la doctrine dégage deux conditions cumulatives, dont la réunion est nécessaire pour que l'acte examiné ressortisse du domaine réservé de la marque : « un signe ne peut être déclaré contrefaisant que s'il est exploité dans la vie des affaires et dans la fonction d'une marque » [173]. Ces conditions dessinent donc les frontières, « les limites intrinsèques, ou le périmètre, de la protection du droit de marque »[174].
Premièrement donc, l'usage de la marque par un tiers est autorisé lorsqu'il se situe en dehors de la vie des affaires. Cette condition n'est pas prévue expressément par la loi de 1991, pas plus d'ailleurs que par les lois antérieures. On peut penser que cette limite est néanmoins implicite dans le texte français, étant donné que « de nombreux actes qualifiés de contrefaisants par les articles L. 716-9 et L. 716-10 du CPI, ne sont constitués que si la marque accompagne l'offre ou la commercialisation d'un produit ou service ou y est destinée. Ces dispositions permettent d'illustrer, au moins dans une certaine mesure, que la sanction de la contrefaçon est d'abord réservée aux actes qui tendent à tirer un profit commercial

[170] CJUE, 31 octobre 1974, Centrafarm, Aff. 16/74, Recueil, p. 1183.
[171] CJUE, Terrapin c/ Terranova, cité par J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 334, n°742. Voir également CJUE, Arsenal Football Club, 12 novembre 2002, aff. C-206/01.
[172] CJUE, Centrafarm, 23 mai 1978, cité par J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 334, n°742.
[173] Par exemple, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 241, n°560.
[174] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 284, n°235.

illégitime de l'usage d'une marque »[175]. Au demeurant, il faut relever que les articles L. 713-2 et 3 transposent l'article 5, §1er de la directive qui, quant à lui, indique bien que le titulaire de la marque peut interdire certains actes des tiers non autorisés à la condition qu'ils soient accomplis « dans la vie des affaires ». La directive ne laisse sur ce point aucune marge de manœuvre et l'on peut regretter que le législateur français n'ait pas expressément repris cette exigence[176].

Si l'on peut hésiter sur le domaine de la protection accordée par la loi, il est également difficile de cerner la position retenue par le juge français. Il a parfois été tenté d'adopter une conception classique du droit de marque, rapprochant son principe exclusif de celui d'un véritable propriétaire, par des attendus tels que « la contrefaçon résulte de la reproduction des éléments caractéristiques d'un signe protégé au titre de la marque, quelle que soit l'utilisation qui en est faite »[177], ou encore « le titulaire d'une marque joui(t) sur celle-ci d'un droit absolu qui lui permet d'en interdire la reproduction par un tiers à quelque titre que ce soit »[178]. Mais cette analyse est rejetée par certains auteurs favorables à une conception étroite du droit de marque : « le postulat selon lequel le caractère absolu du droit privatif permet à son titulaire de s'opposer à tout usage du signe, quel qu'en soit le contexte (…) doit être rejeté et on s'accorde désormais pour considérer que la portée du droit privatif doit être déterminée au regard des fonctions de la marque »[179].

Dans ce sens et plus récemment, « les magistrats français prenaient dans leur jurisprudence de facto en compte cette référence en considérant que, dès lors qu'une marque n'était pas utilisée dans la vie des affaires, une référence à cette marque restait possible dans le cadre, notamment, d'un usage descriptif ou purement polémique »[180]. Ce sont alors d'autres auteurs qui critiquent cette attitude plus sévère à l'égard du titulaire de la marque : « les articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle ont un objet beaucoup plus large que la seule « vie des affaires ». L'atteinte à la marque peut ainsi être constituée par des actes illicites qui interviennent indépendamment de cette vie commerciale nébuleuse ou de la

[175] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 62, n°191.
[176] Dans ce sens, J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 287, n°236.
[177] Cass. Com., 23 nov. 1993, RD Propr. Intell. 1994, n°51, p. 64.
[178] CA Paris, 13 oct. 1999, PIBD 2000, n°704, III, 424.
[179] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 235, n°171.
[180] E. BAUD, *Contentieux du droit des marques : la liberté d'exp*ress*ion menace-t-elle le monopole du titulaire de marque ?*, dans *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 422, renvoyant à CJUE 14 mai 2002, aff. C-2/00 Hölterhoff / Freiesleben ; CA Paris, 30 avril 2003, Gaz. Pal., 2003, n°365 (jeboyecottedanone) ; CA Paris, 26 févr. 2003, Légipresse, n°200, avr. 2003, p. 41 (E$$O).

compétition entre les entreprises »[181]. L'auteur invoque dans son sens la jurisprudence qui avait choisi cette analyse plus large, en admettant qu'une association à but non lucratif puisse néanmoins être sanctionnée pour contrefaçon parce qu'elle avait agit « dans la vie des affaires », et peu important qu'il n'y ait pas de concurrence commerciale avec le propriétaire de la marque[182].

Aujourd'hui, il semble que la jurisprudence retienne une conception plutôt étroite, choisissant de réduire le champ de la protection accordée au propriétaire de la marque. « L'imitation d'une marque, pour être sanctionnable, devra être le fait non seulement d'une entreprise (et non plus d'une simple personne physique), commerciale (ce qui exclut les associations, les établissements publics à caractère administratif, etc.), mais cette entreprise devra être en concurrence avec le titulaire de la marque »[183]. En tout état de cause, les juges français n'ont ici pas réellement de marge de manœuvre : la directive et son application directe aux juges nationaux impliquent de cantonner le domaine réservé à la seule vie des affaires[184].

D'ailleurs, cette limite s'impose par la seule lecture de la jurisprudence de la CJUE : lorsqu'elle définit les fonctions essentielles du droit de marque, elle ne fait pas autre chose que souligner la nature exclusivement économique de l'usage réservé à son titulaire. La doctrine fait écho au juge communautaire et justifie cette limite en rappelant que le droit de marque est un droit finalisé, dont le régime est déterminé par la fin que le législateur lui assigne. Ainsi, « la marque répond à deux objectifs : celui d'assurer au titulaire de la marque une position de faveur sur le marché, mais aussi celui d'y protéger les intérêts du consommateur. Du point de vue du titulaire, elle permet l'attachement de la clientèle. Du point de vue du client, elle guide l'acte de consommation. Quel que soit l'angle que l'on privilégie, la marque n'a donc d'utilité que sur le marché, c'est-à-dire en présence d'une offre de produit ou de service à la consommation. Ne jouant son rôle que si elle accompagne l'offre ou la promotion de produits ou de services, ses fonctions seront logiquement altérées seulement si son usage est effectué à ces fins »[185].

---

[181] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* Comm. Comm. Electr., avr. 2003, p. 22. , cité par E. BAUD, *Contentieux du droit des marques : la liberté d'expression menace-t-elle le monopole du titulaire de marque ?*, préc., p. 422.

[182] CA Paris, 8 janv. 1979, PIBD 1979, 242, III, 294 ; et TGI Paris, 4 juill. 2001, Danone / Olivier M., cités par E. BAUD, *Contentieux du droit des marques : la liberté d'expression menace-t-elle le monopole du titulaire de marque ?*, préc., p. 423.

[183] E. BAUD, *Contentieux du droit des marques : la liberté d'expression menace-t-elle le monopole du titulaire de marque ?*, préc., p. 423.

[184] Dans ce sens, J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 265, n°194.

[185] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 258, n°186.

Mais qu'est-ce qu'un usage dans la vie des affaires ? L'arrêt Arsenal de la CJUE le définit comme celui qui « se situe dans le contexte d'une activité commerciale visant un avantage économique et non dans le domaine privé »[186]. Mais cela ne se limite pas au domaine strictement commercial, et il suffit que l'usage se fasse dans le cadre d'une activité professionnelle[187]. Un auteur[188] déplore cette incertitude et le manque de précision, car il existe de nombreuses zones d'ombre entre les deux extrêmes. Il rappelle que la directive doit être interprétée à la lumière de l'Accord ADPIC qui retient des termes un peu plus précis : le titulaire de la marque peut interdire un usage non autorisé « au cours d'opérations commerciales »[189]. Et dans l'arrêt Arsenal, l'avocat général retient quant à lui une conception singulièrement restrictive du droit exclusif : le titulaire de la marque est très loin de pouvoir interdire tout usage. Ce « n'est pas n'importe quelle utilisation présentant un avantage matériel pour l'utilisateur ni même une utilisation qui serait susceptible d'être traduite en termes économiques, mais uniquement (…) l'utilisation faite dans la vie des affaires, dans les échanges commerciaux qui ont pour objet, précisément, de distribuer des biens ou des services sur le marché »[190].

Il faut enfin préciser que la vie des affaires implique une commercialisation du produit, ce qui conduit la CJUE à exclure la contrefaçon en cas de simple transit de marchandises[191]. On peut relever que si, dans la conception de la CJUE, le transit de marchandises ne fait pas partie du domaine naturel de la marque, et constitue donc une limite, au contraire certains auteurs[192] le présentent comme une exception au droit de marque, ce qui implique que celui-ci se voit ponctuellement privé d'un pouvoir qu'il devrait naturellement pouvoir exercer. Cela illustre la conception sévère de la CJUE, qui attache au droit exclusif des frontières bien plus étroites que le droit français *a priori*.

En résumé, il faut que la marque soit utilisée par le tiers « dans une certaine perspective, afin d'en retirer un avantage économique »[193]. Et cela exclut de fait la sanction du tiers dont l'usage est effectué dans un but désintéressé. Encore une fois donc, le domaine du droit de marque est réduit, et cette fois aux seuls usages économiques. La souveraineté du titulaire de la marque ne couvre que son exploitation, et l'on voit bien qu'il est plus pertinent de qualifier

[186] CJUE, 12 novembre 2002, Arsenal c. Reed, Aff. C.206/01, Recueil I, p. 10273.
[187] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 289, n°237.
[188] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 288, n°237.
[189] Cité par J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 288, n°237.
[190] D. RUIZ-JARABO COLOMER, concl. Du 13 juin 2002, cité par J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 289, n°237.
[191] CJUE, Rioglass, 23 octobre 2003, aff. C-115/02.
[192] J. Passa par exemple.
[193] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 235, n°171, et p. 239, n°174.

le droit de marque de « monopole d'exploitation » que de droit de propriété. Le titulaire a sans doute un droit exclusif, mais l'objet de celui-ci n'est pas la marque en tant que telle. Le titulaire de la marque a seulement le droit exclusif d'exploiter la marque dans sa dimension économique, en tant que marque, et dans la stricte mesure de la fonction d'identification d'origine du produit ou service qu'impose la CJUE.

Deuxièmement, en effet, « (m)ême utilisé dans la vie des affaires, un signe n'exerce la fonction d'une marque, et n'est comme tel, susceptible de porter atteinte à une marque enregistrée, qu'à la condition supplémentaire qu'il désigne des produits ou services et les rattache ainsi à une origine commerciale déterminée ou, dit-on aujourd'hui, qu'il soit exploité à titre de marque ou en tant que marque. A défaut, le titulaire ne peut agir en contrefaçon puisque l'usage qu'il conteste ne porte pas atteinte aux prérogatives qu'il tient de son droit, déterminées par référence aux fonctions de la marque ; un tel usage ne peut en effet compromettre les fonctions de la marque »[194].

« Cette seconde condition n'est pas expressément énoncée par les textes, mais résulte de la formule utilisée par les articles 5, §1er, de la directive et L. 713-2 et L. 713-3 CPI, selon laquelle le titulaire peut faire interdire l'usage d'un signe « pour des produits ou services » identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement »[195]. Autrement dit, pour que le droit sur la marque soit menacé, encore faut-il que le tiers use du signe identique ou similaire lui aussi comme d'une marque, en désignant des produits ou services[196]. Car alors seulement il y a concurrence et confusion possible du public.

La CJUE définit donc l'usage du signe en tant que marque comme l'usage effectué « aux fins de distinguer des produits ou des services comme provenant d'une entreprise déterminée »[197].

« Poussant plus loin son analyse, la Cour de justice en est progressivement venue à circonscrire davantage la portée du droit privatif. D'après elle, il convient en effet de rechercher, pour chaque cas d'espèce, si l'usage allégué est de nature à porter atteinte aux intérêts du titulaire, ceux-ci devant être appréciés par égard aux fonctions dévolues au droit privatif »[198].

On fait donc ici directement référence aux deux fonctions essentielles du droit de marque dans la jurisprudence communautaire. La première, dégagée par l'arrêt Centrafarm, consiste à réserver au seul titulaire l'usage de sa marque pour désigner les produits ou services désignés

[194] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 295, n°240. Voir aussi sur ce point J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 129 et s., n°91 et s.
[195] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 295, n°240.
[196] Dans ce sens, J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 837, n°1529.
[197] CJUE, BMW, cité par J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 139, n°99.
[198] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 140, n°100.

à l'enregistrement ; et à l'inverse, l'usage de la marque qui ne consiste pas à désigner des produits ou services identiques ou similaires n'est pas réservé au titulaire de la marque. La seconde consiste à garantir l'identité d'origine des produits ou services, afin d'éviter la confusion éventuelle du public sur l'origine des produits rattachés à la marque ; et à l'inverse, lorsqu'aucun produit ou service n'est rattaché à la marque par le tiers, son usage ne porte pas à confusion et laisse intacte cette seconde fonction du droit de marque.

Mais conformément à l'esprit général de sa jurisprudence, la CJUE marque désormais une nette préférence pour la seconde de ces fonctions essentielles, ce qui contribue encore à la réduction du domaine réservé du titulaire de la marque. « En se référant continuellement à la perception que le public a de l'usage du signe, et au risque de confusion ou d'association qu'il est susceptible d'engendrer chez celui-ci, la Cour semble ainsi réduire la protection de la marque à sa fonction de protection du consommateur. Est alors refoulée la conception première, classique, du droit sur la marque, qui y voit un avantage accordé à son titulaire dans la compétition entre entreprises. Dans cette perspective, la méthode prônée par la Cour de justice risque donc de soustraire au *jus prohibendi* du titulaire certains usages du signe qui, sans engendrer un risque de confusion, ou même de rattachement, dans l'esprit du consommateur, portent pourtant une atteinte certaine à ses intérêts »[199].

Ainsi, lorsque la question s'est posée de savoir s'il fallait réduire le pouvoir d'interdire du titulaire aux seuls actes du tiers qui consisteraient dans la vente effective de produits ou services, ou inclure tout acte qui rattache le signe à des produits ou services, sans forcément viser à atteindre un public[200], la CJUE a fait adopter une position sévère. Dans l'arrêt Centrafarm, elle bornait sa condamnation à la seule vente des produits, et un arrêt plus récent[201] réaffirme cette solution étroite en exigeant la commercialisation des produits. Par suite, la Cour de Paris[202] refuse de qualifier de contrefaçon « des actes de reproduction d'une marque et de détention et exportation des produits sur laquelle (la marque) avait été apposée, pour le motif que ces actes n'avaient impliqué aucune relation avec la clientèle et que les produits n'avaient jamais été offerts à la vente en France »[203].

Cette jurisprudence semble cependant contraire au texte français qui incrimine la seule reproduction de marque sans exiger la commercialisation. Un auteur se réjouit donc de son

[199] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 141, n°100.
[200] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 297, n°240.
[201] CJUE, 23 octobre 2003, Rioglass, Rec. p. I-12705.
[202] CA Paris, 1er juin 2005, D. 2005, p. 2467.
[203] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 296, n°240.

abandon : la CJUE rompt avec sa formule étroite dans un arrêt de 2005[204]. « Il faut par conséquent tenir pour acquis que la qualification de contrefaçon n'est pas subordonnée à un usage effectif du signe sur le marché »[205].

On peut désormais illustrer ainsi les actes qui remplissent cette seconde condition : « (l)es utilisations qui sont réservées au propriétaire de la marque sont nécessairement faites à titre commercial, dans le commerce des produits ou services considérés, c'est-à-dire dans un cadre concurrentiel ou, selon l'expression des autorités communautaires, « dans la vie des affaires »[206] : marquage des produits, même non suivi de mise en vente, offre en vente ou importation de produits marqués illicitement, usage verbal de la marque d'autrui, publicité radiophonique, affichage, pratique des marques d'appel, etc. (…) »[207]. Et *a contrario*, la condition n'est pas respectée, et la contrefaçon est exclue, lorsque la marque est utilisée dans une fonction différente : « à des fins d'information et en dehors de toute relation concurrentielle (…), en cas d'usage du signe dans son sens courant, pour décrire le produit ou ses caractéristiques (…) »[208].

49. Conclusion. Le domaine réservé du titulaire de la marque est ainsi borné par ces deux conditions cumulatives. *A contrario*, « échappent à la critique un usage fait en dehors de la vie des affaires ou encore un usage qui ne tend pas à désigner des produits ou des services et ne constitue donc pas un usage « en tant que marque », quand bien même il est fait dans la vie des affaires »[209].

La CJUE retient une lecture étroite du domaine du droit de marque, qu'il faut cependant nuancer : si l'article 5 de la directive exige bien que les actes soient accomplis dans la vie des affaires, le § 4 de cet article renvoie sur ce point aux dispositions des droits nationaux. « Cela explique que notre conception élargie du délit d'usage, qui n'est pas expressément condamnée par le droit communautaire, ait subsisté »[210]. En effet, l'auteur souligne « la conception extensive que la jurisprudence (française) retient de la contrefaçon en général et du délit d'usage de marque en particulier »[211]. Autrement dit, le juge français est moins exigeant

[204] CJUE, Class International, Rec. p. I-8735.
[205] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 297, n°240.
[206] Article 5, al. 1 de la directive CE du 21 décembre 1988.
[207] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 289, n°237.
[208] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 244, n°564.
[209] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 948, n°1631, citant l'expression de J. PASSA.
[210] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 838, n°1528.
[211] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 837, n°1528.

lorsqu'il s'agit de sanctionner l'usage d'un tiers et de protéger le titulaire de la marque, dont il conçoit le domaine réservé de manière plus large que la CJUE.

Malgré cela, cette limite laisse tout de même de coté un grand nombre d'actes qui usent de la marque, dans la vie des affaires ou pas, sans la rattacher à un produit ou service. Ils échappent de ce fait au pouvoir d'interdire, et relèvent par principe de la liberté de chacun. Sont ainsi exclus et se voient refuser l'action en contrefaçon par la jurisprudence[212] : la reproduction ou l'utilisation du signe à des fins d'information d'actualité[213], de polémique sociale ou politique[214], comme titre d'une oeuvre de l'esprit ou d'une lettre d'information syndicale[215], de façon accidentelle dans la photographie d'une manifestation publique[216], ou à des fins purement domestiques ou personnelles (réutiliser personnellement un conditionnement pour un autre usage), l'usage par un simple particulier ou par un groupement ne poursuivant pas de but économique sont autorisés[217]. Dans ces hypothèses, c'est l'action en concurrence déloyale ou l'action spécifique de l'article L. 713-5 CPI si la marque est notoire ou renommée, qui sont ouvertes au titulaire de la marque. Il ne dispose donc pas d'un droit exclusif sur ce type d'usage, qui est au contraire libre, sauf faute délictuelle de son auteur.

49-1. La question s'est posée de manière plus aiguë à propos de **l'usage parodique** ou du **détournement d'une marque à des fins militantes**[218] et, sur ce point, la jurisprudence française a effectivement été influencée par la jurisprudence communautaire[219]. Lors des premières affaires de ce type, la jurisprudence française hésite. D'abord, elle retient du droit de marque une conception propriétairiste et admet donc la sanction sur le fondement du droit de marque, observant que contrairement au droit d'auteur, le droit de marque ne connaît pas d'exception sur ce point. Un auteur critique « une conception aussi impérialiste du droit privatif (…) peu conforme à la réalité des choses »[220]. Dans l'affaire jeboycottedanone[221] par exemple, les juges décident ainsi que l'usage de la marque se situe dans la vie des affaires, dans le cadre de l'activité économique du titulaire de la marque.

---

[212] Voir sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 976, n°1671.
[213] TGI Paris, 22 février 1995, PIBD 1995, n°587.III.257.
[214] Paris, 30 avril 2003, D. 2003, AJ. 1760.
[215] Paris, 12 mars 2010, PIBD 2010, n.921.III.447.
[216] Paris, 23 mars 1977, PIBD 1977.III.346.
[217] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 289, n°237.
[218] Voir J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 291, n°239 ; J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 391 et s., n°287 et s.
[219] Dans ce sens, J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 838, n°1529.
[220] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 11, n°8.
[221] Notamment CA Paris, 28 nov. 2001, Gaz. Pal. 12-13 juillet 2002, p. 40.

Ensuite, elle décide que le fait de citer une marque dans le cadre d'une émission satirique telle les Guignols de l'info[222] n'entre pas dans la catégorie des actes que le titulaire de la marque peut interdire. Un tel usage est étranger à la vie des affaires et relève de la liberté d'expression. Des arrêts postérieurs, Esso[223] et Aréva[224], reprennent cette analyse, en jugeant qu'il n'y a pas contrefaçon. Certains auteurs[225] analysent alors cette jurisprudence comme faisant exception au droit de marque au nom de la liberté d'expression, considérant implicitement donc que le droit de marque a vocation à couvrir ces usages, sauf lorsque la liberté d'expression impose une exception. Un auteur explique ainsi : « ces utilisations polémiques n'ont pas pour finalité de promouvoir des produits concurrents de ceux couverts par la marque ; elles sont donc étrangères à la vie des affaires. Ne constituant pas une atteinte au droit de la marque, elles n'ont nul besoin d'être justifiées par une exception de parodie étrangère en la matière. En revanche, la liberté d'user dans ces conditions de la marque, fondée sur l'exercice de la liberté d'expression trouve sa limite dans le mécanisme général de la responsabilité civile. Si cet usage, quoique polémique, n'est pas excessif, il est licite ; dans le cas contraire, son auteur engagera sa responsabilité civile »[226].

Un auteur[227] adopte un raisonnement encore plus radical : il considère que le droit de marque est ici inapplicable, étranger à cet usage qui n'appartient pas à son domaine réservé. Il ajoute que le recours à la liberté d'expression pour légitimer cet usage n'est pas nécessaire, puisque celui-ci est en soi parfaitement valable et ne contredit aucun droit privatif. « Le droit de marque étant inopposable, la qualification de contrefaçon est nécessairement exclue, sans même que le défendeur ait, sur le terrain du droit des marques, à invoquer la liberté d'expression ou une prétendue exception de parodie ou encore l'absence de risque de confusion, puisque ces moyens de défense supposent qu'une atteinte au droit de marque est *a priori* constituée ou susceptible d'être considéré comme constituée par le juge »[228]. Dans le même sens, un autre auteur relève que « le conflit entre le droit des marques et les droits fondamentaux est certainement plus apparent que réel »[229]. En effet, « l'utilisation du signe dont la motivation est étrangère à la recherche d'un avantage économique auprès du consommateur demeure par nature en dehors de l'exclusivité, si bien que le même résultat

[222] Cass. Civ. 2e, 2 avr. 1997, D. 1997, p. 411.
[223] CA Paris, 16 nov. 2005, PIBD 2006, n°822,III,53.
[224] CA Paris 17 nov. 2006, Propr. ind. Janv. 2007, comm. 6.
[225] Par exemple A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, préc., p. 305, n°628.
[226] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 837, n°1529.
[227] Par exemple J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 293, n°239.
[228] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 293, n°239.
[229] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 447, n°325.

peut être atteint en faisant l'économie d'un détour par les droits fondamentaux »[230]. Autrement dit, le droit de marque n'a pour eux pas vocation à couvrir ces usages, pour lesquels il est donc inutile de rechercher une justification dans la liberté d'expression. Mais cela implique une conception très étroite du droit de marque, qui se limite encore une fois à son usage purement économique.

Et finalement, la jurisprudence semble choisir cette dernière analyse : elle concède que « toute critique, de quelque nature qu'elle soit, est susceptible d'avoir une incidence sur la commercialisation de produits ou de services protégés pas des marques et avoir ainsi des conséquences économiques »[231], mais elle maintient néanmoins que ce type d'usage est purement polémique et étranger à la vie des affaires. Il n'est pas constitutif de contrefaçon. Il reste au titulaire de la marque la sanction de la responsabilité civile : l'abus de la liberté d'expression peut donner lieu à sanction. Ainsi, le juge français semble bien considérer désormais que l'usage dénoncé de la marque dans ce type d'affaires n'entre pas dans les prérogatives réservées au titulaire de la marque mais appartient au domaine de la liberté d'expression, ce qui implique d'y voir une limite, et de retenir du droit de marque une définition étroite, conforme à celle de la CJUE.

Pour conclure sur ce point, la jurisprudence et sa réception en doctrine[232] illustrent bien ce que nous dénoncions un peu plus haut. Il est en effet difficile de trancher entre la qualification de limite et celle d'exception, et ce choix est d'autant plus délicat qu'il conduit nécessairement à adopter des conceptions radicalement opposées du droit de marque : la limite implique que le droit de marque est naturellement borné, tel un simple monopole d'exploitation, tandis que l'exception suppose que celui-ci voit sa vocation expansionniste naturelle ponctuellement muselée, telle une véritable propriété.

En résumé, et de manière plus globale, le législateur français et communautaire, suivis et parfois devancés par la CJUE, dessinent ici les contours du droit exclusif sur la marque. Et faute pour eux de les présenter comme des exceptions, il nous faut en déduire qu'ils les conçoivent comme des limites. Cela trahit bien leur conception étroite du droit de marque, que le principe de spécialité avait déjà sérieusement entamé, et que les fonctions de la marque continuent de grignoter. « Bien qu'elle ne soit pas si lointaine, l'époque à laquelle certaines juridictions affirmaient le caractère absolu du droit de marque semble bien en passe d'être révolue (…). Rares sont aujourd'hui les voix pour contester le caractère finalisé du droit sur la

[230] *Ibidem*.
[231] CA Paris 17 nov. 2006, Propr. ind. Janv. 2007, comm. 6.
[232] Voir E. BAUD, *Contentieux du droit des marques : la liberté d'expression menace-t-elle le monopole du titulaire de marque ?*, préc., p. 437.

marque »[233]. Le droit exclusif du titulaire de la marque ne ressemble plus en rien à celui d'un propriétaire.

b. La limite explicite de l'article L. 713-3 CPI : l'exigence d'un risque de confusion dans l'esprit du public

50. Il faut aussi s'intéresser au texte même des articles L. 713-2 et L. 713-3 CPI. *A priori*, tout semble indiquer que le domaine réservé du titulaire de la marque est assez conséquent. En effet, la liste dressée par ces articles n'est pas exhaustive au sens strict, et il ne faut pas s'en tenir à la lettre des textes. Le domaine réservé du propriétaire ne doit pas être interprété de manière étroite[234].

51. Domaine. Globalement, les actes effectivement énumérés sont nombreux, et recouvrent toutes les formes de jouissance qui pourraient porter préjudice au propriétaire si elles étaient l'œuvre d'un tiers. « Si l'on renverse les propositions du législateur, on peut définir le monopole du titulaire de la marque comme le droit exclusif de reproduire le signe, d'apposer ou d'utiliser sa marque pour distinguer et commercialiser les produits ou services qu'il a désignés dan l'enregistrement, c'est-à-dire dans le cadre de la spécialité choisie et d'autoriser la première mise en circulation de ces produits marqués »[235]. Et corrélativement, dès lors que le tiers utilise directement la marque, ou l'imite, pour un produit ou service identique, ou suffisamment similaire pour qu'il y ait confusion, alors le propriétaire peut s'y opposer. Autrement dit, toute jouissance, toute exploitation directe de la marque par un tiers est interdite. Seul le propriétaire de la marque peut l'utiliser pour les produits et services désignés. Si un tiers tente de faire directement concurrence au propriétaire sur ces mêmes produits ou services en utilisant ou imitant la marque, il commet une contrefaçon. C'est dire que le propriétaire dispose d'une protection assez complète, puisque la jouissance économique de la marque telle qu'il l'a enregistrée lui est réservée.
D'ailleurs, de manière plus particulière[236], la lettre de l'article L. 713-2 CPI offre une protection vraiment efficace au propriétaire de la marque : à la condition qu'il s'agisse de l'usage par un tiers d'une marque identique désignant des produits ou services identiques, le titulaire de celle-ci n'a pas d'autre preuve à apporter pour établir la contrefaçon. Son droit

[233] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 471, n°344.
[234] Sur ce point, voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 950, n°1636.
[235] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 901, n°1557.
[236] Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 944 et s.

exclusif est effectivement consacré, et c'est en référence à cet article que l'on qualifie le droit de marque d'absolu[237].

Pourtant, la lettre de l'article L. 713-3 CPI pose une limite sérieuse au pouvoir du propriétaire lorsque « l'on ne constate pas une identité à la fois entre la marque et le signe litigieux et entre les produits ou services qu'ils désignent, mais seulement une similitude sur au moins l'un des deux points »[238]. On a déjà vu que le principe de spécialité permettait d'exclure les tiers de l'exploitation de sa marque uniquement pour les produits ou services désignés lors de l'enregistrement. C'était une manière de présumer que, en cas de produits ou services identiques ou similaires à ceux enregistrés, les agissements du tiers étaient nécessairement en concurrence avec ceux du propriétaire, et donc sanctionnables. Pourtant, le texte semble au contraire reculer sur ce point. Ou plutôt, il aggrave encore l'effet réducteur du principe de spécialité : même si le tiers utilise ou imite la marque pour des produits ou services similaires, et bien qu'il soit évident que les deux exploitations se font alors concurrence, la faculté d'exclure du propriétaire n'est pas pour autant automatique. Il faut encore qu'il apporte la preuve qu'« il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public ». A défaut, l'acte n'est pas une contrefaçon, et échappe au pouvoir du titulaire de la marque. Il s'agit donc bien de durcir encore les conditions que l'acte du tiers doit réunir pour entrer dans le champ du domaine réservé du titulaire de la marque. C'est une nouvelle limite au droit exclusif.

Cette analyse est aussi celle de la CJUE, qui conditionne la protection de la marque à la preuve que le tiers porte atteinte à son fonction essentielle. « L'emploi dans la vie des affaires pour désigner des produits ou services ne suffit pas »[239]. La fonction essentielle de la marque consiste à garantir l'identité d'origine des produits ou services, et c'est seulement si il existe un risque de confusion pour le consommateur qui serait mis dans l'incapacité d'identifier l'origine du produit ou service, que l'usage de la marque est interdit.

Pour nuancer l'importance de cette limite, il faut relever d'une part que celle-ci ne concerne que l'hypothèse précise de l'article L. 713-3, à savoir le cas où « l'on ne constate pas une identité à la fois entre la marque et le signe litigieux et entre les produits ou services qu'ils désignent, mais seulement une similitude sur au moins l'un des deux points »[240]. Il faut souligner d'autre part que la CJUE, tout comme les juridictions françaises, retiennent une conception large du risque de confusion, accueillant facilement la preuve apportée par le titulaire de la marque, sans exiger que le public soit véritablement conduit à confondre les

[237] Par exemple J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 276, n°231.
[238] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 378, n°288.
[239] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 948, n°1633 ; et p. 971 et s.
[240] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 378, n°288.

deux signes, mais seulement qu'il soit incité à penser que le produit du tiers, bien que de marque seulement similaire, provient d'une origine commune avec les produits de marque[241].

52. Portée. En tout état de cause, il reste que, même dans son domaine réservé tel que le principe de spécialité le réduit déjà, ce texte vient encore réduire le pouvoir d'exclure du propriétaire en posant une condition supplémentaire. Ainsi, l'usage ou l'imitation de la marque pour des produits ou services seulement similaires est autorisée si elle ne crée aucune confusion dans l'esprit du public. Même si le tiers exploite la marque, cette jouissance n'est pas sanctionnée faute de confusion. Cet article admet donc qu'une véritable exploitation commerciale de la marque soit imposée au propriétaire, à la condition qu'aucune confusion n'en résulte.

Ici, on peut cependant hésiter entre la qualification de limite ou d'exception. La formule retenue par le législateur nous semble indiquer qu'il s'agit d'une limite : « Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public (…) ». Une exception impliquerait que le droit exclusif a naturellement vocation à inclure ces actes du tiers, sauf l'hypothèse ponctuelle d'une absence de confusion en résultant. Et ce n'est pas ce que dit le texte, qui retient une formulation plutôt neutre. Pour nous, dans l'optique du législateur, le droit exclusif n'a vocation à exister que lorsque son absence risque d'engendrer la confusion dans l'esprit du public. C'est une véritable condition d'existence du droit d'exclure. Son absence ne pose pas exception à celui-ci, mais trahit simplement son inexistence. Et le principe exclusif n'en sort pas grandi, loin s'en faut.

53. Bilan des limites. En résumé, le droit exclusif sur la marque se limite à la jouissance économique de celle-ci, à l'exclusion de toute dimension extra-commerciale. Et même dans ce cadre déjà étroit, il ne confère au propriétaire un pouvoir d'interdire que lorsque le tiers prétend se substituer au propriétaire pour exercer lui-même l'*usus* et le *fructus* d'un propriétaire, en exploitant la marque. Au contraire, lorsque le tiers se borne à user de la marque sans concurrencer le propriétaire, ou encore sans viser un profit ou sans l'exploiter, le propriétaire n'a pas le pouvoir de l'en empêcher, du moins au titre de sa propriété. En résumé, « (l)e droit privatif offre une exclusivité d'usage du signe dont le champ est précisément borné par un certain cadre : celui de la concurrence »[242].

[241] Voir J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 405, n°312 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 258, n°593.
[242] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 12, n°8.

Le droit communautaire semble bien être l'acteur principal de ce scénario : globalement, les autorités communautaires se montrent réfractaires à l'assimilation des propriétés intellectuelles à la propriété classique. Ils préfèrent « la qualification plus neutre de droit exclusif. Une telle formulation nuance évidemment toute assimilation de ce droit à la propriété classique. S'il partage avec elle son trait principal, celui de l'exclusivité, il devient en effet plus difficile de prétendre à son caractère absolu »[243].

Et à propos de la liberté qui règne en dehors de la vie des affaires, un auteur déplore d'ailleurs la position dans laquelle le titulaire de la marque est ainsi placé. « Certes, l'action en contrefaçon est inapplicable, puisqu'on se situe en dehors de la fonction de la marque et de la vie des affaires, mais on ne devrait pas s'arrêter au caractère non commercial ou non concurrent de l'utilisation, car le discrédit jeté sur l'entreprise, ses services ou ses produits, à travers la marque porte atteinte à son activité économique et à son patrimoine incorporel (à la valeur de ses marques) (…) »[244]. C'est dire que la conception restrictive du domaine du droit exclusif laisse le titulaire de la marque exposé à de nombreuses attaques qui portent pourtant réellement atteinte à la valeur de son bien. Et de la même manière, dans la vie des affaires, le principe de spécialité autorise en réalité le tiers à faire l'économie d'un effort commercial, puisqu'il est autorisé à tirer profit de la renommée d'une marque déposée à la seule condition qu'il ne lui fasse pas une concurrence directe. Globalement, ces limites au droit sur la marque ne privent pas le propriétaire d'un profit qu'il aurait pu directement tirer de son activité commerciale, mais qui a dit que la propriété consistait seulement à recueillir les bénéfices commerciaux produits par l'exploitation de son bien ? Elles enlèvent au propriétaire une partie de sa souveraineté, et en soi, cela devrait suffire à les qualifier d'exceptions.

Notre critique est donc plus marquée que celle de la doctrine en général. Sans doute, nous nous désolons que le propriétaire de la marque soit privé de l'arme défensive propre à la propriété dès lors qu'il quitte le terrain de la concurrence, ou même des affaires, et nous regrettons qu'il soit obligé de se contenter d'une maigre contrepartie, l'action en responsabilité civile. Mais avant tout, c'est le postulat que nous dénonçons, bien davantage que sa conséquence. Le législateur et le juge décident que le droit sur la marque ne couvre que la vie des affaires et ne vaut que dans la mesure où il permet l'identification des produits pour le consommateur, et corrélativement que tout autre usage de la marque est libre. Surtout, ils ne conçoivent pas cette dichotomie comme l'agencement d'un principe exclusif et d'une exception, mais seulement comme la coexistence raisonnée d'un domaine réservé strictement

[243] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 12, n°9.
[244] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 977, n°1671.

défini et d'une zone de liberté ayant vocation naturelle à absorber tout ce qui n'est pas expressément soustrait par la loi. Quel est donc ce schéma qui prétend s'appeler « propriété » ?

Pour conclure sur ce point, il faut donc reconnaître que le droit exclusif d'un véritable propriétaire l'autoriserait sans doute à interdire tout usage de son bien, peu important que l'exploitation des tiers lui fasse effectivement concurrence ou pas, ou que ceux-ci utilisent la marque dans un but étranger à toute exploitation commerciale. Ici au contraire, le droit sur la marque ne confère pas une telle faculté à son titulaire. Pour autant, celles que nous concevons comme des « exceptions » à un principe d'exclusivité sont simplement perçues en doctrine comme des « limites » dessinant la frontière naturelle entre ce qui doit être réservé au propriétaire de la marque, et ce qui n'a pas vocation à l'être. Cette lecture est inséparable de l'analyse classiquement retenue du droit de marque : malgré l'appellation de propriété, la doctrine s'accorde à y voir un monopole d'exploitation, conférant à son titulaire la seule exclusivité de l'exploitation commerciale du signe dans son rapport avec les produits ou services qu'il désigne à l'enregistrement. Cette manière de concevoir les atteintes comme de simples limites plutôt que comme des exceptions n'est pas l'apanage du droit des marques, et nous reviendrons sur ses tenants comme sur ses aboutissants.

54. Résumé et renvoi[245]. Les exceptions. Il faut très rapidement mentionner celles qui, à l'unanimité, constituent de véritables exceptions au droit exclusif sur la marque. On les trouve recensées à l'article 6 de la directive communautaire du 22 octobre 2008. Il faut les distinguer des limites précédemment exposées, qui, « parfois présentées comme des exceptions, (…) tiennent en réalité aux frontières intrinsèques du droit de marque »[246]. Au contraire, il s'agit ici d'« exceptions à strictement parler, qui légitiment un acte tombant *a priori* sous le coup du droit exclusif parce qu'il est accompli dans la vie des affaires pour désigner des produits ou services et à condition, lorsqu'on ne constate pas une identité à la fois entre les signes en conflit et leurs spécialités, qu'il soit la source d'un risque de confusion dans l'esprit du public »[247]. Il s'agit des articles L. 713-4 et 6 CPI, auxquels s'ajoutent les articles L. 121-8 et

[245] Pour le détail, voir la version intégrale n°346 à 368.
[246] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 429, n°325.
[247] *Ibidem*. Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 906, n°1564.

suivants du Code de la consommation. En matière de marques, la loi ne prévoit pas de licences autoritaires[248].

L'article L. 713-4 CPI[249]. Pour résumer, l'article L. 713-4 CPI organise l'épuisement communautaire du droit. La CJUE aggrave encore la situation du titulaire de la marque, en aménageant le régime de cette exception, et notamment la charge de la preuve, de sorte que finalement, cette exception laisse bien peu de place à la faculté d'exclure.

L'article L. 713-6 a) CPI[250]. Ici encore, le législateur autorise un tiers à user impunément de la signe protégé, sous la forme d'une dénomination sociale, d'un nom commercial ou d'une enseigne. Le texte exonère le tiers en cas d'homonymie et d'usage antérieur, et la CJUE autorise également l'usage postérieur. Au total, le domaine réservé de la marque n'en sort pas grandi ! Pour autant, nous voulons formuler ici une remarque, tout en renvoyant pour le détail de notre réflexion à la version intégrale. Pour nous, le texte français, autant que la jurisprudence communautaire, invitent à concevoir l'article examiné non pas comme une exception au principe exclusif, mais comme une simple application du principe de spécialité. Et en conséquence, le dernier alinéa figure selon nous une situation inédite : le principe exclusif est ponctuellement restauré, et fait exception au principe de spécialité !

L'article L. 713-6 b) CPI[251]. Il concerne la question des pièces détachées et accessoires, il est traité dans la version intégrale.

Les articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation[252]. Ils autorisent, sous certaines conditions, la publicité comparative. Ici encore, nous nous autorisons une réflexion dont le détail peut être trouvé dans la version intégrale. Il nous paraît étrange que le droit positif ait crû devoir passer par le détour d'une prétendue exception pour autoriser la publicité comparative. Pour nous, parce que le juge comme le législateur retiennent une conception réductrice du domaine réservé au titulaire de la marque, la publicité comparative telle qu'elle est définie par les textes relève en réalité de la liberté des tiers qui agissent alors en dehors du spectre naturel du droit exclusif. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'une véritable exception au domaine réservé, mais d'une forme d'usage valable, qui trouve sa place à coté – et en dehors – des frontières étroites dessinées par le principe de spécialité et ses corollaires tels que nous les avons vus plus haut. C'est seulement dans une conception large et plus conforme aux standards de la propriété classique que cette forme d'usage de la marque entre en conflit

[248] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 280, n°641 ; J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 824, n°1501.
[249] Pour le détail, voir version intégrale n°347 à 349.
[250] Voir version intégrale n°350 à 368.
[251] Voir version intégrale n°362 à 364.
[252] Voir version intégrale n°365 à 367.

avec les prétentions légitimes du propriétaire. Peut-on pour autant y voir un retour du principe exclusif ? Nous en doutons, et la controverse règne en doctrine quant à la véritable intention du législateur ou du juge.

Bilan des exceptions. Pour conclure sur les exceptions « officielles » au droit de marque, et la mesure de l'entorse qu'elles réalisent au principe exclusif, nous voulons retenir que le droit de marque apparaît bien trop étroit pour être une propriété. Et peu importe finalement que ceci résulte d'une prétendue exception, ou selon nous plutôt d'une définition trop restrictive.

55. Conclusion. Pour conclure globalement sur la marque, on peut donner deux lectures du droit positif : premièrement, on peut suivre la doctrine et la jurisprudence qui combinent le principe de spécialité et le principe d'exclusivité, pour d'une part analyser le droit sur la marque en un droit de propriété au domaine strictement délimité, et d'autre part trouver dans l'usage libre de la marque en dehors de son domaine réservé la simple application de la liberté du commerce. Autrement dit, dans cette vision classique, le droit sur la marque est exclusif, et s'il connaît quelques exceptions, il connaît surtout des limites. Globalement, le droit exclusif du titulaire reste presque intact, puisque la plupart des usages concurrents autorisés se situent en dehors de son champ réservé et n'y portent pas atteinte. Une autre manière de le formuler pourrait être de dire que le droit sur la marque confère à son titulaire certaines formes de jouissance qui sont exclusives, tandis que beaucoup d'autres formes d'usage sont, quant à elles, libres.

Une seconde façon de lire le droit positif est de considérer que le droit sur la marque, s'il est une propriété, devrait couvrir tous les usages sans distinction. Il faut alors admettre que de nombreuses exceptions existent et que ce droit ressemble bien peu à une propriété tant il est amputé. En effet, il est impossible d'affirmer que, en tant qu'objet de propriété, celle-ci donnerait à son maître le droit d'en jouir de manière exclusive, de s'en réserver tous les usages possibles et d'exclure les tiers de toute forme d'usage. Au contraire, le droit sur la marque apparaît comme très loin d'être exclusif.

Alors que la seconde lecture semble interdire de voir dans le droit de marque une propriété, la première paraît l'autoriser. Et pourtant, nous voulons insister sur le raisonnement qui la sous-tend. Il consiste à redéfinir le domaine du droit sur la marque de manière à inclure dans le pouvoir du propriétaire uniquement certains types d'usages, et à considérer que d'autres usages sont simplement hors de sa portée. Et ceci nous semble difficilement conciliable avec la qualification de propriété : le droit de propriété permet d'exclure les tiers de la chose en toute circonstance, et pas seulement en certaines circonstances. Il nous semble contradictoire

d'admettre qu'un droit puisse ne réserver que certains usages tout en revêtant la qualité de propriété.

A nos yeux, une seule analyse autorise malgré tout à maintenir la qualification de propriété, nonobstant les nombreuses exceptions et limites. Nous l'avons déjà évoquée, il s'agit de mieux définir l'objet réservé. Le droit de propriété permet d'exclure les tiers de toute forme de jouissance de la chose, mais encore faut-il cerner exactement cette chose. Et il nous semble que la marque n'est pas en soi l'objet réservé. Ce que le propriétaire se réserve, c'est la marque en tant qu'elle désigne tel produit ou tel service. Il s'approprie la marque dans sa fonction d'identification, car c'est bien dans cette mesure seule qu'elle a une valeur et constitue un bien. Il s'en suit que le propriétaire peut exclure les tiers de toute jouissance qui empêcherait la clientèle d'identifier les produits ou les services grâce à la marque. Le droit sur la marque est plein, et sans exception, mais il protège un objet réduit.

Bien entendu, nous convenons que cette analyse se rapproche du principe de spécialité puisque tous deux conduisent à la même conclusion : le droit est exclusif dans la stricte mesure de la relation entre la marque et les produits et services enregistrés. Pourtant, nous préférons cette lecture, car en redéfinissant l'objet approprié comme la marque dans sa relation aux produits ou services enregistrés, on déplace encore la frontière. En effet, les exceptions restent des exceptions, tandis que les limites ne sont plus que des conditions de définition, d'existence de l'objet protégé. Autrement dit, on ne s'attache plus à définir, pour un objet donné, quels usages sont naturellement libres ou au contraire réservés, mais on isole un objet aux contours plus étroits, à propos duquel tous les usages sont naturellement réservés. Les comportements que la première lecture qualifie de libres bien qu'ils portent sur l'objet examiné sont ici simplement non pertinents puisqu'ils ne portent pas sur l'objet – rétréci – examiné. Cette conception présente, selon nous, l'avantage d'éviter la contradiction qu'il y a à qualifier de propriété un droit dont on réduit les prérogatives à une peau de chagrin, ouvertement à coup d'exceptions, mais surtout discrètement à coup de limites. Nous préférons circonscrire l'objet du droit et postuler que ce dernier reste quant à lui entier. Et ce d'autant plus volontiers que cette définition de la marque met selon nous en lumière sa qualité de véritable création, et sa parenté avec les autres droits de propriété intellectuelle.

En tout état de cause, telle qu'elle est conçue en doctrine, en jurisprudence et en législation, la marque nous semble difficilement réconciliable avec un objet de propriété : les exceptions sont importantes, et les limites le sont encore davantage. Au total, le droit exclusif du titulaire de la marque paraît fortement entamé.

§2. La place de l'exclusivité dans le droit d'auteur

. Le postulat de la jouissance exclusive de l'auteur

56. S'il peut se contenter d'en user privativement, l'auteur préfère le plus souvent exploiter son œuvre. Et cette jouissance de l'œuvre, autrement dit cet usage qui vise à lui faire produire des fruits, lui est en principe réservée de manière exclusive. Bien entendu, il peut, comme le titulaire d'un brevet ou d'une marque, choisir de partager avec un tiers l'exploitation de sa création, et de nombreuses formes de contrats[253] s'offrent alors à lui. Mais lorsqu'il partage la jouissance de l'œuvre avec un tiers autorisé, il conserve l'exclusivité juridique puisqu'il a consenti au partage de l'usage avec le tiers qui, par hypothèse, lui verse une rémunération représentant le *fructus* produit par l'œuvre. Ainsi, qu'il exploite lui-même son œuvre, ou qu'il choisisse l'intervention d'un tiers, il conserve ce pouvoir d'interdire et de se réserver les fruits de son œuvre, cette jouissance exclusive.

Dans les textes. C'est en tout cas ce qui résulte d'une première lecture du Code. L'article L. 111-1 CPI pose le principe général : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit … d'un droit de propriété incorporelle exclusif … ». Et parmi les droits patrimoniaux de l'auteur, l'article L. 122-1 CPI distingue le droit de représentation et le droit de reproduction. Mais ce texte vise plus généralement le droit d'exploitation. Et la doctrine retient une conception synthétique des droits patrimoniaux, qui range sous l'une ou l'autre des deux catégories tous les actes d'exploitation concevables de l'œuvre. Ainsi, l'auteur a bien le pouvoir d'exploiter exclusivement son œuvre, de s'en réserver toutes les utilités économiques et tous les fruits.

En doctrine. C'est aussi le postulat de la doctrine. En effet, tous les auteurs[254] définissent le droit d'auteur en le qualifiant de droit exclusif, aux fins d'examiner son contenu. « En droit français, le droit économique de l'auteur est un droit exclusif ou monopole d'exploitation de son œuvre. L'article L. 123-1 du CPI reconnaît à l'auteur le « droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire ». Cela signifie que l'auteur se voit reconnaître le droit absolu d'autoriser ou d'interdire toute utilisation de son œuvre par des tiers. Comme il a la possibilité de refuser son autorisation, il peut aussi assortir celle qu'il accorde de toutes sortes de conditions, aussi bien quant à l'objet, aux modalités ou à l'étendue de l'exploitation, que quant à la rémunération qui en constitue la contrepartie. Ce

[253] Nous y reviendrons brièvement dans la seconde partie.
[254] Notamment A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 18, n°18.

droit exclusif ne s'arrête pas à la première publication ou communication de l'œuvre. Il recouvre toutes les utilisations de l'œuvre pendant toute la durée de la protection »[255].

Domaine de l'exclusivité. Généralement, la doctrine se borne à envisager l'exclusivité au regard des prérogatives patrimoniales de l'auteur. Mais il est permis de remettre en cause ce cantonnement. En effet, les termes de l'article 111-1 du CPI ne sont pas si réducteurs : « L'auteur (…) jouit (…) d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial (…). Le législateur confère donc à l'auteur l'exclusivité de ses attributs moraux autant que patrimoniaux. On peut d'ailleurs ajouter que l'action en contrefaçon est ouverte à l'auteur pour la défense de ses intérêts patrimoniaux autant que moraux, ce qui conforte notre idée : l'auteur a l'exclusivité des utilités patrimoniales et morales de son œuvre.

Et puisque le débat relatif à la nature dualiste ou moniste du droit d'auteur n'est pas tranché, nous nous devons de comparer le droit de propriété traditionnelle avec le droit d'auteur dans chacune de ses deux acceptions. Il nous faut donc examiner la place que le droit positif réserve à la jouissance exclusive de toutes les prérogatives de l'auteur, qu'elles soient patrimoniales ou morales. Au plan patrimonial, il s'agit des droits de représentation et de reproduction, auxquels on peut ajouter le droit de destination et le droit de suite. Au plan moral, il s'agit du droit de divulgation, droit de paternité, droit de repentir et de retrait, et du droit au respect.

. Le constat de la jouissance partagée de l'auteur

57. Ici comme en d'autres domaines de la propriété intellectuelle, le droit de l'auteur est loin d'être aussi exclusif qu'il y paraît. Avant 1994, il faut remarquer qu'un seul texte prévoyait des exceptions au droit d'auteur, à savoir l'article L. 122-5 du CPI. Mais cette faveur aux auteurs semble bien céder le pas aujourd'hui, et les dispositions législatives se multiplient, sous l'influence des législations étrangères et surtout face à la nécessité de transposer la directive sur la société de l'information. Désormais, les entorses au droit d'auteur sont pléthore, et les textes qui les autorisent sont secondés, et parfois devancés, par une doctrine et une jurisprudence toujours plus téméraires. Il faut donc examiner les exceptions qui amputent le domaine réservé de l'auteur.

[255] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 455, n°688.

Exclusions. Il faut d'abord exclure de notre examen le droit de suite. Il réserve à l'auteur un pourcentage du prix des ventes successives du support de l'œuvre lorsque celle-ci est une œuvre graphique ou plastique. Consacré par l'article L. 122-8 CPI, cet attribut de l'auteur n'a pas pour objet l'œuvre elle-même mais son support, qui est pourtant la propriété d'un tiers. Il n'est pas l'objet d'exceptions comme les autres droits patrimoniaux. Au contraire, il s'agit ici de prolonger la jouissance exclusive de l'œuvre au delà de celle-ci. Il n'est donc pas concerné par notre recherche. Sont concernés tous les attributs patrimoniaux et moraux en dehors de celui-ci.

Il faut ensuite exclure de notre examen l'hypothèse des contrats conclus par l'auteur qui organisent le partage de l'exploitation de l'œuvre : l'auteur consent à celui-ci et obtient une rémunération, qui constitue le *fructus* qu'il retire de cette forme d'exploitation. Il continue d'une certaine manière à jouir de son œuvre de manière exclusive, puisque lui seul conserve le pouvoir d'exclure, lui seul décide de la manière dont elle est exploitée et puisqu'il en monnaye l'exploitation.

Il faut aussi exclure le phénomène consacré par l'article L. 122-7-1 CPI[256] : prenant acte de la pratique de certains auteurs qui renoncent à exiger une rémunération ou à exercer un contrôle sur l'exploitation de leurs œuvres par les tiers, et plus particulièrement dans le domaine des logiciels libres, le législateur a organisé dans la loi du 1er août 2006 le statut de ces œuvres. « L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public ». Ici, l'auteur renonce volontairement à son droit de jouir exclusivement de l'œuvre. Il peut bien entendu moduler l'importance de cette renonciation. Et on peut rappeler que l'intervention du législateur n'était pas nécessaire, puisque l'auteur est toujours libre de tolérer les atteintes à son droit exclusif et de s'abstenir d'agir en contrefaçon. Sans doute, son droit exclusif est-il amoindri dans cette hypothèse, puisqu'il renonce à sa faculté d'exclure. Et cela fait dire à un auteur que « (l)e caractère exclusif du droit se trouve aujourd'hui écorné par certains auteurs eux-mêmes (…) »[257]. Pour autant, cela n'entre pas dans le cadre de notre recherche pour l'instant[258], car au sens propre, l'auteur ne subit aucune entorse.

Domaine. Restent alors les hypothèses, nombreuses, où l'auteur est privé de ce pouvoir d'exclure qui constitue l'âme de son droit de jouissance. Il est parfois également privé des fruits qui résultent de l'exploitation de son œuvre, mais ce n'est pas systématique. En tout cas,

[256] Voir par exemple A BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2011/2012, p. 319, n°110.20.
[257] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 43, n°37.
[258] Nous y reviendrons à l'occasion de l'examen du pouvoir de disposer de l'auteur. Voir *infra* n° 460 et s., et version intégrale n°1174 et s.

la jouissance exclusive de son œuvre, qui devrait lui en réserver toutes ses utilités, lui fait parfois défaut. L'auteur est alors contraint de partager cette jouissance avec d'autres.

. Préalable : Les instruments de la mesure

58. Terminologie. Il faut ici revenir sur un point de terminologie. En effet, nous nous intéressons aux entorses au pouvoir exclusif de l'auteur, et, tout comme à propos des brevets, dessins et modèles, marques et noms commerciaux, celles-ci ne prennent pas toutes la forme classique d'une exception. Elles peuvent aussi apparaître sous les traits de limites internes ou externes, dérogations, limitations, restrictions. Et parmi toutes ces appellations règne « une aimable confusion »[259] que nous aimerions une fois pour toutes tenter de dissiper.
Nous avons déjà abordé cette difficulté en préalable à notre examen du droit exclusif du breveté, puis tout au long de nos développements sur les propriétés industrielles. Nous nous y arrêtons néanmoins encore une fois, plus particulièrement à propos du droit d'auteur, parce que c'est dans cette branche du droit des propriétés intellectuelles que la question est la plus débattue, suscite l'intérêt le plus aigu en doctrine, et pose à notre avis les difficultés les plus importantes. Il faut donc préciser les contours particuliers que prend le débat en la matière.

58-1. Les termes du conflit. *A priori*, la distinction entre les exceptions et les limites est simple[260] : les premières s'inscrivent dans un rapport hiérarchique : l'exception fait – précisément – exception au principe, ce qui implique toujours un retour à ce principe. Les secondes s'inscrivent dans un rapport d'égal à égal : le droit des tiers et le droit exclusif de l'auteur coexistent, et se répondent[261]. Les premières enlèvent exceptionnellement à l'auteur une partie des prérogatives auxquelles il peut normalement prétendre. Les secondes ne privent pas l'auteur puisqu'elles dessinent les bornes naturelles de son domaine. Les premières privent ponctuellement l'auteur de son pouvoir d'exclure les tiers d'une utilité de l'œuvre, les secondes se bornent à constater que telle utilité est naturellement libre d'usage. Les premières auraient normalement pu donner lieu à l'exercice d'une action en contrefaçon, car les conditions d'application du droit d'auteur sont réunies, et l'« immunité légale »[262] réalise une sorte d'« expropriation partielle pour cause d'utilité privée »[263] ; tandis que les secondes

[259] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1e éd., 2009, p. 368, n°556.
[260] Voir par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 368, n°557.
[261] C. GEIGER, *De la nature juridique des limites au droit d'auteur*, Prop. Int. 2004, p. 889.
[262] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 293, n°349.
[263] *Ibidem*.

échappent à toute prétention de l'auteur dont le droit est intact. Les premières nécessitent l'intervention du législateur, les secondes vont de soi et s'imposent sans qu'une autorisation soit nécessaire[264]. Les premières peuvent donner lieu à compensation ou pas, tandis que les secondes ne le peuvent jamais.

Mais, sur ce dernier point, le débat reste ouvert entre ceux qui admettent la compensation d'une exception et ceux[265] qui arguent que l'existence d'une compensation contredit l'idée d'une véritable exception. En effet, l'exception ne se contente pas d'écarter le jeu du droit exclusif, elle postule que l'auteur, exceptionnellement, perd toute vocation à l'exclusivité sur une utilité donnée. Par suite, l'auteur ne peut logiquement prétendre à aucune compensation puisque, de manière fictive, il n'a pas de droit sur l'utilisation objet de l'exception. Toute compensation est alors sans fondement, une sorte d'enrichissement sans cause. Ainsi, lorsque l'exception est assortie d'une compensation, il s'agit plus vraisemblablement d'une limitation[266], sorte d'intermédiaire entre l'exception et la limite.

Globalement, la doctrine propose un classement bipartite avec des nuances. Essentiellement, elle distingue les exceptions et les limites. Entre ces deux extrêmes, elle admet parfois d'isoler les limitations. Et parmi les limites, elle distingue les limites internes et externes : les premières tiennent à la définition même du droit, elles dessinent les frontières que le contenu du droit oblige à poser. Les secondes ne trouvent pas leur source dans le droit examiné mais dans un droit concurrent qui modifie le contenu du droit examiné. Il s'agit par exemple du droit de la concurrence, des droits de la personnalité, du droit des contrats, qui exercent une influence sur l'exclusivité du droit d'auteur[267].

Mais déjà, il est possible de trébucher sur la terminologie retenue : celles que certains auteurs[268] appellent exceptions – au sens d'utilités retirées à l'auteur et par opposition aux limites – peuvent parfois être appelées indifféremment exceptions ou limites internes, auquel cas celles que l'on appelait limites internes – au sens de bornes naturelles d'un droit qui n'a pas vocation à s'appliquer au-delà et par opposition aux exceptions – sont alors appelées limites externes.

En tout état de cause, la distinction bipartite paraît presque claire *a priori*. L'exception existe lorsque l'intérêt naturel de l'auteur est contredit par l'intérêt contraire d'un tiers. Le

[264] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 256, n°314.
[265] Par exemple, S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuv*res*dans l'univers numérique*, n°542, citée par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 369, n°557.
[266] Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 369, n°557 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 256, n°314.
[267] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 369, n°557 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 258, n°320.
[268] Par exemple M. Vivant et J.-M. Bruguière.

législateur doit les départager, et il décide ponctuellement de faire primer telle ou telle valeur fondamentale sur le droit de l'auteur. A l'inverse, la limite existe lorsque l'intérêt naturel de l'auteur prend fin, lorsque la nature de la chose – de l'œuvre – dessine les contours et le contenu du droit du créateur. Logiquement donc, une même hypothèse ne peut potentiellement constituer à la fois une exception et une limite. L'hésitation entre les deux qualifications semble impossible. La distinction semble objective.

58-2. L'enjeu théorique du conflit. Pourtant, elle en est très loin. Elle repose en effet entièrement sur la conception que l'on retient du domaine réservé de l'auteur : si on lui reconnaît un véritable droit de propriété au contenu indéfinissable, il reçoit en principe le pouvoir de jouir exclusivement de toutes les utilités concevables de l'œuvre, et toute utilité soustraite à son pouvoir exclusif constitue effectivement une exception ; tandis que les limites sont celles qui résultent de la nature des choses, c'est-à-dire que sont exclues à ce titre les seules utilités inconcevables de l'œuvre. Si au contraire l'on prête à l'auteur un droit d'envergure moindre, alors il ne peut prétendre à toutes les potentialités de son œuvre, si bien que certaines d'entre elles, bien que leur jouissance exclusive soit concevable, ont naturellement vocation à être partagées avec d'autres. On les nomme alors limites. Et dans cette optique, la limite ne tient pas seulement à la nature des choses, mais aussi « à la construction qui est socialement, juridiquement faite du droit d'auteur »[269], ce qui laisse bien peu de place aux exceptions. Ainsi, en résumé, une même entorse peut prendre deux noms différents selon l'*a priori* que l'on retient.

En conséquence, nous ne pouvons nous fier à la qualification d'exception ou de limite. Tantôt elle découle d'une analyse sous-jacente de la nature du droit d'auteur, qui dicte la qualification retenue. Tantôt, et de manière plus contestable, elle constitue une arme déguisée au service d'une fin : celui qui souhaite asseoir l'idée d'une véritable propriété de l'œuvre et combattre les entorses les appellera exceptions et les jugera négligeables, tandis que celui qui souhaite ramener le droit d'auteur à un droit-fonction et qui accueille les entorses comme nécessaires, naturelles et bien-fondées, les appellera limites.

D'ailleurs, on ne peut retenir une certaine ironie : certaines « limites » font particulièrement ressortir la difficulté, comme celle de la communication à un public ou encore celle de la représentation dans le cercle de famille, sans pour autant que les auteurs hésitent une seule seconde à renier ici la qualification d'exception au profit de celle de limite. Ils n'admettent

[269] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 369, n°557.

jamais que ce choix repose entièrement sur la conception étroite du droit d'auteur qu'ils retiennent. Et pourtant, ces mêmes auteurs sont loin d'ignorer cette ambiguïté potentielle, puisqu'ils y font directement allusion à propos d'une toute autre hypothèse : « une limite externe se fait jour lorsqu'un droit concurrent au droit d'auteur exerce une influence sur celui-ci qui, en conséquence, ne peut plus jouer comme il l'aurait « naturellement » fait. C'est là une question particulièrement controversée car elle met en jeu la vision que chacun peut avoir du droit d'auteur : droit qui ne saurait souffrir aucune remise en question, droit parfaitement banal, droit qui mérite d'être défendu mais sans ignorer que d'autres valeurs peuvent être portées par d'autres mécanismes juridiques. On comprendra que nous ne nous lancions pas ici dans une telle discussion »[270]. Selon nous, la remarque ne doit pas être réservée à l'hypothèse examinée par l'auteur, elle a une vocation bien plus générale et vaut pour toutes les atteintes au droit d'auteur.

S'il nous est permis d'exprimer notre opinion, il nous semble que les véritables limites correspondent à la définition classique de la notion : ce sont les frontières au-delà desquelles le droit d'auteur n'a pas vocation à s'étendre, ce sont les domaines qui lui échappent naturellement. Et le critère que nous retenons pour dessiner ces bornes consiste dans la simple observation de l'état naturel des choses, à l'exclusion de ce qui relève des choix politiques ou sociologiques. Ainsi, échappe à l'auteur ce qu'il est matériellement impossible de lui soumettre, mais pas ce qu'il semble à tel ou tel moment indésirable de lui rattacher. En conséquence, de nombreuses limites retenues en doctrine ne sont pour nous que des exceptions. Les seules limites véritables sont celles qui trouvent leur source dans la nature de l'objet examiné, et elles ne sont d'ailleurs même pas envisagées avec les limites mais avec les conditions du droit d'auteur : elles conditionnent la naissance, l'existence du droit d'auteur. Il s'agit par exemple des idées et autres objets intellectuels que la nature rend insusceptibles de réservation. Cela vaut d'ailleurs aussi pour le droit de brevet.

Nonobstant notre opinion personnelle, l'exposé de toute cette confusion tend à montrer que les catégories de limites ou d'exceptions sont loin d'être objectives, et ne peuvent être prises pour argent comptant. On peut d'ailleurs regretter que, face à la confusion qui règne en doctrine sur ce point, les textes officiels ne nous soient d'aucun secours. D'abord, aucun législateur ne prend la peine de définir les notions de limites et d'exceptions. Ensuite, l'emploi qui en est fait dans les textes[271] n'apporte pas de réponse à la difficulté. Le législateur français examine tour à tour chacune des entorses aux droits patrimoniaux de

[270] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 370, n°558.
[271] Voir pour le contenu exact et complet des textes A BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 322, n°111.01 et s.

l'auteur dans les articles L. 122-3-1 du CPI et suivants, mais sans jamais les qualifier d'exceptions ou de limites. La directive communautaire du 22 mai 2001 intitule son article 5 « Exceptions et limitations », et dresse une longue liste des hypothèses dans lesquelles « les Etats membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations (…) » sans opérer de distinction. Le Traité OMPI et l'accord ADPIC procèdent de la même manière. La Convention de Berne utilise effectivement le terme « limiter » à l'article 2 bis, mais pour désigner des situations où le droit de l'auteur est ponctuellement écarté, donc pour une exception ; tandis qu'elle vise par ailleurs indistinctement le terme « exceptions » à l'article 9, et celui de « libre utilisation » aux articles 10 et 10 bis, sans y attacher d'autres conséquences. Au total, l'analyse textuelle échoue.

Faute de certitudes, il ne faut donc pas s'arrêter à la qualification retenue par tel ou tel auteur, sauf pour tenter de déceler, derrière son choix terminologique, le reflet d'un choix plus fondamental quant à la nature du droit du créateur. Se borner à examiner les seules exceptions reviendrait à admettre le postulat des auteurs qui, en disqualifiant certaines exceptions en limites, posent que le droit d'auteur est naturellement circonscrit à certaines utilités limitées de l'œuvre. Il nous semble plus objectif de nous en tenir aux termes du législateur, et d'examiner en tant que telles toutes les entorses qu'il pose au droit d'auteur. Ensuite, puisqu'il choisit de qualifier ce droit de propriété, il nous appartiendra de juger, personnellement, si ces atteintes se révèlent surmontables ou si au contraire elles condamnent l'idée de propriété. En effet, et nonobstant le terme ici employé, « (l)a question des exceptions que supporte le droit d'auteur est une question fondamentale car elle revient, ni plus ni moins, à définir la portée effective du droit. Nous sommes un peu ici en présence d'un : « Dis moi quelles sont tes exceptions, je te dirai quel est ton droit » »[272]. Et la démarche de ces auteurs, qui qualifient certaines exceptions de limites, ne doit pas nous égarer, ou nous pousser à passer sous silence celles qui constituent néanmoins de véritables entorses à l'exclusivité postulée de l'auteur sur son œuvre. Ainsi, cela nous oblige à examiner à la fois les exceptions et les limites, sans nous arrêter à leur qualification.

58-3. L'enjeu pratique du conflit. La distinction des limites et des exceptions ne trahit pas seulement la nature postulée du droit d'auteur. Elle est surtout déterminante au regard de la validité de l'entorse examinée : il semble bien que seules les exceptions s'attirent les foudres de la sanction, tandis que les limites y échappent. En effet, l'exception retire au titulaire

[272] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 376, n°565.

légitime une partie de son droit, elle doit donc faire état d'une légitimité supérieure à celle du propriétaire qu'elle prive. Au contraire, la limite se borne à coexister pacifiquement avec un droit privatif, mais leurs domaines ne se chevauchent pas, ils sont seulement mitoyens, si bien qu'aucune justification n'est nécessaire. En bref, qualifier une entorse d'exception plutôt que de limite oblige ensuite à se demander si son fondement suffit à écarter la prétention légitime de l'auteur. Or, précisément, la question du fondement, et de la source des exceptions, fait débat.

A priori, le droit français comme le droit communautaire semblent retenir une conception étroite des exceptions au droit d'auteur. Quant au législateur français, il n'a pas besoin de préciser que ces exceptions sont d'interprétation stricte. La doctrine est unanime à cet égard : « les exceptions doivent toujours s'interpréter en faveur du principe qui est le monopole »[273]. Sans doute, l'interprétation ne doit pas être tellement stricte qu'elle paralyse le jeu de l'exception, et le texte doit être interprété « dans toute la mesure de sa raison d'être »[274]. Cependant, l'adage veut que « exceptio, strictissimae interpretationis est ». Et seul un auteur[275] tempère cette sévérité, rappelant que le droit d'auteur est un droit d'exception : le principe est la liberté du commerce et de l'industrie, et le monopole de l'auteur fait exception à ce principe ; par suite, il faut en déduire que les exceptions et limites au droit d'auteur n'en sont pas, elles ne sont qu'un juste retour au principe de liberté. En tout état de cause, il est admis par la majorité de la doctrine que seules les exceptions expressément prévues par le législateur sont valables, et que celles-ci reçoivent une interprétation étroite.

La jurisprudence retient également cette lecture stricte. Les praticiens tentent de créer de nouvelles exceptions par le biais du droit du public à l'information et l'article 10 de la CEDH. Et la doctrine est controversée sur ce point[276]. Mais la Cour de cassation[277] condamne cette idée, rappelant que « le monopole légal de l'auteur sur son oeuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions

---

[273] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 297, n°354 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6e éd., 2007, p. 385, n°333 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 259, n°321.

[274] Cass. Civ. 1e, 14 juin 2005, Comm. com. électr. 2005, comm. 132. Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 297, n°354 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 259, n°321.

[275] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 7, n°7.

[276] Pour l'extension, E. Dreyer et C. Geiger, cités par A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 264, n°326, note 571. Contre, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 264, n°326 et 327.

[277] Civ. 1e, 13 nov. 2003, D. 2004, Jur. 200. Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 378, n°567 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 546, n°876.

inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même code (…). Que le moyen tiré d'une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme s'avère, ainsi, inopérant »[278].

Au total en droit interne, les exceptions restent des hypothèses strictement déterminées. Elles ne font pas naître des droits au profit des utilisateurs. Le débat existe surtout à propos de l'exception de copie privée, parce que la rémunération y-attachée lui fait prendre l'apparence d'un droit, du moins aux yeux du copiste. Mais de manière générale, il est admis que le droit appartient à l'auteur, qui souffre seulement d'exceptions, lesquelles ne fondent pas un droit concurrent au profit de leurs bénéficiaires. Malgré l'influence des pays anglo-américains qui regroupent leurs exceptions sous le terme de « *fair use* » et tendent à y voir un véritable « principe d'usage équitable », la conception personnaliste française résiste encore aujourd'hui[279].

Quant au droit communautaire, il semble encore plus clair. Certes, lorsque l'article 5 de la directive sur la société de l'information dresse une liste des exceptions, il précise seulement qu'elles sont facultatives[280], mais ne mentionne pas si elles sont limitatives, pas plus qu'il n'utilise de termes tel « notamment » ou « par exemple » dont on aurait pu déduire que la liste n'avait que valeur d'exemple, ou au contraire « exclusivement », ce qui aurait indiqué qu'elle avait valeur limitative. En revanche, le considérant 32 dispose « La présente directive contient une liste exhaustive des exceptions et limitations au droit de reproduction et au droit de communication au public ». Le texte conduit donc à penser que les Etats membres sont enfermés dans les hypothèses prévues au niveau communautaire[281].

Pourtant, il faut d'abord citer l'article 5 §3 o) de la directive, qui autorise l'exception « lorsqu'il s'agit d'une utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues au présent article ». Il y a bien ici possibilité pour les Etats membres d'ajouter d'autres exceptions à celles prévues par la directive, même si les conditions semblent bien sévères.

---

[278] Cass. Civ. 1e, 13 nov. 2003, Comm. com. électr. 2004, comm. 2.
[279] Voir A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 260, n°321.
[280] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 377, n°566.
[281] Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 487, n°752 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 262, n°324.

Surtout, il faut citer le §5 de l'article 5, qui sème la confusion : « Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». C'est le fameux test des trois étapes, dont on se demande s'il autorise la création de nouvelles exceptions à la condition qu'elles remplissent les conditions qu'il pose, ou s'il s'applique uniquement aux exceptions déjà prévues par les textes nationaux ou communautaires.

La combinaison de tous ces textes est donc incertaine : « chacun y trouvera son compte ou y perdra son latin »[282]. Certains auteurs[283] déduisent que, à coté des exceptions expressément prévues par l'article 5, il est loisible au droit français d'en admettre d'autres, pourvu qu'elles remplissent les conditions posées par le triple test. C'est dire que la liste des exceptions est ouverte, et que tout Etat membre peut en adopter de nouvelles, pourvu que celles-ci passent le test des trois étapes : « la liste légale, quoi qu'on en dise, ne clôt pas le nombre des « restrictions » que peut connaître le droit d'auteur »[284].

Cependant, même si elle est conforme au texte de l'article 5 de la directive, cette interprétation rencontre une très forte résistance en doctrine. D'abord, elle est contraire à son considérant 32. Ensuite, elle contredit aussi l'esprit des exceptions telles que les conçoit le droit français. Enfin, elle effraie les auteurs[285] qui craignent de voir le juge français investi d'un trop grand pouvoir contraire à la tradition française. Ainsi, de nombreux auteurs rejettent cette première lecture : « (p)osées par les textes, les exceptions au droit d'auteur représentent autant de dérogations à un droit privatif dont nous avons dit qu'on pouvait le tenir pour un droit de propriété. Cela explique certainement, outre la règle d'interprétation stricte qui les gouverne, que la doctrine répugne à admettre que le juge puisse en étendre la liste »[286].

La doctrine réagit alors diversement. Certains auteurs[287] temporisent : il est possible de s'en tenir à l'article 5 §3 o) et d'admettre la possibilité de créer de nouvelles exceptions si elles remplissent les conditions de l'article 5 §5, tout en évitant le danger que représente cette liberté prétorienne. Il suffit pour cela d'en proposer une lecture étroite : « le triple test dit seulement à quelles conditions une exception peut être tolérée. Il ne dit pas qu'elle doit l'être si ces conditions sont remplies »[288]. Autrement dit, face à une exception non prévue par les

[282] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 257, n°315.
[283] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 378, n°567.
[284] *Ibidem*.
[285] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 383, n°573.
[286] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc. , p. 378, n°567.
[287] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 263, n°324.
[288] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 273, n°335.

textes, le juge doit en apprécier la conformité au test, mais il n'est pas pour autant obligé d'admettre l'exception. Il appartient alors au législateur, et à lui seul, d'adopter cette nouvelle exception, s'il le souhaite.

La plupart des auteurs, cependant, adoptent la position inverse : d'une part, ils ignorent complètement l'article 5 §3 o), et préfèrent s'arrêter au considérant 32, dont les termes clairs les conduisent à refuser toute nouvelle exception : la directive de 2001 dresse « une liste qui s'apparente à un *numerus clausus* »[289]. D'autre part, ils s'attachent à réduire la portée potentielle de l'article 5 § 5. A cet effet, ils rappellent les termes de sa transposition en droit français : la loi du 1er août 2006 l'insère à l'article L. 122-5 CPI sous la forme d'un double test : « Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». Le test concerne bien les seules exceptions énumérées par l'article L. 122-5 du CPI. Ils invoquent également les termes de la directive société de l'information, qui se réfère aux « droits » des créateurs et aux « intérêts » des utilisateurs, « ce en quoi on peut voir une faveur au profit des premiers »[290]. Ils en concluent que la liste est close.

Ils assignent alors un rôle étroit au test des trois étapes : lorsqu'une exception est soumise à l'examen du juge, celui-ci doit en apprécier la validité avant d'admettre qu'elle puisse jouer. L'exception doit donc réunir les trois conditions requises[291].

Première condition : l'exception doit viser un cas spécial, et non une hypothèse générale ou une situation trop large. Cette condition n'est pas reprise par le législateur français, mais elle est rendue inutile par la démarche française qui consiste à poser des exceptions dans des cas particuliers et spécifiquement définis.

Deuxième condition : l'exception ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Ici se profile une difficulté, qu'un arrêt de la Cour de cassation rendu à propos de l'exception de copie privée ne permet pas de résoudre. Dans la décision Mulholland Drive, le demandeur se plaignait de ne pouvoir effectuer une copie privée du DVD d'un film. Le TGI a rejeté sa demande, considérant qu'une telle copie portait atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre par son auteur. Mais cela revient à invalider l'exception de copie privée. La Cour d'appel de Paris a infirmé cette décision, estimant que la rémunération pour copie privée par le biais des supports d'enregistrement compense le manque à gagner et valide la condition. La Cour de cassation a censuré l'arrêt au motif que « L'atteinte à l'exploitation normale de

[289] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 294, n°351.
[290] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 377, n°566.
[291] Voir par exemple A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 270, n°332 et s.

l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée, s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteurs et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique »[292]. La solution est donc incertaine. La Cour de cassation enjoint les juges du fond à adopter une analyse économique de la situation, à apprécier l'impact exact de ce type particulier de copie privée sur l'exploitation globale de l'œuvre. Finalement, cette décision laisse une grande liberté au juge[293].

Troisième condition : l'exception ne doit pas porter préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur. C'est une conséquence de la seconde condition : si l'exception porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, elle cause nécessairement un préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur. Mais l'inverse n'est pas forcément vrai : si l'exception ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, elle peut cependant porter préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur, si l'on y intègre ses intérêts extra-patrimoniaux. Certes, la Convention de Berne et les accords ADPIC se cantonnent au domaine patrimonial, mais le droit d'auteur français ne peut faire abstraction de sa dimension morale. Quel domaine faut-il alors reconnaître au triple test que prévoit la directive communautaire ? Intégrer le droit moral dans les intérêts légitimes potentiellement menacés conduit à réduire encore le champ des exceptions admissibles.

Une fois l'incertitude[294] qui règne autour du contenu exact de ces conditions dépassée, le juge conclut : lorsque l'exception examinée n'est pas prévue par les textes, peu importe qu'elle réunisse les conditions ou pas puisqu'elle est écartée (encore que ceux[295] qui s'en tiennent à l'article 5 §3 o) admettent alors que l'exception nouvelle peut être admise, son succès au triple test n'obligeant pas à l'admettre mais se bornant à l'autoriser). Lorsqu'elle existe dans les textes mais ne réunit pas les trois conditions, la valeur obligatoire de la directive oblige certainement le juge français à l'écarter. Et surtout, une telle décision du juge doit forcément conduire à une remise en cause générale de l'exception examinée : soit elle est supprimée par le législateur, soit elle est assortie d'une rémunération sous la forme d'une licence légale[296].

Un auteur souligne l'ironie de cette analyse du test en doctrine : ce test est d'abord introduit à l'article 9.2 de la Convention de Berne afin de contrebalancer la consécration du droit de

[292] Civ. 1e, 28 févr. 2006, D. 2006, AJ. 784.
[293] Dans ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* préc., p. 298, n°355.
[294] Dans ce sens P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 425, n°371.
[295] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 273, n°335.
[296] Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 386, n°576.

reproduction au niveau international, le jeu de ce test tend à empêcher les Etats membres de revenir sur les exceptions qu'ils connaissaient déjà. Il est ensuite repris par l'article 13 de l'accord ADPIC, l'article 10 du Traité de l'OMPI et l'article 5.5 de la directive sur la société de l'information, qui l'étendent à toutes les prérogatives patrimoniales. Mais tel qu'il est entendu en doctrine, le test ne permet ni la création de nouvelles exceptions, ni même la protection des exceptions existantes. Puisque la liste est dite close, il ne permet pas d'accueillir de nouvelles exceptions, fussent-elles jugées conformes. Quant aux exceptions déjà admises par les Etats membres, si elles triomphent du triple test, elles en sortent renforcées. Mais leur échec est de nature à remettre en cause leur légitimité. Autrement dit, « (l)e triple test fut donc conçu pour sauvegarder les exceptions et il semble aujourd'hui devoir être utilisé pour les combattre ! »[297]. Un autre auteur de conclure : « Constituant une « exception aux exceptions », le test devrait être lui-même d'application stricte par le juge »[298].

Quant à nous, entendu comme insuffisant à écarter le principe de la liste close, le test des trois étapes constitue finalement un instrument redoutable de lutte contre les exceptions, et de sauvegarde du droit exclusif de l'auteur. Bien entendu, c'est surtout la suppression de l'exception qui conduit à ce renforcement inattendu du droit exclusif, puisque l'introduction d'une licence légale conduit plutôt à fragiliser le principe exclusif en dénaturant le doit d'auteur. Mais au total, le droit pour l'auteur de jouir exclusivement de son œuvre sort paradoxalement renforcé de cet obstacle du triple test.

Et c'est ici que l'on prend la mesure de l'enjeu de la qualification d'exception ou de limite. L'exception, lorsqu'elle est soumise au juge, doit remplir les conditions du triple test, sous peine d'être invalidée, tandis que la limite échappe à cette menace. La doctrine a pleinement conscience de cela : à propos de la représentation dans le cadre du cercle de famille, formulée comme une exception par l'article L. 122-5 2° du CPI, un auteur souligne que « en réalité, selon l'auteur de ces lignes, il ne s'agit même pas d'une exception aux droits des auteurs. En conséquence, on peut légitimement se demander si elle tombe sous le coup du « test en trois étapes » imposé par l'article 9.2 de la convention de Berne »[299]. D'où l'idée que l'analyse en limite permettrait d'élargir le champ de cette « exception ». Un autre auteur[300] examine la limite de la représentation accessoire : il y voit une exception, et note qu'elle n'est prévue que

[297] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 384, n°573. Dans le même sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 299, n°355.
[298] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 426, n°371.
[299] A BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 328, n°111.14.
[300] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 425, n°371.

par le juge français, dans le silence de la législation française autant que communautaire. Il se demande alors si le juge français peut valablement la maintenir, et prétendre la soustraire au test des trois étapes. D'où l'intérêt d'y voir une limite.

Il est donc tentant de voir des limites là où l'hésitation est permise, et cela explique sans doute en partie la tendance de la doctrine à transformer de nombreuses exceptions en limites. Pourtant, une telle démarche nous paraît à la fois contestable, parce qu'elle manque de rigueur au plan juridique, et pernicieuse, parce qu'à voir des limites là où le législateur entend poser des exceptions, on en vient à façonner un droit d'auteur au domaine naturel tellement réduit qu'il peine à se mesurer à sa référence, la propriété.

En tout état de cause, la querelle entre limites et exceptions n'est pas purement théorique. Sans s'arrêter à la qualification retenue par les auteurs, il faut tenter de trancher, à propos de chaque entorse examinée.

. Terminologie et droit exclusif de l'auteur

59. Parmi toutes les entorses au droit d'auteur, seulement certaines sont expressément prévues par le CPI. Elles sont traitées comme des exceptions par le législateur, mais certaines d'entre elles sont analysées comme des limites par la doctrine. D'autres entorses sont admises uniquement par la doctrine et la jurisprudence. Il s'agit là d'une catégorie d'atteintes au droit d'auteur qui ne résultent pas directement de la loi et ne sont pas appelées exceptions par le législateur : la doctrine les désigne généralement sous le terme de « limites internes ». Elles se situent en amont des exceptions dans le processus de délimitation du droit exclusif, parce qu'elles dessinent le domaine naturel et maximal de l'auteur, au-delà duquel il n'a aucune vocation à l'exclusivité. Elles ne lui enlèvent donc rien qui devrait légitimement lui revenir. Mais, parce qu'elles organisent l'accès à une utilité de l'œuvre, elles doivent selon nous être examinées, puisque dans une conception classique du droit de propriété, le propriétaire a la jouissance exclusive de toutes les utilités de la chose. Si la doctrine et la jurisprudence jugent qu'elles n'enlèvent rien à l'auteur, il reste qu'elles consacrent le partage d'au moins une utilité de l'œuvre qui est censée appartenir à cet auteur.

Aux fins d'apprécier le degré d'exclusivité de l'auteur sur son œuvre, il faut donc distinguer les limites (A), qui sont censées ne rien enlever à l'auteur, des exceptions (B), qui le privent de son exclusivité.

A. Les limites au droit exclusif de l'auteur

60. Il s'agit, d'une part, des limites internes du droit d'auteur, véritables frontières de son pouvoir. Elles sont l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence, qui prétendent cependant trouver un appui – discutable – dans les termes de la loi (1). Il s'agit, d'autre part, des exceptions consacrées par le législateur, que la doctrine choisit pourtant de voir comme des limites (2).

1. Les limites implicites

61. Le propriétaire a le droit de se réserver tous les usages de sa chose, et l'auteur devrait logiquement pouvoir émettre la même prétention. Pourtant, il est communément admis en doctrine que seuls les usages publics de l'œuvre font partie du domaine réservé de l'auteur. « Le critère de mise en œuvre du droit d'exploitation est, dans la loi de 1957, la communication de l'œuvre à un public d'exploitation. *A contrario*, les actes qui n'impliquent pas la communication au public de l'œuvre n'affectent pas le droit d'exploitation »[301]. Autrement dit, l'usage privé de l'œuvre par un tiers n'est pas une atteinte au droit exclusif de l'auteur. Seuls les usages qui communiquent l'œuvre au public sont réservés à l'auteur[302]. Cela vaut pour son droit de représentation (a) comme pour son droit de reproduction (b).

a. La communication au public, limite naturelle du droit de représentation posée par l'article L. 122-2 CPI

α. Le postulat : une limite naturelle

62. Du droit de représentation, l'article L. 122-2 du CPI propose la définition suivante : « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque (…) ». La doctrine en déduit que le législateur pose implicitement une limite interne au droit de l'auteur : tout usage de l'œuvre, toute forme de représentation qui se ferait sans que l'œuvre soit communiquée au public tombe en dehors du domaine du droit d'auteur

[301] Ph. GAUDRAT, *Droits des auteurs (...) Droit de représentation*, Jurisclasseur PLA, Fasc. 1242, 203, n°6.
[302] Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 374, n°562. Voir aussi P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., n°334.

et échappe à toute emprise de l'auteur. L'auteur n'a naturellement vocation à se réserver que les représentations qui impliquent une communication de l'œuvre au public.

Cette idée est exprimée avec force par beaucoup d'auteurs. Ainsi, « (d)ans la logique même du droit d'auteur, la représentation ne donne prise au monopole que si elle communique l'œuvre au public »[303]. Techniquement, la communication au public « constitue l'élément essentiel du concept de représentation »[304]. A tel point que certains auteurs prennent ces deux termes, représentation et communication, pour synonymes, et préfèrent le second au premier. « La représentation nécessite la communication « d'une œuvre » à un « public » et l'on peut même regretter que le législateur français n'ait pas osé franchir le pas et, dans le fil des textes internationaux et communautaires, de désigner directement ce droit comme « droit de communication » »[305].

Non contents de prêter à la loi une telle limite, pourtant implicite, les auteurs décident également que l'exception posée à l'article L. 122-5 1° du CPI constitue en réalité elle aussi une limite, ou plus exactement le prolongement de cette première limite interne. En effet, ce texte autorise « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ». Pour les auteurs, ce second texte ne serait que la traduction du premier, sa conséquence, son pendant : puisque la seule représentation réservée à l'auteur est celle qui communique l'œuvre au public, à l'inverse la représentation privée et gratuite, puisqu'elle ne communique pas l'œuvre au public, est libre. Et ainsi, il ne s'agirait pas d'une exception, puisque l'auteur n'a aucune vocation à contrôler ces représentations qui se font sans communication au public. Il s'agirait en réalité de cette même limite, formulée de manière plus précise[306].

Logiquement, pour définir le domaine du droit de représentation de l'auteur tel que défini par l'article L. 122-2 du CPI, la doctrine se réfère à l'article L. 122-5 1° : « le public doit s'entendre au sens large, comme celui qui s'oppose au « cercle de famille » visé par l'article L. 122-5 1° CPI »[307]. La communication au public s'oppose à la représentation privée et gratuite effectuée exclusivement dans un cercle de famille. Tout ce qui n'est pas l'un est l'autre, et inversement.

---

[303] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 343, n°506.
[304] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 240, n°106.49.
[305] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 343, n°506. Dans le même sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., n°334.
[306] Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 374, n°562 ; Ph. GAUDRAT, *Droits des auteurs (...) Droit de représentation*, préc., n°6. De manière plus nuancée, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 258, n°320.
[307] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 343, n°506.

β. La critique : une limite artificielle

Cette analyse en limite naturelle nous gêne à deux égards.

63. Première critique. Premièrement, l'idée que l'exception de la représentation dans le cadre du cercle de famille serait une simple traduction ponctuelle de cette limite nous arrête. C'est d'abord faire bien peu de cas du législateur, le taxer de redondance, et ignorer délibérément son classement de l'article L. 122-5 1° parmi les exceptions. C'est aussi et surtout une analyse qui nous semble erronée : même si l'on admettait l'idée de départ, selon laquelle le droit de l'auteur sur la représentation de son œuvre ne naît que de sa communication au public, il est impossible d'analyser la représentation dans le cercle de famille comme une représentation exclusive de toute communication au public. Deux arguments nous conduisent à cette conclusion.

D'une part, la chronologie des événements s'y oppose. En effet, si la communication au public conditionne la naissance du droit de représentation, cela revient à dire que la divulgation de l'œuvre est nécessaire à cette dernière. Toute communication au public implique nécessairement divulgation, et inversement, la divulgation constitue une forme de communication au public. Or, le texte qui définit l'exception est clair : la représentation dans le cercle de famille, celle qui est exceptionnellement autorisée, se fait après divulgation et pas avant. Cela signifie très clairement que la représentation dans le cercle de famille telle que visée par le texte implique que l'œuvre ait au préalable ou concomitamment été communiquée au public. Il est donc impossible que l'exception de l'article L. 122-5 1° soit la traduction de la limite posée à l'article L. 122-2 et désigne la situation d'une œuvre qui n'aurait pas été communiquée au public, puisqu'elle présume au contraire que cette communication a eu lieu.

D'autre part, la notion de « public » de l'article L. 122-2 ne constitue pas le pendant de la notion de « cercle privé » de l'article L. 122-5 1°, parce que la première se définit par rapport à l'auteur tandis que la seconde se définit par rapport au tiers, si bien qu'il n'y a pas de rapprochement possible entre les deux catégories, même pour les opposer : le « public » pour l'auteur ne s'oppose pas au « cercle privé » pour le tiers, puisque le « public » pour l'auteur n'est pas le « public » pour le tiers, de même que le « cercle privé » du tiers n'est pas le « cercle privé » de l'auteur. Autrement dit, l'assimilation des deux hypothèses par la doctrine postule que le cercle de famille s'oppose à la notion de public : privée et gratuite, cette représentation exclurait tout public. Or cela nous paraît faux : le cercle de famille est sans doute un lieu privé, dans le sens où il ne réunit que des personnes liées par un lien de famille, et se fait en dehors des espaces publics. Mais le cercle de famille constitue néanmoins un

public au sens de l'article L. 122-2. En effet, cet article définit la représentation comme une communication au public, ce qui signifie qu'il y a représentation dès qu'un public est touché, par opposition au cercle privé de l'auteur lui-même. Cela rejoint la notion de divulgation. Tant que l'auteur garde l'œuvre pour lui-même ou ses proches, il ne la communique pas au public. Mais dès lors qu'il la divulgue (et c'est bien la condition de l'article L. 122-5 1°), il la communique à un public dans la mesure où il la porte à la connaissance de personnes extérieures à lui-même et son cercle privé. Autrement dit, le tiers qui invoque l'exception a beau arguer qu'il visionne l'œuvre dans le cadre de son cercle de famille privé, ce cercle-là n'est pas celui de l'auteur, et il constitue un véritable public pour cet auteur, parce qu'il lui est étranger. Au demeurant, le tiers ne peut accéder à l'œuvre que, justement, parce qu'elle a été communiquée au public. Et qui ce tiers prétend-il donc être, si ce n'est un étranger pour l'auteur, un public ? Qu'importe qu'il use de l'œuvre chez lui avec sa famille, il n'a accès à l'œuvre que parce que l'auteur la communique au public, et il ne peut en aucun cas être prétendu que cet usage, fut-il privé pour l'usager, est aussi privé pour l'auteur. Il est public, et met en jeu son droit de représentation.

Dès lors, et pour conclure, c'est bien une exception que prévoit l'article L. 122-5 1°, car la représentation dans le cercle de famille n'est pas la représentation privée d'une œuvre non communiquée. Le cercle de famille est un public pour l'auteur, et même en admettant – pour l'instant – que l'auteur n'ait vocation qu'aux usages d'une œuvre rendue publique, celui-ci en est un indéniablement.

64. Deuxième critique. Deuxièmement, en amont dans l'analyse doctrinale, l'idée selon laquelle, faute de communication au public, l'usage de l'œuvre serait hors de portée du droit d'auteur, et donc libre, nous semble fausse.

Cela reviendrait à dire que l'auteur, avant cette communication, ne peut exercer aucun contrôle sur l'usage qui est fait de son œuvre par les tiers. Nous avons déjà envisagé cette question[308]. Nous avions conclu de la manière suivante : sans doute, le droit de représentation implique la communication de l'œuvre au public puisqu'il consiste dans l'exploitation commerciale de l'œuvre, qui ne peut logiquement se faire dans le secret. Pourtant, le droit de représentation peut être exercé avant la communication au public, lorsque l'auteur conclut des contrats préparant l'exploitation future. Et par ailleurs, le droit de représentation est protégé avant la communication, puisque le tiers qui exploite l'œuvre non encore divulguée encourt la

[308] En Partie 1 Titre 1 Chapitre 1, dans la version intégrale aux n°153 et s.

sanction de la contrefaçon. Certes, l'œuvre a naturellement vocation à être communiquée, et nous ne songeons pas à nier la spécificité du droit d'auteur sur ce point. On peut effectivement y voir une limite au droit de l'auteur, mais c'est plutôt selon nous une condition de son existence : l'œuvre est une chose qui a vocation à circuler, et les droits qui la réservent sont adaptés à cette nature particulière. Il faut donc reconnaître que le droit de représentation ne trouve application qu'à la condition que l'œuvre soit, tôt ou tard, communiquée au public. Mais on ne peut pas dire que le droit de représentation naisse de la communication au public, ne serait-ce que parce que l'article L. 111-1 du CPI prend le contre-pied direct de cette idée. Cela reviendrait à prétendre que l'auteur n'exploite pas son œuvre avant communication (c'est manifestement faux) et qu'il n'est pas protégé contre une exploitation des tiers (c'est faux aussi). Son droit de représentation existe avant communication, mais il est d'envergure moindre, il est encore un droit « en devenir ».

Et puisque, selon nous, une telle limite n'existe pas, l'exception mentionnée ne peut en être le prolongement. L'auteur a naturellement vocation à se réserver toutes les représentations de son œuvre, peu important qu'elles se fassent dans le cadre du secret de sa vie privée avant toute divulgation, ou une fois l'œuvre communiquée au public. Dans tous les cas, il dispose effectivement de l'action en contrefaçon, puisque la jurisprudence en décide ainsi. Par suite, toute représentation qu'il n'a pas autorisée, qu'elle se fasse avant ou après divulgation, empiète sur son droit d'auteur et appelle la sanction. Le législateur juge pertinent de faire exception à ce pouvoir lorsque le tiers assiste à une représentation non autorisée dans le cadre de son cercle de famille, mais cela reste, à nos yeux, un empiètement sur son domaine réservé, tout simplement toléré par la loi.

γ. Le contenu de la limite

65. Nonobstant ces critiques qui nous sont personnelles, la jurisprudence maintient son analyse de l'article L. 122-2 comme posant une limite au droit de représentation, et la doctrine maintient son rapprochement avec l'exception du cercle de famille. Nous examinerons plus bas cette exception en détail. Nous avons ici souligné que nous contestions à la fois le bien-fondé (manque de base légale, conception sous-jacente étriquée du droit d'auteur, et inexactitude face au jeu manifeste du droit de représentation avant communication) et la

portée (au regard de l'exception de l'article L. 122-5 1°) de cette limite. Nous nous devons néanmoins d'en examiner le contenu en jurisprudence[309].

Bien que la doctrine voie dans l'article L. 122-5 1° un prolongement de l'article L. 122-2 et cherche dans le « cercle de famille » la définition de ce qui ne constitue pas un « public », le juge ne s'enferme pas dans ce rapprochement. Le domaine fermé à l'auteur par l'article L. 122-2 est beaucoup plus large que le simple « cercle de famille », bien qu'il ait tendance à se réduire.

Dans la loi de 1957, c'était l'article 27 qui définissait la représentation par « la transmission dans un lieu public ». Le critère consistait donc dans la détermination du lieu de la communication : il fallait opposer le lieu public et le lieu privé. Logiquement, des décisions[310] jugèrent licite la représentation d'une œuvre telle la diffusion d'une émission radio ou télévisuelle dans des chambres d'hôtel, au motif que l'autorisation de l'auteur n'est pas nécessaire pour un lieu privé, mais seulement pour un lieu public. La loi de 1985 modifie les textes : l'article L. 122-2 définit désormais la représentation comme « la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque (…) ». « Alors que la première expression met l'accent sur le lieu, la seconde met l'accent sur le public, opérant ainsi un glissement caractéristique, plus conforme, pourrait-on dire, à l'esprit de la convention de Berne »[311]. On peut certainement trouver dans cet ancien article 27 une des causes du rapprochement opéré par la doctrine avec l'exception du cercle de famille : on verra à son propos que le cercle de famille a parfois été défini en doctrine par référence au lieu de la représentation, ce qui peut trouver ici une explication. En tout état de cause, désormais donc, le critère de la représentation au sens de l'article L. 122-2 n'est plus le lieu mais la qualité de la personne qui assiste à la représentation. Un auteur[312] en déduit que la jurisprudence antérieure est caduque, et d'ailleurs les arrêts postérieurs[313] sanctionnent la diffusion dans une chambre d'hôtel malgré le lieu privé à cause du public qui s'y trouve. Cette nouvelle rédaction redessine, en l'élargissant, les contours du droit de représentation.

Plus généralement, la doctrine relève que la notion de communication à un public a tendance à s'élargir, et avec elle le domaine naturel du droit d'auteur, au détriment de la sphère de liberté. En effet, à l'origine, « ce public était appréhendé comme un ensemble de personnes (qui ne sont pas en relation de clientèle avec celui qui met à disposition l'œuvre) qui se

[309] Voir F. SARDAIN, *La place du public dans la structure propriétaire du droit d'auteur*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 69.
[310] Par exemple, Civ. 1e, 23 nov. 1971, JCP 1972.II.16995, ou CA Paris, 13 mai 1970, Gaz. Pal. 1970.2.46.
[311] B. EDELMAN, *Commentaire de la loi du 3 juillet 1985*, ALD 1987, p. 25.
[312] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 240, n°106.51.
[313] Civ. 1e, 6 avr. 1994, Bull civ. I, n°144.

retrouve dans un même temps et un même lieu pour entrer au contact de l'œuvre (exemple classique du concert) »[314]. Mais cette définition n'est pas adaptée aux usages modernes. La communication des œuvres de l'esprit passe aujourd'hui par d'autres formes que celles décrites ici. La jurisprudence a donc progressivement assoupli la définition. D'une part, il n'est plus nécessaires que plusieurs personnes soient réunies dans un même lieu, ce qui permet à l'auteur de contrôler par exemple la télédiffusion d'un film dans une chambre d'hôtel. Et il devient d'autre part inutile que les usagers aient accès à l'œuvre en même temps, ce qui permet de maîtriser également la transmission numérique à la demande. Globalement, l'usage libre conserve donc peu de place. Certes, la doctrine continue d'y attacher le cercle de famille, mais on a vu que si celui-ci reste fermé à l'auteur, ce n'est pas au titre d'une limite mais d'une exception. Les auteurs prennent également l'exemple d'une œuvre attachée à un courriel destiné à une personne particulière : « cet espace privé (…) semble se réduire comme une peau de chagrin »[315].

Faut-il pour autant le déplorer ? En plus de tous les arguments que nous avons avancés pour contester cette limite, on peut encore remarquer que cette création prétorienne n'est pas le meilleur garant de la sécurité juridique.

Et quant à nous, nous prêtons personnellement à l'article L. 122-2 un contenu qui, en renfort des autres critiques formulées à son encontre, met définitivement fin à son statut de limite. Selon nous, à lire le texte de l'article L. 122-2, on devrait, si l'on persiste à y trouver une limite, considérer que le droit de représentation existe à partir de la communication de l'œuvre au public, et que par opposition, il n'existe pas lorsque l'œuvre n'a pas été communiquée au public. La représentation consiste dans le fait de communiquer l'œuvre au public. Les usages réservés à l'auteur sont donc ceux qui réalisent cette communication. Et toutes les représentations qui ne communiquent pas l'œuvre au public échappent donc à son pouvoir. Le critère est la qualité de la personne qui assiste à cette représentation : si elle est un public, c'est l'auteur seul qui peut y procéder ; si elle n'est pas un public, l'œuvre peut lui être communiquée librement par quiconque. Et l'on voit bien ici comment on peut glisser de cette limite à l'exception, parce que le cercle de famille est qualifié de privé, par opposition à public. Mais ce glissement est inexact, car il faut alors, pour dessiner la frontière de cette limite, définir ce public. Et le public revêt cette qualité par rapport à l'auteur, et non par rapport au tiers. Logiquement, le droit de contrôler la représentation appartient à l'auteur

[314] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 343, n°506 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 266 et s., n°316.
[315] *Ibidem*.

parce qu'il a le droit de divulgation, et il contrôle toute représentation qui réalise une divulgation de son œuvre. Le public visé est donc toute personne extérieure à l'auteur ou à son cercle privé, toute personne qui ne fait pas partie des personnes avec qui l'auteur peut partager son œuvre tout en la gardant secrète. Puisque c'est l'auteur qui choisit la forme que prend sa divulgation, c'est aussi lui qui décide de ceux qui peuvent prendre connaissance de l'œuvre sans être qualifiés de public. Et pour en revenir au cercle de famille de l'article L. 122-5 1°, la famille du tiers peut bien constituer son cercle privé, elle n'en est pas moins, *a priori*, extérieure au cercle privé de l'auteur. En résumé, le public est donc effectivement l'ensemble des personnes qui ne font pas partie du cercle privé de l'auteur tel qu'il le détermine, mais il faut surtout souligner que ce public se définit par référence à la qualité des personnes envisagées dans leur rapport avec l'auteur. C'est en tout cas ce qui nous semble devoir être déduit des termes de l'article L. 122-2 du CPI.

Et finalement, c'est pour cette raison que l'article L. 122-2 ne nous semble pas poser une véritable limite : lorsque l'œuvre est communiquée au public par un tiers, il est puni pour contrefaçon ; lorsque l'œuvre est représentée à une personne qui n'est pas le public, ce ne peut être le fait d'un tiers puisque c'est l'auteur qui décide de cette qualité ; si bien que la représentation de l'œuvre en dehors d'un public par un tiers est impossible, ce type d'usage de l'œuvre ne peut être libre puisqu'il ne peut se concevoir. Quelle est alors l'utilité de l'article L. 122-2 ? Il propose simplement une définition de la représentation par opposition à la reproduction. Et il rappelle accessoirement l'évidence : ce droit patrimonial de l'auteur ne prend toute sa mesure et ne révèle son potentiel qu'à partir de cette communication, à défaut de laquelle il est difficile de concevoir l'exploitation de l'œuvre.

δ. Le droit de représentation et le caractère accessoire de la communication

66. Pour conclure sur le rôle de la communication au public au regard du droit de représentation, il faut mentionner que la doctrine et la jurisprudence prolongent leur analyse sur un point particulier : lorsqu'une œuvre graphique, architecturale, plastique ou même audiovisuelle apparaît lors de la représentation d'une autre œuvre, et ce de manière incomplète et rapide, sans constituer le cœur de cette représentation, l'on considère que cette représentation n'est qu'accessoire. Parce qu'elle est secondaire, elle ne communique pas réellement l'œuvre au public. Et faute d'une telle communication, cette « représentation » n'en est pas une aux yeux du droit de l'auteur concerné, qui ne peut alors l'interdire.

67. La mesure de l'entorse. Son domaine est dessiné par le juge qui décide que « toute création (œuvre architecturale, sculpture…) située dans un lieu public et représentée en arrière plan et de manière accessoire, ne donne pas prise au droit d'auteur »[316]. Autrement dit, l'auteur ne peut se réserver ou contrôler tous les usages de son œuvre, et lorsque l'usage est seulement accessoire, il lui échappe. Mais faute de définition légale, les contours sont incertains : ils évoluent au fils du temps[317], au détriment de la sécurité juridique. Ainsi, à l'origine, la jurisprudence sanctionnait toute représentation accessoire non autorisée. Cela donnait lieu à un contentieux important et la théorie de la reproduction accessoire fut élaborée pour réaliser un compromis. Un arrêt de 1995 pose que « la représentation d'une œuvre située dans un lieu public est licite, lorsqu'elle est accessoire par rapport au sujet traité »[318]. Et non contente de tolérer la représentation accessoire d'une œuvre située dans un lieu public, la jurisprudence a récemment semblé étendre cette tolérance aux œuvres situées dans les lieux privés[319], sans toutefois adopter une position uniforme[320]. Il s'agit donc d'une hypothèse potentiellement extrêmement répandue.

68. La légitimité de l'entorse. *A priori*, l'atteinte au droit d'auteur est consommée et injustifiable, puisqu'aux termes de l'article L. 122-4 du CPI, « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite ». Et cette fois, aucun texte ne peut être invoqué car le silence du législateur est complet sur la représentation accessoire, mis à part cet article L. 122-4 qui devrait conduire à la solution inverse de celle retenue en droit positif.

De plus, pour justifier l'entorse, les arguments avancés nous semblent insuffisants. On invoque d'une part la relative innocuité de l'emprunt à l'auteur, arguant que l'œuvre n'est représentée que partiellement ou de manière tellement accessoire qu'elle est presque méconnaissable, ou à tout le moins suffisamment secondaire pour passer inaperçue aux yeux du tiers non-averti. On souligne d'autre part la difficulté qu'il y aurait à recenser toutes les atteintes, et les coûts engendrés par la multiplicité des autorisations nécessaires. Pour nous, il s'agit ici de mauvaises raisons, qui reposent finalement sur un aveu d'impuissance, et qui trahissent la résignation du juge face à un phénomène qui le dépasse. Un seul fondement nous

[316] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 374, n°563 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 240, n°298.
[317] Voir A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 245, n°106.58.
[318] Civ. 1e, 4 juill. 1995, Bull. Civ. I, n°295 et 296.
[319] Cass. Civ. 1e, 12 juin 2001, Propr. intell. 2001, n°1, p. 62. Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* préc., p. 313, n°369 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 545, n°875 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 240, n°298.
[320] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 246, n°106.58.

paraît satisfaisant : il s'agit de faire primer la liberté de création et d'expression. Globalement donc, le bien-fondé de l'entorse est discutable, et l'entorse reste acceptable seulement dans la mesure où le juge continue de la cantonner à des hypothèses réduites, que la liberté de création et d'expression suffit alors à légitimer.

69. La validité de l'entorse. La question de sa nature. Le législateur a eu l'occasion de la consacrer dans la loi du 1er août 2006, mais il ne l'a pas fait. Elle est donc toujours dépourvue de fondement légal. Et face à ce silence persistant, certains juges[321] en cru devoir en déduire qu'il fallait mettre fin à cette tolérance. Mais la limite reste aujourd'hui bien ancrée en jurisprudence. C'est la doctrine qui discute de la légitimité de son maintien. Le problème est le suivant : faute d'assise légale, l'entorse est-elle valable ? La question n'est pas tranchée.
Certains auteurs[322] considèrent que cette entorse enlève à l'auteur une part des utilités qui lui sont réservées. Il s'agit donc d'une véritable exception au droit d'auteur. Or, selon ces mêmes auteurs, la directive « Société de l'information » interdit de nouvelles exceptions non prévues par le texte. Ils en déduisent donc que celle-ci doit disparaître. D'autres, plus nombreux, sont favorables à cette entorse, dans laquelle ils voient au contraire une limite au droit d'auteur. Pour eux, l'usage accessoire de l'œuvre tombe en dehors du domaine naturellement réservé à l'auteur. « Représentée accessoirement, l'œuvre n'est tout simplement pas exploitée au sens du Code de la propriété intellectuelle. C'est la raison pour laquelle le droit d'auteur n'est pas concerné par cette utilisation »[323]. Il y aurait ici « une sorte de limite au droit d'auteur point vraiment discutable comme résultant de la « nature des choses » »[324].
Pour s'assurer du maintien de cette entorse, les auteurs invoquent plusieurs séries d'arguments. Premièrement, ils en appellent au juge, à qui ils prêtent de retenir également cette analyse[325]. Après qu'un TGI a refusé le jeu de la limite en arguant que le silence du législateur dans la loi du 1er août 2006 la rendait caduque, la Cour d'appel renverse le jugement et maintient la limite. Selon certains[326], le silence du législateur ne peut invalider qu'une véritable exception et n'a pas d'incidence sur une limite, il faudrait donc déduire de la

[321] TGI Paris, 20 déc. 2006, Comm. com. électr. 2007, chron. 6, n°7.
[322] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 259, n°320.
[323] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* préc., p. 314, n°369. Dans le même sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 376, n°564.
[324] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc. , p. 376, n°564, citant F. POLLAUD-DULIAN, *Droit d'auteur*, préc., n°820.
[325] Voir TGI Paris, 20 déc. 2006, Comm. com. électr. 2007, chron. 6, n°7 et CA Paris, 12 sept. 2008, Comm. com. électr. 2008, étude 23. Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 314, n°369 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 376, n°564.
[326] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 314, n°369.

solution du juge que celui-ci voit dans l'entorse une limite, puisqu'il la maintient. Deuxièmement, certains[327] contestent tout simplement cette lecture de la directive qui condamnerait les nouvelles exceptions, et trouvent au contraire dans l'article 5.3.h l'autorisation de procéder à cette atteinte, peu important qu'il s'agisse d'une exception. Troisièmement, d'autres[328] maintiennent l'analyse de l'entorse en limite. Ils se résignent à l'interdiction des nouvelles exceptions posée par le texte, mais soulignent la nécessité de maintenir cette tolérance et les inconvénients qu'il y aurait à y mettre fin. Ils observent alors pragmatiquement que la seule voie est celle de la limite, puisque désormais celle de l'exception lui est fermée. Et pour faire oublier l'origine jurisprudentielle de cette limite, ils tentent d'en minimiser la portée : d'une part, elle serait cantonnée aux seules représentations accessoires, somme toute assez réduites. D'autre part, elle serait encadrée par le droit moral de l'auteur qui peut toujours être invoqué même lorsque la limite joue : le droit moral ne connaît pas les mêmes frontières que le droit patrimonial, chaque prérogative est dessinée différemment. Le droit moral permet de contrôler tous les usages même lorsqu'ils échappent au droit patrimonial. La liberté des tiers est toujours soumise au respect du droit moral de l'auteur.

Quant à nous, il nous semble regrettable de recourir à la notion de limite pour tenter de justifier une entorse au seul motif que son origine jurisprudentielle interdit *a priori* d'y voir une exception. Trois séries d'arguments nous arrêtent.

D'une part, il nous paraît tout simplement inexact de poser que l'auteur n'a aucune prétention légitime sur l'usage de son œuvre à titre accessoire. C'est un postulat complètement dépourvu d'objectivité, et qui repose sur des fondements dont nous avons vu qu'ils pouvaient laisser circonspect. C'est un parti pris que nous choisissons de ne pas rejoindre. Le caractère accessoire de l'usage ne l'exclut pas, par sa nature, du giron du droit d'auteur. Par suite, la qualification de limite nous paraît devoir être écartée au profit de celle d'exception.

D'autre part, l'idée qui sous-tend cette analyse nous paraît également sujette à caution. En effet, voir dans l'usage accessoire une limite revient à admettre que parmi tous les usages possibles de l'œuvre, certains – dont celui-ci – échappent naturellement à toute réservation et appartiennent à tout le monde. Ici encore, c'est une manière de dire que le droit d'auteur ne réserve pas tous les usages de l'œuvre mais seulement ceux qui correspondent à la définition légale de ce droit, à sa fonction sociale. En soi, nous ne sommes pas opposée à voir dans le droit d'auteur un droit-fonction. Nous voulons simplement insister sur le fait que ce n'est pas

[327] *Ibidem*.
[328] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 376, n°564.

une donnée objective du Droit, c'est l'opinion personnelle de certains auteurs, qui prêtent au droit d'auteur un contenu dont la détermination reste subjective. Il n'est donc pas possible de trouver dans cette analyse, et dans la qualification de limite qui en découle, une référence objective.

Enfin, c'est le résultat de toute cette analyse qui nous semble cette fois contestable. Les mêmes auteurs qualifient le droit d'auteur de propriété, alors qu'ils lui prêtent un domaine atrophié par des limites « naturelles ». Pour nous, la propriété a vocation à réserver toutes les utilités de la chose. Et lorsque plusieurs utilités de la chose sont exclues du pouvoir exclusif du maître pour faire l'objet d'une jouissance partagée, lorsque le maître de la chose n'a jamais vocation à réunir entre ses mains tous les usages, on n'est pas en présence d'une véritable propriété.

Selon nous, il faut donc écarter la notion de limite, et préférer celle d'exception. Nous ne soutenons pas que ces usages accessoires devraient être interdits, ou réintégrés dans le giron du droit d'auteur, car l'entorse est effectivement incontournable et nécessaire au plan pratique. Nous convenons également qu'elle est de faible portée en pratique. Mais quitte à prendre acte de la difficulté qu'il y a à contrôler ce type d'usage, il n'est pas pour autant nécessaire de le travestir en ce qu'il n'est pas. C'est un usage qui appartient normalement à l'auteur, mais des raisons pragmatiques imposent de le tolérer. Pour ce faire, il n'est pas nécessaire d'en faire juridiquement une limite, allant de ce fait jusqu'à effacer le caractère délictueux de l'acte pour le valider. Il existe un autre moyen de le légitimer, sans pour autant déformer les concepts : c'est l'exception. Elle permet de reconnaître le droit de l'auteur *a priori*, pour ensuite imposer par exception un usage partagé légitime.

Et peu importe finalement que l'exception soit alors taxée d'illégitimité, au motif que la liste des exceptions est close, puisque le juge la maintient nonobstant son manque de fondement légal. Au demeurant, les textes de la directive se contredisent, et il n'est pas, à notre avis, possible d'affirmer avec certitude que celle-ci condamne la création de nouvelles exceptions, pourvu que celles-ci satisfassent au test des trois étapes. Quant à la question de savoir s'il faut s'alarmer d'une exception prétorienne, elle semble ici peu pertinente, car la jurisprudence est constante sur ce point, et la sécurité juridique apparaît sauvegardée. Au total, nous préférons y voir une véritable exception, qui s'accommode de son manque d'appui légal, qu'une fausse limite qui gagne alors en légitimité ce qu'elle perd en rigueur.

En résumé, l'exception de la représentation accessoire n'interdit pas de voir dans le droit d'auteur une propriété. D'ailleurs, on trouve le même type d'entorse en droit des biens immobiliers : l'enchevêtrement des immeubles impose aux propriétaires des servitudes de

désenclavement et des servitudes de passage que la vie en société rend indispensables. Leur multiplication due à l'urbanisation croissante de la population n'empêche pas de maintenir la qualification de propriété. De la même manière, l'enchevêtrement des œuvres oblige à admettre cette exception, et son importance croissante ne devrait pas conduire, à elle seule, à dénaturer le droit d'auteur. Pour nous, l'exclusion de la représentation accessoire du champ du droit d'auteur est donc parfaitement tolérable au regard de la qualification de celui-ci en propriété. C'est surtout son analyse en limite qui nous paraît constituer une menace pour le droit d'auteur, et pour cette raison, elle doit être écartée.

b. La communication au public, limite naturelle du droit de reproduction posée par l'article L. 122-3 CPI

α. Le postulat de la limite naturelle

70. Aux termes de l'article L. 122-3 du CPI, « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Ici encore, la doctrine déduit que l'auteur ne peut se réserver que les actes de reproduction qui communiquent l'œuvre au public. Tout acte de reproduction, fait d'un tiers non autorisé, qui ne communique pas l'œuvre au public est libre. Plus précisément, lorsque les conditions posées par le texte ne sont pas réunies, la doctrine[329] décide que l'acte incriminé ne relève pas du monopole de l'auteur.

La doctrine prête à la jurisprudence de retenir également cette analyse. Pourtant, l'arrêt auquel elle renvoie concerne la sanction d'un contrefacteur qui réalise de multiples copies de l'œuvre sans toutefois la communiquer au public. Il faut donc selon nous nuancer la portée de cet arrêt : le juge n'exige pas que la reproduction communique effectivement l'œuvre au public, mais qu'elle ait vocation à le faire. Le nombre important d'exemplaires reproduits indique que c'est bien la volonté du contrefacteur. Mais il n'est pas possible de dire que toute représentation dépourvue de communication au public est libre, l'arrêt prouve le contraire. Il faut au contraire poser que la représentation est réservée à l'auteur toutes les fois où la fixation non autorisée de l'œuvre a pour finalité la communication au public, sans que cette dernière soit nécessairement déjà intervenue. La jurisprudence est donc plus nuancée que la doctrine : sont réservées à l'auteur les reproductions communiquant l'œuvre au public, autant

[329] Par exemple C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 259, n°308.

que celles ayant pour finalité cette communication. Mais de ce que le juge s'attache à déceler l'intention du copiste de procéder à cette communication à travers le nombre d'exemplaires réalisés, il faut déduire que faute d'une telle finalité, la reproduction échappe effectivement à la sanction. Le juge fait donc lui aussi le départ entre deux types de reproductions, mais la frontière qu'il retient n'est pas celle de la doctrine mentionnée.

Et ici encore, la doctrine[330] rattache à cette limite une exception qui est censée en constituer une application. En effet, comme elle rapproche les articles L. 122-2 et L. 122-5 1°, elle fait de même avec les articles L. 122-3 et L. 122-5 2° : l'exception de copie privée ne serait pas une véritable exception, mais une simple limite, prolongement de la limite exposée ici. L'idée est la suivante : celui qui réalise une copie qu'il réserve à son usage privé et personnel effectue un acte de reproduction qui n'enlève rien à l'auteur mais tombe en dehors du champ des reproductions réservées à ce dernier. Faute de la communiquer à d'autres, le copiste ne réunit pas les conditions de l'article L. 122-3 et son usage est libre.

Pour définir le contenu de la limite contenue dans l'article L. 122-3, et dessiner les frontières au-delà desquelles la reproduction de l'œuvre est libre, la doctrine procède par référence à la copie privée. Ainsi, un auteur[331] propose que seul l'usage privé du copiste soit exclu du droit de reproduction de l'auteur, et en conclut que sont inclus dans son monopole de reproduction bien entendu la reproduction commerciale, mais aussi la reproduction à des fins d'aliénation à titre gratuit, de location ou de prêt, ou même simplement d'usage professionnel (celui qui copie une œuvre musicale pour l'utiliser dans le cadre de sa profession).

β. La critique : une limite artificielle

Il nous semble que, comme nous l'avons fait à propos de l'article L. 122-2, il est possible de critiquer cette lecture de la doctrine, ainsi que celle de la jurisprudence, sur trois points.

. Premier point : les critères de l'article L. 122-3, leur contenu

71. Dans une première approche, il est selon nous inexact de lire dans le texte non seulement une distinction entre les reproductions qui réalisent la communication au public, réservées à l'auteur, et celles cantonnent l'œuvre à un usage privé, échappant de ce fait naturellement à

[330] Par exemple, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 374, n°562 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., note 213, n°206 ; Ph. GAUDRAT, *Droits des auteurs (...) Droit de représentation*, préc., 203, n°6.

[331] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9e éd., 1999, p. 165, n°194.

l'auteur ; mais également entre les représentations atteignant ou ayant seulement vocation à atteindre le public et celles qui restent privées.

71-1. Contenu positif. Les termes de l'article L. 122-3 sont clairs : le texte réserve à l'auteur toute reproduction qui « permet » la communication au public. La reproduction réservée à l'auteur n'est pas nécessairement celle qui communique effectivement l'œuvre, ni même celle qui a vocation à la communiquer. Elle peut aussi être celle qui « peut » potentiellement être communiquée au public. Il suffit que la fixation de l'œuvre « permettre » la communication, mais il n'est pas nécessaire que le copiste ait l'intention de procéder à cette publication. Autrement dit, « l'article L. 122-3 définit la reproduction comme la « fixation matérielle de l'œuvre », et s'il ajoute que cette fixation peut se faire par « tous procédés qui permettent de communiquer l'œuvre au public », il ne fait pas de la communication au public un élément de la définition »[332]. Selon nous, ni la doctrine sus-mentionnée, ni la jurisprudence ne retiennent donc une lecture exacte de ce texte.

Par suite, il n'est pas possible de trouver dans ce texte l'autorisation pour les tiers de procéder à des reproductions pourvu que celles-ci restent privées. Le peintre amateur ne peut prétendre qu'il échappe au droit de reproduction exclusif de l'auteur en copiant son œuvre pour décorer son salon : cette copie fixe l'œuvre, elle permet dès lors sa communication au public, et peu importe, aux termes du texte, qu'elle ne la communique pas effectivement. Elle appartient au domaine de l'auteur. Autrement dit, pour nous, l'article L. 122-5 2° ne peut pas être lu comme un prolongement de l'article L. 122-3, car ce dernier n'admet pas qu'une reproduction échappe à l'auteur, dès lors que celle-ci permet la communication de l'œuvre au public, peu important l'intention du copiste de lui réserver un usage privé. En d'autres termes, la limite exprimée par l'article L. 122-3, entre les reproductions qui permettent la communication de l'œuvre au public, et celles qui ne le permettent pas, ne recoupe pas celle des reproductions qu'un tiers décide de réserver à son usage privé et celles qu'il décide de communiquer au public. Le critère n'est pas le même, le premier texte retenant l'aptitude technique à la communication, le second l'intention du copiste de procéder à cette communication.

Si l'on veut lire dans l'article L. 122-3 une distinction, il faut donc s'en tenir à sa lettre : il y a reproduction réservée à l'auteur lorsque la fixation de l'œuvre permet sa communication au public. Il s'agit ici seulement d'une aptitude technique de la reproduction : la fixation est-elle ou non techniquement susceptible de communication ? Si elle l'est, elle appartient à l'auteur,

[332] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 259, n°320.

sinon, elle est libre. Positivement, la reproduction qui appartient à l'auteur est celle qui est apte à communiquer l'œuvre au public.

71-2. Contenu négatif. Lorsque la doctrine ou la jurisprudence s'attachent à déceler l'intention du copiste pour déterminer le sort de la reproduction, il nous semble qu'ils s'éloignent du texte.

Il faut premièrement exclure toute référence à l'usage privé du copiste. Parce que certains auteurs voient dans l'article L. 122-5 2° le prolongement de l'article L. 122-3, ils ont tendance à confondre leurs contenus pourtant distincts, et à trouver dans l'un les critères de l'autre et inversement. Ainsi, l'usage privé de la copie est autorisé par l'article L. 122-5 2°, et l'on en déduit que le critère de l'usage privé peut être opposé au critère de la communication au public de l'article L. 122-3, comme si communication au public et usage public se valaient. Par suite, on considère que, lorsque le copiste reproduit l'œuvre pour son usage privé, le droit d'auteur n'est pas concerné. Seul un usage public de la reproduction autorise l'auteur à se plaindre. Or, l'article L. 122-3 ne dit rien de tel. Il autorise l'auteur à se plaindre de toute reproduction quel que soit le lieu de son usage par le copiste, pourvu que cette reproduction puisse potentiellement atteindre un public. L'usage privé, tout comme l'usage public, sont deux formes d'utilisation de l'œuvre qui, sauf dérogation ponctuelle du législateur, sont contrôlées par l'auteur.

D'ailleurs, un auteur semble nous rejoindre sur ce point : « En principe, le but auquel est destinée la reproduction n'a aucune incidence sur le droit de l'auteur d'autoriser ou d'interdire cette reproduction. Toute reproduction requiert son accord préalable, sauf si elle relève de l'une des exceptions posées aux articles L. 122-5 et L. 331-4 du Code de la Propriété intellectuelle. L'essentiel, pour la mise en oeuvre de cette prérogative, c'est qu'il y ait une fixation de nature à permettre la communication de tout ou partie de l'œuvre »[333]. Il argumente : « la définition que l'article L. 122-3 donne du droit de reproduction ne fait aucune référence à l'usage public, alors que l'usage privé est expressément visé à l'article L. 122-5, qui définit les exceptions au droit de reproduction »[334]. Au texte français, il faut ajouter le texte communautaire : la directive du 22 mai 2001 « donne une définition large du droit de reproduction, dépourvue de toute référence à l'usage public et fait de l'exception de copie privée, une exception simplement facultative pour les législateurs nationaux »[335]. Au total,

[333] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur,* préc., p. 471, n°719.
[334] *Ibidem.*
[335] *Ibidem.*

« la nature privée ou publique de l'usage pour lequel la reproduction est opérée »[336] est totalement indifférent au regard du domaine naturellement réservé à l'auteur. Elle n'entre en ligne de compte que pour y faire ponctuellement exception, mais pas pour le dessiner *a priori*. Renvoyant à H. Desbois, l'auteur conclut : « on ne peut pas considérer que, par nature, le droit de reproduction ne s'appliquerait qu'aux reproductions à usage public et qu'il y aurait une liberté de principe ou un droit à reproduire les œuvres pour un usage privé. La faculté de faire des copies privées n'est accordée par la loi qu'à titre d'exception, pour des raisons d'ordre surtout pragmatique, mais la référence à l'usage public ne participe pas de la définition du droit de reproduction. Il n'existe donc pas de droit à la reproduction privée mais seulement une exception de copie privée »[337].

Deuxièmement, il faut également exclure toute référence à l'usage gratuit du copiste. En effet, il est fréquemment argué que l'auteur détient un monopole de nature économique, qui lui réserve toutes les manières d'exploiter l'œuvre aux fins d'en tirer un profit, et que par opposition, les usages désintéressés de l'œuvre lui échapperaient naturellement. Mais cette limite ne se trouve nulle part dans l'article L. 122-3, et il n'existe même pas d'exception légale prévue à cet effet. L'auteur a le droit de recueillir tous les fruits produits par son œuvre, qu'ils le soient grâce à sa reproduction ou grâce à sa représentation. Et peu importe que le copiste ne tire lui-même aucun profit pécuniaire de son usage de l'œuvre, car cet usage, s'il échappe à l'auteur, constitue une perte pour l'auteur qui doit normalement pouvoir le monnayer. Lorsque le copiste exploite sa copie obtenue sans autorisation, il prive sans doute l'auteur d'un profit certain. Mais même si il se contente d'en user privativement sans en tirer un profit véritable, il reste que cet usage dit gratuit a une valeur, valeur dont l'auteur doit pouvoir exiger la contrepartie financière. En termes moins juridiques, l'auteur n'est pas investi d'une mission de charité et il lui est indifférent que le copiste se prétende désintéressé. D'une part, c'est une fausse prétention car le copiste ne fait rien moins que se procurer sans bourse délier un bien que son propriétaire légitime, l'auteur, se voit contraint de lui offrir gracieusement. D'autre part, la noblesse éventuelle de l'intention du copiste ne suffit pas, sauf décision contraire du législateur qui poserait alors une exception, à écarter le droit légitime de l'auteur, sans lequel, rappelons-le, l'œuvre n'existerait pas.

Ici encore, un auteur retient cette interprétation : « le caractère lucratif ou, au contraire, gratuit, voire altruiste, de la reproduction ou de son usage est sans incidence sur le droit de l'auteur. Même si le contrefacteur ne vend pas les reproductions (…) ou n'en tire aucun

[336] *Ibidem*.
[337] *Ibidem*.

bénéfice ; même s'il agit dans un but désintéressé, il devra être condamné. On ne peut pas contraindre un auteur à renoncer à son droit de reproduction au prétexte du but poursuivi par le contrefacteur, pas plus que l'on ne peut l'obliger à participer contre son gré à une action sociale ou à une œuvre de charité. Le droit d'auteur français n'est pas subordonné à une fonction sociale mais est déterminé par l'intérêt individuel de l'auteur et la reconnaissance du lien entre l'œuvre et son créateur, ce qui ne laisse pas de place à de telles considérations »[338].

71-3. Conclusion. Pour conclure sur ce point, nous pensons que certains auteurs et certains juges réduisent exagérément le champ du droit d'auteur. Nous nous démarquons de cette doctrine lorsqu'elle prétend que l'article L. 122-3 exclut du champ naturel du droit d'auteur tous les usages qui font l'économie d'une communication au public et lorsqu'elle y attache l'article L. 122-5 1° qui exclut la copie privée au motif qu'il participerait de la même idée. Nous nous désolidarisons également de la jurisprudence qui distingue entre les reproductions du copiste qui visent la communication au public et celles du copiste qui visent l'usage privé. Pour nous, le texte pose bien une limite, mais celle-ci passe par la capacité de la reproduction à être communiquée. Il suffit de renverser les termes du texte : seules les fixations qui ne permettent pas la communication de l'œuvre au public échappent au droit de l'auteur.

. Deuxième point : les critères de l'article L. 122-3, la pertinence du cumul

72. Dans une seconde approche, si cette lecture nous semble fidèle à la lettre du texte, elle ne nous satisfait pourtant pas. En effet, elle implique qu'une frontière existe réellement, et que certaines fixations de l'œuvre soient aptes à la communication tandis que d'autres ne le seraient pas. Or, selon nous, il est difficile de concevoir une reproduction qui ne permette pas la communication de l'œuvre au public. En effet, toute forme de reproduction de l'œuvre permet logiquement de communiquer celle-ci au public. Il suffit d'une fixation matérielle de l'œuvre. Et peu importe qu'elle n'opère pas effectivement immédiatement cette communication, puisque le texte se contente d'une simple possibilité. Dès lors que la reproduction prend une forme qui la rend « communicable », elle est réservée à l'auteur. En d'autres termes, il nous semble que le texte ne pose en réalité pas deux conditions pour qu'il y ait reproduction, qui seraient la fixation de l'œuvre et son aptitude à être communiquée, mais plutôt une seule : la fixation de l'œuvre suffit. En fait, la seconde condition est redondante,

[338] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 472, n°720.

elle est contenue dans la première. En effet, il nous semble que virtuellement toutes les formes de fixation présentent cette qualité : peut-on imaginer de reproduire une œuvre en la fixant sur un support de manière telle que cette reproduction ne permette pas de communiquer l'œuvre au public ?

Dans le même sens, un auteur définit la reproduction réservée à l'auteur comme celle qui consiste simplement dans la fixation de l'œuvre : « Dès lors qu'il y a eu fixation, l'acte constitue une reproduction qui ressortit au droit exclusif de l'auteur, et ce, même si l'on n'a confectionné qu'un seul exemplaire, même si le ou les exemplaires fabriqués n'ont pas été mis en circulation ou si l'œuvre n'a pas été effectivement communiquée, même si la reproduction a été éphémère ou encore si la fixation s'est opérée sans confection d'un exemplaire, par exemple parce que l'œuvre a été chargée sur un réseau télématique ou dans le disque dur d'un ordinateur »[339]. « Il existe même des cas de reproduction purement intellectuelle, c'est-à-dire sans nouvelle fixation matérielle. Il s'agit de l'hypothèse où des supports matériels d'œuvre ayant été voués à la destruction par l'auteur ou ses ayants cause, un tiers les remet en circulation en tant que tels, ce qui constitue une sorte de réédition, bien qu'aucune nouvelle fixation matérielle n'ait eu lieu »[340].

On voit bien ici que les modes de fixation de l'œuvre sont multiples, et qu'ils sont tous, par nature, suffisants pour établir ipso facto l'aptitude de l'œuvre à être communiquée. Toute fixation rend l'œuvre communicable, et il est donc impossible de concevoir une fixation qui n'y suffise pas. Autrement dit, toutes les reproductions de l'œuvre satisfont aux conditions de l'article L. 122-3 et appartiennent à l'auteur. Il est impossible qu'un tiers reproduise l'œuvre de sorte que cette reproduction échappe au droit exclusif de reproduction de l'auteur, sauf à rentrer dans le cadre des exceptions à celui-ci. Selon nous, bien qu'on lui prête de poser deux conditions cumulatives pour dessiner les frontières du droit de reproduction, le code n'en pose qu'une seule : il réserve toutes les reproductions à l'auteur pourvu qu'elles fixent l'œuvre de manière à la rendre communicable, et il n'en existe aucune qui échappe, par nature, à son emprise. Aucune limite ne peut être trouvée dans ce texte.

Pourtant, ce serait compter sans l'article L. 122-4. Il dispose : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite ». Cela semble *a priori* venir en renfort de l'article L. 122-3 tel que nous le lisons : n'importe quelle fixation matérielle de l'œuvre suffit au respect de l'article L. 122-3, et peu important qu'elle soit fixée intégralement ou partiellement, l'œuvre est

[339] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 468, n°711.
[340] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 468, n°713.

forcément communicable au public puisque l'article L. 122-4 la qualifie d'illicite, sous-entendant nécessairement qu'elle relève du pouvoir exclusif de l'auteur. C'est une autre manière de dire que toute fixation de l'œuvre permet sa communication au public, nonobstant le fait qu'elle soit partielle ou intégrale. De la combinaison de ces deux textes, il résulte que toutes les reproductions relèvent du domaine exclusif de l'auteur, puisque la plus minime reste tout de même une reproduction partielle. Encore une fois, aucune reproduction n'échappe naturellement au pouvoir de l'auteur.

Et pourtant, la jurisprudence en décide autrement. Pour elle, lorsque la reproduction est tellement secondaire par rapport à l'œuvre principale qu'elle en devient non identifiable, elle échappe à l'article L. 122-4 parce qu'elle ne peut même pas être qualifiée de reproduction partielle. On trouve donc ici une véritable limite au droit de reproduction de l'auteur : certaines fixations matérielles de l'œuvre, lorsqu'elles sont trop minimes, ne permettent pas sa communication au public et échappent au domaine du droit d'auteur. C'est un arrêt de 1987[341] qui pose cette limite, réaffirmée par la suite. Il faut en déduire que, malgré ce que nous avons dit plus haut, à savoir que selon nous, l'article L. 122-3 n'établissait pas de limite entre les reproductions réservées et les autres, mais au contraire les plaçait toutes sous la coupe de l'auteur, il reste cependant quelques situations très rares dans lesquelles la reproduction échappe par nature à l'auteur. Ce sont les hypothèses où l'œuvre est sans doute techniquement reproduite, mais de manière tellement secondaire, accessoire et non-identifiable qu'il est impossible d'y voir une volonté délibérée de reproduction. C'est-à-dire que l'auteur de l'œuvre incriminée n'a aucune intention de reproduire l'œuvre dont la contrefaçon est postulée. Et surtout, ce sont les hypothèses où la fixation prend une forme tellement partielle et minime qu'effectivement, elle échappe à notre postulat selon lequel toutes les fixations seraient par nature aptes à communiquer l'œuvre au public. Cette fixation constitue donc un rare cas de figure : elle est exceptionnellement incapable de communiquer l'œuvre au public. Autrement dit, la reproduction est tellement méconnaissable, parce qu'elle est extrêmement réduite, qu'elle ne constitue pas une reproduction au sens de l'article L. 122-3. Ponctuellement, le texte renoue ici avec l'exigence de deux conditions cumulatives : il y a bien fixation, mais aucune communication possible. Logiquement, le juge décide que cette fixation matérielle de l'œuvre ne constitue pas une forme de reproduction réservée à l'auteur.

Finalement, on peut donc bien trouver une limite dans la combinaison des articles L. 122-3 et 4 du CPI tels que le juge les interprète, et d'ailleurs, elle rejoint la limite de l'accessoire

[341] Cass. Civ. 1e, 16 juill. 1987, Bull civ. I, n°225.

admise pour le droit de représentation. Mais selon nous, son domaine est tellement restreint qu'il n'est pas raisonnable de s'y attarder. Et en tout cas, il n'est pas possible de trouver ici un argument suffisant pour appuyer la thèse classique selon laquelle l'article L. 122-3 contiendrait une limite naturelle au droit de reproduction de l'auteur, thèse dont nous avons déjà souligné l'inexactitude, du moins à notre sens. Au total, nous maintenons notre postulat : l'article L. 122-3 n'exige pas le cumul de deux conditions car toute fixation matérielle permet la communication de l'œuvre au public. Les hypothèses qui contredisent cette assertion sont trop rares pour que l'on doive s'y arrêter, et l'exception confirme la règle. Par suite, l'article L. 122-3 ne pose pas de limite entre différents types de reproductions, mais les réserve toutes à l'auteur, pourvu qu'elles fixent suffisamment l'œuvre pour la rendre communicable. Il n'y a donc ici d'autre limite que celle du bon sens : peut-on imaginer de reproduire une œuvre de sorte que cette reproduction soit impossible à communiquer au public ?

. Troisième point : les critères de l'article L. 122-3, la notion de public

73. Dans une troisième approche, nous voulons avancer un autre argument, plus personnel, qui rejoint celui que nous avons proposé à propos du droit de représentation : selon nous, le public doit être défini ici aussi par rapport à l'auteur, il consiste dans toute personne que cet auteur ne qualifie pas de proche. C'est donc l'auteur qui dessine la frontière entre son cercle privé et le public. Par suite, lorsqu'un tiers reproduit l'œuvre sans autorisation, même sans la communiquer à d'autres, les conditions de l'article sont déjà réunies puisque non seulement l'œuvre « peut » être communiquée (toute reproduction le permet, c'est notre hypothèse), mais elle l'est effectivement : le tiers non autorisé n'est rien d'autre qu'un public, puisqu'il prend connaissance de l'œuvre contre la volonté de l'auteur.

Autrement dit, la notion de public renvoie à une qualité de la personne, par référence à son lien éventuel avec l'auteur. Mais nulle part il n'est indiqué que le public implique un certain nombre de personnes, et une seule peut suffire, pourvu qu'elle présente cette qualité d'être étrangère à l'auteur. Il paraît donc impossible qu'une personne reproduise l'œuvre sans le consentement de l'auteur tout en ne la communiquant pas au public puisqu'elle doit elle-même être qualifiée de public. C'est-à-dire qu'il n'est même plus nécessaire, à ce stade, de souligner que le texte se contente que la fixation « permette » la communication, puisque dans notre optique, celui qui fixe constitue lui-même un public.

Pour résumer, la fixation de l'œuvre par un tiers non autorisé n'a pas besoin de communiquer effectivement l'œuvre au public (on a dit que c'était faux), mais elle n'a pas non plus besoin

de permettre cette communication potentielle (au demeurant, on a dit que toute fixation recelait cette aptitude). Le seul acte de reproduire l'œuvre, de la fixer, réalise en soi la communication visée par le texte, puisqu'un tiers prend connaissance de l'œuvre contre l'avis de l'auteur : ce tiers ne peut être qu'un public pour lui.

Bien entendu, ce n'est pas l'hypothèse la plus courante, et le tiers non autorisé vise généralement la communication à grande échelle de l'œuvre, aux fins de son exploitation commerciale. Mais dans ce cas plus courant, et même si l'on refuse de voir dans le tiers un public à lui tout seul, on en revient alors aux termes de l'article : il n'est pas nécessaire qu'un public soit effectivement touché, il suffit qu'il puisse l'être, il suffit que la reproduction soit potentiellement susceptible de communication. Et l'on en reprend alors notre remarque initiale : peut-on concevoir une reproduction qui ne soit pas communicable ?

Au total, toutes les hypothèses nous ramènent au même point : la reproduction de l'œuvre, quelle qu'elle soit et qui que soient celui ou ceux qui en prennent connaissance, appartient à l'auteur, parce qu'elle réunit les deux conditions de l'article L. 122-2 : elle « permet » toujours la communication de l'œuvre et – si l'on veut bien l'admettre – elle réalise toujours cette communication dès lors qu'elle est effectuée sans autorisation. Il nous semble donc, si l'on admet notre analyse personnelle de la notion de public tel que défini par rapport à l'auteur, que la portée de l'article L. 122-2 puisse être résumée ainsi : il ne s'agit pas d'une limite puisqu'aucune forme de reproduction n'est finalement exclue du giron du droit d'auteur. Le tiers ne peut jamais, au seul titre de l'article L. 122-3, prétendre reproduire l'œuvre sans autorisation. Il doit nécessairement s'insérer dans l'une des exceptions légales de l'article L. 122-5. L'article L. 122-3 ne suffit pas à lui réserver une telle liberté. Il s'agit seulement d'une définition de l'acte de reproduction par opposition à l'acte de représentation.

Enfin, cette analyse personnelle renforce l'idée que la copie privée n'est pas une limite mais une véritable exception : le copiste excusé par l'article L. 122-5 1° officie sans doute dans le secret de sa résidence privée, et dans le cadre de sa vie privée mais, pour autant, il n'est rien d'autre qu'un public pour l'auteur. Lorsqu'il reproduit l'œuvre, peu importe ensuite qu'il l'utilise uniquement pour son usage personnel ou pour une diffusion dans le cadre de sa famille. Toutes ces personnes, lui y-compris, sont un public au regard de l'auteur. Par suite, et comme pour l'exception de représentation dans le cadre du cercle de famille, le copiste n'exerce pas à notre sens une liberté protégée par une limite au droit de l'auteur, mais bénéficie d'une exception véritable. La reproduction qu'il effectue nous paraît faire naturellement partie de celles que l'article L. 122-3 réserve à l'auteur. Le copiste n'est qu'un tiers parmi d'autres, et c'est bien par exception que le législateur tolère son comportement.

Si cette lecture prend le contre-pied direct de l'analyse retenue par la doctrine, elle nous paraît cependant plus respectueuse des textes, et de la logique. Mais bien entendu, cette opinion n'engage que nous. Au demeurant, si cette seconde critique de l'article L. 122-3 ne convainc pas, la première nous semble en revanche parfaitement acceptable.

74. Conclusion sur la limite de la communication au public. La doctrine est unanime : la communication au public est la condition *sine qua non* du droit d'exploitation de l'auteur. Certains proposent même de remplacer les catégories des droits de représentation et de reproduction par une « maxi-catégorie »[342], à savoir « le droit de communication au public », déplorant que la directive du 22 mai 2001 se soit bornée à en faire un synonyme du droit de représentation.

En tout état de cause, il est admis par tous que le législateur pose des limites au jeu naturel du droit d'auteur, et réserve des espaces de liberté pour les tiers qui peuvent user de l'œuvre sans craindre la contrefaçon. Seuls les usages qui communiquent l'œuvre au public sont réservés à l'auteur. « Le droit d'exploitation est (…) le droit de l'auteur de contrôler *les communications au public* de la forme par tous les moyens possibles, mais *rien d'autre* »[343]. Telle qu'elle est présentée en doctrine, cette limite ne retire rien à l'auteur qui devrait lui revenir. C'est pourquoi les auteurs n'y voient pas une atteinte à son droit exclusif.

Mais une conception classique du droit de propriété obligerait à les qualifier d'exceptions et à y trouver une entorse au droit de jouissance exclusive de l'auteur. Il n'est donc pas possible de les ignorer : même si l'on ne tranche pas entre la qualification de limite et d'exception, il reste que certaines utilités de l'œuvre, à savoir ici celles qui excluent la communication au public, sont effectivement partagées et libres de droits. On ne peut donc pas parler d'un droit exclusif de l'auteur sur son œuvre.

Pourtant, selon nous, cette dernière analyse peut être contestée : les articles L. 122-2 et 122-3 du CPI ne constituent ni des limites ni des exceptions, aucune utilité de l'œuvre n'est « libérée » par l'effet de ces textes. Le pouvoir exclusif de l'auteur sur ce point est sauf, et l'on ne peut trouver ici un argument qui éloignerait le droit d'auteur d'une propriété. Les articles L. 122-2 et 122-3 sont, à notre avis, dépourvus de toute incidence sur le domaine du droit d'auteur, et donc sur sa nature.

[342] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 294, n°242.
[343] F. SARDAIN, *La place du public dans la structure propriétaire du droit d'auteur*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 72.

Cette opinion nous est toute personnelle et, sans prétention, nous voulons en résumer une dernière fois la teneur : la loi est claire, et même les auteurs[344] qui le contestent admettent du bout des lèvres que les textes « semblent » univoques. A l'article L. 111-1 CPI, « il n'est nullement fait référence à une condition de publicité pour que naisse l'œuvre et par voie de conséquence les droits, moraux comme patrimoniaux »[345]. A l'article L. 122-2, la représentation est définie comme la communication de l'œuvre au public, et à l'article L. 122-3 CPI, la reproduction est définie comme la fixation matérielle de l'œuvre permettant sa communication au public. Mais ni le droit de représentation ni le droit de reproduction ne sont conditionnés par cette communication. L'auteur détient ces prérogatives dès la création de l'œuvre. Et les articles L. 122-2 et 3 ne font que préciser quelles formes peut prendre leur exercice, autrement dit quel type d'usage correspond à quelle prérogative. La notion de communication au public apparaît dans les deux textes, mais ce n'est que logique : l'exploitation de l'œuvre, quelle que forme qu'elle prenne, implique toujours immédiatement ou à terme la communication de l'œuvre au public. Il paraît difficile de concevoir une telle exploitation si l'œuvre est gardée secrète. Et il ne s'agit pas là de distinguer entre l'exploitation réservée à l'auteur et les usages qui seraient libres, car au demeurant, selon nous ces usages sont inconcevables. Il s'agit simplement pour le législateur de rappeler que le caractère particulier de l'œuvre en tant qu'objet de droit implique que son exploitation se fasse à travers un public. Dès lors, toutes les formes de jouissance économique de celle-ci passent nécessairement par sa communication au public. Le fait, au demeurant indéniable, que la publication soit nécessaire à la mise en œuvre effective de l'exploitation ne nous paraît pas constituer une limite au sens que lui donne la doctrine. Il s'agit simplement d'une spécificité de l'objet qui affecte la manière dont s'exerce le droit patrimonial de l'auteur. Il nous semble inexact de dire que la communication au public est une condition de la naissance des droits d'exploitation de l'œuvre, c'est seulement une condition de leur utilité : l'exploitation de l'œuvre tenue secrète est difficilement concevable, et totalement dépourvue d'intérêt pour l'auteur. Il nous paraît également inexact d'en déduire que la copie privée et la représentation dans le cercle de famille échapperaient au pouvoir naturel de l'auteur, et nous allons y revenir. Il nous faut avant cela envisager une dernière limite prétorienne au droit d'auteur.

[344] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 372, n°560.
[345] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 372, n°560. Dans le même sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 297, n°246.

γ. Le droit de reproduction et le caractère accessoire de la reproduction

75. Bien que la question soit peu abordée en doctrine, il faut souligner ici encore l'existence d'une limite identique à celle portée au droit de représentation : la reproduction accessoire d'une œuvre échappe au pouvoir exclusif de l'auteur, parce que son caractère secondaire l'empêche de remplir les conditions de la reproduction : elle est tellement minime qu'elle ne communique pas réellement l'œuvre au public, ou que sa fixation ne permet pas cette communication (selon la définition que l'on retient de la reproduction). Faute de reproduction, l'auteur est tenu de supporter ce comportement qui est réputé ne pas empiéter sur son domaine réservé.

75-1. Contenu. Certes, le principe est le suivant : « le fait d'édifier ou de placer sur la voie publique une œuvre architecturale n'implique, en lui-même, aucun abandon des droits de propriété artistique de l'auteur »[346]. Ainsi, l'auteur conserve le droit de reproduction et de représentation de son œuvre bien qu'elle soit située sur la voie publique.

Pourtant, sans le secours du législateur, le juge décide ici aussi de limiter le droit de l'auteur : « l'auteur d'une œuvre d'art ou d'architecture située sur la voie publique (doit) supporter une forme particulière de reproduction que la situation et la destination de l'œuvre rendent inévitable : l'auteur ne peut empêcher que celui qui photographie ou filme un sujet, dans l'arrière-plan ou le décor naturel duquel se trouve l'œuvre, reproduise en même temps cette œuvre de façon accessoire, tout simplement parce qu'elle se trouve dans le champ de son viseur »[347]. Les conditions sont édictées par le juge au fur et à mesure des arrêts : l'œuvre ne doit pas être le sujet principal de la reproduction, le décor ne doit pas être délibérément choisi pour tirer partie de l'œuvre, l'auteur de la reproduction ne doit pas avoir eu l'intention de reproduire cette œuvre.

75-2. Nature. La nature de cette entorse fait débat. « S'agit-il d'une véritable exception – sans texte – ou d'une simple tolérance, qu'il faudrait alors considérer comme devenue coutume ; ou n'est-on pas plutôt en présence d'une limite qui résulte de la nature des choses, effet nécessaire de la situation matérielle des lieux et de l'œuvre ? »[348]. Il faut remarquer qu'aucune des deux analyses n'est satisfaisante : y voir une limite nous paraît inexact au regard du domaine naturel du pouvoir de l'auteur et de tous les arguments que nous avons exposés plus haut. De plus, cela revient à confier au juge un pouvoir dont la légitimité peut laisser

[346] Paris, 25 septembre 1956, JCP G 1956-II-9560.
[347] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 519, n°819.
[348] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 520, n°820.

circonspect. Y voir une exception oblige à s'y opposer, puisqu'en vertu des textes autant français que communautaires, la liste des exceptions est close. Quant à nous, nous trouvons ici une nouvelle entorse au droit exclusif de l'auteur, dont le domaine concrètement très large (il suffit de songer aux développements de la photographie par exemple), et la légitimité contestable, ne peuvent être ignorés. Pourtant, l'argument déjà avancé à propos du droit de représentation doit nuancer la gravité de cette entorse : le droit des biens immobiliers connaît de semblables atteintes, sans que l'on doute de sa nature. Il reste que l'entorse ne peut être ignorée.

2. Les exceptions qualifiées de limites

76. Il s'agit essentiellement de l'exception de copie privée (a) et de l'exception de représentation dans le cadre du cercle de famille (b). Beaucoup d'auteurs[349] y voient de simples limites, prolongement des limites internes examinées plus haut. Il s'agirait dans ces deux cas d'un « usage légitime à titre privé », qui n'enlèverait rien au « droit de communication au public »[350] réservé à l'auteur.
Il faut donc examiner ces entorses avec davantage d'attention, non seulement pour déterminer dans quelle mesure elles enlèvent une partie de sa souveraineté à l'auteur, mais aussi pour apprécier la portée que leur réserve la doctrine lorsqu'elle les qualifie de limites.

a. L'exception de copie privée, l'art. L. 122-5, 2° CPI

α. Le contenu de l'exception

77. Définition. L'article L. 122-5, 2° CPI pose l'exception de copie privée : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (…)
2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée ; et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues

[349] Par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 374, n°562 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., n°334 ; Ph. GAUDRAT, *Droits des auteurs (...) Droit de représentation*, préc., 203, n°6, cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, , p. 373, n°560.
[350] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., n°334.

au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou reproductions d'une base de données électronique ».

On trouve la même idée à l'article 5.2.b de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, qui permet aux Etats membres de consacrer une exception au droit de reproduction « lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable »[351].

La copie privée concerne toutes les œuvres sauf les logiciels et les bases de données, et s'impose également aux titulaires de droits voisins, à l'article L. 211-3 2°. L'article L. 122-6-1 du CPI autorise un pâle équivalent, la copie de sauvegarde, pour le logiciel.

77-1. Conditions. La copie privée est donc autorisée si plusieurs conditions sont réunies. Il faut d'abord que la copie soit l'œuvre d'un copiste, et le silence du législateur oblige la doctrine et la jurisprudence à prendre position. Or la définition est importante, car elle détermine le domaine de l'exception. Certes, le copieur n'est pas seulement celui qui se livre à la reproduction manuelle d'une œuvre d'art. La copie peut être manuelle, mécanique, analogique, numérique. Mais comment trancher face à une officine de reprographie ? Lors du téléchargement d'une œuvre en ligne, doit-on considérer que le copiste est celui qui met l'œuvre à disposition, ou celui qui télécharge ? *Quid* lorsqu'il s'agit d'une œuvre attachée dans un fichier envoyé par mail ? Face à l'hétérogénéité de ces situations, il est difficile de trouver une ligne directrice vraiment claire[352]. On peut cependant retenir la solution de la Cour de cassation qui, depuis l'arrêt Rannougraphie[353] rendu à propos des officines de reprographie, refuse le jeu de l'exception de copie privée au motif que l'officine exploite bel et bien l'œuvre et en retire un profit.

De plus, le copiste doit se borner à un usage privé de la copie, le texte interdit toute utilisation collective. Il faut alors déterminer si l'usage reste privé lorsqu'il est partagé entre plusieurs personnes, et donc définir l'utilisation collective. Le cercle de famille n'est pas un usage collectif. Mais l'usage collectif doit-il être pris pour synonyme d'usage public, par opposition à privé ? Et l'usage est-il privé s'il est le fait d'un seul individu mais dans le cadre de son

[351] Cité par C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, D. 2001, chr., p. 3422.
[352] Sur toutes ces hypothèses, voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 396, n°588. Voir aussi pour les détails A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 286, n°355 ; M.-C. PIATTI, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles. L'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques*, préc., p. 13.
[353] Cass. Civ. 1e, 7 mars 1984, Bull. civ. I, n°90.

activité professionnelle (l'avocat qui photocopie des articles pour s'informer)[354] ? Un auteur[355] propose par exemple que l'usage reste privé s'il est le fait d'étudiants d'une même classe, mais devienne collectif lorsque ces derniers étudient collectivement l'œuvre reproduite.

Le volume de la copie n'est en revanche pas déterminant, si bien que le copiste peut photocopier pour son usage personnel la totalité des volumes d'une encyclopédie, tandis qu'il ne peut photocopier un simple paragraphe pour le partager avec un groupe de personnes même restreint qui ne formerait pas un cercle de famille ou d'amis. Ainsi, un professeur ne peut photocopier quelques pages pour les distribuer à ses étudiants, mais ils peuvent chacun photocopier ces pages, pourvu toutefois qu'ils ne les amènent pas en classe en vue d'une étude collective[356].

Quant à la source de la copie, le texte n'y fait pas non plus allusion. Lorsque la source est illicite, la copie est-elle néanmoins couverte par l'exception ? La jurisprudence n'a pas tranché, et s'il existe de nombreux arguments qui conduisent à écarter l'exception lorsque l'origine est illicite, la doctrine reste partagée[357]. Un auteur[358] refuse d'ajouter à la loi une condition qu'elle ne contient pas aux fins de réduire le champ de l'exception, et rappelle qu'une telle interprétation peut conduire au prononcé de sanctions pénales à l'encontre du copiste, et ce au mépris du principe de légalité des délits et des peines. On peut cependant relever que les exceptions admises par l'article L. 122-6-1 à propos de l'utilisation d'un logiciel protégé par le droit d'auteur ne le sont qu'au profit de « la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel », et que la jurisprudence[359] sanctionne comme contrefaisante la copie de sauvegarde d'un logiciel lorsqu'elle est réalisée à partir d'une source illicite. Il nous semble peu probable qu'il s'agisse ici d'une application de l'adage *specialia generalibus derogant*. Plus vraisemblablement, la solution consacrée pour le logiciel doit être étendue au droit d'auteur dans son ensemble. Et un auteur[360] propose de trouver dans un arrêt de 2006 la réponse à cette question : l'exception de copie privée impliquerait désormais que la source de la copie soit licite.

---

[354] Voir A BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 332, n°111.19.
[355] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 289, n°357.
[356] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 332, n°111.19.
[357] Pour le jeu de l'exception malgré la source illicite, par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 399, n°590. Contra C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* préc., p. 302, n°358.
[358] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 284, n°354.
[359] CA Paris, 20 sept. 2005, Comm. com. électr. 2006, comm. 23.
[360] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 333, n°111.20, citant Crim. 30 mai 2006, CCE sept. 2006, n°9, p. 27, §118. Dans le même sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 397, n°343.

Par ailleurs, la question du téléchargement de fichiers est elle aussi ignorée du législateur. L'internaute qui télécharge un fichier pour son usage privé bénéficie-t-il de l'exception ? *A priori*, rien ne s'y oppose, si l'on met à part la question de la source éventuellement illicite qui n'est pas réglée. Cependant, un auteur[361] relève que le téléchargement par un internaute est une opération qui implique potentiellement que ce dernier, pendant qu'il effectue lui-même une copie privée, mette à la disposition d'autres personnes ses fichiers partagés. Reste-t-on alors dans l'hypothèse d'une simple copie privée ? Ici encore, la question n'est pas réglée : « l'internaute qui (…) offre le contenu de son disque dur à un public virtuellement mondial réalise exactement le contraire d'une utilisation strictement privée »[362], ce qui conduit un autre auteur[363] à refuser le jeu de l'exception. En tout état de cause, les échanges de fichiers sur internet doivent être exclus du bénéfice de cette exception. D'ailleurs, la loi et la jurisprudence sont dans ce sens[364].

Finalement, il faut préciser que le texte ne distingue pas entre les différents modes de copie, ni ne réserve l'exception à la seule copie manuelle. H. Desbois soutenait que l'exception ne s'applique pas lorsque la copie est réalisée à l'aide de moyens mécaniques ou électroniques[365]. Pourtant, un auteur[366] relève que le contrôle de ce type de reproduction étant concrètement impossible, il semble inutile de prétendre les exclure du jeu de l'exception, puisque l'application du droit exclusif est de toute manière vouée à l'échec. Un autre[367] ajoute que les textes ne font aucune allusion à une quelconque restriction de ce type. Il est donc illusoire d'espérer cantonner la copie privée par ce biais.

Au total, malgré l'exclusion de la copie privée d'œuvre d'art, et le régime spécial des copies de logiciels, le domaine de la copie privée est étendu, et ses frontières incertaines contribuent encore à en élargir le potentiel. Il importe donc de déterminer la portée de celle-ci au regard du droit d'auteur.

β. La portée de l'exception

L'exception de copie privée est, à nos yeux, l'entorse la plus profonde au principe de la jouissance exclusive de l'auteur, et ce pour deux raisons.

---

[361] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 401, n°591.
[362] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 303, n°359.
[363] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 288, n°356.
[364] Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 303, n°359.
[365] Voir A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 282, n°352.
[366] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 496, n°771.
[367] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 282, n°352.

. Critique du contenu subjectif de l'exception

78. Premièrement, c'est l'analyse de la copie privée retenue par la doctrine qui constitue à notre avis une grave atteinte au droit exclusif ; elle est l'instrument d'une véritable remise en cause du principe exclusif, et partant, de la nature du droit d'auteur.

78-1. Analyse critiquée. En effet, certains [368] contestent tout simplement sa nature d'exception, choisissant d'y voir au contraire une limite interne. Le raisonnement est le suivant : l'auteur a le pouvoir de se réserver les usages qui consistent dans la reproduction et la représentation de son œuvre. Or la reproduction implique nécessairement la communication de l'œuvre à un public : la reproduction non autorisée par un tiers qui communique ensuite l'œuvre au public constitue effectivement une contrefaçon qui empiète sur le domaine réservé de l'auteur. En revanche, la reproduction non autorisée par un tiers qui se réserve l'usage privatif et quasi-secret de l'œuvre se fait en dehors de toute communication au public, et ne correspond pas au type de reproduction réservé à l'auteur. Cette forme de reproduction, d'usage, ne fait pas partie des attributs de l'auteur et le tiers peut y procéder sans enfreindre son droit exclusif[369].

Autrement dit, l'idée est simple : contrairement à une véritable exception qui écarte ponctuellement le jeu normal du droit d'exclure, la copie privée est en vérité autorisée par la loi tout simplement parce qu'elle n'empiète pas sur le domaine naturel de l'auteur. Le législateur ne fait ici que tracer la frontière entre les usages que l'auteur peut légitimement se réserver, et ceux qui lui échappent par nature. Et la copie privée est une limite, qui n'enlève rien à l'auteur de ce à quoi il aurait pu prétendre. Elle ressortit du domaine de la liberté de chacun, et ne fait exception à aucun droit privatif. Elle coexiste avec les prérogatives de l'auteur, telles deux dimensions parallèles et distinctes de l'usage d'une même œuvre.

78-2. Critique. Ce n'est pas une lecture que nous refusons, en soi. Nous voulons simplement souligner que cette approche de la copie privée, qui la qualifie de limite, relève d'un parti pris qui la prive d'objectivité. En effet, concevoir la copie privée comme une limite plutôt qu'une exception revient à dire que parmi tous les usages concevables d'une œuvre, certains sont naturellement affectés au public, tandis que d'autres peuvent être réservés à l'auteur. C'est

[368] Par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 391, n°583, et p. 392, n° 585 et s.
[369] Dans ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 299, n°356 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 331, n°275.

poser que l'auteur n'a pas vocation, même seulement potentiellement, à réunir entre ses mains tous les pouvoirs sur son œuvre. C'est postuler que le droit d'auteur ne confère pas, par principe, à son titulaire toutes les utilités de l'œuvre, mais seulement certaines limitativement déterminées. Certes, le contenu du droit d'auteur n'est pas ici dessiné de manière positive, par une liste exhaustive de pouvoirs, mais de manière négative, par l'exclusion de certaines utilités déterminées. Il reste néanmoins que, dans cette lecture, l'auteur n'a pas vocation à la plénitude des pouvoirs qu'implique le droit de propriété dans sa conception classique.

Quant à nous, si cette conception de la copie privée peut convaincre, on voit bien qu'elle manque d'objectivité. Sans doute, selon ces auteurs, cette conception trouve son fondement dans la limite plus générale posée par l'article L. 122-3 qui, toujours selon ces auteurs, définit la reproduction susceptible d'appartenir à l'auteur par référence à la communication au public. Autrement dit, si la copie privée est naturellement exclue du domaine du droit d'auteur, c'est parce que de manière plus générale, la reproduction sans communication au public l'est également.

Pour autant, nous avons déjà dit ce que nous pensions du sens prêté aux termes de l'article L. 122-3. Cette conception du droit de reproduction, et celle de la copie privée qui en découle, peuvent fort bien convaincre car, après tout, il est loisible à chacun de retenir la conception qu'il préfère du pouvoir naturel de l'auteur. Nous voulons seulement remarquer qu'elle manque d'objectivité : s'appuyant sur une lecture discutable de l'article L. 122-3, elle part de l'*a priori* que la copie privée n'a pas vocation à appartenir à l'auteur, elle interdit donc de s'interroger sur la gravité de l'atteinte que celle-ci porte au droit de l'auteur, puisqu'elle nie qu'il y ait une quelconque atteinte. Pour cette raison, dans la mesure où nous cherchons à déterminer le contenu objectif de cette exception et la gravité de l'atteinte qu'elle porte au droit de jouissance de l'auteur, nous ne pouvons nous en satisfaire.

Notre opinion n'est pas si isolée : « on ne peut plus dire, au moins depuis la réforme du 11 mars 1957, que le droit de reproduction ne couvrirait, par nature, que les fixations destinées à un usage public : la législation ne fait aucune référence à cette notion d'usage public pour définir la reproduction et il semble évident que le développement extraordinaire des moyens de copie privée (…) démontre les dangers que la prolifération incontrôlée des copies privées représente pour les auteurs mais aussi pour les exploitants et les interprètes (…) »[370]. Le législateur ne conçoit pas la copie privée comme un comportement relevant de la liberté de

[370] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 490, n°759.

chacun, mais du droit de reproduction de l'auteur ; et c'est seulement par le jeu de l'exception que le copieur est ponctuellement autorisé à y procéder.

Au surplus, cette analyse de la copie privée en limite conduit les auteurs à une conclusion que nous réfutons également. En effet, ce sont les mêmes auteurs qui qualifient le droit d'auteur de propriété. Leur démonstration pourrait convaincre, mais nous y voyons un simple tour de passe-passe : puisque la copie privée n'est pas une exception mais une simple limite, elle n'atteint pas le domaine réservé de l'auteur, ni son pouvoir exclusif, qui ne vise quant à lui que certaines utilités. Ainsi, qualifier la dérogation de limite les autorise à qualifier le droit d'auteur d'exclusif : l'auteur a bien l'exclusivité des utilités que le Droit lui réserve, et peu importe qu'il n'ait pas la jouissance exclusive de cette utilité particulière, puisqu'elle ne fait pas partie de celles qui lui reviennent naturellement. Et puisque, pour ces mêmes auteurs, le critère principal de la propriété réside justement dans l'exclusivité, cela les conduit à voir dans le droit d'auteur une propriété. Autrement dit, choisir de voir dans la copie privée une limite interne permet de minimiser, voire de nier son impact sur le droit d'auteur, et autorise à soutenir qu'il sort indemne de cette atteinte qui n'en est pas une. Les auteurs y voient une propriété d'un genre particulier, qui partagerait avec la propriété classique son caractère exclusif, mais s'en distinguerait par son domaine restreint.

Selon nous, une telle lecture du droit d'auteur, qui confèrerait à son titulaire seulement certains usages de l'œuvre, doit nécessairement exclure son rapprochement de la propriété, qui quant à elle confère par principe à son titulaire tous les usages possibles de la chose, si l'on veut bien se rappeler la définition de Vareilles-Sommières. La propriété est sans doute exclusive. Pourtant, et avant toute chose, elle confère à l'auteur la totalité des usages de la chose, et c'est là ce qui la distingue des autres droits subjectifs, tandis que l'exclusivité les caractérise finalement tous. Un droit exclusif, mais au domaine entamé, dont le titulaire ne peut prétendre se réserver que certaines utilités déterminées, ne peut être une propriété au sens classique. En effet, comment qualifier de propriété un droit qui ne confère à son titulaire que le pouvoir d'exclure de quelques utilités de la chose, tandis que d'autres sont par principe libres de toute réservation ? Où est le droit exclusif de propriété lorsque plusieurs personnes se partagent les utilités de la chose ? Autrement dit, si nous voulons bien admettre qu'il soit concevable de voir dans la copie privée une limite, nous refusons la conclusion qui en résulte pour ces auteurs qui qualifient le droit d'auteur de propriété.

Pour conclure, l'analyse majoritaire, qui consiste à voir dans cette exception une limite, nous paraît porter un coup sévère à l'analyse du droit d'auteur en propriété. Nous rejetons cette présentation de la copie privée, et le raisonnement qui lui est attaché, pour deux raisons : non

seulement la qualification de limite nous interdit *a priori* d'apprécier objectivement la gravité de l'atteinte portée au droit de l'auteur. De plus, cette négation de l'existence même d'une entorse au droit d'auteur, lorsqu'elle amène à qualifier celui-ci de véritable propriété exclusive, conduit à retenir du droit de propriété une conception que nous récusons : elle prête à ce droit un domaine limité et amputé qui contredit la plénitude à laquelle toute véritable propriété a naturellement vocation. Cette lecture de la copie privée ne peut nous mener nulle part, puisqu'à nos yeux, le rapprochement qu'elle opère entre droit d'auteur et propriété est privé de pertinence.

A choisir, nous préférons nous en tenir au choix du législateur, qui qualifie la copie privée d'exception à l'article L. 122-5 CPI. En l'assortissant d'une rémunération, il réaffirme bien l'idée que la copie privée enlève quelque chose à l'auteur, et lui ouvre droit à compensation. Cette analyse s'insère mieux dans la lettre générale de la loi de 1957 : l'article L. 111-1 CPI consacre au profit de l'auteur un droit exclusif qu'il appelle propriété, et l'assortit ensuite d'exceptions : quoi de plus logique ? Contrairement à la première approche, qui retient de la propriété une définition telle que le rapprochement d'avec le droit d'auteur, fut-il admis, est privé d'intérêt, cette seconde approche apparaît plus pertinente : en prêtant *a priori* au droit d'auteur un contenu illimité et un effet exclusif, et en le qualifiant de propriété, le législateur reste au moins fidèle à la lecture classique du droit de propriété, qui conjugue ces deux caractères. Quant à savoir si les exceptions admises au droit de l'auteur restent suffisamment secondaires pour ne pas dénaturer cette propriété de l'auteur, c'est semble-t-il l'opinion du législateur, puisqu'il use du qualificatif de propriété tout en admettant des exceptions.

Et c'est ce point que nous voulons examiner : nonobstant les termes de la loi, le poids des exceptions déforme-t-il le moule de la propriété ? Pour ce faire, nous devons faire abstraction de la qualification de la copie privée, pour examiner son contenu précis, afin de pouvoir ensuite juger de la portée exacte de l'atteinte au droit exclusif qu'elle réalise. Ainsi, la qualité de limite ou d'exception de la copie privée doit être écartée du débat, qui doit se recentrer sur le contenu de cette dernière.

. Critique du contenu objectif de l'exception

79. Deuxièmement donc, c'est le contenu de l'exception de copie privée que nous examinons désormais. Et ici aussi, nous sommes saisie par la gravité de l'atteinte portée au droit exclusif de l'auteur.

79-1. Domaine de l'exception. En soi, tout d'abord, le domaine de l'exception impressionne par son ampleur et sa généralité. Il est vrai qu'à l'origine, cette exception élaborée au début du XIXe siècle « ne concernait que quelques situations marginales, tant il était difficile de reproduire une œuvre de l'esprit »[371]. Mais aujourd'hui, son domaine n'a plus rien à voir avec ce qu'il était alors. Les nouveaux moyens de reproduction autorisent la copie par une multitude de personnes. Et la copie numérique laisse désormais la place à la copie analogique, encore plus facile à réaliser. La copie privée semble aujourd'hui bien éloignée du « cas spécial » exceptionnellement admis par la Convention de Berne. D'ailleurs, c'est sans doute en partie ce qui conduit la doctrine à l'analyse ci-dessus dénoncée.

79-2. Rémunération de l'exception. Dans les années 1970, la reprographie prend une telle ampleur que l'on instaure une taxe de 3% sur les photocopieurs. Mais elle sert à financer des actions culturelles, de sorte que le droit d'auteur ne s'en trouve pas mieux protégé. C'est la loi du 3 janvier 1995 qui instaure un mécanisme spécifique aux articles L. 122-10 et suivants du CPI. Désormais, « la publication d'une œuvre emporte cession du droit de reproduction par reprographie à une société » de gestion collective. Ainsi, l'auteur est d'office privé de tout pouvoir d'interdire la reprographie de son œuvre, ce pouvoir étant transféré à une société de gestion collective. En contrepartie, il reçoit une compensation[372].

Mais la reprographie n'est pas le seul domaine dans lequel s'épanouit la copie privée, loin s'en faut. A côté de la reproduction papier, se développe également la reproduction sur support magnétique, puis analogique. Afin de compenser l'impact de l'extension généralisée de la copie privée pour l'auteur, la loi du 3 juillet 1985 introduit une rémunération de celle-ci qui a une vocation générale. On la trouve aux articles L. 311-1 et s. CPI. Il s'agit d'une redevance fixée par une commission administrative, récoltée par les sociétés de gestion collective et répartie ensuite entre les différents acteurs culturels, versée par les commerçants qui la répercutent sur les consommateurs à travers les prix des supports nécessaires à la copie privée (CD, DVD, clé USB, téléphone, etc.)[373].

On aurait pu craindre que cette rémunération ne suffise pas à contrebalancer le développement exponentiel de la copie privée. En effet, en 1985, la rémunération rétablit un certain équilibre entre la copie privée et le droit exclusif de l'auteur, mais elle est pensée pour

[371] C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3421.
[372] Voir par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 483, n°743 et s. ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 293, n°366 et s.
[373] Voir par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 328, n°486 et s.

la copie analogique. Et la révolution numérique remet en cause ce fragile équilibre[374]. Cependant, dans la loi de 1985, la rémunération est rédigée dans des termes suffisamment larges pour être techniquement applicable au numérique. Et si elle profitait initialement uniquement aux auteurs et éditeurs d'œuvres fixées sur certains types de supports, la loi du 17 juillet 2001 introduit un alinéa second à l'article L. 311-1 CI qui élargit considérablement son champ d'application, de sorte que désormais, « tous les auteurs d'œuvres fixées sur n'importe quel support peuvent prétendre au bénéfice de cette rémunération lorsque leur œuvre est reproduite sur un support numérique »[375].

79-3. Impact de la rémunération : renforcement de l'exception. *A priori* donc, la rémunération de la copie privée semble conduire à relativiser l'entorse : certes, la loi autorise le tiers à effectuer des copies privées, mais elle l'oblige à rémunérer l'auteur. En compensant la perte de profit subie par l'auteur, elle lui réserve finalement une part du *fructus* dont il est privé. Ainsi, seul son droit d'exclure semble écarté, tandis que son droit aux fruits de la chose est préservé.

C'est d'ailleurs bien pour cette raison que certains auteurs refusent de qualifier la copie privée de véritable exception et préfèrent y trouver une « simple » limitation : entre l'exception et la limite, la limitation est une catégorie qui écarte ponctuellement le droit de l'auteur lorsque celui-ci devrait pourtant jouer, tout en lui attribuant une rémunération destinée à compensée la perte du *fructus* auquel il peut normalement prétendre. La limitation est donc moins qu'une exception, puisqu'elle retire à l'auteur seulement sa faculté d'exclure. Pour cette raison, elle semble plus acceptable.

D'ailleurs, on peut aussi relever que l'exception de copie privée existe en droit d'auteur comme en droit de brevet. Or, toute rémunération est exclue pour le breveté, sans pour autant que l'on remette en cause sa légitimité. Sans doute, le domaine exponentiel de la copie privée explique-t-il que le législateur ait choisi ici de la compenser. Néanmoins, l'existence de cette rémunération rend d'autant plus difficile la contestation de l'exception.

En bref, et peu important qu'on y voie une exception ou une limitation, la rémunération de la copie privée devrait conduire à minimiser l'atteinte au droit exclusif et faciliter sa tolérance.

[374] Dans ce sens, C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3421.
[375] Voir C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3422, n°3 et 4 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 291, n°364.

79-4. Impact de la rémunération : aggravation de l'atteinte au droit exclusif. Pourtant, à notre sens, il n'en est rien. Selon nous, l'économie de cette rémunération aboutit en réalité à une remise en cause fondamentale du droit d'auteur.

En effet, le domaine étendu de la copie privée, associé à une rémunération systématique de celle-ci, finissent par transformer du tout au tout la perception de la copie privée qu'en ont ses acteurs. Ainsi en va-t-il du public : la copie privée est banale et tellement répandue qu'elle devient « la norme ». Le public a désormais « l'illusion que la copie privée est permise à la seule condition d'être non lucrative »[376]. Sa rémunération est rendue indolore par le système qui la prélève sur le prix de vente des supports, de sorte que le sentiment de liberté en sort renforcé ; et lorsqu'au contraire le public prend conscience de cette rémunération, elle lui procure paradoxalement le sentiment qu'il acquiert par là un véritable droit de copier. C'est l'argument invoqué devant la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt Mulholland Drive de 2007. Ainsi en va-t-il également de l'auteur : il n'a aucun pouvoir d'interdire la copie privée, ni même de négocier le montant de la compensation, et finalement, la systématisation et la généralisation de la rémunération lui donnent le sentiment que c'est un dû pour lui.

Globalement, on en arrive à une conception qui n'a plus rien à voir avec une exception au sens classique, et qui trouve sa traduction dans l'analyse par la doctrine de l'exception en simple limite : le droit exclusif de l'auteur ne couvre pas cette utilité de l'œuvre, qui est étrangère à son pouvoir exclusif. Quant à l'auteur, il reçoit une rémunération pour un usage de l'œuvre sur lequel il n'a pourtant aucun droit. Pour certains, lui aussi se voit reconnaître un véritable droit subjectif, qui s'ajoute aux prérogatives qu'il tient de son droit d'auteur. Avant la codification de 1992, cette prérogative n'est pas clairement identifiée : pour la jurisprudence[377] et certains auteurs[378], il fait partie des droits d'auteur, tandis que pour d'autres, il s'agit d'un droit *sui generis* autonome[379]. La codification tranche la question en analysant cette compensation comme un droit de l'auteur à l'article L. 111-1 al. 2, tandis que la directive sur la société de l'information adopte le parti inverse, lisant la compensation comme la réparation d'un préjudice davantage que comme le paiement d'un droit de l'auteur. La question de la nature de celle-ci reste donc en suspens[380]. Quant au public, il exerce en

[376] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 280, n°348. Dans le même sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* préc., p. 32 et s., n°34.
[377] Com., 4 janv. 1994, RIDA 1994/2, p. 220.
[378] Y. Gaubiac, cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 328, n°486, note 5 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 497, n°773.
[379] X. Daverat, cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 328, n°486, note 5.
[380] Voir dans ce sens A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 298, n°372.

copiant une liberté[381] dont il peut revendiquer le respect, il a par principe le droit de copier. Pour certains[382], le public se voit ici reconnaître un véritable droit à la copie privée. Et cette analyse n'est que logique, si l'on se place dans le sillage de celle qui analyse l'exception en limite : en effectuant une copie privée, le copieur exerce sa liberté et ne prend rien à l'auteur, il exerce un droit subjectif.

La jurisprudence rejette cette analyse de la copie privée. Selon le juge français[383], « la copie privée ne constitue pas un droit mais une exception légale ». Le législateur français place bien la copie privée parmi les exceptions. Le droit communautaire retient la même analyse, puisque la directive affirme la licéité des mesures techniques qui visent à empêcher ou à limiter « les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur »[384] : le copiste ne peut être titulaire d'un droit de copie puisque le législateur national est libre d'autoriser l'auteur à mettre en place des mesures techniques entravant le jeu de cette exception. Certains auteurs affirment également qu'il « ne s'agit là que d'une exception et non d'un droit à la copie privée ou d'une borne naturelle dans la définition du droit de reproduction »[385]. Au total, la thèse du droit de copie privée semble contraire à la position de la plupart des acteurs du droit positif.

Malgré tout, l'analyse de la copie privée en jurisprudence ne fait pas l'unanimité en doctrine, loin de là. La perception la plus répandue de la copie privée interdit d'y voir une exception, et la doctrine[386] critique ouvertement la jurisprudence, allant parfois jusqu'à pronostiquer un possible revirement[387]. Contredisant les termes clairs de la Cour de cassation, un auteur affirme ainsi : « la copie privée est un droit de l'usager et point une simple tolérance de l'auteur »[388]. Un autre poursuit : « le statut légal de la copie privée est aujourd'hui très complexe, et dans plusieurs situations, on est effectivement en présence non pas d'une exception mais bien d'un droit »[389]. D'une part, la loi du 3 janvier 1995 crée pour les reproductions sur support papier « un droit de reprographie » à l'article L. 122-10 du CPI, « sorte de licence légale, à laquelle l'auteur, qui reçoit en principe une rémunération à ce titre, ne peut s'opposer. Dans la pratique, comme dans les faits, nous sommes bien ici en présence d'un droit à la copie privée »[390]. Sur ce point, un autre auteur va encore plus loin : « Il n'y a

[381] Dans ce sens, Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004.
[382] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 394, n°586.
[383] Civ. 1e, 28 févr. 2006, CCE. avr. 2006, n°4, p. 24. Voir également CA Paris, 4 avr. 2007, Comm. com. électr. 2007, comm. 68. Et Civ. 1e, 27 nov. 2008, RTDCom. 2009, p. 131, note F. POLLAUD-DULIAN.
[384] Article 6.3.
[385] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 491, n°761.
[386] Par exemple, A BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 332, n°111.18.
[387] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 390, n°338.
[388] *Ibidem.*
[389] A BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 334, n°111.21.
[390] *Ibidem.*

pas ici de système de licence légale au profit des utilisateurs : la société de gestion collective est investie par la loi, du droit exclusif. (…) L'article L. 122-10 ne porte pas atteinte au droit exclusif mais il porte doublement atteinte au caractère individuel de ce droit, par un système de cession forcée et de gestion collective obligatoire, à la fois. D'une part, l'auteur est privé de l'exercice individuel de son droit et, d'autre part, le droit est soumis à un système de gestion collective obligatoire par une société que l'auteur ne choisit pas, par l'effet d'une cession imposée par la loi et que celle-ci attache comme un effet automatique à la publication de l'œuvre »[391]. D'autre part, la loi du 3 juillet 1985 instaure la rémunération pour copie privée qui « modifie sans nul doute le statut de l'exception pour copie privée »[392]. Et les lois Hadopi I et II renforcent cette analyse : pour compenser l'autorisation des mesures techniques de protection, elles garantissent le bénéficie de l'exception de copie privée, d'où il résulte bien un droit à la copie privée.

D'autres auteurs sont plus nuancés. L'un rappelle les termes de la loi du 1er août 2006 : l'article L.331-8 garantit le bénéfice de l'exception de copie privée, et l'article L. 331-9 enjoint le titulaire du droit d'auteur à faire en sorte que les mesures techniques n'empêchent pas l'exercice effectif de l'exception de copie privée par le copiste. En conséquence, l'auteur hésite : « Certes, la sollicitude du législateur français pour les utilisateurs ne suffit pas à inverser la logique du droit d'auteur pour faire naître à leur profit un véritable droit subjectif, (…). Tout de même, une exception dont la loi impose l'exercice nonobstant toute mesure technique de protection est plus proche du droit que de la tolérance, même s'il est vrai qu'il faut se méfier ici de la « facilité sémantique » conduisant à user inconsidérément du terme « droit » »[393].

Un autre[394] refuse de trancher et rappelle la spécificité du système français. « A considérer que nous nous trouvons dans un système où l'intérêt public n'est pas prédominant, il est certain qu'il est bien difficile de reconnaître qu'un « droit subjectif » aux exceptions puisse exister »[395]. L'auteur concède que ce n'est pas l'esprit du système retenu par les pays anglo-américains : « un droit aux exceptions en général (et à la copie privée en particulier) prospère parfaitement dans un système (celui du copyright) où les limitations du droit sont situées sur le même plan que l'affirmation de son exclusivité »[396]. D'autres[397] enfin se rangent tout

[391] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 485, n°746 et 747.
[392] A BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 334, n°111.21.
[393] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 281, n°349.
[394] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 380, n°569.
[395] *Ibidem*.
[396] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 394, n°586.
[397] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 380, n°569.

simplement à l'avis de la Cour de cassation, et préfèrent l'analyse plus prudente qui consiste à voir dans les exceptions l'exercice de libertés fondamentales.

On peine donc à reconnaître ici une simple exception. Et il en résulte selon nous une double négation du droit exclusif de l'auteur. D'une part, la copie privée ne fait pas partie des attributs de l'auteur, ce qui implique que le droit d'auteur ne couvre pas toutes les utilités de l'œuvre, mais que certaines lui échappent par nature, ce en quoi nous avons déjà dit qu'il ne pouvait s'agir d'une propriété au sens classique, faute de véritable exclusivité. D'autre part, le système consiste à obliger l'auteur à supporter le partage partiel de son œuvre, en l'assortissant d'une rémunération systématique, dont le régime est entièrement géré par des sociétés de gestion collective qui ne laissent à l'auteur aucune marge de liberté. C'est particulièrement vrai du droit de reprographie : « Il s'agit donc d'un cas de cession légale et obligatoire, qui est une forme de contrat forcé et qui prouve que le droit de propriété des auteurs subit des attaques frontales puisqu'ils en sont dépossédés par la loi »[398]. On ne peut concevoir de système plus éloigné du droit d'auteur au sens traditionnel que lui connaît la France et un auteur y voit « dénaturation des principes traditionnels du droit d'auteur »[399]. L'idée même d'un droit d'exclure, ou de se réserver les fruits de son œuvre, disparaît complètement, au profit d'une « licence légale »[400] qui réalise une mutualisation de l'œuvre. Au total, d'un principe exclusif assorti d'une exception ponctuelle et compensée, on arrive, dans l'esprit du public et de la doctrine[401], à un principe de liberté, qui va jusqu'à « l'affirmation pernicieuse d'un « droit subjectif à la copie privée » »[402]. Plus ponctuellement, le public détient un véritable « droit de reprographie ». Pour tous ces usages privés, les auteurs n'ont finalement pas l'ombre d'un droit exclusif, mais simplement un droit à rémunération, dans lequel on voit même parfois presque un nouvel attribut du droit d'auteur, qui éloigne inexorablement l'auteur de la figure classique du propriétaire.

79-5. Conséquence : remise en cause de la légitimité de l'exception. Transformée en droit de copier, l'exception de copie privée gagne ainsi en vigueur ce qu'elle perd en rigueur. Elle fait presque l'unanimité, puisque le public, l'auteur et les intermédiaires y trouvent leur compte : la rémunération procure aux bénéficiaires, auteurs, et désormais éditeurs, des profits

[398] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* préc., p. 262, n°311.
[399] *Ibidem*.
[400] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 307, n°361.
[401] Contre cette analyse, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 300, n°357.
[402] C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3422, n°5.

très appréciables. Et pourtant, conséquence de cette dérive, le bien-fondé de l'exception fait plus que jamais défaut[403].

Déjà à l'origine, sa légitimité pouvait laisser circonspect. En effet, à l'image de toute exception au sens classique, celle de copie privée aurait du induire le raisonnement suivant : la copie privée est en principe un comportement condamnable, qui viole la prétention légitime de l'auteur, et qui doit être sanctionné. Cependant, certains intérêts tout aussi légitimes du copieur entrent en conflit avec celui de l'auteur, et il faut alors choisir. L'exception de copie privée consiste donc, en comparant la légitimité du droit de l'auteur et celle de la prétention du copieur, à trancher en faveur de la seconde. Et ce faisant, on se trouve face à une entorse véritable au droit exclusif de l'auteur imposée par le droit positif et subie par l'auteur, qui procède de l'intention délibérée du législateur ou du juge d'écarter ponctuellement l'application normale du droit d'auteur lorsque certaines conditions sont réunies. C'est l'esprit de toute exception entendue au sens classique, et ce sont à la fois son caractère exceptionnel, son bien-fondé philosophique, sa source légale, et l'unanimité des opinions favorables qu'elle réunit autour d'elle, qui autorisent généralement à passer outre et à décider qu'elle ne dénature pas le droit qu'elle écarte.

Or dès sa création, l'exception de copie privée peine à se fondre dans ce moule. Certes, elle constitue bien une situation exceptionnelle puisqu'au début 19e, la copie est encore difficilement réalisable. De plus, elle trouve effectivement son fondement dans la défense d'intérêts qui justifient d'écarter le droit exclusif de l'auteur : il s'agit de promouvoir la culture et la dissémination du savoir. « (L)e bon sens indique qu'on ne saurait réputer contrefacteur celui qui, pour son instruction ou pour son usage, copie tout ou partie d'un livre, fait des études sur un dessin ou sur un tableau »[404], et ainsi, l'exception de copie privée réunit à l'origine tous les suffrages. Pourtant, dès cette époque, le véritable fondement de cette exception transparaît déjà : concrètement, il est extrêmement difficile, voire impossible, de contrôler ce type d'usage[405]. Incapable de l'interdire, le législateur préfère se résigner à le valider. Faute d'être vraiment justifiée, le domaine encore réduit de l'exception permet de relativiser l'importance d'un tel renoncement.

Mais aujourd'hui, l'exception de copie privée semble véritablement dépourvue de tout bien-fondé. D'une part, il n'est plus possible de cantonner la copie privée dans le rôle d'une

[403] Dans ce sens, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 280, n°348.
[404] A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Paris, 1839, t. II, n°19.
[405] Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 393, n°585 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 294, n°350, et p. 299, n°356 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 491, n°761.

exception réduite et de faible portée, si bien que son manque de légitimité ne peut plus se cacher derrière son innocuité[406]. D'autre part, la copie privée obéit à une logique complètement nouvelle, de sorte que les rares arguments qui pouvaient la justifier à ses débuts sont désormais non pertinents. Ainsi, l'exception ne vise plus aujourd'hui le moine copiste qui recopie les textes sacrés à la lumière de la bougie au fond de son abbaye[407], ni même le professeur qui recopie quelques lignes d'un livre pour l'enseigner à ses élèves, ou l'apprenti-peintre qui copie un tableau pour améliorer sa technique. Les nouveaux moyens de reproduction autorisent la copie par une multitude de personnes dont la finalité n'a rien à voir avec l'étude de l'œuvre ou la culture personnelle, et tout à voir avec une volonté délibérée de contourner le droit d'auteur en se procurant un exemplaire de l'œuvre gratuitement. La copie privée est celle de l'étudiant qui photocopie des chapitres entiers d'un ouvrage qu'il veut éviter d'acheter, de celui qui copie le CD prêté par un ami afin de ne pas l'acheter, de celui qui télécharge des films sur internet. En bref, la copie privée n'est rien d'autre qu'une manière délibérée de se procurer un exemplaire de l'œuvre sans en payer le prix. Et si sa sanction est toujours aussi difficile à réaliser techniquement, il n'est plus possible de se retrancher derrière le noble dessein qui animerait le copieur pour excuser son comportement.

Parmi les intérêts supérieurs susceptibles d'écarter l'intérêt égoïste de l'auteur, et puisque la noblesse ou le désintéressement de la motivation du copieur font désormais le plus souvent défaut, certains invoquent le respect de la vie privée. Le contrôle de la copie privée risque-t-il de violer la vie privée du copieur ? « (L)'argument n'emporte pas pleinement la conviction. Tout contrôle ne conduit pas forcément à une atteinte »[408]. Pour nous, il faut faire la part des choses : la vie privée du copieur doit sans doute être préservée, mais elle ne peut excuser n'importe quel comportement. Sa motivation doit être prise en compte. Et il faut aussi encourager le développement des mesures techniques, qui ne portent pas forcément toutes atteinte à la vie privée.

Doit-on alors se résigner au maintien de l'exception fondée sur des considérations purement pragmatiques ? Dans cette optique, c'est finalement l'incapacité des pouvoirs publics à l'empêcher qui explique sa survie : rien ne sert de la supprimer puisque le rétablissement du pouvoir d'interdire ce type d'usage appellerait une sanction en pratique impossible. Comme le législateur, la doctrine renonce : « (c)ertes, ils sont dépouillés de leur droit exclusif puisque la

[406] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 491, n°761.
[407] Exemple de Saleilles, cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 396, n°588. Voir dans le même sens F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 491, n°761.
[408] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 393, n°585. Dans le même sens, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 280, n°348.

rémunération pour copie privée s'inscrit dans le cadre d'une exception au monopole. Mais il est possible de rétorquer que si ce droit d'autoriser ou d'interdire existait, il serait largement théorique »[409]. La rémunération introduite en 1985 allège sans doute l'impact de ce renoncement pour l'auteur, mais il ne constitue pas, loin s'en faut puisqu'il en est seulement la conséquence, un fondement qui justifierait d'écarter son droit exclusif. L'exception, qui consiste à tolérer un comportement pourtant illégitime, assortie de la rémunération, qui permet de la compenser, sont finalement le seul recours d'un législateur pris au dépourvu. A défaut d'être légitime, elle semble en tout cas être utile. Et pourtant, même cet argument peut être contesté : grâce au progrès technique, il n'est même plus possible aujourd'hui de justifier le maintien de l'exception par l'impossibilité de sa sanction. Les mesures de contrôle et technique deviennent parfaitement possibles[410]. Ainsi, l'exception n'est plus ni légitime, ni même nécessaire.

Finalement, lorsque toute assise philosophique fait défaut, et que plus aucun impératif pratique ne l'impose, l'exception peut-elle encore chercher un appui dans son innocuité ? C'est l'idée récurrente selon laquelle la copie privée ne cause pas de véritable préjudice à l'auteur[411]. Indolore, elle ne gagnerait rien à être supprimée. Mais ici encore, il faut repousser cet argument. La prolifération de la copie privée, et la perte substantielle de profit qu'elle inflige à l'auteur, ne peuvent être ignorées aujourd'hui. La seule manière de nier ce préjudice consiste à retenir l'analyse de la doctrine que nous avons dénoncée : en concevant le droit d'auteur comme ne réservant à l'auteur que les usages publics de son œuvre, on parvient à classer tous les usages qui se situent en dehors de toute communication au public en dehors de son domaine réservé. Ainsi, la copie privée, puisqu'elle use de l'œuvre sans que le copieur en fasse communication au public, n'empiète pas sur le droit de jouissance de l'auteur, qui ne souffre aucun préjudice. On reconnaît ici la fameuse analyse de l'exception en limite : faute d'appartenir naturellement à l'auteur, un tel usage ne le prive de rien s'il est allotit à un tiers. Bien entendu, il est possible d'admettre cet argument, et de conclure à l'innocuité de la copie privée. Mais cela suppose de retenir du droit d'auteur une lecture qui nous semble à la fois inexacte et partiale. Nous avons déjà dit, et nous allons y revenir un peu plus bas que, dans l'optique de notre recherche, il n'est pas possible de partir de l'*a priori* que le droit d'auteur ne réserve que certains types d'usages, car cela interdit d'examiner la portée de certaines

[409] C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3422, n°5.
[410] C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3423, n°7 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 300, n°357 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 280, n°348.
[411] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 393, n°585 et 586.

exceptions. Ici effectivement, nous refusons de conclure que la copie privée ne cause aucun préjudice à l'auteur, car cela implique de la classer parmi les usages libres de l'œuvre, or nous voulons justement déterminer la portée de l'atteinte que cet usage réalise.

79-6. Disparition de l'exception[412] ? Face à un tel bilan, on pourrait souhaiter la suppression de l'exception de copie privée. On pourrait donc se réjouir de la prédiction de certains auteurs qui l'estiment vouée à la disparition.

Ils avancent plusieurs arguments dans ce sens[413]. Principalement, c'est l'article 5.5 de la directive du 22 mai 2001, qui fait écho à de nombreux textes internationaux[414], et paraît la condamner. En effet, d'après le test des trois étapes, les exceptions « ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». Or, il semble bien que la copie privée ne réunisse pas ces conditions.

D'une part, le texte vise « certains cas spéciaux ». Autrement dit, l'exception doit désigner un cas particulier, concerner une série d'hypothèses restreintes. Elle n'est admissible que lorsqu'elle est, justement, exceptionnelle. Et dans cette mesure, « il est possible de douter que l'exception de copie privée puisse répondre à ces exigences ». Peut-être était-ce le cas de l'exception telle qu'elle existait à son origine, mais les développements de la technique, avec la copie analogique puis numérique, la rendent difficilement réconciliable avec les exigences du texte. La copie privée aujourd'hui n'a plus rien d'un cas particulier et rare, puisqu'on la voit parfois même comme un véritable droit. Elle est en tout cas devenue pratique commune, principe, norme[415].

D'autre part, le texte exige qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'auteur ni ne cause un préjudice injustifié à l'auteur. Or là encore, la copie privée semble bien échouer. Elle n'a certes pas de visée commerciale, mais elle a sans aucun doute un impact important sur l'exploitation normale de l'œuvre : combien de copies privées sont le moyen affiché de ne pas acheter un exemplaire de l'œuvre, qu'il s'agisse d'un livre, d'un CD, d'un DVD ? « Autant la traditionnelle copie réalisée à la main par le copiste pour ses propres besoins d'étude ne présente guère d'inconvénient, tant son impact économique est limité, ce qui justifiait une exception au droit exclusif, autant la démultiplication de copies mécaniques à

[412] Voir sur ce point M.-C. PIATTI, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles. L'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques*, préc., p. 13.
[413] C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3424, n°9 et s.
[414] Voir C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3422, n°6.
[415] Dans ce sens, C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3423, n°6.

partir d'un exemplaire unique ou même à partir d'une diffusion radiophonique, télévisuelle ou télématique, a des conséquences redoutables. Ce phénomène est devenu encore plus grave depuis que la technique numérique donne aux copies une qualité comparable à celle des reproductions du commerce et permet, à partir d'une diffusion immatérielle de l'œuvre sur un site Internet, la confection d'exemplaires de très bonne qualité sans avoir à utiliser un support du commerce. La copie privée, de plus en plus entrée dans les mœurs, met alors en péril l'exploitation de l'œuvre et vide le droit de reproduction de sa substance »[416].

Au total, il est donc possible que, face à cette exception, le juge, contraint d'appliquer le triple test, soit conduit à rejeter son application, et le législateur amené lui aussi à y mettre fin. Et pourtant, face à cette occasion inespérée de rétablir le droit exclusif de l'auteur, et de supprimer une entorse qui ne trouve plus aucun fondement, certains auteurs ont une réaction paradoxale : ils craignent que la suppression de l'exception ne brise l'illusion de liberté qui s'est répandue parmi le public, et proposent donc de la maintenir « pour des raisons de politique juridique, afin que le droit d'auteur ne soit pas l'objet d'une détestation parmi les utilisateurs »[417]. Autrement dit, c'est postuler que l'exception de copie privée trouve désormais un nouveau fondement, qui n'a plus rien à voir avec l'impossible contrôle de la reproduction privée ou même la protection de la vie privée, et tout à voir avec la paix sociale. Il faudrait donc maintenir cette atteinte au droit exclusif de l'auteur par simple peur de la réaction du public, il faudrait continuer de nier le droit légitime d'un auteur au profit d'un acte *a priori* répréhensible du public, pour la seule raison que l'exception a en quelque sorte renversé les rôles : elle a conduit le public à se sentir dans son droit lorsqu'il copie et à reprocher à l'auteur des prétentions jugées illégitimes[418]. Autant dire que, finalement, l'exception repose toujours sur le même type de fondement, à savoir l'échec, le renoncement : il ne s'agit plus de reconnaître notre inaptitude à contrôler la copie, mais d'admettre notre incapacité à faire accepter la règle de droit, et surtout le droit de l'auteur, comme juste, légitime et obligatoire. Il nous semble que c'est pire. En tout cas pour nous, le fondement de l'exception de copie privée continue sa lente décomposition, et l'atteinte au pouvoir exclusif, et rappelons-le, légitime, de l'auteur s'en trouve encore aggravée.

[416] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 490, n°759. Pour une opinion plus nuancée, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 280, n°348 et p. 290, n°359.
[417] C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc., p. 3423, n°7. Dans le même sens, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2e éd., 2001, n°315.
[418] Dans ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 300, n°357.

80. Conclusion. Finalement, la copie privée est un véritable paradoxe. A l'origine exception au droit exclusif, assortie tardivement d'une compensation financière ponctuelle, elle subit un renversement total de perspective et se meut en principe de liberté, au domaine extrêmement étendu, sur lequel se greffe un droit à rémunération perçu comme une « extension »[419] de son monopole au-delà de son domaine naturel. Ainsi, « la rémunération pour copie privée, par ses extensions, se nove de plus en plus en une sorte d'ersatz de monopole, amputé de l'exclusivité, qui se niche au sein d'une exception à des fins de politique juridique. Est-il cohérent qu'une exception abrite en son sein un mécanisme qui tend à appréhender de plus en plus l'utilisation courante des œuvres que devient la copie privée ? L'exception devient alors le principe. En d'autres termes, l'extension de l'exception de copie privée et de la rémunération pour copie privée risque de bien maltraiter ces concepts dans un futur proche. Il est pourtant incontestable que les titulaires de droit de propriété intellectuelle doivent bénéficier d'une rémunération pour les nombreuses copies privées qui sont effectuées quotidiennement. Convient-il que cette rémunération leur parvienne grâce à ce mécanisme ou en vertu d'un droit exclusif qui serait restauré ? »[420].

Sans trancher la question de savoir s'il faut la supprimer ou la maintenir, nous pensons qu'en l'état actuel du droit positif, il est difficile, et surtout hypocrite, d'ignorer, ou de surmonter l'atteinte subie par le droit exclusif de l'auteur, et plus fondamentalement par le droit d'auteur. Cette exception est dangereuse par son impact concret sur le monopole de l'auteur, et par son travestissement en doctrine. Telle qu'elle existe actuellement, elle revient à nier le droit de jouir exclusivement de son œuvre pour l'auteur, et constitue une remise en cause sérieuse de la nature du droit d'auteur. Dans le cadre de notre recherche, l'exception de copie privée est un obstacle non négligeable sur le chemin de la propriété.

b. Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille, l'art. L. 122-5 CPI

81. Ici, c'est surtout l'esprit de l'exception qui explique le degré de gravité que nous lui prêtons, car son domaine est somme toute assez limité lorsqu'on le compare à celui de la copie privée. Par ailleurs, nous lui reconnaissons une certaine légitimité.

[419] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 307, n°361.
[420] C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, préc.., p. 3424, n°11.

L'esprit de l'exception. Les auteurs[421] qui qualifiaient la copie privée de simple limite reprennent le même type de raisonnement. Selon eux, il est inexact de trouver ici une exception au droit de représentation de l'auteur. En effet, la représentation consiste dans la communication à un public, aux termes de l'article L. 122-2 al. 1er CPI. Par suite, la représentation privée et exclusivement effectuée dans un cercle de famille ne répond pas à cette définition, et ne constitue pas une forme d'usage réservé à l'auteur. Il n'est donc pas nécessaire de déroger à son droit exclusif, ce type de représentation est naturellement libre. C'est une limite interne, « une fausse exception »[422].

A l'appui de cette analyse, les auteurs soulignent que cette exception « ne figure dans aucune convention internationale ou directive européenne »[423]. Et ils renvoient au raisonnement exposé à propos de la limite de la communication au public, découverte dans l'article L. 122-2 du CPI.

Ici, l'argument semble convaincre encore davantage qu'à propos de l'exception de copie privée. Un auteur qui pourtant contestait l'analyse de la copie privée en limite admet au contraire celle-ci à propos de la représentation dans le cercle de famille. En effet, si la définition légale de la reproduction se satisfaisait d'une simple fixation de l'œuvre, sans exiger sa communication effective, au contraire l'auteur relève que la définition légale de la représentation consiste précisément dans cette communication au public. Il en déduit que, le cercle de famille ne constituant pas un public, l'usage de l'œuvre en son sein n'est pas une représentation relevant du domaine réservé de l'auteur. « Autrement dit, il aurait suffi de jouer sur la notion de public pour délimiter la prérogative, sans qu'il fût besoin de recourir à la technique de l'exception »[424].

82. La critique. Nous dénonçons cette analyse pour les mêmes raisons que celles exposées plus haut. Il peut être éventuellement soutenu que la représentation privée constitue une limite plutôt qu'une exception, et il doit alors effectivement en être déduit que le droit d'auteur reste exclusif, puisque la limite ne lui enlève rien. Mais il ne peut être conclu que le droit d'auteur est une propriété, parce que son contenu amputé d'une telle limite n'a plus rien à voir avec la plénitude d'une véritable propriété.

---

[421] Par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 391, n°583 ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 328, n°111.14.
[422] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 328, n°111.14.
[423] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 328, n°111.13.
[424] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 306, n°389.

Au demeurant, il s'agit d'une analyse personnelle de ces auteurs, qui rompt ici aussi avec le texte de la loi. Selon nous, deux arguments textuels la contredisent. D'une part, l'article L. 122-5 CPI vise bien une exception tandis que l'article L. 111-1 CPI pose un principe exclusif, si bien qu'il semble impossible d'ignorer ces termes clairs. D'autre part, ce n'est pas ici l'exigence d'une communication qui nous arrête mais plutôt celle d'un public. Comme nous l'avons dit plus haut, si effectivement le droit de l'auteur n'existe pas faute de communication, il nous semble cependant que tout usage de l'œuvre par un tiers, fut-il membre d'un cercle de famille, constitue nécessairement une forme de communication au public puisque ce tiers n'est rien d'autre qu'un public par rapport à l'auteur. La notion de public ne doit pas être définie par rapport à l'usager mais par rapport à l'auteur, puisque c'est son droit dont il est question, et son œuvre dont il est fait usage. En d'autres termes, l'article L. 122-5 CPI précise que l'auteur ne peut interdire un tel usage « lorsque l'œuvre a été divulguée ». Or, la divulgation consiste dans la communication de l'œuvre au public. Il semble ainsi difficile de soutenir qu'une œuvre divulguée puisse faire l'objet d'un usage privé en dehors de toute communication au public, sauf si cet usage était le fait secret de l'auteur lui-même. Une fois l'œuvre rendue publique, tous ceux qui en prennent connaissance font partie de ce public et tous les usages concernent une œuvre communiquée. Peu importe que le tiers use de l'œuvre dans le secret de sa maison, il est lui-même un membre de ce public à qui l'accès à l'œuvre a été donné par la divulgation. Et les membres de ce cercle familial, s'ils ne sont pas un public pour l'usager, en sont incontestablement un pour l'auteur. C'est parce que l'auteur a accepté de divulguer que les tiers ont désormais accès à l'œuvre, et toutes les formes d'usage concevables ne sont rendues possibles que par cette volonté de l'auteur : il est donc impossible de dire que ces usages échappent au domaine réservé de l'auteur, puisque c'est lui qui les a rendus possibles par sa divulgation. L'auteur qui rend possible l'usage de son œuvre par les tiers même individuellement et privativement ne fait rien d'autre que communiquer son œuvre à un public, la sortir du secret et la porter sa connaissance. Peu importe l'usage que choisit d'en faire tel ou tel tiers. Tout usage d'un tiers résulte nécessairement d'une communication par l'auteur qui postule sa maîtrise de ce dernier. Les usages même privés n'existent que parce que l'auteur les a autorisés, et on ne voit pas pour quelle raison les tiers prétendraient détenir ici un droit qui échapperait par nature au pouvoir de contrôle de l'auteur. Pour conclure, on ne peut trouver dans l'article L. 122-5 1° un simple écho de l'article L. 122-2, car le public auquel renvoie la définition de la représentation ne constitue pas le pendant du cercle de famille auquel l'exception bénéficie. L'auteur a le droit de se réserver toute communication de son œuvre à un public quel qu'il soit, c'est-à-dire à des

personnes qui lui sont étrangères ; et le tiers qui diffuse l'œuvre dans son propre cercle de famille fait partie de ce public qui use de l'œuvre réservée. C'est la frontière du droit de l'auteur qu'il s'agit ici de dessiner, et l'article L. 122-2 dispose clairement que son droit naît dès que l'œuvre quitte la sphère intime pour entrer en contact avec un public. Tout individu qui use de l'œuvre légitimement constitue bien un public puisqu'il a acquis de l'auteur son droit d'usage, après divulgation. Dès lors, les personnes auxquelles cet usager choisit de communiquer à son tour l'œuvre sont elles aussi un public pour l'auteur, et il importe peu qu'elles fassent partie de la famille de l'usager, qu'elles ne soient pas un public pour lui, car la représentation est réservée à l'auteur à la seule condition qu'elle communique l'œuvre à un public, cette notion étant définie par rapport à l'auteur lui-même.

Pour ces raisons, il nous semble plus raisonnable de nous en tenir à l'analyse du législateur, exacte à nos yeux : il s'agit bien d'une exception, qui déroge au droit exclusif consacré par l'article L. 111-1 CPI. Ce même article qualifie le droit d'auteur de propriété, et il nous appartient d'apprécier la validité de ce postulat : l'atteinte ici portée au droit exclusif de l'auteur, ajoutée à toutes les autres, ruine-t-elle cette exclusivité au point de faire mentir le législateur ? Le droit d'auteur perd-il sa qualité de propriété à force de partager ses prérogatives ?

83. La mesure de l'exception. Domaine. Si l'on fait abstraction de la transformation de l'exception en limite, il nous faut d'abord nous concentrer sur son contenu objectif, afin de déterminer l'impact de cette dérogation au droit d'auteur.

Concrètement, celui qui acquiert un CD ou un DVD peut sans doute en user seul, mais il reçoit ici l'autorisation de partager son usage avec les membres de sa famille. En revanche, il ne peut le louer, le diffuser publiquement, sans autorisation de l'auteur[425].

Techniquement, au titre des conditions – cumulatives – exigées par le texte, la représentation doit être gratuite et concerner exclusivement des personnes unies par un lien de famille, ou suffisamment proches pour y être assimilées. L'exception a connu un essor important avant la loi de 1957, mais la jurisprudence semble aujourd'hui revenue à une acception plus stricte[426].

Globalement, il apparaît que l'exception reste relativement mesurée, lorsqu'on la compare à celle de la copie privée. L'hypothèse visée est précise et particulière, et la jurisprudence

[425] Voir A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 328, n°111.13.

[426] Pour cette évolution C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, préc., p. 198 et s., n°237 et s.

s'attache désormais au respect strict de la condition du cercle de famille. La dérogation reste ainsi exceptionnelle.

Fondement. Ensuite, il faut examiner les justifications avancées pour cette entorse[427], afin de déterminer si elles suffisent à l'excuser. Principalement, l'exception trouve son fondement dans la protection de la vie privée, qui interdit de contrôler ce type d'usage strictement privé : cet argument nous paraît convaincant. Egalement, un argument d'équité entre en jeu : « il semble logique que, dès lors qu'on a acquis une œuvre, ou un support sur lequel est reproduit une œuvre, on puisse au moins en faire un usage légitime »[428]. Nous reconnaissons qu'il serait ridicule et inéquitable d'exiger le paiement des droits d'auteur par chaque membre de la famille qui visionne un DVD ou écoute un CD. Par ailleurs, on invoque généralement l'impossibilité qu'il y aurait à contrôler ce type d'usage, mais ici, il s'agit simplement à nos yeux d'un renoncement, d'un aveu d'échec, qui ne peut à lui seul justifier un comportement par principe illicite. Enfin, et selon nous, la gratuité de l'usage ne peut en aucune manière constituer un argument en faveur du bien-fondé de cette exception, car en présence d'une atteinte objective au droit de l'auteur, et d'un manque à gagner indéniable de celui-ci, la motivation du tiers, fut-elle altruiste ou gratuite, nous semble complètement dépourvue de pertinence. Et pour terminer, certains auteurs[429] justifient cette exception par son caractère « non public » en arguant que la seule représentation réservée à l'auteur est « publique », aux termes de la convention de Berne. Mais cela rejoint l'interprétation de l'article L. 122-2 que nous contestons, si bien que nous refusons d'y voir un argument valable : selon nous, bien que prenant place dans le cercle privé de la famille, ce type de représentation atteint un public pour l'auteur, qui ne doit pas se voir écarté au seul motif, indépendant de sa volonté, que les spectateurs se trouvent être liés par un lien de famille. Le cercle de famille de celui qui partage le DVD ou le CD a beau être privé pour ce dernier, il n'est rien d'autre qu'un public pour l'auteur. D'autres arguments nous paraissent nécessaires pour justifier ce qui constitue une véritable exception.

Ainsi, au total, nous refusons que cette exception trouve un fondement dans sa transformation en limite. En revanche, nous voulons bien admettre que, par son impact relativement faible, par le bon sens qui la sous-tend et le bien-fondé que lui confèrent les libertés fondamentales, cette exception trouve une certaine légitimité. Elle ne porte pas une atteinte définitive à la jouissance exclusive de l'auteur, elle n'est pas incompatible avec une véritable propriété.

---

[427] Voir par exemple C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 312, n°368.
[428] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 328, n°111.14.
[429] *Ibidem*.

B. Les exceptions au droit exclusif de l'auteur

84. On les nomme exceptions parce qu'elles privent l'auteur d'une utilité de sa création qui devrait normalement lui être réservée. Certaines sont qualifiées d'exceptions par le législateur (1) tandis que d'autres ne sont pas perçues de cette manière alors pourtant qu'elles entament la jouissance exclusive de l'auteur (2).

1. Les exceptions déclarées

Du même type que celles exposées à propos des propriétés industrielles, certaines sont imposées par le droit de la concurrence (a), d'autres par des droits et libertés concurrents (b).

a. Les exceptions imposées par le droit de la concurrence

α. L'abus de position dominante

85. Il faut au préalable préciser qu'il s'agit bien ici d'une exception, au sens où le droit de la concurrence paralyse partiellement le jeu normal du droit d'auteur. Certains le qualifient de limite externe, et l'on peut effectivement refuser la qualification d'exception en arguant du fait que les exceptions doivent nécessairement être prévues par le législateur, tandis que celle-ci résulte uniquement de la jurisprudence communautaire. Peu importe, il suffit de garder à l'esprit que l'abus de position dominante enlève bien à l'auteur une partie de la jouissance exclusive à laquelle il peut normalement prétendre. Il ne s'agit pas d'une limite, au sens où l'on ne peut considérer que le droit de l'auteur prend fin naturellement et que l'usage tiers ainsi autorisé par le juge est parfaitement légitime.
Il faut maintenant examiner les contours de cette exception pour s'en rendre compte, tout en précisant que notre examen sera rapide : l'abus de position dominante est une exception commune aux propriétés industrielles et au droit d'auteur, et les arrêts rendus dans n'importe lequel des domaines particuliers des propriétés intellectuelles valent pour tous les autres domaines. Ainsi, tout ce que nous avons expliqué à propos du brevet, des dessins et modèles et de la marque est également valable en droit d'auteur, ce qui nous autorise à être plus concis.

A l'origine, la CJUE protège le principe du droit exclusif du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Aux termes de deux arrêts de 1988[430], celui-ci a le droit d'autoriser ou d'interdire l'accès à sa création, et donc celui de refuser d'accorder une licence d'exploitation. L'exercice de cette faculté, et donc le refus de licence, forme l'objet spécifique du droit et ne peut donc constituer en lui-même un abus de position dominante.

« Mais, par la suite, la Cour a modifié cette position pourtant raisonnable »[431]. C'est le fameux arrêt Magill[432], rendu en droit d'auteur[433]. Il rappelle le principe : le refus de concéder une licence forme la substance même du droit exclusif de l'auteur. Il décide néanmoins d'y faire exception : l'auteur doit concéder une licence en l'espèce. Et plus précisément, la CJUE considère que le refus par le titulaire du copyright d'autoriser la publication par un tiers de l'objet protégé suffit à constituer un abus de position dominante, à partir du moment où il n'existe pas d'équivalent au produit protégé. Certes, la solution est rendue à propos de circonstances bien particulières, elle est pourtant étendue par la suite à d'autres hypothèses plus communes[434].

Il en résulte que le juge communautaire s'arroge désormais le pouvoir d'imposer des licences forcées à l'auteur sans que le législateur se soit prononcé. Il s'agit d'une nouvelle entorse au droit exclusif de l'auteur : il cède devant le droit de la concurrence. L'auteur doit supporter le partage de la jouissance de son œuvre, même s'il s'agit d'un logiciel. Et ce n'est pas une entorse minime, qui autoriserait les tiers à un usage marginal ou indolore de l'œuvre. Ici, un tiers reçoit du juge le pouvoir d'exploiter l'œuvre de façon à entrer en concurrence directe avec l'auteur, dans le but affiché d'en tirer le plus grand profit possible. Le préjudice ressenti par l'auteur ne fait aucun doute. On peut donc se rallier à l'opinion d'un auteur pour qui la jurisprudence de la CJUE « a singulièrement érodé la force du droit exclusif »[435].

β. L'épuisement du droit

86. Termes de la question. L'auteur a par principe le droit d'exploiter son œuvre de manière exclusive. Cette jouissance exclusive appartient aussi aux créateurs industriels (brevet, marque, dessin ou modèle). Dans les autres domaines de la propriété intellectuelle, la règle de l'épuisement du droit signifie en général que le titulaire du droit perd tout pouvoir de

[430] CJUE, 5 oct. 1988, Maxicar c. Renault, préc., Recueil, p. 6039, et Volvo c. Veng, préc., Recueil, p. 6252.
[431] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 457, n°692.
[432] CJUE,, 6 avril 1995, Magill, Recueil I, p. 743.
[433] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 371, n°558.
[434] Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 457, n°692, note 4.
[435] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 457, n°692.

contrôler le devenir des supports de la création, après leur première mise en circulation licite (produits brevetés, produits revêtus de la marque, produits incorporant le dessin ou le modèle). Autrement dit, dès cet instant, le créateur industriel ne peut plus exercer aucun contrôle sur ces supports qui pourtant incorporent sa création. Il y a donc bien exception au droit exclusif du créateur.

Mais en droit d'auteur, la question est plus complexe[436], car les prérogatives de l'auteur sont multiples. Il n'est donc pas possible, ni exact, de poser, de manière générale, que l'auteur perd le contrôle des supports de son œuvre dès leur première mise en circulation. Il faut examiner chacune des prérogatives de l'auteur afin de déterminer si la règle de l'épuisement l'atteint ou pas. Aux termes de l'article L. 122-1 du CPI, l'auteur a d'une part le droit de reproduire son œuvre et d'autre part le droit de la représenter, le tout de manière exclusive.

. Epuisement du droit de représentation

87. Quant au droit de représentation, il faut tout de suite préciser qu'il n'est pas concerné par l'épuisement du droit. Il est admis que le titulaire du droit peut « exiger une redevance à l'occasion de chacune des représentations publiques de son œuvre »[437]. L'auteur conserve donc le droit d'interdire ou d'autoriser toute nouvelle représentation de son œuvre. Peu importe qu'une première représentation en engendre d'autres (un spectacle ensuite diffusé à la télévision), l'auteur doit consentir à chacune de celles-ci. C'est une solution acquise en jurisprudence depuis un arrêt de la CJUE de 1980, qui décide que « (l)a faculté pour le titulaire des droits d'exiger des redevances pour toute représentation d'un film fait partie de la fonction essentielle du droit d'auteur sur ce genre d'œuvre »[438]. Elle est réaffirmée par l'article 3.3 de la directive du 22 mai 2001.

. Epuisement du droit de reproduction.

La question de l'épuisement concerne donc uniquement le droit de reproduction.

88. Epuisement du droit de destination. *A priori*, le droit de reproduction, tel que le droit d'auteur français le conçoit, trouve un prolongement dans le droit de destination de l'auteur.

[436] Voir par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 527 et s., n°830 et s.
[437] Cass. Civ., 28 avr. 1947, D. 1948, jur. p. 390.
[438] CJUE, Coditel, 18 mars 1980, RIDA juill. 1980, p. 156.

Or, le droit de destination, attribut du droit d'auteur, se définit comme « le pouvoir (pour les auteurs) d'interdire à leurs cocontractants comme à tout acquéreur ultérieur une ou plusieurs formes d'utilisation déterminées des exemplaires de l'œuvre »[439]. On le voit, le droit de destination consiste dans le pouvoir pour l'auteur de contrôler le devenir des reproductions de l'œuvre. Or, la règle de l'épuisement semble prendre le contre-pied direct du droit de destination[440], puisqu'elle postule exactement l'inverse : son application signifierait que l'auteur perdrait tout pouvoir de contrôler les supports de l'œuvre après leur mise en circulation.

Certains auteurs proposent cette lecture du droit positif, affirmant que la règle de l'épuisement du droit pose exception au droit de destination de l'auteur. A l'appui de cette analyse, on peut avancer des arguments d'ordre plus général : il s'agit de remettre en cause la légitimité, et l'existence même du droit de destination. En effet, cette construction doctrinale repose sur des fondements que beaucoup d'auteurs contestent aujourd'hui. Quant aux arrêts censés l'appuyer, on avance qu'ils sont disparates et peu clairs. On rappelle le silence du législateur. Et lorsqu'est invoqué l'article L. 131-3 al. 3 CPI, on répond que ce texte se borne à exiger que l'auteur délimite la cession sans pour autant prendre position sur l'opposabilité de ces limitations aux tiers, tandis qu'un autre texte, l'article L. 111-3 le « contredit ouvertement »[441]. Ainsi, il s'agirait de décider que le droit de destination n'existe pas, ni ne peut légitimement être invoqué, faute de véritable fondement légal. Cela autoriserait à en déduire que l'épuisement du droit de reproduction doit être admis.

D'ailleurs, l'épuisement du droit trouve effectivement un véritable fondement. La CJUE applique la règle de l'épuisement du droit au droit d'auteur depuis 1981[442]. Et l'article 4 de la directive « Société de l'information » de 2001 pose que « le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement »[443]. La loi du 1er août 2006 transpose la directive à l'article L. 122-3-1, et organise l'épuisement du droit de distribution. Plus particulièrement[444], la directive du 14 mai 1991 transposée dans la loi du 10 mai 1994 à l'article L. 122-6 CPI dispose que le droit d'exploitation d'un logiciel, qui inclut le droit de

[439] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination,* Thèse, LGDJ, 1989.
[440] Dans ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 340, n°284.
[441] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 335, n°495.
[442] CJUE, 20 janvier 1981, Musik Vertrieb c/ Gema, Rec. p. 117.
[443] Cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 322, n°478. Voir aussi C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 274, n°325.
[444] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 334, n°494.

location, s'épuise par la première vente par l'auteur ou avec son consentement. De la même manière, l'article 5°c de la directive du 11 mars 1996 confère à l'auteur d'une base de données le pouvoir d'interdire « toute forme de distribution » au public, mais précise que la première vente d'une copie sur le territoire de l'UE « épuise le droit de contrôler la revente ». Ainsi, peu importe finalement que l'on admette ou pas le manque de fondement du droit de destination, car la règle de l'épuisement est obligatoire[445], si bien qu'on doit conclure que le droit de reproduction s'épuise. Cette solution n'a d'ailleurs rien d'extraordinaire, puisqu'elle est admise également dans les droits de propriété industrielle. Pourtant, une telle affirmation n'est pas exacte, car elle est encore trop imprécise, eu égard à la complexité des prérogatives de l'auteur. Un nouvel examen des textes et de la jurisprudence permet de préciser.

88-1. Epuisement du droit de distribution. En effet, « dans la conception française, le droit de reproduction est conçu de façon large ou « synthétique », de façon à couvrir, non seulement la première fixation de l'œuvre, la confection et la multiplication d'exemplaires, mais aussi tous les modes de communication, d'utilisation et d'exploitation de l'œuvre, qui sont dans le prolongement de cette fixation. Autrement dit, tous les actes qui se situent dans la continuité de l'acte de reproduction – pris au sens étroit du terme – appartiennent à l'auteur, car ils relèvent du droit de reproduction au sens large : 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 mis en circulation, leur utilisation à des fins différentes de celle envisagée et autorisée par l'auteur, lorsqu'il a permis la reproduction initiale (…) »[446]. « C'est ce qu'il est convenu d'appeler le droit de destination, expression inspirée par l'article 31 de la loi du 11 mars 1957, devenu l'article L. 131-3 alinéa 1er du Code de la Propriété intellectuelle »[447]. Et la lecture du droit communautaire et du droit français interdit de poser que c'est le droit de destination dans sa totalité qui est soumis à épuisement.
Quant au droit communautaire, il ne consacre pas au profit de l'auteur un droit de destination, symbole de la conception synthétique française du droit d'exploitation. Au contraire, l'approche communautaire fractionne le droit d'exploitation de l'auteur en une multitude de droits, tel le droit de distribution (droit de contrôler la mise en circulation des exemplaires), le droit de prêt (droit de contrôler le prêt des exemplaires déjà en circulation), le droit de location (droit de contrôler la location des exemplaires déjà en circulation). Or, aux termes de

[445] Dans ce sens, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 247, n°106.61.
[446] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 476, n°730. Voir aussi F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplai*res*en droit d'auteur*, préc.
[447] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 477, n°731.

l'article 4 de la directive de 2001, seul le droit de distribution s'épuise après la première vente ou le premier transfert de propriété, ce qui renvoie directement à la première des prérogatives du droit de destination, à savoir le pouvoir de contrôler la distribution des supports. En revanche, la directive du 19 novembre 1992, remplacée par celle du 12 décembre 2006, consacre les droits de prêt et de location, mais exclut leur épuisement, ce qui renvoie au droit de contrôler l'usage des supports, composante du droit de destination.

Quant au droit français, le législateur ne reconnaît pas expressément le droit de destination, ni le droit de distribution ou le droit de location, malgré les directives communautaires qui le lui imposent. Jusqu'à la loi du 1er août 2006 qui transpose la directive à l'article L. 122-3-1, il se refusait à consacrer le droit de distribution pour ménager la doctrine française du droit de destination, et aujourd'hui, il le consacre seulement de manière détournée en organisant son épuisement. Quant au droit de location, malgré la directive communautaire contraignante, le législateur refuse encore de le consacrer, en considérant que celui-ci est implicitement protégé par la doctrine du droit de destination. Et seul un arrêt de 2004[448] le reconnaît, le rattachant au droit de destination. Mais il n'est pas visé par l'épuisement, le pouvoir exclusif de l'auteur est donc en partie sauf. En revanche, il reconnaît le droit de prêt par une loi du 18 juin 2003. Toutefois, celle-ci « institue un système particulier de licence légale, qui retire à l'auteur le droit d'interdire le prêt public, que lui conférait déjà le droit de destination mais organise un droit à rémunération, tout en affectant une part des fonds perçus au financement d'un régime de retraite complémentaire »[449]. Finalement, le droit de prêt connaît lui aussi une exception, mais ce n'est pas celle de l'épuisement.

Pour résumer, la seconde prérogative du droit de destination, le droit de contrôler l'usage qui est fait des supports après commercialisation, échappe à l'épuisement, qui vise seulement la première, c'est-à-dire le droit de contrôler la mise en circulation. Au total, il est donc impossible de postuler que le droit de destination s'épuise, puisque le droit communautaire n'impose l'épuisement que pour le droit de distribution, tandis qu'il l'exclut pour le droit de location. Cela vaut aussi pour le logiciel[450], aux termes de l'article L. 122-6 3°. En conclusion, il n'est pas possible de dire que le droit d'auteur est soumis à épuisement, puisque le droit de représentation y échappe, tout comme certaines prérogatives rattachées au droit de reproduction par le droit de destination. Tout au plus, le droit de distribution de l'auteur, en

[448] Cass. Civ., 1e, 27 avr. 2004, Comm. com. électr. 2004, comm. 84. Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* préc., p. 279, n°329 ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 250, n°106.67.
[449] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 483, n°742.
[450] CA Paris, 19 janv. 2005, cité par J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* préc., p. 137, n°342.

tant que composante du droit de destination découlant du droit de reproduction, est-il soumis à épuisement. Il reste néanmoins que ceci constitue une exception au droit d'auteur, dont la gravité ne peut être ignorée.

88-2. Droit de destination v. droit de distribution. Accessoirement, le problème de l'épuisement du droit met en lumière la controverse relative au droit de destination, qui lui est antérieure et dont la solution n'est pas encore acquise. Le droit de destination fait aujourd'hui comme depuis longtemps l'objet d'un vif débat en doctrine, et le silence du législateur ne permet pas de le trancher. Et le droit de distribution fait désormais concurrence au droit de destination. La reconnaissance indirecte du droit de distribution par le législateur français pourrait en effet être lue comme un renoncement au droit de destination et à la conception synthétique des droits d'exploitation, en faveur d'une reconnaissance ponctuelle de multiples prérogatives de l'auteur, tel le droit de distribution, le droit de prêt, le droit de location, etc. D'ailleurs, certains auteurs contestent jusqu'à l'existence même du droit de destination, et annoncent sa disparition[451]. D'autres[452] se prononcent en faveur du droit de distribution, dont la légitimité et la simplicité sont un avantage par rapport à la nébuleuse du droit de destination.

Mais pour beaucoup[453] aujourd'hui encore, le droit de destination existe. Dans ce sens, on peut aussi souligner que le législateur français ne consacre pas non plus positivement le droit de distribution, dont il se contente d'organiser l'épuisement. Cela pourrait laisser penser qu'il se borne à se conformer à la directive européenne, tout en ménageant la doctrine française du droit de destination. Pour un auteur, « il ne fait aucun doute que le texte vise à perpétuer en droit français la doctrine du droit de destination. Le résultat, cependant, est atteint au prix d'approximations regrettables »[454].

Au total, la question du droit de destination et des droits de distribution, prêt, location, mise en lumière par la question de l'épuisement, gagnerait à être éclaircie par le législateur. Mais au lieu de régler cette question fondamentale, il s'est contenté de répondre, de manière ponctuelle et incomplète, aux exigences du droit communautaire. Nous ne sommes pas la seule à le déplorer[455].

---

[451] Par exemple, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 247, n°106.63.
[452] Dans ce sens, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 356, n°111.58 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 313, n°260.
[453] Par exemple C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 274, n°324.
[454] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 212, n°255.
[455] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 215, n°261.

b. Les exceptions imposées par des droits et libertés concurrents

89. Les œuvres de l'esprit occupent une place à part non seulement parmi les objets de propriété, mais même parmi les créations intellectuelles. On leur prête traditionnellement une certaine noblesse. Elles suscitent souvent la controverse et provoquent parfois de vifs débats. Elles entrent fréquemment en conflit avec des intérêts qui contredisent la prétention exclusive de leur auteur. Le droit de les réserver est donc assorti de nombreuses exceptions dont les fondements sont multiples. Nous voulons préciser que ces exceptions sont, pour la plupart, bien admises en droit positif, si bien qu'elles n'appellent pas de développements particuliers. Il y aurait bien davantage à dire sur chacune d'elles, car la détermination de leur domaine exact ne va pas sans rebondissements en jurisprudence[456]. Mais il doit suffire de les mentionner pour apprécier le degré de gravité de l'atteinte portée au droit exclusif, et de renvoyer à la version intégrale pour un exposé, lui aussi rapide, de leur contenu et leur fondement.

Les articles L. 122-5-1° et L. 122-5-2° ont déjà été examinées au titre des limites. L'article L. 122-5-3°a) autorise les analyses et courtes citations, l'article L. 122-5-3°b) les revues de presse, l'article L. 122-5-3°c) les discours destinés au public, l'article L. 122-5-3°d) les reproductions destinées à figurer dans un catalogue de vente, l'article L. 122-5-3°e) les reproductions ou représentations aux fins d'enseignement ou de recherche, l'article L. 122-5-4° la parodie, la pastiche et la caricature, l'article L. 122-5-5° les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données, l'article L. 122-5-6° les reproductions provisoires sur Internet, l'article L. 122-5-7° les représentations et reproductions à destination des personnes handicapées, l'article L. 122-5-8° la reproduction aux fins de conservation, l'article L. 122-5-9° l'exploitation des œuvres graphiques et plastiques dans un but d'information immédiate, l'article L. 133-1 le droit de prêt, l'article L. 331-4 l'accès à la justice et droit à la sécurité. Il faut enfin préciser que l'article L. 122-6-1 du CPI prévoit des exceptions spécifiques aux logiciels, que nous examinons dans la version intégrale[457].

2. Les exceptions discrètes

90. Elles ne sont pas conçues en doctrine ou dans la loi comme de véritables exceptions au droit exclusif, alors pourtant qu'elles produisent les mêmes effets : elles retirent à l'auteur le

[456] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 33 et s., n°111.23 et s.
[457] Voir version intégrale n°371 pour le principe exclusif et n°443 à 447 pour les exceptions.

pouvoir d'interdire l'accès à son œuvre pour les tiers et l'obligent à partager sa jouissance. Elles sont dictées par la nature particulière de l'œuvre, personnelle et incorporelle, comme celle du droit d'auteur, agrégat d'attributs patrimoniaux et moraux. Elles tiennent tantôt à la qualité de l'auteur (a), tantôt à la qualité de l'œuvre (b).

a. La qualité de l'auteur

91. Il nous faut dès à présent exclure l'examen des atteintes au droit exclusif qui résultent du statut marital de l'auteur. Bien qu'importantes et lourdes de conséquences[458], elles sont en effet non pertinentes dans le cadre de notre recherche. L'incidence du statut marital sur le pouvoir d'exclure de l'auteur n'a en effet rien d'exceptionnel ou de spécifique au droit d'auteur. Au contraire, le propriétaire de droit commun ressent lui aussi les effets de celui-ci, qui se répercute directement sur son pouvoir d'interdire. Même lorsque le régime matrimonial est celui de la séparation de biens, le propriétaire marié peut être contraint de renoncer au pouvoir exclusif de jouir de son bien, dont il doit au contraire partager la jouissance (il en va ainsi du logement familial par exemple, pour lequel le propriétaire est privé du pouvoir d'effectuer seul les actes qui lui porteraient atteinte). *A fortiori*, pour les autres régimes matrimoniaux, qui impliquent tous un certain degré de partage, le propriétaire d'un bien commun n'a pas sur celui-ci le pouvoir exclusif qu'aurait un propriétaire célibataire. Son pouvoir d'interdire, et son droit de se réserver tous les fruits et tous les usages de la chose, doivent être conciliés avec le droit du conjoint. Or, personne n'a jamais prétendu que le mariage disqualifiait la propriété. Le propriétaire marié, malgré les entorses que subit de ce fait son droit exclusif de jouir de ses biens, reste un véritable propriétaire. De la même manière, il est permis de prendre pour acquis que la seule qualité d'auteur marié, malgré les incidences certaines de ce statut sur son droit exclusif, ne suffit pas à exclure le droit d'auteur du giron de la propriété. Il est donc inutile d'examiner en détail l'incidence des régimes matrimoniaux sur celui-ci.

En revanche, il n'est pas possible d'ignorer un autre aspect du statut social de l'auteur : celui qui tient à sa position de dépendance. Elle se manifeste de deux manières : tantôt l'auteur crée son œuvre non pas de manière indépendante, mais dans le cadre d'une relation de dépendance avec un supérieur hiérarchique (α). Son pouvoir sur l'œuvre s'en trouve modifié. Et ici, il convient de s'arrêter sur la mesure exacte de cette atteinte au droit exclusif, parce qu'elle n'a

[458] Pour le détail, voir par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 220 et s., n°292 et s.

pas son pareil en droit commun, où le propriétaire d'un bien corporel n'a rien à craindre de son supérieur hiérarchique à cet égard. Tantôt l'auteur crée son œuvre non pas seul, mais dans le cadre d'une relation de dépendance avec d'autres auteurs (β). L'œuvre n'est alors pas le fruit de l'activité d'un seul auteur, et il faut déterminer dans quelle mesure il peut exercer un droit exclusif sur une œuvre que d'autres ont contribué à créer.

α. Le droit exclusif de l'auteur face à son supérieur hiérarchique

92. Nous nous concentrons sur l'auteur salarié et renvoyons pour l'auteur fonctionnaire à la version intégrale[459].

L'auteur salarié. *A priori*, la lecture de l'article L. 111-1 al. 3 CPI est rassurante : « L'existence ou la conclusion 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 reconnu par l'alinéa 1er ». Et ce dernier dispose : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Il est difficile d'être plus clair : le statut salarié de l'auteur n'a aucune incidence sur le droit de jouissance exclusive qu'il détient sur son œuvre.

La loi du 1er août 2006 limite ce principe lorsque l'auteur est journaliste ou créateur d'un logiciel. Dans le premier cas, aux termes de l'article L. 132-36 CPI, la conclusion du contrat entre le journaliste et son employeur emporte « cession à titre exclusif » des droits d'exploitation. Dans le second, l'article L. 113-9 CPI décide que les droits patrimoniaux de l'auteur d'un logiciel salarié sont dévolus à son employeur, sauf stipulation contraire.

Hormis ces hypothèses particulières, la solution de droit commun est l'inverse de celle retenue en droit des brevets, où l'article L. 611-7 CPI donne la propriété de l'invention à l'employeur. Elle s'oppose également à celle du copyright américain, qui attribue lui aussi le droit d'auteur à l'employeur. Dans ces hypothèses, il ne s'agit même plus de partager la jouissance de l'œuvre ou de l'invention mais d'y renoncer complètement. Le droit exclusif de l'auteur-créateur n'existe pas[460].

Cette solution est loin d'être inconnue en droit français, puisque la jurisprudence antérieure à la loi de 1957 admettait que la conclusion d'un contrat de travail impliquait la cession des droits de l'auteur à l'employeur, solution qui trouve aujourd'hui encore un écho en doctrine[461]

[459] Voir version intégrale n°451.
[460] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 199, n°260.
[461] Voir A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 144, n°162 et s.

et en jurisprudence[462]. Aux termes combinés des articles L. 111-1 al. 3 et 131-3 CPI, le contrat de travail en soi ne transfère pas les droits de l'auteur salarié à son employeur, et seul le respect des formalités prescrites par le second de ces textes permet ce transfert, qui en tout état de cause ne peut jamais consister dans une cession globale des œuvres futures. C'est bien la solution de principe affirmée par la Cour de cassation depuis un arrêt de 1992[463]. Pourtant, les praticiens persistent, les juges du fond continuent de résister, et la Cour de cassation semble finalement assouplir sa position. Un premier arrêt[464] passe par un élargissement du domaine de l'œuvre collective : l'employeur est dans ce cas titulaire des droits. Un second arrêt[465] choisit une interprétation étroite de l'article L. 131-3 CPI : les formalités requises ne s'appliqueraient qu'aux contrats visés par l'article L. 131-2 CPI (représentation, édition et production audiovisuelle), les autres contrats y échapperaient. Globalement, sans contredire directement l'article L. 111-1 al. 3, la jurisprudence fait reculer la protection de l'auteur salarié.

Si l'on garde à l'esprit que la cession concerne les seules prérogatives patrimoniales du droit d'auteur, on aboutit donc à un véritable partage du droit exclusif sur l'œuvre, entre l'auteur salarié qui est investit des droits moraux, et l'employeur qui reçoit les droits patrimoniaux. On se trouve en face d'une véritable jouissance partagée de l'œuvre, et le droit exclusif de l'auteur apparaît plus qu'entamé. Bien entendu, cela implique d'admettre que c'est le droit d'auteur pris dans son ensemble qui peut être rapproché d'une propriété au sens classique, dans une lecture moniste que retiennent certains auteurs[466]. Au contraire, le choix d'une lecture dualiste du droit d'auteur conduit à rapprocher le seul droit patrimonial de la propriété, si bien qu'on ne peut alors tirer aucun parti de cette cession implicite : le droit exclusif patrimonial n'est pas partagé ou amputé, il est retiré à l'auteur et transféré à l'employeur, qui devient alors le seul titulaire d'un droit exclusif de jouir de l'œuvre au plan patrimonial.

Au total, il est certain que le statut salarié de l'auteur a une incidence sur le droit exclusif de l'auteur, puisque la cession implicite semble être admise en jurisprudence malgré le principe légal. Mais il n'est pas certain que la mesure de cette incidence nous éclaire sur la nature du droit de l'auteur. Tout dépend de la conception, moniste ou dualiste, que l'on retient. Le statut salarié n'éloigne le droit d'auteur d'une véritable propriété que dans la conception moniste.

---

[462] Voir sur ce point M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 203, n°265 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 160, n°203 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit d'auteur*, préc., p. 197, n°271 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 144, n°162.

[463] Dans ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 159, n°203, renvoyant à Cass. Civ. 1e, 16 déc. 1992, RIDA 1993, n°156, p. 193.

[464] Cass. Soc., 19 oct. 2005, Comm. com. électr. 2006, comm. 1.

[465] Cass. Civ. 1e, 21 nov. 2006, Comm. com. électr. 2007, comm. 3.

[466] Par exemple, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p.32, n°23.

Au demeurant, cela ne nous étonne pas : personne ne conteste vraiment que le pendant patrimonial du droit d'auteur, pris seul, ressemble à s'y méprendre à un droit de propriété classique. C'est surtout la conception moniste du droit d'auteur qui fait hésiter sur son rapprochement avec la propriété, eu égard aux prérogatives morales qui s'insèrent mal dans la théorie classique. Logiquement, s'il semble déjà difficile de voir une propriété dans le droit exclusif d'un auteur qui réunit prérogatives morales et patrimoniales, cela devient encore plus improbable lorsque le droit exclusif est réduit à sa dimension morale. Que dire alors du fait que c'est le statut de salarié, par ailleurs complètement dépourvu d'incidence sur la propriété d'une chose corporelle, qui conduit à un tel partage de la jouissance de l'œuvre ? Le droit exclusif de l'auteur cumule décidément toutes les originalités, qui l'éloignent de la banalité d'une propriété corporelle.

β. Le droit exclusif de l'auteur face à ses coauteurs

93. L'article L. 113-2 CPI distingue l'œuvre de collaboration, l'œuvre collective et l'œuvre composite, les deux premières se caractérisant par une contribution simultanée de plusieurs contributeurs, et la troisième par des contributions successives. Nous nous attardons sur la première à titre d'exemple, et nous nous contentons de rappeler les solutions pour les deux autres, en renvoyant pour le détail à la version intégrale.

94. L'œuvre de collaboration. Elle est visée par l'article L. 113-2 al. 1er CPI. C'est « l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». L'article L. 113-3 en fait « la propriété commune des coauteurs ». Il s'agit, pour citer des exemples admis en jurisprudence, d'une gravure réalisée à partir d'un dessin, d'un atlas géographique, d'une interview laissant à la personne interviewée une marge de manœuvre personnelle[467].
Il en résulte d'abord sur l'œuvre commune une indivision entre les coauteurs. C'est la règle de l'unanimité qui s'impose : le coauteur doit obtenir l'accord de tous les coauteurs pour accomplir un acte quel qu'il soit. Seul, il ne peut ni interdire l'accès aux tiers, ni au contraire l'autoriser, ni même exploiter l'œuvre ou s'en réserver la totalité des fruits. En bref, il ne peut pas jouir exclusivement de l'œuvre, dont il n'est pas le maître. D'ailleurs, il peut encore moins exclure les coauteurs, avec qui il est tenu de partager la jouissance de l'œuvre. Son droit de jouir de l'œuvre commune n'a rien d'exclusif, il est partagé.

[467] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 233, n°315.

Cependant, cette indivision ne concerne que les droits patrimoniaux, et l'auteur détient aussi un droit moral sur l'œuvre collective, qu'il reste libre d'exercer seul[468]. Encore qu'il faille nuancer : chaque auteur agit seul en défense de son droit moral, mais parce que l'œuvre est collective, il ne peut exercer seul le droit de divulgation, le droit de retrait ou de repentir, ou modifier seul l'œuvre collective. Et si l'auteur s'oppose sur ce point à un autre auteur de l'œuvre, il se peut que le juge passe par exemple outre son refus de divulguer[469]. Son droit moral est donc seulement partiellement exclusif. Ainsi, pour peu qu'on retienne du droit d'auteur une conception moniste, l'auteur conserve alors sans doute une part d'exclusivité, qui cependant ne suffit pas à elle seule, selon nous, à rattacher son droit au pouvoir de jouissance exclusive d'un propriétaire.

En revanche, le coauteur conserve également un certain degré d'exclusivité sur ses droits patrimoniaux lorsque l'œuvre commune répond aux conditions du dernier alinéa de l'article L. 113-3 CPI : « lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune ». Ainsi, pourvu que les contributions relèvent de genres différents, et que leur exploitation autonome ne fasse pas concurrence à l'exploitation de l'œuvre commune, le coauteur retrouve ici le droit exclusif de jouir de son œuvre, du moins dans les limites du texte. Il en va de même de son droit moral sur sa contribution personnelle : il en conserve l'exclusivité[470]. Mais globalement, ce reliquat d'exclusivité doit, selon un auteur, rester circonscrit : il ne s'agit pas d'un principe, mais seulement d'une exception au principe de l'indivision : (à) partir de la divulgation de l'œuvre commune, s'opère en réalité une sorte de fusion juridique des contributions dont il faut bien tirer les conséquences, y compris sur le terrain du droit moral »[471].

Finalement, on peut rapprocher ce schéma de celui de la copropriété des biens corporels immobiliers : les copropriétaires ont des droits indivis sur le total, et un droit privatif exclusif sur leur quote-part individuelle. Si le droit exclusif du coauteur d'une œuvre commune est certainement amoindri par la qualité de celle-ci, le copropriétaire d'un bien ordinaire n'est pas non plus le seul maître à bord, sans pour autant que l'on songe à disqualifier son droit. Dès lors, malgré la jouissance partagée qu'implique ce type d'œuvre, cette entorse à l'exclusivité ne doit pas non plus conduire à exclure la propriété.

---

[468] Dans ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 180, n°224 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit d'auteur*, préc., p.230, n°331.

[469] Voir A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 163, n°187.

[470] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit d'auteur*, préc., p.230, n°331. Contra A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 164, n°189.

[471] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 164, n°189.

95. L'œuvre collective[472]**.** Les auteurs personnes physiques sont privés du pouvoir de jouir de l'œuvre collective au profit de la personne morale, mais ils conservent leur droit moral et leur droit exclusif d'exploiter individuellement leur propre contribution.

95-1. L'œuvre composite[473]**.** Contrairement au breveté à qui l'on impose une licence de dépendance, et plutôt à l'image du propriétaire immobilier victime d'un empiètement, l'auteur de l'œuvre originaire peut dicter les conditions de la jouissance de son œuvre composite par son auteur. La jouissance exclusive de l'auteur originaire est donc intacte, et celle de l'auteur de l'œuvre composite entamée, sans pour autant être partagée puisque l'auteur originaire ne reçoit pas la jouissance dont il prive l'auteur composite.

Globalement, le pouvoir d'exclure s'affaiblit, la propriété s'éloigne.

b. La qualité de l'œuvre

96. L'œuvre est un bien particulier. Son incorporalité oblige à aménager ses rapports avec son support (α), et sa personnalité oblige à lui reconnaître une protection sur-mesure à travers les droits moraux de l'auteur (β).

α. L'œuvre incorporelle et le droit exclusif de l'auteur

97. L'œuvre de l'esprit doit être distinguée du support matériel dans lequel elle s'incarne. C'est la règle posée par l'article L. 111-3 al. 1er CPI : « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ». Par suite, l'auteur a le droit de jouir exclusivement de son œuvre, peu important le support.

S'il est également propriétaire du support, il ne se pose aucun problème. Mais si le support est la propriété d'un tiers, il se peut que l'exercice de cette jouissance de l'œuvre par l'auteur rencontre l'obstacle de la jouissance également exclusive du tiers sur le support. L'exclusivisme de l'article L. 111-1 CPI rencontre l'exclusivisme de l'article 544 Cciv. Bien entendu, le propriétaire du support n'est investi d'aucun droit sur l'œuvre, pas plus que l'auteur n'est investi d'un droit quelconque sur le support. Mais l'exploitation de l'œuvre par l'auteur peut impliquer l'usage du support, auquel cas le droit exclusif de l'un rencontre le droit exclusif de l'autre. Inversement, l'exploitation du support peut mettre en jeu l'œuvre incorporelle qu'il abrite. L'auteur peut donc être contraint de supporter une entorse à son droit

[472] Voir version intégrale n°454.
[473] Voir version intégrale n°455.

exclusif dans deux types d'hypothèses : lorsque l'exercice de son droit exclusif implique d'user du support, et lorsque l'exercice du droit exclusif sur le support implique d'obtenir l'accord de l'auteur. Dans quelle mesure l'auteur doit-il partager la jouissance de son œuvre avec le propriétaire du support ?

. La jouissance de l'œuvre implique l'usage du support

98. Mesure de l'entorse au droit exclusif de l'auteur. De manière générale, l'auteur doit composer avec l'article L. 111-3 al. 2 CPI : les droits d'auteur « subsistent en la personne de l'auteur ou de ses ayants droit qui, pourtant, ne pourront exiger du propriétaire de l'objet matériel la mise à leur disposition de cet objet pour l'exercice desdits droits. Néanmoins, en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'exercice du droit de divulgation, le tribunal de grande instance peut prendre toute mesure appropriée, conformément aux dispositions de l'article L. 121-3 ».

Ainsi, par principe, l'auteur ne peut exiger la mise à disposition du support pour l'exercice du droit d'auteur. Son droit exclusif de jouir de l'œuvre doit donc s'exercer dans la limite de la volonté du propriétaire du support qui n'est pas tenu de lui en laisser l'accès. C'est seulement par exception, en cas d'abus notoire de ce dernier, et uniquement lorsque l'auteur veut exercer son droit de divulgation, que celui-ci peut le contraindre.

Son pouvoir de jouir exclusivement de l'œuvre est sérieusement atteint, puisque de nombreuses utilités de l'œuvre peuvent être gelées par le propriétaire du support sans que l'auteur puisse s'en plaindre, faute d'abus notoire. Certes, la doctrine[474] et la jurisprudence[475] penchent pour une lecture élargie du texte, qui ouvrirait le recours au juge à l'auteur pour l'exercice de tous ses droits d'auteur, et pas seulement pour le droit de divulgation. Il reste qu'un abus notoire est nécessaire, ce qui maintient le principe : l'auteur doit *a priori* se plier au bon vouloir du propriétaire du support pour l'exercice de ses droits impliquant la mise à disposition du support. Son droit n'est pas partagé, car le propriétaire du support n'exerce pas les droits d'auteur concurremment avec l'auteur, mais il n'est pas non plus exclusif, car l'auteur n'a pas le pouvoir de se réserver tous les usages de l'œuvre.

[474] Voir dans ce sens M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 277, n°395 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 257, n°304 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 196, n°233.
[475] Par exemple, TGI Paris, réf., 8 mars 1989, RIDA 3/1989, p. 288.

. La jouissance du support implique l'usage de l'œuvre[476]

99. Mesure de l'entorse au droit exclusif de l'auteur. L'article L. 111-3 al. 2 CPI est clair : « l'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code ». Le propriétaire du support n'a donc aucun pouvoir de jouissance de l'œuvre, qu'il ne peut ni reproduire ni représenter, même à travers le support qui lui appartient. Il doit obtenir pour cela l'autorisation de l'auteur. Le droit de jouissance exclusif de ce dernier semble sauf.

Cependant, dans le cas particulier de l'œuvre posthume, le législateur assouplit la règle : l'œuvre n'est pas divulguée du vivant de l'auteur, pas plus que dans les 70 ans qui suivent son décès. Le propriétaire du support, pour pouvoir en user et en jouir, doit nécessairement obtenir la divulgation de l'œuvre. Ici, le législateur aurait pu se contenter d'obliger les héritiers de l'auteur à consentir à la divulgation, ce qui aurait constitué une entorse à leur droit d'exclure, mais leur aurait conservé le droit d'exploiter exclusivement l'œuvre. Au contraire, l'article L. 123-4 CPI fait du propriétaire du support le titulaire du droit patrimonial sur l'œuvre, tandis que seul le droit moral appartient aux héritiers du *de cujus*. L'atteinte au pouvoir exclusif de l'auteur est donc majeure, puisque le droit d'auteur pris dans sa globalité est partagé, le droit patrimonial étant attribué au propriétaire du support tandis que le droit moral, dans lequel on voit généralement la continuation du droit d'auteur, revient aux continuateurs de la personne de l'auteur. La jouissance du droit d'auteur est bel et bien partagée, et il reste bien peu d'utilités à l'héritier qui continue la personne de l'auteur.

99-1. Mesure de l'entorse au droit exclusif du propriétaire du support. La question se pose plus particulièrement à propos de la propriété d'une œuvre graphique ou plastique, qui par hypothèse n'existe qu'en un seul ou un nombre très limité d'exemplaires, et dont la valeur du support est très importante. En principe, il ne peut l'exploiter publiquement en l'exposant sans porter atteinte au droit d'exclure de l'auteur. Mais la doctrine hésite sur la question de savoir si le propriétaire du support est investi d'un « droit d'exposition »[477] ou si au contraire c'est l'auteur qui détient ce droit en vertu de son droit de destination. Si l'on opte pour la première analyse, alors l'auteur est privé d'une utilité de son œuvre, d'un droit transféré au propriétaire du support. Le droit d'exposition, utilité parmi d'autres du droit d'auteur, devient

[476] Voir A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 190, n°222 et s.
[477] Voir sur la question O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Thèse, Larcier, Coll. CIC, 2013, p. 258 et s.

« un attribut du droit de propriété corporelle »[478]. L'utilité est transférée, le pouvoir exclusif est partagé. Si l'on opte en revanche pour la seconde analyse[479], on peut trouver argument dans l'article 27 de la loi de 1957 qui disposait que « la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public, notamment par voie de (…) représentation publique », ainsi que dans la législation de pays comme l'Autriche, le Portugal ou l'Allemagne. Finalement, il semble bien que le droit positif français retienne la seconde solution : les travaux préparatoires de la loi du 3 juillet 1985 incluent le droit d'exposition publique dans le droit d'exploitation de l'auteur, et la Cour de cassation en prend acte dans un arrêt de 2002 en décidant que « l'exposition au public d'une œuvre photographique en constitue une communication au sens de l'article L. 122-2 du CPI »[480]. En conclusion, il faut donc relever que le droit d'exposition, puisqu'il appartient à l'auteur et non au propriétaire du support, doit être rangé avec les hypothèses citées plus haut : il s'agit d'une situation dans laquelle l'usage de l'œuvre implique celui du support, le droit de l'auteur n'est pas amputé mais conforté, au détriment du droit du propriétaire du support qui supporte l'empiètement.

De manière générale, il arrive fréquemment que le droit d'auteur sorte renforcé de ce conflit avec le support : lorsque les supports de l'œuvre sont multiples, et destinés à la commercialisation de masse, l'auteur reçoit, au titre de son droit de destination, des prérogatives tel le droit de distribution, le droit de location, le droit de prêt, qui lui donnent « le pouvoir de contrôler la circulation du support et les conditions de son exploitation »[481]. Ici, le pouvoir de l'auteur sur son œuvre n'est pas seulement sauf, il est donc augmenté, puisqu'il autorise l'auteur à décider du sort des exemplaires de son œuvre, autrement dit des objets juridiquement distincts de cette œuvre qui devrait concentrer toutes les prérogatives du droit d'auteur. C'est le droit de jouissance exclusive du propriétaire du support qui se trouve amoindri.

De la même manière, l'auteur a le droit de maîtriser l'usage du support par son propriétaire par le biais de dispositifs techniques de protection du droit d'auteur. Ceux-ci empêchent le propriétaire du support de retirer certaines utilités de son bien. « Le propriétaire du support, dans ces conditions, n'est plus totalement maître du bien qu'il a acquis. (…) Le propriétaire

[478] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 272, n°386. Voir aussi C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 253, n°302.
[479] Voir A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 251, n°106.69 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 369, n°316 et s.
[480] Cass. Civ. 1e, 6 nov. 2002, CCE janv. 2003.
[481] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 253, n°302 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 197, n°234 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 276, n°391.

de l'œuvre limite donc la libre disposition du propriétaire du support, même si ceci se fait au nom de la protection de sa création »[482].

Enfin, les droits moraux de l'auteur s'imposent au propriétaire qui veut exploiter le support. Le droit de divulgation place le propriétaire du support sous le contrôle de l'auteur qui décide seul du moment qu'il choisit pour la communication de l'œuvre au public. Le droit de paternité est de faible portée, mais le droit de repentir et de retrait autorise l'auteur à reprendre sa parole, voire même son œuvre, sans que le propriétaire du support puisse s'y opposer. Et le droit au respect pose lui aussi une limite à l'exploitation libre du support.

99-2. Bilan. Pour résumer ces hypothèses où « le propriétaire du support est susceptible d'apporter certaines limites aux droits des créateurs »[483], un auteur parle de « para-propriété intellectuelle »[484] au profit du propriétaire du support, ce qui veut bien dire que celui-ci enlève à l'auteur une partie des utilités de son œuvre, déclassant sa jouissance d'exclusive à partagée. Mais il faut reconnaître qu'elles sont bien peu nombreuses, face aux hypothèses où, à l'inverse, c'est l'auteur qui exerce sur le support un pouvoir qui dépasse sa seule création. De manière générale, il semble que l'auteur soit préféré au propriétaire du support, si bien que l'atteinte à son droit exclusif par le propriétaire du support reste exceptionnelle. Globalement, le droit exclusif de l'auteur rayonne bien au-delà de la sphère privative que dessine l'objet de son droit, l'œuvre de l'esprit. Le support n'est presque jamais source d'entorse au droit exclusif de l'auteur, c'est plutôt l'œuvre qui fait exception au droit exclusif du propriétaire du support.

β. L'œuvre personnelle et le droit exclusif de l'auteur

100. Parce que l'œuvre est une création éminemment personnelle, le législateur octroie à son auteur, outre ses prérogatives patrimoniales, des prérogatives morales qui lui permettent d'en protéger la spécificité. Selon nous, ce pouvoir de l'auteur sur les utilités morales de son œuvre est lui aussi exclusif. Et dans une conception moniste du droit d'auteur, les attributs moraux prennent place aux cotés des attributs patrimoniaux parmi les pouvoirs de l'auteur. Pour déterminer s'il peut s'agir d'un droit de propriété, il faut donc examiner le caractère exclusif de ce pouvoir sur la dimension morale de l'œuvre, et mesurer les entorses qu'il subit.

[482] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 275, n°390.
[483] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 271, n°386.
[484] *Ibidem*.

. Postulat : le droit moral de l'auteur est lui aussi exclusif

101. Cela ne va pas de soi, bien au contraire. En effet, lorsque les auteurs examinent les exceptions au droit exclusif de l'auteur, ils précisent souvent qu'ils examinent ainsi les prérogatives patrimoniales de l'auteur, à l'exclusion de ses prérogatives morales[485]. D'ailleurs, l'étude des exceptions au droit d'auteur s'insère invariablement dans les manuels dans l'examen des droits patrimoniaux de l'auteur.

C'est l'idée que la jouissance exclusive de l'œuvre, que nous examinons ici, serait limitée à la dimension patrimoniale des prérogatives de l'auteur. C'est une manière de dire que seule la dimension patrimoniale du droit d'auteur fait l'objet de l'exclusivité propre au droit de propriété, ou encore que le droit pour l'auteur d'exclure les tiers et de se réserver les avantages de l'œuvre ne s'applique qu'aux attributs patrimoniaux de son faisceau de droits. *A contrario*, le droit moral de l'auteur ne serait pas l'objet d'un pouvoir exclusif, si bien que les atteintes ne constitueraient pas des exceptions mais des limites, venant dessiner les frontières d'un droit n'ayant pas vocation naturelle à s'étendre au-delà de celles-ci. C'est dire finalement que l'auteur n'a pas le pouvoir d'exclure les tiers de la jouissance morale de son œuvre.

Cette lecture du droit d'auteur pourrait nous convenir, si nous étions assurée que le droit d'auteur est un droit dualiste, dont seule la dimension patrimoniale peut être rapprochée de la propriété. En effet, peu importerait alors que le droit moral soit exclusif ou pas, puisque celui-ci ne serait pas intégré au droit de propriété de l'auteur mais extérieur à lui, d'une nature distincte. Cependant, nous refusons de prendre pour acquise cette analyse dualiste, et nous voulons examiner le degré d'exclusivité dont bénéficie l'auteur sur la dimension morale de son oeuvre.

D'ailleurs, plusieurs arguments nous poussent à conclure que l'exclusivité caractérise aussi bien les droits moraux que patrimoniaux. D'une part, l'article L. 111-1 du CPI est très clair : l'auteur jouit sur son œuvre d'un droit de propriété incorporelle exclusif, et ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial. D'autre part, il faut relever que l'action en contrefaçon, qui par définition n'est attribuée que lorsque le demandeur subit une atteinte à son droit d'exclure, peut être invoquée non seulement au titre de la violation des droits patrimoniaux, mais également de celle des droits moraux. Enfin, on peut rappeler que l'exclusivité n'est pas le propre du droit patrimonial de propriété, bien qu'elle en constitue l'essence aux yeux d'une grande partie de la doctrine. Tous les droits

[485] Par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 357, n°539, note 4.

subjectifs sont exclusifs, peu important leur nature, puisqu'ils réservent toujours à leur titulaire la jouissance d'une prérogative assortie de la faculté d'interdire aux tiers de s'immiscer dans celle-ci. Aussi, sans prétendre prendre partie sur de la question de savoir s'il convient, comme le prônent certains, d'en déduire que tous les droits subjectifs sont des propriétés, il faut néanmoins retenir que l'exclusivité peut caractériser autant le droit moral que le droit patrimonial de l'auteur. Au total, comment mieux dire que le droit moral de l'auteur est, lui aussi, un droit d'exclure et de se réserver toutes les utilités morales de l'œuvre?

. Mesure de l'entorse au droit exclusif de l'auteur sur la dimension morale de son œuvre

→ Atteintes

102. Atteintes collatérales. Tout d'abord, il faut remarquer que les exceptions au droit de reproduction ou de représentation n'autorisent pas en elles-mêmes une atteinte au droit moral de l'auteur[486]. L'article L. 122-5 qui prévoit ces exceptions aux droits patrimoniaux précise en effet qu'elles ne jouent que lorsque l'œuvre a été divulguée. Et son droit au respect de l'œuvre, comme son droit de paternité, sont saufs. Cependant, il faut bien admettre que le jeu de certaines exceptions au droit patrimonial implique d'assouplir le droit moral. Il en va ainsi de l'exception de courte citation qui porte nécessairement atteinte au droit au respect, tout comme l'exception de parodie[487].

Atteintes principales. Mais surtout, ce sont les atteintes directes et propres au droit moral qu'il faut examiner. Dans quelles hypothèses l'auteur doit-il subir le partage de son droit moral ?

La question est très peu étudiée en doctrine et seul un auteur[488] recense les entorses au droit moral de l'auteur. Mais parce qu'il refuse de le qualifier d'exclusif, il refuse également de les qualifier d'exceptions et les nomme « limites ». Mais, outre que nous avons établi le caractère exclusif du droit moral, nous ne voyons pas comment il est possible de prétendre qu'il s'agit ici de limites : les hypothèses décrivent des situations où l'auteur est exceptionnellement privé de l'exercice d'un attribut moral de son droit au nom de considérations jugées supérieures. Pour nous, il ne s'agit pas d'autre chose que d'exceptions. Quoi qu'il en soit, nonobstant ce

[486] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 505, n°792 et s.
[487] Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 357, n°539, note 3 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 384, n°500.
[488] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 357, n°539, note 4.

choix terminologique que nous contestons, nous exposons les entorses au droit moral telles que l'auteur les conçoit, en distinguant les limites internes et les limites externes.

→ Limites internes

103. Les limites internes concernent seulement certains types d'œuvres : « le droit moral a des difficultés à jouer en présence de certaines œuvres (…) parce que le droit d'auteur a du mal dans son ensemble à saisir la création en cause »[489]. Ici, l'auteur distingue les limites au droit de paternité et les limites au droit au respect de l'œuvre.

Limites au droit de paternité. Elles atteignent par exemple les œuvres architecturales ou les photographies, à propos desquelles le droit pour l'auteur de voir son nom cité est malmené : il est difficile de mentionner systématiquement le nom de l'auteur d'une œuvre architecturale, ou d'une photographie, surtout lorsque celle-ci fait l'objet d'une édition groupée avec de nombreuses autres. Il en va également ainsi des produits multimédia qui peuvent contenir des milliers d'images. Dans toutes ces hypothèses, ce sont les difficultés pratiques qui freinent le respect du droit moral. Et cela semble suffire pour que l'auteur y voie des limites quasi-naturelles au droit de l'auteur, qui s'imposeraient par la nature des choses. Quant à nous, nous n'y voyons rien d'autre que des exceptions : l'auteur a naturellement vocation à jouir exclusivement de la paternité de ces œuvres comme de toutes les autres, et rien dans la nature même de celles-ci n'oblige à exclure cet attribut. Il s'agit simplement d'une difficulté pratique, identique à celle que rencontre l'auteur qui voudrait contrôler les copies privées de son œuvre. Ici, l'aveu d'impuissance est encore plus marqué qu'à propos de la copie privée : on choisit d'y trouver une limite interne, on affecte de croire que ce type d'œuvre échappe naturellement à l'exercice de cet attribut de l'auteur. C'est au contraire effectivement une atteinte au droit de l'auteur. Il faut d'ailleurs remarquer que, contrairement à la copie privée qui fait l'objet d'une exception légale, sorte de reconnaissance officielle de l'impuissance des pouvoirs publics, ici le renoncement n'est pas acquis. Malgré la difficulté soulignée, la jurisprudence sanctionne lorsqu'elle le peut les violations du droit de paternité[490]. Il faut en conclure que le droit de paternité fait sans doute l'objet d'entorses fréquentes dans la pratique à propos de certaines œuvres, mais sans qu'il soit possible, à notre sens, d'y trouver une limite ou une exception véritablement consacrée à l'exclusivisme de l'auteur. Il est donc interdit d'y voir un nouvel argument éloignant le droit d'auteur du droit de propriété.

[489] *Ibidem*.
[490] Voir les arrêts cités par les auteurs, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 358, n°541.

Limites au respect de l'œuvre. Elles atteignent certaines œuvres pour lesquelles le droit au respect semble inadapté et se voit en conséquence amoindri par le législateur. En effet, cet attribut du droit moral permet d'abord à l'auteur d'obtenir le respect de son œuvre, mais c'est surtout sa personnalité telle qu'elle s'est incarnée dans l'œuvre, que l'auteur cherche à protéger ainsi. Or il est évident que toutes les œuvres ne font pas écho à la personnalité de leur auteur : certaines sont éminemment personnelles (les véritables œuvres d'art) tandis que d'autres peinent à se démarquer de simples créations utilitaires (un baby-foot, un badge[491]). Parfois, le législateur prend acte de ce décalage entre les diverses créations de l'esprit. Il le fait à propos du logiciel, à l'article L. 121-7 CPI, qui non seulement supprime purement et simplement le droit moral de repentir et de retrait, mais au surplus réduit le droit au respect à sa plus simple expression : l'auteur du logiciel ne peut s'opposer, sauf atteinte à la réputation ou à l'honneur, à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits[492]. Parfois, le juge trouve un compromis entre la spécificité de la création et le droit au respect. C'est le cas pour les œuvres d'architecture, dont la vocation utilitaire peut parfois imposer d'écarter le droit au respect de l'œuvre : l'auteur ne peut s'opposer aux modifications de son œuvre imposées par des considérations de sécurité. C'est également le cas de l'œuvre dérivée : l'auteur de l'œuvre d'origine, lorsqu'il autorise la réalisation d'une œuvre dérivée, consent nécessairement à des adaptations. Faute d'avoir refusé toute adaptation, il devra accepter un minimum de transformations, et la jurisprudence « ne se montre pratiquement pas très sévère à l'égard des adaptateurs »[493].

Il faut donc relever que toutes les œuvres n'ont pas vocation à recevoir le même niveau de protection, et corrélativement tous les auteurs ne reçoivent pas les mêmes attributs au titre du droit moral. Au delà des hypothèses ponctuelles où le droit positif limite déjà le droit au respect de l'auteur, un auteur préconise de conditionner l'octroi de cet attribut à la qualité de l'œuvre. « La raison conduit (ou devrait conduire) à accepter de limiter le droit au respect de l'œuvre « dans lesquelles l'auteur est présent », voire, de manière plus radicale, à évincer du champ du droit privatif, les créations de « petite monnaie » (ce qui règlerait bien des difficultés) »[494].

En tout état de cause, on se trouve ici face à une véritable limite consacrée au droit moral de l'auteur, dans la mesure où celui-ci est effectivement privé, eu égard à la nature spécifique de son œuvre, d'une partie de ses attributs, à savoir le droit au respect. Pour autant, nous ne

[491] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 359, n°542.
[492] Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur,* préc., p. 426, n°641.
[493] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 428, n°643.
[494] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 359, n°542.

pensons pas qu'il faille accorder une portée trop importante à celle-ci. Elle ne peut constituer un nouvel argument qui éloignerait le droit d'auteur de l'exclusivité de la propriété. En effet, quant à nous, nous n'y voyons pas réellement une limite au pouvoir de l'auteur, car ici comme pour n'importe quelle création, ou n'importe quel bien, le domaine naturel du pouvoir exclusif est toujours circonscrit par l'objet qu'il vise. La propriété est une, mais elle prend des formes différentes en fonction des objets qu'elle réserve. Chaque bien, par sa nature unique, dicte les prérogatives qu'il est concevable de lui appliquer. Cela n'a rien à voir avec les conventions humaines ou les choix politiques, et tout à voir avec les particularités intrinsèques de chaque objet. C'est un donné, dont le Droit lorsqu'il organise la réservation doit prendre acte. En cela, il ne s'agit donc pas d'une exception ou d'une limite, puisque cette restriction ne consiste pas à retirer quelque chose à quelqu'un ou à redistribuer les utilités. Ce n'est pas une atteinte au droit de l'auteur, puisqu'il ne peut exister aucun attribut de la sorte par rapport à l'objet considéré. Ce n'est pas le propre des créations, puisque l'on peut aussi bien prendre l'exemple d'une chose corporelle consomptible, à propos de laquelle le propriétaire est naturellement privé d'une utilité, celle d'en faire un usage répété, sans pour autant que l'on doute de sa propriété. Il s'agit simplement ici d'admettre que l'objet n'est pas susceptible de cette utilité, et qu'aucun maître ne peut prétendre à davantage d'utilités que celles que la nature de son bien autorise. Dès lors, il n'est pas possible d'y voir une entorse à la jouissance exclusive de l'auteur, puisque celui-ci ne perd rien qui aurait pu exister à son profit ou à celui d'un tiers. L'examen de ces limites internes n'est donc pas concluant pour nous, sauf à relever que l'on ne peut pas à trouver une quelconque atteinte au pouvoir exclusif de l'auteur.

→ Limites externes

104. Les limites externes sont posées par l'exercice d'autres droits (droits de la personnalité), ou de libertés fondamentales (liberté de contracter, droit de propriété)[495], qui concurrencent le droit moral de l'auteur.

Le contrat comme limite. L'auteur peut bien entendu limiter lui-même son droit moral par contrat, mais cela relève de l'examen de son pouvoir de disposition : dans quelle mesure a-t-il le pouvoir de disposer de son droit moral ? Nous l'envisagerons plus tard sous cet angle, car dans ce cas, l'auteur consent, et de ce fait, il n'y a pas d'entorse à son pouvoir d'exclure.

[495] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 357, n°539, note 4.

Ici, nous nous attachons à déterminer si le pouvoir exclusif pour l'auteur de jouir de ses prérogatives morales sur l'œuvre rencontre des limites imposées par le contrat. Autrement dit, l'auteur peut-il être forcé de partager ses attributs moraux ou d'y renoncer par l'existence d'un contrat alors que, par hypothèse, il n'aurait pas consenti à une telle restriction ? *A priori*, la réponse se trouve dans l'arrêt Whistler[496] : même si l'auteur s'est engagé à livrer une œuvre, il peut encore s'y refuser en invoquant son droit de divulgation. Autrement dit, si le respect du contrat implique le non-respect du droit moral de l'auteur, c'est le droit moral qui prime, et le contrat ne peut obliger l'auteur à renoncer à l'exercice de ses attributs moraux. Le contrat ne paraît donc pas faire exception au droit moral de l'auteur. Certes, la jurisprudence valide parfois les conventions renonciatives, mais ce n'est pas notre propos, puisqu'elles impliquent la volonté de l'auteur. Si l'on peut y voir des limites au droit moral de l'auteur, ce ne sont pas des atteintes, puisqu'elles ne privent pas l'auteur d'une de ses prérogatives contre son gré. Elles n'éloignent pas l'auteur d'un propriétaire.

Les droits de la personnalité comme limite. L'auteur peut-il voir l'exercice de son droit moral entravé par l'exercice concurrent d'un droit de la personnalité par un tiers ? Les droits de la personnalité d'un tiers ne peuvent obliger l'auteur à partager la jouissance exclusive de ses droits moraux, puisque ces derniers n'investissent pas le tiers d'un droit de jouissance de l'œuvre dont ils ne sont pas auteurs. En revanche, l'auteur peut se voir obligé de renoncer à l'exercice de ses prérogatives morales, lorsque celui-ci viole le droit de la personnalité d'un tiers. Ainsi, sa liberté de créer, ou son droit de divulguer, trouvent une limite dans le droit au respect de la vie privée, ou le droit à l'honneur des tiers, ou encore le droit à l'image par exemple.

Il s'agit bien là d'atteintes au droit exclusif de l'auteur, puisqu'on lui retire une prérogative à laquelle il devrait normalement pouvoir prétendre. Nous pensons qu'elles s'apparentent techniquement davantage à des exceptions qu'à des limites, car l'auteur est ici privé d'une partie de ses attributs naturels. Pourtant, la généralité de l'entorse – qui vise tous les auteurs de manière indiscriminée – et son fondement – une norme obligatoire de valeur supérieure, et non l'intérêt privé d'un petit groupe d'individus – conduisent à la distinguer d'une simple exception. Il s'agit plus fondamentalement de trancher entre l'exercice concurrent de deux droits qui se contredisent, et le choix retenu par le droit positif n'est rien d'autre que le résultat du compromis nécessaire entre les intérêts antagonistes de deux individus. La vie en société impose des choix, et il serait exagéré d'y lire un argument contre la qualification de

[496] Civ., 14 mars 1900, DP 1900.1.497.

propriété. D'ailleurs, le droit de propriété des choses corporelles cède lui aussi la place à l'exercice de droits concurrents de la personnalité (par exemple, le droit au respect de la vie privée des voisins limite la liberté de construction du propriétaire immobilier, de même que le droit à l'honneur interdit au propriétaire d'une voiture d'y inscrire un slogan désobligeant pour telle ou telle personne), sans que l'on songe à y voir une dénaturation.

Le droit de propriété comme limite. Sans aucun doute, le droit de propriété d'une chose corporelle peut venir limiter le droit moral de l'auteur, le privant d'une partie de sa jouissance exclusive de l'œuvre. Ainsi, si l'auteur a droit au respect de son œuvre, le propriétaire du support a le droit d'en jouir de manière exclusive, ce qui implique que l'auteur ne puisse s'immiscer dans cette jouissance. Lorsque le propriétaire du support, par négligence, laisse le support se détériorer, le droit au respect de l'auteur devrait l'autoriser à imposer la conservation de ce support. Mais de deux choses l'une, obliger le propriétaire du support à conserver l'œuvre conduit à faire exception à sa jouissance exclusive, tout comme obliger l'auteur à supporter la négligence du propriétaire conduit à faire exception à sa jouissance exclusive. Et sur ce point, la jurisprudence n'est pas univoque, puisque l'arrêt des Fresques de Juvisy[497] pose une exception au droit moral de l'auteur, tandis que d'autres arrêts[498] statuent en sens inverse. En réalité, aucun des deux droits concurrents ne sort indemne de la confrontation. Finalement, il faut retenir que le droit moral de l'auteur trouve nécessairement une limite dans l'exercice du droit de propriété sur le support.

Pour autant, il en va ici comme à propos des droits de la personnalité. Lorsqu'un conflit surgit entre le droit moral de l'auteur et le droit de propriété d'un tiers, il est certes nécessaire de trancher, mais l'entorse qui peut en résulter pour le premier ne doit pas conduire à douter de sa parenté avec le second. Ou alors, il faudrait admettre par exemple que lorsque deux droits de propriété entrent en concurrence, celui qui cède est de ce seul fait disqualifié. L'entorse ne suffit pas à condamner la propriété.

Bilan. L'état objectif du droit exclusif de l'auteur

105. L'examen des entorses au droit exclusif de l'auteur nous semble sans appel : leur nombre et leur gravité parlent d'eux-mêmes. Si l'on rejoint la définition moderne de la propriété qui trouve son essence dans l'exclusivisme, il est impossible d'y rattacher le droit d'auteur. Et même si l'on s'en tient à la définition classique qui fait de l'exclusivisme un simple caractère

[497] CA Paris, 27 avril 1934, DH 1934.385.
[498] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 366, n°555.

venant qualifier la jouissance du propriétaire, il reste difficile de considérer que l'auteur jouit de son œuvre de manière exclusive. Malgré les textes, le droit de l'auteur sur son œuvre est aujourd'hui très loin du droit exclusif d'un propriétaire classique. Il nous semble intéressant, pour conclure, de recenser les principaux facteurs de remise en cause du droit exclusif de l'auteur.

106. Premier facteur : la montée en puissance des droits et libertés fondamentaux.

De manière traditionnelle et depuis la naissance du droit d'auteur, les exceptions classiques trouvent leur fondement dans le respect nécessaire des libertés fondamentales et des droits concurrents. C'est ainsi la liberté d'information, le droit d'accès à la culture, la liberté de la recherche, la liberté d'expression[499], etc., qui dictent les premières entorses au droit exclusif de l'auteur. Pourtant, ce facteur de cantonnement du droit exclusif est aujourd'hui en pleine expansion : le nombre des exceptions à ce titre s'est multiplié depuis la loi de 2006. Et l'on peut craindre que ce type d'entorse ne soit appelé à augmenter encore. En effet, la directive sur la Société de l'information compte un certain nombre d'exceptions de ce type que le législateur français n'a pas souhaité transposer, mais il pourrait changer d'avis. C'est en tout cas ce que laisse présager la multiplication des « droits à » dans tous les domaines du droit. Par ailleurs, le droit américain connaît de manière plus globale l'exception de fair use, qui autorise des entorses bien plus importantes que nos exceptions spéciales et ponctuelles. Au total, les droits et libertés fondamentaux, par leur légitimité et leur popularité, paraissent presque capables d'inverser la balance, faisant du droit d'auteur l'exception et de la liberté d'usage de l'œuvre le principe.

Sans être aussi dramatique, un auteur[500] propose une explication : l'information est de plus en plus souvent appropriée, que ce soit par le droit d'auteur ou par le biais de la responsabilité civile qui devient une sorte de parapropriété. Ainsi, la multiplication des exceptions au droit d'auteur vise simplement à compenser l'extension du domaine du droit d'auteur à des formes d'œuvres encore non réservées. Ce n'est qu'un juste retour des choses, qui rétablit l'équilibre. D'ailleurs, un autre auteur[501] se réjouit de cette expansion des exceptions, et préconise de trouver dans les droits et libertés fondamentaux la juste limite du droit d'auteur.

Finalement, on peut relever que cette évolution n'est pas spécifique au droit d'auteur : tous les droits privatifs semblent remis en cause par des droits fondamentaux concurrents. Il en va

[499] Voir A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 43, n°37.
[500] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 406, n°600.
[501] C. Geiger, cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 419, n°616.

ainsi de la propriété immobilière, où les servitudes se multiplient face à l'urbanisation croissante et l'enchevêtrement toujours plus important des immeubles. Malgré leur poids face au domaine du droit d'auteur, on peut douter que ces exceptions suffisent à lui retirer sa qualité de propriété, ou du moins pas davantage que dans d'autres branches du droit.

107. Deuxième facteur : le droit communautaire

Au plan des principes, le droit communautaire et la jurisprudence de la CJUE reposent entièrement sur des postulats en totale opposition avec l'idée d'un droit exclusif sur une création. En effet, en propriété littéraire et artistique et encore bien davantage en propriété industrielle, c'est la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'entreprendre qui dominent. Ce n'est que ponctuellement, par exception, que le législateur admet la constitution et la protection de monopoles d'exploitation au profit de certains créateurs, dont le champ d'application doit être interprété strictement[502]. Concrètement, pour concilier ces intérêts contradictoires, les directives d'harmonisation des droits de propriété intellectuelle se multiplient. Et la jurisprudence de la CJUE est prolixe. Le droit communautaire constitue donc un corps de règles *a priori* hostile au droit exclusif du créateur, et que l'on ne peut cependant ignorer.

Plus précisément, le principe est posé par l'article 35 du Traité sur le fonctionnement de l'UE : « les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres ». La première phrase de l'article 36 précise que « les dispositions des articles 34 et 35 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées » et il évoque la « protection de la propriété industrielle et commerciale »[503]. De ces textes, il résulte que la protection de la propriété industrielle et commerciale autorise à faire exception au principe de la liberté de circulation des marchandises. La CJUE étend le domaine de l'exception en incluant le principe de la liberté de la concurrence. Puis elle l'étend encore en visant également le droit d'auteur. La seconde phrase de l'article 36 organise un retour au principe : « toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres ».

Il faut donc déterminer ce qui relève de la première phrase, et donc du droit national qui écarte le droit communautaire, autrement dit du droit exclusif qui écarte le principe de liberté,

[502] Voir G. BONET, *Avant-propos*, p. XI, dans A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, préc.
[503] Cité par C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 39, n°38.

et de la seconde phrase, et donc du droit communautaire, autrement dit qui écarte le droit exclusif au profit de la liberté. Pour faire le tri, la CJUE a eu recours à plusieurs théories. Actuellement, la théorie de l'objet spécifique et de la fonction essentielle a les faveurs du juge communautaire. « Tout d'abord, la Cour de justice recherche la fonction essentielle du droit de propriété intellectuelle concerné. Ensuite, elle détermine l'objet spécifique qui est constitué des règles qui permettent d'atteindre cette fonction essentielle »[504]. L'objet spécifique est « le noyau dur de chaque droit de propriété intellectuelle »[505]. Enfin, elle examine l'usage incriminé, pour décider s'il fait partie de ceux que le titulaire du droit peut valablement se réserver nonobstant les principes communautaires qu'il contredit, ou pas. Et grâce à ces théories, il faut reconnaître que le pouvoir exclusif de l'auteur se réduit comme une peau de chagrin.

108. Troisième facteur : le droit de la concurrence

Il y a entre droit d'auteur et droit de la concurrence un « choc des logiques »[506]. Le premier protège un monopole et une exclusivité, tandis que le second protège la liberté du commerce et combat l'abus de position dominante.

Chronologiquement, c'est d'abord le droit communautaire de la concurrence qui mine le droit exclusif de l'auteur. Par exemple, l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'UE prohibe les abus de position dominante. Et lorsque l'arrêt Magill[507], réaffirmé depuis, rappelle que le principe reste la validité de l'exclusivité et que l'abus est l'exception, il décide néanmoins d'imposer une licence obligatoire rémunérée, un contrat forcé. Cette jurisprudence semble d'ailleurs de plus en plus stricte, interprétant l'abus de manière de plus en plus large et usant de la sanction de la licence légale de façon plus libérale, notamment dans l'arrêt Microsoft[508]. La CJUE applique la théorie des facilités essentielles, selon laquelle « l'entreprise qui bénéficie d'un droit de propriété sur une facilité qualifiée d'essentielle, car nécessaire à l'accomplissement d'une activité, peut commettre un abus de position dominante si elle en interdit l'accès à des tiers, ce qui a pour conséquence de pénaliser les consommateurs »[509]. Autrement dit, dans certains cas, le seul refus de licence suffit à constituer un abus : le droit d'exclure disparaît.

---

[504] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 41, n°38.
[505] *Ibidem*.
[506] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 247, n°300.
[507] CJUE, 5 oct. 1988, JCP G 1989.II.21247.
[508] TPICE, 17 sept. 2007, Comm. com. électr. 2008, étude 6.
[509] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 249, n°300.

Quant au droit français, il se montre réticent, qu'il s'agisse du Conseil de la concurrence ou de la Cour de cassation, n'admettant la théorie des facilités essentielles et sa conséquence principale, la licence forcée, que de manière très exceptionnelle[510]. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence de la CJUE a forcément vocation à s'imposer en droit interne. Le droit exclusif de l'auteur est désormais clairement menacé.

109. Quatrième facteur : l'auteur-entrepreneur supplanté par son médiateur

Au 19e siècle, la figure de l'auteur-entrepreneur prévaut, et l'on croit encore que l'auteur peut, à lui seul, gérer la dissémination de son œuvre et contrôler l'exclusivité de son exploitation. Mais il s'agit seulement d'une fiction, car même à cette époque, il est souvent impossible à l'auteur non seulement de créer de manière indépendante, mais aussi et surtout d'exploiter seul sa création. Ainsi, « le droit exclusif tend à être confisqué par les différents médiateurs dont l'importance (…) ne cesse de croître »[511].

Au demeurant, cette remise en cause du droit exclusif de l'auteur n'a rien d'une menace nouvelle : avant les lois de 1791 et 1793, les éditeurs et les libraires ne confisquent-ils pas systématiquement les droits des auteurs ? Les premières revendications pour un droit de propriété sur les oeuvres et contre les privilèges royaux n'émanent-ils pas précisément de ces « intermédiaires » ? Combien d'auteurs se trouvent déjà privés de tout pouvoir sur leur œuvre, au point que certains meurent de faim ? Si la figure de l'auteur-entrepreneur a sans doute inspiré le législateur, il n'est pas certain qu'elle ait jamais été autre chose qu'une simple fiction. Et la confiscation du droit exclusif par les intermédiaires contemporains ne devrait donc pas inspirer de crainte particulière, ou du moins pas plus qu'avant. Pour nous, il y a sans doute une remise en cause du droit exclusif ici, mais elle est tellement ancienne qu'il n'y a plus lieu de s'en préoccuper. Elle fait aujourd'hui partie du droit d'auteur, qui l'a depuis longtemps « digérée ».

110. Cinquième facteur : la gestion collective

Définition. Elle va bien plus loin que la simple médiation d'un individu entre l'auteur et l'utilisateur. Elle est définie en doctrine comme « l'activité d'une personne morale qui a pour objet principal l'exercice des droits d'auteur et/ou des droits voisins de ses membres ou d'ayants droit, pour le compte de ceux-ci, c'est-à-dire dans un cadre fiduciaire. L'exercice de ces droits consiste, le cas échéant, dans la fixation des conditions et délivrance des

[510] Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 249, n°300.
[511] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 44, n°37.

autorisations d'exploitation, dans le contrôle, la perception et la répartition des rémunérations dues en contrepartie de l'exploitation des droits. Les membres des sociétés de gestion collective sont obligatoirement des auteurs, des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, des éditeurs ou leurs ayants droit. La gestion collective poursuit également la promotion des intérêts moraux et matériels de ceux dont les droits sont ainsi exercés, notamment dans le cadre d'une action culturelle, voire sociale »[512].

Les sociétés de gestion collective (une trentaine aujourd'hui) trouvent leurs origines au 19e dans la Société des auteurs et compositeurs dramatiques et dans la Société des gens de lettre. La loi de 1957 leur consacre à peine 3 articles, et c'est la loi de 1985 qui leur fournit un cadre juridique. Leur développement s'explique par la diffusion de masse des oeuvres, rendue possible par la multiplication des vecteurs de communication : il est impossible à un auteur de contrôler les multiples diffusions de son œuvre. La loi de 85 les appelle sociétés de perception et de répartition des droits, mais ce n'est pas leur seule mission. Elles ont aussi pour mission la défense des droits de leurs affiliés, et elles prennent en charge des missions d'intérêt général.

« (T)héoriquement, la gestion collective des droits présente de nombreux avantages, non seulement pour les auteurs compositeurs ou les titulaires de droits voisins, qui ne pourraient, sinon, exploiter rationnellement leurs œuvres, mais également pour les utilisateurs qui peuvent ainsi avoir accès aux œuvres d'une manière simple et relativement économique »[513].

A priori donc, la gestion collective n'est pas censée faire concurrence au pouvoir exclusif de l'auteur, mais seconder celui-ci, l'aider dans la mise en œuvre de son droit exclusif. Sans gestion collective, « son monopole, si puissant en théorie, serait bien illusoire en pratique »[514]. Ainsi, la gestion collective part d'un bon sentiment : il s'agit de prêter main forte à l'auteur, de renforcer son droit exclusif.

Domaine. Aujourd'hui, tous les auteurs musicaux passent par une société d'auteurs. Et la gestion collective a vocation à s'étendre : de nouveaux modes d'utilisation des œuvres apparaissent avec les progrès techniques, et au lieu de regrouper le tout sous un droit unique d'exploitation, le droit communautaire multiplie les droits : droit de reproduction et droit de représentation-communication au public, droit de prêt, de location, de distribution, etc. On revendique de nouveaux droits, droit de fragmentation et de synchronisation. Or, « l'inflation des prérogatives est dangereuse, car il ne faut pas oublier que chaque droit nouveau implique

[512] F. SIIRIAINEN, *Théorie générale de la gestion collective. Logique de droit exclusif de la gestion collective*, Jurisclasseur PLA, Fasc. 1550, 2006, n°10.
[513] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 415, n°113.11.
[514] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 393, n°467.

une nouvelle autorisation, une nouvelle rémunération, voire une nouvelle gestion collective »[515].

En tout état de cause, aujourd'hui, la gestion collective n'est plus un mode simplement subsidiaire d'exploitation des droits d'auteur, mais un véritable mode complémentaire[516]. Elle ne peut être ignorée.

Dangers. Or ce système reste critiquable à deux égards. Concrètement d'abord, « ce qui est vraiment critiquable, ce n'est pas le principe de la gestion collective, mais la manière dont la plupart des SRPD sont organisées et gérées, notamment en matière de droits des artistes interprètes où il apparaît que moins de la moitié des sommes collectées sont effectivement versées aux légitimes ayants droit »[517].

Idéologiquement surtout, que reste-t-il du droit exclusif de l'auteur ? Entre la société de gestion et ses membres, existe un contrat auquel l'auteur reste libre d'adhérer ou pas. Mais une fois son adhésion acquise, il renonce à sa faculté d'exclure, et se contente d'une rémunération. Par ailleurs, il existe des gestions collectives obligatoires, instaurées par la loi dans un but d'intérêt général. Ainsi, l'article L. 122-10 CPI issu de la loi du 3 janvier 1995 crée une cession obligatoire du droit de reprographie à une société de gestion collective, automatique dès la publication de l'œuvre. L'article L. 132-20-1 décide que le droit de retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement, d'une oeuvre télédiffusée à partir d'un Etat membre de la CE peut être exercé exclusivement par une société de gestion collective. L'article L. 133-2 de la loi du 18 juin 2003 organise la gestion du droit de prêt en bibliothèque par le biais d'une société de gestion collective.

De manière générale, il semble acquis que la gestion collective modifie le droit exclusif de l'auteur. Les auteurs s'opposent seulement sur le degré de cette remise en cause. Pour les plus radicaux, la gestion collective dépossède l'auteur de ses droits. Il est communément admis que la gestion collective résulte pour l'auteur dans la perte de la maîtrise de son œuvre[518]. L'évolution récente, qui soumet les sociétés de gestion à l'emprise du droit de la concurrence, leur fait perdre leur liberté d'action et réduit leur capacité à défendre les auteurs, elle vient de ce fait encore accentuer la perte de maîtrise des auteurs[519]. L'auteur n'est plus qu'un « fournisseur de contenu »[520].

---

[515] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 242, n°294.
[516] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 579, n°845.
[517] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 415, n°113.11.
[518] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 618, n°908.
[519] Dans ce sens, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 43, n°37.
[520] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 618, n°908.

Un auteur tempère ce reproche : certes, l'auteur perd sa maîtrise, mais l'analyse du droit d'auteur en un droit exclusif est de toute façon complètement dépassée. « Elle prend en effet appui, au départ, sur une conception indubitablement idéalisée du droit d'auteur. La gestion individuelle via l'exercice d'un droit d'auteur exclusif peut être tenue pour le mode « naturel » (ce qui ne veut pas dire normal ou courant) de gestion. Mais, pour autant, on ne peut continuer à présenter la gestion collective comme une exception ou une anomalie de notre système (ou alors seulement, à la rigueur, lorsqu'elle est attachée à des licences non volontaires ou légales). Il n'y a pas un principe (le droit exclusif) et une exception (la gestion collective) mais deux systèmes qui cohabitent et qu'il n'est guère raisonnable d'opposer »[521].
Pour d'autres, plus mesurés, la gestion collective ne fait que transformer les droits de l'auteur, sans les lui retirer. L'argument consiste à dire que : « la gestion collective transformerait le droit exclusif des auteurs en un simple droit à rémunération tout comme les licences non volontaires ou légales »[522]. Mais un autre auteur refuse de s'en tenir à une distinction bipartite entre d'une part les droits exclusifs, individuels, et d'autre part les droits à rémunération, collectifs (les licences légales et les licences non volontaires par exemple). Il propose une catégorie intermédiaire : les « droits exclusifs à exercice collectif par nature, pour lesquels, si la possibilité de refuser une autorisation persiste, celle-ci est transférée obligatoirement à une société de gestion collective, aucun exercice individuel par l'intéressé n'étant possible »[523].
Conclusion. Finalement, la doctrine reste partagée sur les dangers de la gestion collective. Certains auteurs refusent sa généralisation : « cette « définition financière » de la propriété méconnaît l'idée que l'exclusivité est la règle en matière de propriété intellectuelle, et il ne peut être sérieusement envisagé de la généraliser »[524]. D'autres, sans nier que le droit exclusif de l'auteur soit dénaturé, considèrent simplement qu'on a tort de s'attacher à ce modèle aujourd'hui démodé et que l'évolution n'est pas si dramatique. Quant à nous, il nous semble inutile de contester ce nouveau modèle du droit d'auteur, puisqu'il occupe déjà une place centrale et qu'il est appelé à s'étendre encore. Simplement, nous regrettons la persistance du législateur et de la doctrine qui continuent de voir une propriété dans le droit d'auteur. Il nous semble que, face à une remise en cause aussi fondamentale du droit exclusif, il faut au moins adopter un langage exact et reconnaître que la propriété s'éloigne définitivement.

[521] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 619, n°909.
[522] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 620, n°910.
[523] F. SIIRIAINEN, *Théorie générale de la gestion collective. Logique de droit exclusif de la gestion collective*, préc., n°32.
[524] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 18, n°18, citant M.-A. FRISON-ROCHE.

111. Sixième facteur : les licences obligatoires

Définition. « (L)a licence obligatoire ignore le consentement du titulaire des droits qui n'a plus la possibilité d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son œuvre, car son avis ne lui est plus demandé. (…) (I)l ne peut même pas déterminer la redevance qu'il souhaite car cette dernière est généralement décidée par une commission ou le législateur. Bref, l'auteur n'a plus aucun pouvoir sur l'œuvre. Tout au plus, il recevra une rémunération, généralement faible et souvent gérée collectivement »[525].

Domaine. Les licences obligatoires sont loin d'être absentes du droit positif français. Certaines licences sont dites légales, lorsqu'elles sont imposées par la loi. C'est la licence des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes (art. L. 214-1 CPI), de la copie privée rémunérée (art. L. 311-1 CPI), du droit de prêt en bibliothèque (art. L. 133-1 CPI) et du droit de reproduction par reprographie (art. L. 122-10 CPI). D'autres sont aussi jurisprudentielles lorsque le juge communautaire utilise le droit de la concurrence pour obliger à la conclusion d'un contrat d'exploitation. C'est l'hypothèse de la jurisprudence Magill.

Dangers. Pour certains, le système des licences obligatoires ne présente aucun danger, bien au contraire. Il est en effet proposé par certains auteurs[526] comme alternative à celui du droit exclusif. Ils invoquent plusieurs arguments : d'une part, ils postulent que le droit d'auteur est illégitime, et que « l'expression du consentement de l'auteur est un verrou illégitime »[527]. D'autre part, ils font un constat pragmatique : le droit exclusif est illusoire, tandis que la licence présente de nombreux avantages. Ainsi, elle constitue un système efficace pour l'auteur, qui n'a plus à solliciter de multiples autorisations, et également plus discret pour l'utilisateur qui ne songe donc pas à s'en plaindre[528].

Pourtant, ce système présente des dangers pratiques que l'on ne peut ignorer. Au plan concret en effet, les intérêts financiers des acteurs du droit d'auteur sont menacés, qu'il s'agisse des auteurs ou des utilisateurs. Quant aux auteurs, la rémunération est fixée par une commission ou par la loi, et elle n'est pas forcément celle à laquelle un auteur aurait pu prétendre par négociation individuelle. De plus, les organismes qui gèrent les flux impliquent des frais, et en outre, une partie des sommes récoltées est affectée à d'autres qu'aux auteurs. La licence réduit le droit d'auteur « à une gestion de flux financiers pour que, au final, le créateur ou le

[525] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 243, n°295.
[526] Ch. Geiger, J. Huet, cités par C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* préc., p. 242, n°295.
[527] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* préc., p. 243, n°295.
[528] *Ibidem.*

titulaire des droits n'en profite que bien peu »[529]. Quant aux utilisateurs, les débiteurs ne sont pas forcément ceux qui utilisent, puisque tout le monde paye. Inversement, ceux qui utilisent payent également pour d'autres. Au total, « le système des licences obligatoires est global, (…) un système de mutualisation, qui n'est pas sans évoquer les assurances ou la Sécurité sociale »[530]. En conclusion, « la circonspection s'impose face aux licences légales. Elles ne doivent exister, de façon exceptionnelle, que lorsqu'il est manifestement impossible de faire autrement. Et lorsqu'elles existent, il importe de les interpréter strictement, comme l'a fait la jurisprudence à propos des artistes-interprètes »[531].

Le système présente également des dangers théoriques non négligeables. Dans le système du droit exclusif, l'auteur conserve le pouvoir de dire non, de refuser l'accès à son œuvre, et c'est sa seule arme face aux utilisateurs. Dans le système de la licence forcée, il perd ce pouvoir, et l'utilisateur peut user de l'œuvre sans l'autorisation de l'auteur, qui ne peut s'y opposer. Une fois l'œuvre publiée ou divulguée, tout tiers peut, en payant une rémunération, obliger l'auteur à tolérer son usage. C'est tout l'inverse d'un droit exclusif : non seulement l'auteur perd le pouvoir d'interdire, mais la rémunération fixée au préalable est généralement inférieure à celle résultant d'une négociation[532]. En d'autres termes, la licence forcée constitue une rupture complète avec la tradition du droit d'auteur et du droit de propriété. Les conséquences au plan théorique sont importantes : « amputé de l'exclusivité et même si cette dernière est parfois illusoire, le droit d'auteur perd une grande partie de sa légitimité et de sa justification »[533].

Portée. Certains[534] minimisent la gravité de l'entorse au droit exclusif, en martelant que les licences forcées restent marginales et ne sont admises que de manière très exceptionnelle lorsqu'elles sont absolument nécessaires (en matière de copie privée sonore ou audiovisuelle), assurant que le droit d'auteur reste par principe exclusif.

D'autres sont moins optimistes. Ils rappellent que, par nature, les licences forcées remettent en cause le système français, soulignant que « cette « définition financière » de la propriété méconnaît l'idée que l'exclusivité est la règle en matière de propriété intellectuelle »[535] et s'indignant : « il ne peut être sérieusement envisagé de la généraliser »[536]. Pourtant, ils

[529] *Ibidem.*
[530] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 244, n°295.
[531] *Ibidem.*
[532] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 456, n°689.
[533] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 243, n°295.
[534] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 456, n°691.
[535] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 18, n°18.
[536] *Ibidem.*

reconnaissent que, dans certains domaines particuliers, tel l'internet, le combat est pratiquement perdu d'avance[537].

111-1. La licence globale face aux échanges « pair à pair ». Si la place des licences forcées en « droit d'auteur classique » reste effectivement plus ou moins marginale, la question se pose avec beaucoup plus d'acuité à propos des échanges de fichiers sur Internet[538]. C'est ici que l'idée d'une licence globale fait son chemin, réduisant à néant toute velléité d'exclusivisme dans ce domaine particulier, que l'on peine alors à rattacher d'une quelconque manière au droit d'auteur.

« (L)es systèmes d'échange « pair à pair » (ou « peer to peer ») de fichiers numériques ont permis la diffusion massive d'œuvres musicales puis, avec l'amélioration des techniques numériques, des œuvres audiovisuelles, ainsi que des logiciels et jeux vidéos »[539]. Ce sont donc un très grand nombre d'œuvres qui sont aujourd'hui touchées par ce phénomène. « A l'origine organisés sur la base d'un modèle centralisé, contrôlé par leur promoteur, ils ont ensuite été conçus sur une base horizontale (…), le promoteur se bornant à mettre à disposition les logiciels appropriés et à fournir aux internautes échangistes des services propres à faciliter le bon fonctionnement de l'ensemble ».

La question est d'abord de savoir si le système enfreint le droit d'auteur, et si oui, qui doit en être tenu pour responsable. Quant au premier point, « (i)l ne fait aucun doute que la mise en ligne des œuvres par chaque participant constitue une communication au public, indépendamment du point de savoir si la reproduction dont il bénéficie lui-même peut être couverte par l'exception de copie privée »[540]. Celui qui participe à ce système en proposant ses fichiers à d'autres sans l'autorisation de l'auteur se rend donc coupable de contrefaçon, car cet acte se distingue de celui, antérieur, qui consiste à se procurer un exemplaire de l'œuvre de l'auteur, lequel peut éventuellement être couvert par l'exception de copie privée, sans cependant que cela soit forcément le cas (ce premier acte constitue déjà peut-être à lui seul une contrefaçon, selon les circonstances). En tout état de cause, et quant au second point, le responsable de l'infraction au droit d'auteur semble *a priori* être l'utilisateur.

Pourtant, la solution n'est pas certaine. D'une part, elle n'a été retenue, pour l'instant, que par les juridictions répressives. D'autre part, le fonctionnement du système conduit à s'interroger sur la personne qu'il faut tenir pour responsable de l'atteinte au droit d'auteur. En effet,

[537] *Ibidem*.
[538] Voir M.-C. PIATTI, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, préc., p. 20.
[539] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 229, n°288.
[540] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 231, n°288.

« (e)ncore faut-il être assuré que les fichiers aient bien été offerts au partage. Or la chose ne coule pas de source, certains logiciels permettant à des internautes égoïstes de ne pas « jouer le jeu » en gardant pour eux ce qu'ils butinent ». Enfin, « les titulaires du droit d'auteur préféreraient, dans un souci bien compréhensible de simplicité et d'efficacité, agir contre les promoteurs de ces systèmes, lesquels, bien entendu, prétendent s'en laver les mains. (…) En France, (…) la seule question serait de savoir si le fournisseur de logiciel effectue un acte de représentation ». Or, « (l)'hypocrisie ne suffit pas à établir la contrefaçon. Force est donc d'en rester au principe, rappelé par la déclaration commune concernant l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et par le 27e considérant de la directive sur la société de l'information selon laquelle « la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au public ». Ce n'est pas la même chose de livrer un logiciel, même s'il est une arme potentiellement dangereuse pour les titulaires de droits, et d'organiser soi-même une structure permettant l'échange des fichiers »[541]. Ainsi, quant à la seconde question, ce sont finalement les internautes eux-mêmes qui, communiquant l'œuvre par l'échange de fichiers, se rendent coupables de contrefaçon.

« Or les irréductibles sont innombrables et ne sont pas faciles à identifier ni à attraper. Et surtout, l'opinion publique, c'est un fait, doute de la légitimité de telles actions en justice. Convaincus que la réponse du droit ne peut se limiter à un principe d'interdiction, certains ont suggéré de recourir à des licences non volontaires, par exemple sous la forme d'une licence « globale » incluant les téléchargements effectués par les internautes échangistes dans le système de rémunération pour copie privée et impliquant la gestion collective obligatoire sur droit de mise à disposition du public »[542]. On mesure ici l'entorse envisagée au droit exclusif de l'auteur !

Pourtant, loin d'effrayer, cette perspective semble en inspirer beaucoup : l'Assemblée nationale a adopté le 21 décembre 2005 un amendement en ce sens à l'occasion du projet de loi transposant la directive sur la société de l'information. Heureusement selon nous, la proposition n'a pas abouti. Comme nous, certains se réjouissent de cette réticence législative : « retirer aux auteurs l'arme du droit exclusif pour la remplacer, en fait, par un droit à rémunération déconnecté des utilisations effectives des œuvres, c'est, quelles que soient les intentions affichées, et même si le résultat financier peut se révéler favorable à court terme, miner le fondement même du droit d'auteur. Que les nouveaux modèles de distribution des oeuvres dans l'environnement numérique, qui mettent directement les fournisseurs au contact

[541] *Ibidem*.
[542] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 232, n°288.

des consommateurs, impliquent une adaptation de la donne juridique relève de l'évidence. Qu'il faille tourner le dos à l'exclusivité du droit sous prétexte que les consommateurs ne la supportent pas ou, de manière plus générale, parce que la loi est difficile à faire respecter est beaucoup plus contestable. Au moins faut-il explorer d'autres voies compatibles avec l'approche traditionnelle, y compris en utilisant les ressources de la technique »[543].

112. Septième facteur : les mesures techniques de protection

A priori, les mesures techniques de protection ne remettent pas en cause le droit exclusif mais au contraire le renforcent. Le législateur admet leur validité. Cependant, il prévoit aussi des exceptions au droit d'auteur, et la conciliation de ces dernières avec les mesures de protection est délicate : l'auteur peut-il invoquer la validité d'une mesure de protection pour faire échec à une exception ? Inversement, un usager peut-il invoquer une exception pour écarter le jeu des mesures de protection ? La réponse du législateur n'est pas uniforme.

La directive pose en principe que « les mesures techniques de protection permettent d'empêcher ou de limiter tous les actes « non autorisés » par le titulaire du droit d'auteur, y compris ceux qui sont légitimés par une exception »[544]. Son article 6.4 al 1er prévoit cependant que « à défaut de « mesures volontaires » prises par les titulaires de droits, y compris par voie d'accords avec les utilisateurs, les Etats membres doivent prendre « des mesures appropriées » pour assurer l'exercice effectif, par les personnes qui ont un « accès licite » à l'œuvre de certaines exceptions. Le législateur français écarte donc le jeu des mesures techniques pour favoriser l'exercice de quatre exceptions (art. L. 122-5-8, L. 122-5-7, L. 331-4, L. 122-5-3-e). La directive prévoit un sort spécial plus tolérant pour l'exception de copie privée. Pourtant, le législateur français choisit dans la loi du 1er août 2006 d'imposer la garantie de l'exception de copie privée, même si la Cour de cassation adopte une position plus nuancée[545]. Au total, le droit exclusif sort perdant[546].

113. Conclusion sur le droit d'auteur, ses exceptions et ses facteurs de remise en cause.

C'est vrai, certains auteurs concilient parfaitement l'analyse du droit d'auteur en termes de propriété et les multiples remises en cause qu'il subit par le biais des exceptions. Par exemple, ils s'accommodent parfaitement du fait que celui-ci « s'organise autour de licences légales et

[543] *Ibidem*.
[544] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 617, n°897.
[545] Voir Civ. 1e, 27 nov. 2008, RTDCom. 2009, p. 132, note F. POLLAUD-DULIAN.
[546] Voir M.-C. PIATTI, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, préc., p. 14.

de mécanismes de gestion collective »[547]. Plus globalement, les divers facteurs que nous avons examinés remettent effectivement en cause le droit exclusif sans pour autant que l'analyse générale du droit d'auteur s'en trouve réellement modifiée. « L'exclusivité, meilleure amie du droit d'auteur, prend de rudes coups »[548], mais les auteurs doutent que le principe exclusif soit réellement menacé et l'auteur a aujourd'hui encore pour une grande partie de la doctrine un droit qui s'apparente, précisément par son exclusivisme, au droit de propriété des biens corporels.

Sans doute, nous concédons volontiers que le pragmatisme conduit à admettre cette métamorphose du droit d'auteur, qui paraît seule à même de défendre les intérêts menacés de l'auteur dans la société actuelle. Pourtant, il nous semble que reconnaître cet état de fait et admettre la nécessité d'une telle évolution n'autorise pas pour autant à la juger finalement compatible avec le droit d'auteur vu comme une propriété. Qu'il faille évoluer, certes, mais il nous paraît inexact de prétendre que cette évolution se fait dans le respect du droit d'auteur au sens classique et de sa nature juridique. Au contraire, le droit exclusif est de l'essence du droit de propriété et il ne nous apparaît pas possible de continuer d'y rattacher le droit d'auteur.

114. Conclusion générale sur les droits de propriété intellectuelle. Le tableau objectif des entorses au droit exclusif du créateur nous paraît peu engageant. Loin d'une exclusivité incontestée, apparaît une exclusivité très relative. Or ce critère est au cœur de la qualification de propriété. Il faut donc déterminer la valeur subjective qui est attachée par le droit positif à cette exclusivité telle qu'elle apparaît désormais objectivement. Autrement dit, face au tableau dressé ci-dessus, le reliquat d'exclusivisme suffit-il à faire des créations des objets de propriété ?

Section 2. La valeur de l'exclusivité

115. La place de l'exclusivité dans la propriété. Si l'exclusivité est au cœur du débat en matière de propriétés intellectuelles, c'est parce qu'elle occupe une place centrale dans le droit commun de la propriété, si bien qu'il semble impossible d'en faire l'économie en matière incorporelle.

[547] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 339, n°500.
[548] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 373, n°319.

115-1. En doctrine. En droit commun, l'exclusivisme est une composante essentielle du droit de propriété. Quel que soit l'angle sous lequel on choisit d'aborder la propriété, l'exclusivité[549] du pouvoir du propriétaire fait toujours partie des éléments de sa définition. « Toutes les constructions doctrinales, toutes les qualifications passent par cette exclusivité (…) »[550]. D'abord, dans la théorie classique de la propriété, il est unanimement postulé que l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* du propriétaire sont exclusifs. La définition classique exige la réunion de l'absolutisme, de l'exclusivisme et de la perpétuité, trois caractères nécessaires à l'existence de toute propriété. Ensuite, et de manière plus isolée, certains auteurs anciens considèrent « l'exclusion comme l'un des attributs de la propriété au coté des trois autres, destiné à leur imprimer à chacun un caractère qui leur est commun »[551]. Enfin, lorsqu'il s'agit de dépasser les définitions traditionnelles pour mettre à nu le noyau dur de la propriété, c'est précisément dans l'exclusivisme que certains auteurs contemporains[552] prétendent le trouver, renvoyant notamment à Pothier, pour qui la propriété est « le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres ». Au total, si les auteurs accordent à l'exclusivisme une place variable dans la théorie de la propriété, aucune définition n'en fait l'économie, et l'on peut affirmer sans hésitation qu'un véritable droit de propriété est nécessairement exclusif.

115-2. Les sources[553]. Historiquement, l'exclusivisme de la propriété est une conquête de la Révolution. Il implique le pouvoir d'un seul individu sur une chose, et s'oppose au système féodal. Sans doute, il n'est pas consacré expressément par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui affirme seulement l'inviolabilité du droit de propriété. Pour autant, « L'*inviolabilité* signifie la constitution d'une sphère juridique réservée, dans laquelle les autres ne peuvent s'immiscer. Dès lors, il est clair que le terme *inviolabilité* renvoie à la notion d'*exclusivité* »[554].

Quant à l'article 544 du Code civil, il ne précise pas non plus que la propriété est exclusive, mais indique qu'elle est absolue. Pourtant, on considère traditionnellement que le second caractère implique le premier. Les deux termes ne sont pas synonymes puisqu'absolu signifie sans limites alors que les termes mêmes de l'article 544 posent des limites. Cependant, il ne

[549] Nous choisissons de ne pas distinguer entre exclusivisme et exclusivité.
[550] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 18, n°18.
[551] Voir F. ZENATI, sous Civ. 1e, 10 mars 1999, RTDCiv. 1999, p. 861, qui renvoie à Toullier, II, n°85 ; Aubry et Rau, II§ 190 et 191 ; Laurent, IV, n°102).
[552] Cité par F. ZENATI, sous Civ. 1e, 10 mars 1999, RTDCiv. 1999, p. 861.
[553] Voir par exemple G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ?*, RTDCiv. 2013, p. 742, n°2 et s.
[554] P. GOURDON, *L'exclusivité*, Thèse, LGDJ, BDP t. 455, 2006, p. 24, n°55.

fait de doute pour personne que la propriété du code civil est exclusive autant qu'elle est absolue. Un auteur[555] va même plus loin, pour qui les termes du Code seraient inexacts : la propriété n'est pas un pouvoir absolu, mais exclusif, et c'est ce terme qu'il convient d'entendre à la place d'absolu dans le texte.

Au total donc, les textes ne parlent pas d'exclusivisme, mais ce caractère de la propriété est, de l'avis de tous, consubstantiel à l'idée de propriété. C'est dans l'esprit de l'institution, plutôt que dans sa lettre, que l'on trouve un appui : « L'exclusivité actuelle du droit de propriété répond au choix d'un système libéral, lequel affirme la prééminence de l'individu sur le groupe et la liberté économique. Sur ce point, le débat idéologique semble pratiquement clos. L'individualisme préside à l'élaboration de la plupart des lois actuelles. C'est pourquoi l'exclusivité, mécanisme fondamental des droits subjectifs, se caractérise par une intense relation entre l'objet et le sujet de droit, qui est génératrice d'un espace juridiquement protégé. Dès lors, l'individuel peut l'emporter sur le collectif »[556].

115-3. L'exigence. Un véritable droit de propriété ne peut donc exister sans exclusivisme. Et pour en revenir à notre angle d'approche particulier, c'est surtout à propos de l'*usus* que la doctrine classique pose cette exigence. Cela vaut sans doute aussi pour l'*abusus*, mais c'est à cet attribut presque « primaire » que l'exclusivité s'attache avant tout. La jouissance du créateur (réunion de l'*usus* et du *fructus*) doit être exclusive pour être celle d'un propriétaire.

Or, on l'a vu, les entorses au pouvoir exclusif du créateur sont nombreuses, à tel point que, selon nous, elles semblent condamner tout espoir de lui attacher une jouissance exclusive et de le qualifier de propriétaire. A nos yeux, la jouissance économique du créateur est presque toujours partagée.

Pourtant, le législateur n'est pas de cet avis, pour qui le brevet, l'œuvre, le dessin, le modèle, et même la marque ne sont rien d'autre que des « propriétés intellectuelles », conférant à leur titulaire un droit qui n'est rien moins qu'exclusif. Quant à la doctrine, elle procède en deux temps. D'une part, elle relativise ces entorses pour réaffirmer son analyse des propriétés intellectuelles en droits exclusifs. D'autre part, et de manière plus nuancée, elle rallie la thèse légale de la propriété. Autrement dit, et contre toute attente, les créations sont, en droit positif, l'objet d'un droit qui s'affirme invariablement exclusif, et se prétend souvent propriété.

Il est intéressant d'examiner les rouages de cet acharnement. Il est surtout nécessaire d'apprécier la validité d'une telle analyse. Peut-on réconcilier le constat d'un pouvoir partagé

[555] P. GOURDON, *L'exclusivité*, préc., p. 28, n°62 et s.
[556] P. GOURDON, *L'exclusivité*, préc., p. 49, n°116.

et le postulat d'une propriété exclusive du créateur ? Avant de nous y résigner, nous voulons examiner les tenants (§1), puis les aboutissants (§2) de ce postulat.

§1. Les tenants du postulat d'exclusivité

116. Très souvent, le créateur doit partager l'exploitation de sa création avec des tiers plus ou moins nombreux, qui lui retirent à la fois son pouvoir d'exclure et une partie des fruits. Et cependant, la doctrine refuse de s'arrêter à ce constat. Sans doute, un auteur concède ponctuellement que « (l)es prérogatives, morales comme patrimoniales, sont « dessinées » par la loi (et le juge) de telle manière que le droit d'auteur, à qui considère les choses sans prévention, apparaît bien comme un droit qui n'est « ni général ni absolu » »[557]. Mais, de manière générale, la doctrine [558] maintient son postulat d'exclusivisme, désignant systématiquement les droits de propriété intellectuelle par l'expression « droits exclusifs ».
Pour asseoir son analyse des droits intellectuels en droits exclusifs en dépit des multiples entorses répertoriées, la doctrine avance plusieurs arguments (A), qui culminent dans une construction doctrinale désormais classique (B).

A. Les arguments

Tous ne se valent pas, et il convient de déterminer la pertinence de chacun d'eux.

1. Tentative de dénégation

117. Premièrement, une grande partie de la doctrine minimise en soi le poids objectif des atteintes que nous avons recensées à la jouissance exclusive du créateur. Elle refuse tout simplement de s'arrêter à ce qu'elle conçoit comme de simples entorses, qui n'appellent pas de remise en cause fondamentale. Elle reconnaît que « (l)e principe souffre (...) des tempéraments, mais leur portée ne peut être que limitée »[559].

[557] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 357, n°538.
[558] Par exemple J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 1, n°1, et p. 2, n°2 ; p. 68, n°160.
[559] *Ibidem*.

2. Tentative de banalisation

118. Deuxièmement, la doctrine tente alors parfois de banaliser la difficulté. Elle en appelle au droit commun, soulignant que, même à propos des choses corporelles, « l'exclusivité n'est plus le maître mot d'un droit de propriété dont le champ semble imperceptiblement s'amoindrir ou se diviser sous l'effet des mutations économiques et sociales »[560]. Elle souligne que « d'innombrables dispositions légales ou réglementaires (…) fixent la manière d'user de certains biens »[561] et, ce faisant, restreignent la jouissance du propriétaire. Celles-ci prennent des formes variées (servitudes, POS, réglementations diverses, liberté d'aller et venir), et concernent toutes sortes de biens corporels (les forêts, le littoral, la façade des immeubles classés, les biens dangereux ou les ressources comme les mines ou les eaux fluviales). Elles trouvent leur source dans la loi : le Code civil de 1804, mais aussi la loi de 1945 sur le statut du fermage, la loi de 1948 sur les immeubles d'habitation, le décret de 1953 sur la propriété commerciale, la loi du 29 juillet 1998 contre l'exclusion, etc., si bien que l'on ne peut douter de leur légitimité. Les entorses à l'exclusivisme de la propriété ne sont donc rien d'autre que la norme, pour les biens corporels comme incorporels. Et il faudrait en déduire que le droit commun de la propriété n'est pas plus exclusif que le droit des propriétés intellectuelles.

118-1. Pourtant, c'est d'abord **la source des entorses** qui peut faire douter de la validité du rapprochement. Sans doute, la jurisprudence n'est-elle pas silencieuse en matière corporelle puisque, en dehors des textes, elle utilise l'abus de droit pour refuser de voir dans la propriété un droit discrétionnaire. Mais c'est surtout en matière intellectuelle que le juge s'autorise à empiéter sur le domaine exclusif du créateur. On a rencontré de multiples hypothèses dans lesquelles le juge français, encouragé par la CJUE, prend des libertés avec les textes de sorte que l'exclusivité du créateur s'en trouve atrophiée.

118-2. C'est surtout **le fondement comparé de ces entorses** qui nous arrête : la légitimité qui caractérise celles de droit commun semble plutôt faire défaut à celles du droit spécial. En effet en droit commun, la plupart des exceptions à la propriété trouve sa raison d'être dans la protection de l'intérêt général. Et plus exactement, les restrictions au pouvoir du propriétaire

[560] P. GOURDON, *L'exclusivité*, préc., p. 37, n°86.
[561] A. SERIAUX, *Propriété*, Répertoire civil Dalloz, janvier 2001, p. 8, n°44 ; P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 2e éd., 2005, p. 132, n°457 et s.

corporel sont le plus souvent un mal nécessaire : beaucoup de servitudes (désenclavement, écoulement des eaux, passage) sont indispensables au fonctionnement harmonieux des villes ; l'expropriation n'est possible qu'au nom de l'intérêt général ; le code de la route et les restrictions à la liberté sont imposés par la nécessité d'assurer la libre circulation des individus.

Sans doute la propriété corporelle connaît-elle également des exceptions que l'intérêt général n'impose pas, comme les servitudes de vue par exemple. Et dans cette stricte mesure, « (o)n pourrait rapprocher ces exceptions » au droit du créateur « de la servitude, traduisant en droit civil les inconvénients qu'un propriétaire doit supporter sur son bien, dans l'intérêt d'autrui »[562]. Mais à la différence des exceptions à la propriété corporelle, il nous semble que c'est ici de manière générale que les exceptions au pouvoir du créateur profitent, non pas à l'intérêt général, mais à des intérêts particuliers ou catégoriels. Ainsi en va-t-il de l'exception de copie privée en droit d'auteur, de l'exception d'expérimentation en droit de brevet, comme de beaucoup d'autres. On ne peut prétendre qu'elles soient indispensables au bon fonctionnement de la société, ni qu'elles soient imposées par un intérêt collectif et supérieur. Il s'agit davantage d'arbitrer entre deux intérêts privés, et la suppression de l'exception ne menacerait certainement pas l'intérêt général. A la vérité, le fondement de ces exceptions est avant tout pragmatique : il est en pratique impossible ou, à tout le moins, trop coûteux en termes d'analyse économique du droit[563] de sanctionner ces atteintes au droit exclusif, si bien que le Droit se résigne à les tolérer et leur reconnaît une existence légale qui a au moins le mérite de les encadrer et d'éviter les débordements. Mais, en tout état de cause, il nous paraît faux de prêter à ces exceptions la légitimité dont bénéficient celles du droit commun car, le plus souvent, l'intérêt général n'y gagne rien. Comme nous l'avons souligné à propos de l'exception de copie privée, on peut même soutenir que l'intérêt général sort perdant de ces exceptions, qui ne font que plier devant des comportements privés *a priori* illicites et entretiennent ainsi l'impression malsaine que tout est permis. Nous admettons que certaines profitent à l'intérêt général lorsqu'elles encouragent le progrès scientifique ou la dissémination du savoir. Mais celles-ci ne sont pas majoritaires et il existe par ailleurs d'autres moyens de parvenir au même résultat (le droit de brevet prend fin de toute manière après une période assez courte). Pour nous, elles symbolisent principalement le renoncement face à un conflit insoluble entre deux intérêts privés.

[562] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 385, n°333.
[563] Dans ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Droit civil, Propriété littéraire et artistique*, 3e éd., PUF, Collection droit fondamental, 1999, p. 294, n°194.

D'ailleurs, en définitive, il semble finalement peu productif de chercher dans les exceptions au droit commun une légitimité qui profiterait aux propriétés intellectuelles. En effet, à bien y regarder, les atteintes au pouvoir exclusif du propriétaire corporel ne paraissent pas plus justifiées que celles qui atteignent la propriété intellectuelle. On ne peut ignorer la multiplication des lois qui, en droit commun, posent des exceptions au pouvoir du propriétaire au nom d'intérêts de plus en plus catégoriels, de sorte que, là non plus, l'intérêt général ne semble plus être le seul à guider le législateur. L'affrontement des intérêts privés, et le développement du lobbying, favorisent l'émiettement de la propriété corporelle au profit d'intérêts concurrents, dans un schéma qui rappelle parfois étrangement les propriétés simultanées du Moyen Age. Ainsi en va-t-il par exemple de la propriété commerciale au point qu'un auteur qualifie le droit du locataire au renouvellement de son bail de « quasi-exclusivité légale »[564]. Dès lors, il devient impossible de rechercher dans les entorses à l'exclusivité de droit commun une référence qui pourrait légitimer les entorses à l'exclusivité des créations. Ni les premières ni les secondes n'échappent désormais à la critique.

3. Tentative de dédramatisation

119. Troisièmement, la doctrine se retranche parfois derrière la soi-disant innocuité de ces usages. C'est l'exception du « *jus usus innocui*, qui revient à admettre des dérogations à la propriété au titre de « l'utilité innocente » »[565]. Ces usages imposés au créateur seraient gratuits, désintéressés, dans la mesure où les tiers ne chercheraient pas à exploiter la création ou à en retirer un profit. Ils seraient indolores pour le créateur, ne lui causant aucun préjudice. Et dès lors, ils devraient être libres, puisqu'ils n'apportent rien à leur bénéficiaire ni ne retirent rien au créateur.

C'est ici aussi un postulat que nous réfutons pour plusieurs raisons. D'abord, si l'on se concentre sur le tiers, le raisonnement est clairement inexact : celui qui use d'une création qui n'est pas sienne, et pour laquelle il ne verse aucune rémunération au créateur, retire effectivement un bénéfice de cet usage gratuit, qui consiste précisément dans la faculté d'user d'une chose qui n'est pas sienne.

Ensuite, si l'on se tourne vers le créateur, on doit se rappeler qu'il est *a priori* en droit de se réserver tous les usages de sa création quels qu'ils soient. La gratuité même ponctuelle implique forcément qu'il renonce à une rémunération potentielle. Et nous l'avons déjà dit, le

[564] P. GOURDON, *L'exclusivité*, préc., p. 40, n°95.
[565] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 18, n°18, note 162.

créateur n'est pas investi d'une mission de charité. De cet argument, on retire l'impression que le (soit-disant) désintéressement du tiers rendrait son usage indolore pour le créateur, comme s'il existait des usages naturellement tournés vers le profit et d'autres soustraits à toute considération mercantile. A notre sens, c'est manifestement inexact. Tous les usages de la création portent en eux un profit potentiel pour le créateur, qui n'a pas à se soucier de l'altruisme ou même du simple désintéressement des tiers, sauf si la loi en décidait autrement.
Par ailleurs, justifier cette entorse par le désintéressement du tiers ou le caractère soi-disant gratuit de son usage nous semble tout simplement partisan. On oppose ici l'intention du tiers, à qui l'on prête de nobles desseins, à celle du créateur, auquel on impute avec plus ou moins de dédain une vénalité intéressée. Outre l'injustice du procès d'intention, on mesure également la difficulté qu'il y a à apprécier une situation aussi subjective.
Ce raisonnement ne trouve donc aucune grâce à nos yeux, pas plus qu'à ceux du droit positif[566] d'ailleurs. Sans doute, nous voulons bien accepter que parfois, le désintéressement ou l'altruisme puissent éventuellement venir renforcer la légitimité d'une exception posée par le législateur. Pourtant, nous n'en trouvons pas d'exemple en droit positif. On peut donc encore moins soutenir qu'il puisse à lui seul suffire à justifier une exception au droit du créateur, sans même parler d'une limite. Et en tout état de cause, il n'existe assurément pas un principe de « licéité d'une utilisation au prétexte qu'elle ne causerait aucun préjudice au titulaire des droits »[567].

4. Tentative de rationalisation

120. Quatrièmement, lorsqu'elle reconnaît finalement la difficulté, la doctrine en appelle au bon sens : il faut prendre en compte la nature très particulière des créations et son incidence sur l'exclusivité. Leur fameuse ubiquité est un argument central et récurrent, mais il n'est pas appréhendé de manière uniforme. Certains buttent définitivement sur cet obstacle (a), tandis que d'autres, plus nombreux, le surmontent (b). Il suffit pourtant de dissocier ubiquité et exclusivité.

[566] Par exemple en matière de dessins et modèles, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 638, n°1181, renvoyant dans ce sens à Trib. com. Seine, 1er déc. 1933, Annales 1934, p. 136.
[567] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 18, n°18.

a. Ubiquité et exclusivité, l'association

121. Pour certains, l'ubiquité empêche inéluctablement l'exclusivité et interdit donc la propriété.

. Exclusivité impossible

121-1. En droit des biens corporels, l'*usus* confère au propriétaire le pouvoir juridique de se réserver privativement l'usage de la chose. Mais surtout, son *corpus* lui donne le pouvoir matériel d'en interdire tout accès aux tiers. Au contraire, la création, en raison de son ubiquité, semble échapper à toute possibilité de réservation exclusive[568]. « Une fois la publication faite, le contenu des œuvres, leurs idées, les sentiments qu'elles expriment échappent à leurs créateurs et deviennent communs à tous »[569]. Dès que les créations sont portées à la connaissance des tiers, elles échappent pour toujours à la maîtrise de leur créateur. L'ubiquité implique un usage partagé et simultané par tous ceux qui en prennent connaissance. Il en va ainsi de l'œuvre publiée, de l'invention divulguée, de la marque exploitée, du dessin ou modèle appliqué. Ils pénètrent la conscience de ceux qui en prennent connaissance, de sorte que le créateur perd le pouvoir matériel d'en exclure qui que ce soit, mais sans pour autant être privé de sa propre jouissance. Ils existent dans l'esprit de – et appartiennent à – tous ceux qui y ont un accès intellectuel. Et, conséquence de cette ubiquité, la création ne peut naturellement pas être l'objet d'une jouissance exclusive identique à celle d'un objet corporel. Il est concrètement impossible au créateur de prétendre en jouir seul alors que tous en ont désormais un usage irréversible. La jouissance exclusive qui autorise un propriétaire classique à interdire ou contrôler toute forme d'usage de son bien est ici inconcevable.

C'est le constat de très nombreux auteurs, des plus anciens aux plus récents[570]. En droit d'auteur, Le Chapelier insistait déjà sur cette particularité des œuvres de l'esprit : « lorsqu'un

---

[568] Notamment P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, RTDCiv. 1935, p. 281. ; S. ALMA-DELETTRE, *Marque : nature juridique du droit*, Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz 2004, p. 348 ; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Recueil Sirey, 1954, vol. 1, p. 14, n°4.

[569] G. MICHAELIDES-NOUAROS, *Le droit moral de l'auteur, Etude de droit français, de droit comparé et de droit international*, Paris, 1935, p. 35, n°15, cité par B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PU Aix-Marseille, 2006, p. 35, n°42, note 85.

[570] A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux arts,* t. 1, Paris, 1838, p. 448 ; P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, préc., p. 281 ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur, droit français*, Dalloz, 1e éd., 1950, n°232, p. 273 ; P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 234-256 ; M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, Thèse, Litec, Collection du CEIPI, 1977, p. 240, n°256 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, Mélanges A.

auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au public, qui s'en empare quand ils sont bons, qui les lit, qui les apprend, qui les répète, qui s'en pénètre et qui en fait sa propriété ». L'analyse est aujourd'hui largement admise : « il semble indéniable que l'auteur est en principe privé de l'exclusivité de l'*usus*. Du fait de la divulgation, il perd l'usage exclusif de l'œuvre, car si l'utilisation d'une chose corporelle est unique, celle d'une œuvre est par nature ubiquitaire. Il est vrai qu'avant la divulgation de sa création, l'auteur est bien le seul à pouvoir user de sa « chose », en ce sens que personne d'autre que le créateur n'a connaissance de l'œuvre, et ne saurait par conséquent l' « utiliser ». Une fois l'œuvre divulguée, l'*usus* exclusif disparaît toutefois irrémédiablement, et ne saurait être transmis en propre à quiconque. (…) c'est par nature qu'une œuvre de l'esprit est insusceptible d'usage exclusif »[571]. Et ce qui est vrai du droit d'auteur vaut également pour toutes les autres créations[572], notamment pour les inventions : « si l'exclusivisme de la propriété est dans la nature des choses lorsqu'il s'agit de biens matériels, il n'en est point du tout ainsi lorsqu'il s'agit de biens immatériels. On ne peut pas être deux à la fois à posséder un champ cela tient à ce que Cauwès appelait le défaut d'ubiquité de la matière, au contraire, on peut être dix à exploiter en même temps une invention »[573].

. Propriété impossible

121-2. De cette ubiquité, certains auteurs tirent une conclusion radicale. Pour eux, l'*usus* exclusif étant nécessaire à la propriété, l'absence du premier suffit à la négation de la seconde et le partage de l'usage ne peut être excusé. L'ubiquité et sa conséquence, l'*usus* non-exclusif, forment un obstacle infranchissable sur le chemin de la propriété.

En effet, « (l)a notion de propriété n'est pas tenable pour une production immatérielle reproductible, du fait de la défaillance du droit d'exclure : on peut disposer de tous les droits sur son œuvre, mais si elle existe en plusieurs exemplaires, on est privé du droit d'exclure, on ne peut interdire à d'autres d'en jouir »[574]. Ou encore « (l)e droit de propriété est l'attribution exclusive d'une chose à une personne. L'existence de ce droit suppose que la chose qui en fait l'objet est de telle nature qu'elle ne peut pas appartenir en même temps à plusieurs personnes

Colomer, Litec, 1993, p. 287 ; S. ALMA-DELETTRE, *Marque : nature juridique du droit*, préc., p. 348 ; B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 35, n°42, note 84 ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009, p. 278, n°405 et 406.

[571] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 267, n°389. Dans le même sens, P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, préc., p. 280.

[572] Par exemple, en droit des marques, S. ALMA-DELETTRE, *Marque : nature juridique du droit*, préc., p. 348.

[573] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, préc., vol. 1, p. 98, n°21.

[574] T. PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, 2002, p. 109.

tout en profitant pour la totalité à chacune. C'est le cas pour la plupart des choses immatérielles »[575], puisque leur ubiquité signifie que tous peuvent en user et se les approprier par l'esprit simultanément sans que le créateur en soit pour autant privé.

Pour un autre auteur, ce ne sont pas seulement les créations, mais plus généralement toutes les informations qui, ayant le don d'ubiquité, échappent à l'exclusivité de leur titulaire et sont donc insuceptibles d'une véritable propriété au sens classique. Il trouve argument dans la jurisprudence : « Pour évoquer les obstacles rencontrés par l'adaptation analogique des concepts juridiques, le plus simple est de partir de l'exemple désormais classique du vol et du recel d'informations. (…) L'information est dotée d'ubiquité, ce qui n'est pas le cas d'autres réalités immatérielles telles que les créances, par exemple. Si une personne recopie sur son ordinateur le contenu d'une disquette appartenant à une autre personne, ce contenu informationnel présentera la particularité d'exister identiquement en deux endroits à la fois, sans avoir fait l'objet d'une véritable soustraction. Or, cette ubiquité ne pose pas seulement problème au droit pénal. Elle oblige aussi le civiliste à repenser les droits subjectifs sur l'information en prenant pour acquis que plusieurs personnes peuvent être titulaires de droits concurrents et légitimes sur le même objet. Il conviendra de concilier, par exemple, le droit du détenteur d'une banque de données et le droit de la personne objet de l'information, ou encore le droit de l'individu sur son information génétique et le droit du chercheur ayant fait une découverte sur ce matériel génétique. D'un point de vue théorique, il faudra donc se demander s'il est véritablement possible de ramener le droit sur l'information à une figure connue telle que le droit de propriété, alors notamment que le propre de l'information est de se dérober au caractère exclusif de l'appropriation »[576].

En bref, pour une partie de la doctrine, l'ubiquité interdit la propriété, droit nécessairement exclusif. Ici, cette particularité des créations ne conduit pas à asseoir l'analyse en droit exclusif, mais à la condamner.

b. Ubiquité et exclusivité, la dissociation

122. Pour la majorité cependant, l'ubiquité fait partie des arguments qui permettent d'asseoir encore un peu plus le postulat d'un droit exclusif du créateur. En effet, et contre toute attente, ubiquité et exclusivité ne sont pas incompatibles. Quant à nous, nous les rejoignons dans cette

[575] PLANIOL, I, n°379, cité par F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 66, n°39.
[576] P. CATALA, *La propriété de l'information*, in Mélanges Raynaud, Dalloz, 1985, p. 112, n°35. Dans le même sens, J. AUDIER, *Propriété, Droit d'accession*, Jurisclasseur civil, fasc. 80, 1998, p. 8, n°33.

analyse : l'ubiquité n'interdit pas l'exclusivité. Mais nous restons réservée sur la conséquence que l'on peut tirer de cet argument : il reste à déterminer si le degré d'exclusivité qui résulte de cette dissociation suffit à faire un propriétaire.

. Exclusivité possible

123. D'abord, nous voulons rappeler rapidement que l'ubiquité et sa conséquence – la propagation inexorable de la création – ne sont pas une fatalité pour le créateur. En effet, il peut parfaitement maîtriser cette ubiquité, en gardant sa création secrète. Mais il faut reconnaître qu'il s'agit alors d'hypothèses marginales qui, malgré l'exclusivisme dont bénéficie le créateur, présentent pour lui bien peu d'intérêt. Elles ne sont d'ailleurs que des situations transitoires, parce que l'*usus* d'une création ne peut révéler sa véritable envergure qu'à compter de la divulgation. Et en dehors de ces situations particulières, c'est en échange de la publication de la création que la loi reconnaît au créateur un droit qu'elle appelle propriété, et au titre duquel il est investit notamment du pouvoir d'user de celle-ci.
Surtout, c'est le rapport de cause à effet postulé entre l'ubiquité et l'impossible *usus* exclusif qui est remis en cause en doctrine. Il nous semble en effet que ces deux éléments doivent être dissociés : la propagation inexorable de la création n'interdit pas nécessairement l'*usus* exclusif. Plusieurs arguments concourent dans ce sens.

123-1. Premier argument. D'une part, ce postulat – selon lequel l'*usus* exclusif est impossible – repose à notre sens sur une confusion terminologique : on dit que le créateur partage l'*usus* de la création avec tous ceux qui en prennent connaissance, et chacun ayant simultanément l'*usus* de celle-ci, le créateur n'en a pas l'*usus* exclusif mais partagé. Or, pour nous, le pouvoir du créateur sur sa création doit être soigneusement distingué de celui que détiennent les tiers sur celle-ci : il n'est pas exact d'utiliser un seul et même terme, l'*usus*, pour désigner deux réalités différentes.
L'*usus* est un attribut de la propriété, qui consiste dans un droit, celui pour le propriétaire d'user de la chose de manière exclusive, à titre de propriétaire. Il est donc exact de dire que le créateur a l'*usus* de sa création, et logique de s'interroger sur son exclusivisme. Mais au contraire, les usagers de la création ne détiennent pas le droit d'user de la chose de quelque manière qu'ils choisissent, ils n'ont pas le pouvoir juridiquement sanctionné par le Droit de faire ce qu'ils veulent de la création. Autrement dit, ils n'effectuent pas des actes d'*usus*, ils n'agissent pas comme le ferait un propriétaire. Lorsqu'ils usent de la chose, il ne faut donc

pas parler d'*usus*, car leur pouvoir consiste dans tout autre chose qu'un attribut de la propriété.

Le plus souvent, les tiers usent licitement de la création. Il peut alors s'agir d'un droit personnel que le propriétaire leur a concédé, et qui les autorise à retirer de la chose seulement certaines utilités définies par le contrat (le titulaire d'une licence de brevet ne peut utiliser l'invention que pour les usages définis au contrat, de même que celui qui achète un livre ou paye pour assister à un concert). Ce peut être aussi l'exercice d'une simple faculté concédée par le législateur qui, sans le consentement du créateur, ne constitue pas un droit (les exceptions aux droits de propriété intellectuelle autorisent ponctuellement à user de la création de façon strictement déterminée et encadrée, sans que l'usager prétendre à aucun moment avoir la maîtrise de tous les usages de celle-ci à la manière d'un propriétaire). Il peut également s'agir d'une liberté protégée par la loi (le consommateur a le droit de désigner le produit par l'usage de la marque, mais pas celui de l'utiliser pour désigner un produit qui lui appartiendrait, ou d'exploiter cette marque de quelque manière que ce soit). Dans toutes ces hypothèses, le tiers use sans doute de la création, mais il n'en a pas l'*usus* au sens juridique. Et le fait que tous puissent avoir, simultanément, une forme d'usage de la création ne leur confère pas pour autant l'*usus* de celle-ci. Il faut donc distinguer l'usage des tiers de l'*usus* du créateur.

La différence est encore plus marquée entre le créateur et ceux qui usent indûment d'une création : en accédant à celle-ci contre la volonté du créateur (le vol d'information par exemple), ou en en faisant un usage qui va au-delà de ce qu'autorisent la loi (celui qui prétend invoquer l'exception du cercle de famille lors d'une projection publique) ou le contrat (celui qui prétend copier et commercialiser le CD valablement acquis pour son usage personnel, ou qui exploite l'invention en violation du contrat de licence), le tiers fait un usage illicite de la création, qui appelle la sanction du Droit. Si l'ubiquité lui permet sans doute d'arriver à ses fins, ses actes constituent une forme d'usage qui ne correspond pas à la prérogative juridiquement protégée d'un propriétaire. Le tiers n'a pas l'*usus* de la création.

Au total, seul le pouvoir du créateur correspond à la notion d'*usus*, tandis que les tiers n'exercent que des prérogatives ou des pouvoirs qui peuvent seulement être qualifiés d'usages, licites ou pas. « Cette jouissance de l'œuvre par le public ne saurait rendre tout le monde propriétaire de l'œuvre sortie des mains de l'inventeur »[577]. Le raisonnement dénoncé, posant que la création fait l'objet d'*usus* simultanés et concluant que celui du créateur n'est

[577] BRY, n°740, cité par P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, préc., p. 281, note 1.

pas exclusif, n'est donc pas inéluctable. Dès lors que l'on admet que seul le créateur a l'*usus* de la création, tandis que tous les autres n'en ont que l'usage, l'exclusivisme de cet attribut est à nouveau admissible.

123-2. Deuxième argument. D'autre part, cette distinction entre l'*usus* et les usages de la création trouve un écho dans une autre opposition, celle du Droit et du Fait, qui permet elle aussi de dissocier l'ubiquité et sa conséquence postulée, l'*usus* non-exclusif.

Parce qu'elle a le don d'ubiquité, tous ont accès à la création, sans que personne puisse s'y opposer, et sans que l'accès de l'un empêche celui de l'autre. Mais ceci ressortit du domaine du Fait : dans les faits, la création est disponible pour tous simultanément. Ceci ne signifie pas pour autant que tous ont un droit sur cette création. Ainsi, dans le domaine du Droit, le Fait de l'ubiquité trouve des traductions variées. Premièrement, celui qui admire une oeuvre exposée dans la rue use de cette création, en Fait, mais il n'émet aucune prétention, en Droit, si bien que cet usage ne trouve aucune traduction juridique. Deuxièmement, celui qui lit le livre ou prend le médicament qu'il a acheté use, en Fait, de la création. Il émet une prétention juridique, et son usage trouve sa traduction dans un droit. Mais ce n'est pas l'*usus* qu'il exerce sur la création, de sorte que si, en Fait, son usage peut concurrencer celui du créateur, en Droit en revanche, son pouvoir juridique laisse intact le droit du créateur puisque ce dernier autorise l'usage concurrent. Troisièmement, celui qui copie sans autorisation un modèle pour le commercialiser accomplit un acte de contrefaçon. Son usage empiète en Fait et en Droit sur l'*usus* du créateur, sans qu'il puisse le justifier par un droit. Il encourt donc la sanction du Droit. Quatrièmement, celui qui copie pour son usage personnel le CD d'un ami use lui aussi en Fait de la création, sans pour autant qu'en Droit, le créateur ait consenti. Mais le législateur autorise cet usage par une exception, si bien qu'en Droit, l'*usus* du créateur est effectivement entamé par la loi, mais sans pour autant que le tiers reçoive un pouvoir d'exclure concurrent de celui du créateur.

Au total, il est donc exact de dire qu'en Fait, le créateur partage l'usage de la création avec les tiers, mais il faut souligner qu'en Droit, lui seul, sauf exception, a le droit d'user de la création ou d'autoriser qu'un autre en use également. L'ubiquité est un Fait qui autorise des usages multiples de la création, puisque tout un chacun peut en prendre intellectuellement possession. Mais le Droit canalise cette ubiquité. Les maîtrises matérielles simultanées de la création reçoivent des traductions juridiques variées, et si en Fait, la création semble insusceptible d'une réservation exclusive, en Droit en revanche, les prérogatives juridiques dont elle fait l'objet s'organisent et se combinent de manière à ce qu'un seul puisse prétendre

au pouvoir d'exclure les autres. L'ubiquité des créations leur permet sans doute d'échapper ponctuellement à la maîtrise matérielle de leur titulaire. Mais, à elle seule, elle ne les soustrait pas à la maîtrise juridique que le Droit organise au profit de ce dernier.

Cette analyse dissociée est admise en doctrine. Certains auteurs distinguent ainsi nettement le Fait d'ubiquité et le Droit : « le simple fait matériel que la création soit dotée d'ubiquité ne change rien au Droit, et il est parfaitement possible qu'un seul ait le pouvoir juridique d'en tirer profit, l'accès matériel des autres n'étant rien d'autre qu'une conséquence de sa spécificité incorporelle et ne donnant pas pour autant à lui seul un droit ». « Certes, une oeuvre de l'esprit, par nature ubiquitaire, peut être utilisée par tous, parce qu'on est là dans l'ordre du *fait*. On veut dire par là que, quand bien même le législateur voudrait affirmer le contraire, ses dispositions seraient privées de toute efficacité : c'est un *fait* qu'une oeuvre de l'esprit divulguée peut se répandre dans tous les esprits, sans qu'il soit possible de s'y opposer juridiquement. Au contraire, il revient à l'ordre du *droit* de définir qui est titulaire du droit de reproduction ou de représentation. L'œuvre peut être reproduite ou représentée sans qu'il y ait exercice du droit, sans autorisation (c'est précisément le *fait* de contrefaçon), mais aussi avec une autorisation – qu'elle soit légale (exception) ou conventionnelle (créance sur l'auteur ou sur le titulaire du droit d'exploitation, de façon générale) »[578].

En renfort des juristes, les économistes retiennent également cette lecture. Dans le cadre de l'analyse économique du droit d'auteur, ils commencent par souligner eux aussi la nature particulière des créations, qui tient à leur ubiquité. Ainsi, l'œuvre est « un bien tout à la fois non rival et non exclusif (du moins à l'état premier). Non rival : l'utilisation, la consommation du bien par un agent économique ne retire aucune utilité à ce bien qui peut également être consommé par un autre agent. Un savoir partagé reste un égal savoir et un poème peut être connu par deux personnes sans que l'une ou l'autre en pâtisse. Non exclusif : c'est, dit la théorie économique, le bien dont on ne peut exclure aucun usager potentiel, dont on ne peut empêcher la consommation en lui faisant payer un prix. Tel est le cas de l'éclairage public souvent donné en exemple, de l'information livrée au public ou (revenons à notre matière) du morceau de musique lancé sur les ondes »[579]. Au total, l'ubiquité des créations, parce qu'elle en fait des biens non rivaux et non exclusifs, leur prête des qualités qui interdisent d'en exclure les tiers. Mais les économistes ne se laissent pas arrêter par ce constat. Ils soulignent au contraire que si la création est un bien par nature non exclusif, l'intervention du législateur conduit cependant à inverser la proposition. En effet, le droit pose « une barrière artificielle

[578] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 311 et s., n°455 et s.
[579] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 6, n°4.

pour rendre le bien exclusif. Sans doute tout un chacun peut toujours écouter ou interpréter le même morceau de musique mais, avec l'instauration du droit d'auteur, l'utilisation *licite* de l'œuvre est conditionnée à l'acquittement d'un droit. Ainsi le droit au sens d'instance juridique n'intervient pas pour saisir une valeur préexistante mais *crée cette valeur* en permettant de faire de l'objet immatériel un objet d'échange »[580].

123-3. Troisième argument. Enfin, un autre argument conduit également à la dissociation recherchée. Il s'agit de faire un parallèle entre les biens corporels et les créations. L'idée est la suivante : l'ubiquité n'est, à elle seule, ni suffisante, ni même nécessaire pour qu'un propriétaire soit privé de son *usus* exclusif.

Elle n'est pas suffisante, on vient de le voir, puisqu'elle appartient au domaine du Fait et que le Droit parvient à contourner cet obstacle en instaurant une barrière juridique artificielle.

Elle n'est pas nécessaire : alors que les biens corporels ne sont pas dotés d'ubiquité, leur usage peut parfois être partagé, mais sans pour autant que leur *usus* devienne non-exclusif. Autrement dit, l'ubiquité est un caractère spécifique des créations qui empêche leur usage exclusif en Fait mais laisse leur *usus* exclusif possible en Droit. Et de la même manière, d'autres biens peuvent présenter des caractéristiques propres qui, comme l'ubiquité, produisent en Fait une conséquence identique que le Droit parvient également à surmonter. L'ubiquité n'est pas la seule particularité qui peut empêcher un bien d'être, en Fait, exclusif. Elle n'est pas non plus le seul obstacle que le Droit parvient à surmonter pour restaurer l'exclusivité juridique sur le bien.

Il suffit de prendre des exemples pour s'en convaincre. C'est d'une part le propriétaire du bien corporel lui-même qui écarte parfois son exclusivité de Fait : les fonds de terre n'ont pas le don d'ubiquité, et pourtant le titulaire d'une servitude de passage ou de vue interdit en Fait l'exclusivité d'usage du propriétaire du fonds servant. Il en va de même pour le propriétaire d'un terrain de camping qui loue des emplacements : plusieurs personnes usent en Fait du terrain de manière concurrente. C'est d'autre part la nature même de certains biens corporels qui empêche l'exclusivité de Fait. Il en va ainsi pour « de nombreux biens corporels dont le maître ne peut matériellement se réserver l'usage intellectuel. Le propriétaire d'un terrain ou d'une habitation ne peut guère s'opposer à ce que d'autres individus en aient la jouissance esthétique, par exemple »[581]. Il ne peut pas non plus empêcher son voisin d'écouter le chant

[580] *Ibidem.*
[581] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 273, n°249.

des tourterelles qui nichent dans son jardin, de respirer l'odeur des gâteaux qu'il confectionne, ou de caresser son chat s'il s'aventure chez lui.

Pourtant, l'on n'en tire pas les conséquences dramatiques que nous dénonçons à propos des créations : « (n)ul n'a jamais songé à soutenir que le propriétaire d'un jardin sur rue est dépourvu d'*usus* parce que les passants peuvent le regarder »[582]. Dit-on de celui qui bénéficie d'une servitude de passage ou de vue qu'il détient un *usus* concurrent de celui du propriétaire du fonds servant, privant d'exclusivité l'*usus* de ce dernier, et – pourquoi pas – disqualifiant sa propriété ? Privé d'exclusivité en Fait, le propriétaire du bien corporel en a sans conteste l'exclusivité juridique, et la nature de son droit n'est pas remis en cause. La situation est la même en matière de créations, alors pourtant que le débat qui fait rage en propriété intellectuelle fait étrangement défaut en matière corporelle. La distinction du Droit et du Fait, ou celle de l'*usus* juridique et de l'usage matériel, doivent donc conduire à écarter l'obstacle de l'ubiquité : elle ne produit pas la conséquence que l'on prétend lui attacher, l'*usus* non-exclusif.

. Propriété possible

123-4. Rappelons-le, la doctrine postule que le droit sur les créations est exclusif. Elle parvient à écarter l'obstacle de l'ubiquité, et même mieux que cela : elle s'appuie sur cette particularité des créations pour justifier le partage des usages de la création, tout en parvenant grâce à la distinction du Fait et du Droit à maintenir que le droit sur la création reste exclusif. La doctrine fait paradoxalement de l'ubiquité un nouvel argument à l'appui du postulat précité. Les usages partagés, au lieu d'empiéter sur l'*usus* exclusif, trouvent une légitimité dans l'ubiquité des créations. Et faute d'être conçus comme des entorses à l'*usus* exclusif, ils autorisent la doctrine à prétendre que seul l'accès juridique à la création appartient naturellement au créateur. Par suite, il redevient possible de soutenir que le droit du créateur est exclusif. Et ceci autorise alors à qualifier le créateur de propriétaire.

Pourtant, nous ne pouvons souscrire entièrement à cette analyse. Sans doute, nous ne songeons pas à nier l'ubiquité des créations, donnée incontournable de la Nature, ni le fait incontestable qu'il est impossible au créateur de se réserver tous les usages de sa création. Mais nous sommes réservée à l'égard de l'analyse qui consiste à y lire le signe d'un *usus* non-exclusif, parce qu'il s'agit alors d'une confusion que nous avons relevée.

[582] J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., t. 1, p. 12, n°11.

Nous nous joignons à ceux qui, prenant acte de cette ubiquité, distinguent le partage concret des usages de la création, et sa réservation juridique. Pour nous, si les créations peuvent être utilisées par tous, elles ne peuvent être objet d'un *usus* juridique qu'au profit d'un seul. Sans doute, le créateur ne peut matériellement empêcher tous ces usages concurrents, puisqu'au contraire du propriétaire d'une chose corporelle, il ne peut physiquement s'interposer. Pour autant, il reçoit du Droit le pouvoir de les contrôler juridiquement. Passant outre les données de la nature, la loi organise en effet la réservation juridique des créations au profit du seul créateur, lui conférant le pouvoir exclusif d'user de la création et d'exclure ou d'autoriser tout usage concurrent.

Pourtant, nous ne rallions cette analyse que dans la stricte mesure où elle établit une distinction entre les usages partagés en Fait et l'*usus* en Droit. En revanche, la plupart des auteurs prolongent généralement cette dissociation en postulant que cet *usus* est exclusif, et qu'il suffit à faire du créateur un propriétaire, arguant que cette jouissance juridique exclusive correspond au pouvoir que confère la propriété. Or c'est ici que nous nous arrêtons. Nous ne sommes pas prête à admettre que ce pouvoir juridique du créateur puisse être qualifié d'*usus* exclusif au sens d'attribut classique de la propriété. Nous avons pris la mesure de l'obstacle de l'ubiquité, le cantonnant au domaine qui est le sien, le Fait. Mais justement, nous ne pouvons ignorer que le créateur est privé, à cause de cette ubiquité, d'une partie du pouvoir qui échoit normalement à tout propriétaire, à savoir celui d'interdire tout accès quel qu'il soit à sa chose. Il est impossible de nier que le créateur ne reçoit qu'un pouvoir d'exclure juridiquement, tandis que les données de la Nature lui interdisent d'exclure matériellement les tiers comme peut le faire le propriétaire d'une chose corporelle. Si l'ubiquité doit être ramenée à sa juste place, celle du Fait, elle reste incontournable : en privant le créateur de son exclusivité de Fait, elle entame l'omnipotence de sa maîtrise. A cela, nous ajoutons que la jouissance juridique du créateur – déjà cantonnée par l'ubiquité – n'est au surplus certainement pas aussi exclusive qu'on le prétend : que dire de toutes les exceptions légales et jurisprudentielles examinées plus haut ? Au total, il est possible de dépasser l'obstacle de l'ubiquité, mais il nous semble prématuré de conclure à la jouissance exclusive du créateur, et encore bien davantage à la qualification de propriété.

D'ailleurs, certains auteurs établissent cette dissociation du partage de Fait et de l'exclusivité de Droit, et postulent donc que le créateur détient le droit exclusif d'exploiter sa création, mais sans pour autant conclure à sa propriété. C'est le cas de P. Roubier, pour qui « à partir du moment où le secret de la création est brisé, il n'est plus exact que l'auteur conserve la maîtrise de fait sur son oeuvre ; il conserve, et seulement grâce au monopole que lui concède

la loi, un pouvoir de droit. (…) A partir du moment où l'auteur a livré son oeuvre au public, il n'a plus d'autre pouvoir sur elle que celui que le législateur lui a concédé. En d'autres termes, ce n'est pas parce que l'auteur est maître de son oeuvre vis-à-vis du public qu'il a un droit de monopole ; c'est parce qu'il a un droit de monopole, et seulement dans les limites de ce droit, qu'il conserve encore un pouvoir sur son œuvre, à partir du moment où elle a été lancée dans le public »[583]. Si le lien entre ubiquité et *usus* non-exclusif n'est pas inéluctable, celui entre droit d'exploitation exclusif et propriété ne l'est donc pas non plus.

En tout état de cause, quant à nous, avant de conclure sur la nature du droit du créateur, propriété pour les uns, monopole pour d'autres, nous voulons d'abord conclure sur l'exclusivisme de ce droit. Et pour l'instant, nous ne sommes pas encore convaincue. D'autres arguments sont présentés par la doctrine, qu'il nous faut examiner.

5. Tentative de légitimation

124. Cinquièmement, la doctrine propose des arguments qui établissent la nécessité et la légitimité des concessions du créateur, de sorte que les usages concurrents qu'il est contraint de supporter ne semblent finalement pas lui retirer une partie de l'*usus* à laquelle il devrait pouvoir prétendre, mais plutôt consacrer un partage équitable et réserver au créateur un *usus* exclusif dans la mesure de son périmètre amoindri. Elle trouve ces arguments dans la nature du droit de propriété, dont elle postule qu'il appréhende les créations autant que les biens corporels. Ce faisant, elle met en lumière des aspects modernes de la propriété et prétend qu'ils épousent les biens corporels autant qu'incorporels.

125. La propriété comme droit subjectif. La propriété n'est pas une liberté, pas plus qu'elle n'est *Le* droit subjectif. Elle n'est pas au-dessus des lois, elle n'est qu'un droit subjectif parmi d'autres.

En 1789, la propriété est sacralisée, conçue comme absolue. Elle confère au propriétaire un pouvoir souverain et illimité. Mais cette conception n'est pas tenable. « La propriété tire de son caractère illimité une dimension intrinsèquement excessive voire irréaliste ; sa nature privative serait la négation de l'existence collective si elle n'était aménagée. Ceci explique l'importance des limitations que les autorités législative et réglementaire lui imposent et des tempéraments que la sagesse des tribunaux lui apporte »[584]. A rebours de l'esprit

[583] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, préc., vol. 1, p. 90, n°20.
[584] F. ZENATI, *Du droit de reproduire les biens*, Dalloz 2004, chr. 962, p. 967.

individualiste qui dessine la propriété du Code civil, la loi et la jurisprudence en font donc un droit relatif : la loi autorise de nombreuses entorses au domaine réservé du propriétaire, et le juge sanctionne l'exercice abusif de son droit. On en trouve une illustration récente à propos de l'image du bien corporel : « (i)l serait (...) excessif que l'omnipotence du propriétaire puisse s'exercer sur toutes les émanations, perceptibles par les sens, de son bien (images, odeurs, bruits, etc.). Limiter ainsi le droit de propriété permet d'assurer sa pérennité ! »[585]. Déchue de son piédestal, la propriété se voit assigner une place plus humble dans le système juridique.

126. La propriété comme droit fonction. Simple droit subjectif parmi d'autres, la propriété n'est pas un pouvoir naturel et sans limites, mais une concession de l'Etat à l'individu, au domaine strictement défini. « Le droit de propriété change (...) peu à peu de physionomie : symbole incontestable de l'individualisme juridique, il acquiert une fonction sociale. L'intérêt commun peut alors justifier des restrictions à son exercice. Cette conception, développée en doctrine par Duguit, attribue une double fonction au droit de propriété : ce dernier ne se contente plus de servir uniquement les intérêts du propriétaire, il peut aussi être mis au service de ceux de la collectivité »[586].

Sans doute, certains auteurs soulignent que s'interroger sur la fonction de la propriété semble relever du contresens. « En effet, parce que le droit de propriété unit la chose à la personne, et permet à la personne de se mirer d'une façon proprement narcissique dans la chose, le droit de propriété n'a pas d'autre objet que de jouir de lui-même. Le droit de propriété est sans fonction, sauf celle, merveilleuse, de faire de la chose le miroir de l'être, introduisant ainsi à la jouissance de la contemplation. On ne jouit pas d'un usage de la chose mais de la contemplation de soi-même »[587]. Ces auteurs considèrent que la propriété n'a pas à être utile, elle n'a pas à se traduire par un bénéfice économique pour la société qui l'organise. « Le droit de propriété peut ne se traduire par aucune utilité… L'utilité est pour la propriété ce que le bonheur est pour la vertu : ce qui vient en surcroît, mais ne définit ni ne conditionne »[588].

Pourtant, ces mêmes auteurs reconnaissent que c'est le mouvement inverse qui se dessine actuellement : « aujourd'hui, le droit de propriété s'est finalisé et relativisé. Le droit de

[585] C. CARON, *Le droit à l'image des biens : le propriétaire peut s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal*, JCP 2004.II.10085.
[586] B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Thèse, Defrénois, t. 33, 2008, p. 17, n°20.
[587] M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRE-FORNACCIARI, *Quelques remarques sur le droit de propriété*, dans *Vocabulaire Fondamental du Droit*, A. P. D. 1990, t. 35, p. 241.
[588] M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRE-FORNACCIARI, *Quelques remarques sur le droit de propriété*, préc., p. 242.

propriété se détourne de la personne, ne participe plus de l'autonomie de cette dernière, et, dans un mouvement de mauvaise abstraction, tombe dans la contingence des faits socio-économiques »[589]. Affectée d'une fonction sociale, la propriété ne confère donc plus à son titulaire la totalité des utilités actuelles et potentielles de sa chose, mais seulement celles qui se conforment à la finalité que le Droit lui assigne. Ainsi, l'idée classique d'une propriété tournée vers elle-même, autorisant le propriétaire à priver la société d'un bien dans son seul et « égoïste » intérêt, est désormais dépassée. Au contraire, la propriété aujourd'hui se détourne de la seule satisfaction du propriétaire pour aspirer à un but plus noble. Véritable outil du Droit au service de la société au sens large, son contenu s'adapte en conséquence, et l'*usus* du propriétaire n'est exclusif que dans la mesure où il ne contredit pas cette fonction. En bref, la propriété n'est plus le droit absolu qu'on proclamait en 1804, mais un droit seulement relatif, dont l'exercice tend « au respect d'autres droits que l'on qualifiait jadis de libertés publiques, comme la liberté d'information ou la liberté individuelle »[590].

Cette évolution est encore plus marquée en matière de propriétés intellectuelles. Déjà, les lois révolutionnaires dessinaient le domaine de l'auteur ou de l'inventeur dans cet esprit, et le législateur contemporain fait de même : le droit conféré au créateur se voit expressément assigner une fonction sociale, qui dicte ses contours. En effet, les propriétés intellectuelles ne se concentrent pas uniquement sur le créateur, la finalité de leur intervention est bien plus large. Il s'agit d'encourager la création et de favoriser sa dissémination, pour ce qu'elle apporte de richesses et de progrès à la société considérée dans son entier[591]. Et si les lois françaises ne le proclament pas expressément, les textes internationaux et les lois américaines l'affirment sans détour.

En conséquence, ici plus qu'ailleurs, le pouvoir du propriétaire n'est que le résultat d'un compromis entre son intérêt et ceux de la collectivité. Le Code de la propriété intellectuelle en fait de nombreuses applications, à travers les exceptions au droit d'auteur ou celles au droit de brevet. De manière générale, dès que l'intérêt du créateur s'oppose à celui de la société, les exceptions au droit exclusif sont l'outil qui permet de freiner ce droit du créateur au profit des tiers. Loin d'être indésirables, les entorses au droit exclusif sont donc au contraire l'expression d'un intérêt légitime. Le partage imposé au créateur est empreint de justice et d'équité.

---

[589] *Ibidem*.
[590] B. MAGERAND, *L'image des biens*, RRJ 2004, p. 160.
[591] Dans ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Droit civil, Propriété littéraire et artistique*, 1999, préc., p. 294, n°194.

127. La propriété comme droit réel. De plus, c'est à propos des propriétés intellectuelles que la doctrine met en avant la nature particulière du droit de propriété et sa place dans le droit des biens : la propriété est un droit réel. C'est le droit patrimonial par excellence, qui confère essentiellement des prérogatives pécuniaires. Il réserve au propriétaire, mais surtout au créateur, les seules utilités économiques de sa chose. Au contraire, il laisse en libre accès les utilités intellectuelles des créations.

La doctrine le rappelle à propos de la propriété en général : « la propriété est un droit de nature économique, et par conséquent, patrimoniale »[592]. Elle se réjouit d'ailleurs que le juge en fasse application en matière d'image du bien : la solution fait « une juste part à la propriété et à la liberté »[593]. En effet, le droit de jouissance n'est qu'un attribut de la propriété privée, et « (u)n tel fondement porte en lui sa mesure. Le droit de jouissance n'est affecté que si le tiers tire un profit économique de l'image du bien (…). L'exclusion spécifique d'une exploitation mercantile laisse le champ libre aux reproductions qui ne le sont pas (…)»[594].

Et en matière de créations, cette idée épouse parfaitement les contours de la distinction entre les usages libres et les usages exclusifs, à laquelle elle confère donc encore davantage de légitimité. « Les pouvoirs conférés au titulaire des droits sont d'ordre économique, celui-ci doit en effet partager avec le public l'usage intellectuel de sa chose (…). Pour autant ces tiers ne pourront pas tirer de profit pécuniaire de ces connaissances, de ces informations : cela est et reste le bénéfice exclusif de leur propriétaire. C'est pourquoi la liberté de l'usage intellectuel ne suffit pas à disqualifier les droits en question : la famille des droits réels étant en effet toute entière tournée vers les seules « utilités économiques » de la chose »[595].

128. Bilan. Au total, c'est la nature même de la propriété intellectuelle, droit finalisé à vocation économique, qui oblige à cantonner le pouvoir exclusif du créateur. Non seulement la jouissance partagée de la création n'a rien d'anormale, puisqu'elle est au contraire le prolongement de l'esprit qui préside à l'institution : pas plus qu'en droit commun, les propriétés intellectuelles n'ont vocation à organiser une exclusivité totale. Mais, de plus, cette exclusivité n'est pas celle d'un propriétaire classique car elle est adaptée aux caractères particuliers des créations et surtout à leur vocation marchande. Ainsi, ce que l'on peut voir

[592] S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Thèse, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ 2006, p. 98, n°139.
[593] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, Domat Montchrestien, 13e éd., 2007, p. 74, n°31.
[594] *Ibidem*.
[595] S. ALMA-DELETTRE, *Naissance extraordinaire des droits de propriété intellectuelle*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseilles, 2007, p. 30, citant J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 24e éd., n°164.

comme des entorses au pouvoir du créateur n'est en réalité que la traduction fidèle des finalités particulières de son droit de propriété.

Même les auteurs qui doutent que la propriété des biens corporels soit réellement finalisée l'admettent volontiers pour les biens incorporels : « les droits de propriété intellectuelle présentent la caractéristique d'être des droits finalisés. C'est la raison pour laquelle, à la différence de la propriété traditionnelle qui assure au propriétaire la réservation de l'ensemble des utilités d'une chose, seules certaines d'entre elles sont réservées au titulaire du droit privatif tandis que les autres doivent être partagées avec les tiers. Le *jus prohibendi* reconnu au titulaire du droit de propriété intellectuelle ne concerne donc que certains usages qu'il faut déterminer en considération des fonctions qu'on entend attribuer au droit »[596].

129. Glissement. La physionomie de la propriété en sort complètement bouleversée. Si la propriété corporelle constitue toujours un pilier incontournable et incontesté de notre système juridique, la propriété intellectuelle peine au contraire à trouver sa place en doctrine.

A l'origine, le schéma est pourtant simple. La propriété d'un bien est considérée comme légitime, les entorses qu'elle peut subir ont vocation à rester exceptionnelles. Dans la droite ligne du droit commun de la propriété, on part ainsi d'un principe de jouissance exclusive du créateur assorti d'exceptions plus ou moins nombreuses. On justifie ces exceptions par des considérations d'opportunité, rappelant qu'un compromis est parfois nécessaire entre des intérêts opposés. Mais le rapport de principe à exception reste *a priori* la règle, c'est en tout cas ce que laisse penser la lecture du Code de la propriété intellectuelle. A propos des propriétés littéraires et artistiques, du brevet, des dessins et modèles, ou des marques dans une moindre mesure, il commence toujours par poser le principe d'un droit de propriété exclusif, pour l'assortir ensuite d'entorses qu'il nomme exceptions.

Pourtant, imperceptiblement, on glisse vers un rapport d'égal à égal, pour en arriver à la juxtaposition de deux principes concurrents aux domaines mitoyens, la liberté d'usage des créations disputant désormais la vedette à l'exclusivité du créateur.

Il arrive enfin, de manière paradoxale à notre sens, que le premier de ces principes prenne le pas sur le second dans une hiérarchie qui prend l'exact contre-pied de celle qui présidait à l'origine. Pour un auteur, « (t)ous les droits de Propriété intellectuelle ont en commun de porter sur des objets immatériels (…) et d'instituer un droit exclusif sur ces objets. Ce droit exclusif consiste dans le droit d'exploiter l'objet et d'en autoriser ou d'en interdire

[596] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 250, n°181.

l'exploitation par d'autres agents économiques. En cela, les droits de Propriété intellectuelle apportent des limitations au principe de la liberté du commerce et de l'industrie : la liberté d'action des autres agents s'arrête où commence le droit exclusif. C'est pour cela que l'on doit considérer que la propriété intellectuelle a un caractère exceptionnel, tandis que le domaine public est la règle (…) »[597]. Il faut pourtant nuancer car, même lorsqu'ils conçoivent les propriétés intellectuelles comme des exceptions à la liberté de principe, les auteurs reconnaissent le bien-fondé de ces droits et soulignent que les créateurs méritent bien davantage leur pouvoir exclusif que les propriétaires qui n'ont rien créé. Pourtant, la propriété privée des choses corporelles est rarement remise en cause, tandis que les propriétés intellectuelles font immanquablement l'objet d'une certaine méfiance.

D'autres forcent encore le trait, affichant une certaine hostilité de principe contre ces régimes d'exception : « Quelles considérations, tirées de l'intérêt général, peuvent conduire le législateur à créer des monopoles dans un système économique fondé sur la liberté d'entreprendre ? »[598]. Quelle place reste-t-il ici à la prétention légitime d'un créateur qui veut jouir de sa création de manière exclusive ? Les entorses sont accueillies à bras ouverts et le droit exclusif peine à trouver un fondement. Cette doctrine n'en est plus à minimiser les entorses, à les justifier ou à les excuser. Elle les nie complètement, dans leur nature d'exceptions. Et bien qu'elle ne soit pas majoritaire, cette analyse, par le simple fait qu'elle puisse être défendue en doctrine, montre à quel point les exceptions sont désormais incontournables, et incontestables, en droit des propriétés intellectuelles.

D'ailleurs, la doctrine n'est pas seule à suivre ce chemin. La CJUE l'emprunte elle aussi bien volontiers, à travers la notion de fonction essentielle. En effet, en affectant les droits de propriété intellectuelle d'une ou plusieurs fonctions essentielles, on admet qu'*a contrario*, le droit d'exclure cesse lorsqu'il ne sert plus cette fonction prédéfinie. Or si la première fonction essentielle des droits de propriétés intellectuelles reconnue par la CJUE a généralement été l'exclusivité, l'évolution de la jurisprudence est ensuite venue en ajouter d'autres, spécifiques à chaque type de création, et souvent difficilement réconciliables avec la première. Ainsi par exemple, le droit des marques se voit assigner deux fonctions essentielles : la garantie de l'exclusivité sur la marque pour son titulaire, et aussi la garantie de la provenance du produit pour le consommateur. Et lorsque ces deux intérêts entrent en conflit, la jurisprudence la plus récente tend à faire prévaloir le second sur le premier. On voit bien ici que le droit de marque n'est protégé que dans la limite de sa finalité, et que lorsque celle-ci s'avère incompatible

[597] F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 25, n°48.
[598] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 1, n°2.

avec la prétention exclusiviste du titulaire de la marque, son droit est tout simplement écarté, et son pouvoir partagé. La CJUE le dit clairement : « l'exercice de ce droit doit (…) être réservé aux cas dans lesquels l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir au consommateur la provenance du produit »[599]. Parce qu'il est un droit finalisé, le droit de marque ne garantit pas toujours la jouissance exclusive de son titulaire.
Ces remarques valent pour les autres branches de la propriété intellectuelle, et les juridictions nationales adoptent la même approche que la CJUE. Ainsi en va-t-il par exemple du droit de brevet. « Comme la propriété traditionnelle sur les choses, l'exclusivisme de la propriété industrielle est strictement *finalisé*. L'exclusivité n'existe pas en soi, elle est proportionnée à l'intérêt qu'elle présente pour la collectivité »[600].

130. Conclusion. Au total, et de manière parfois paradoxale, l'entreprise de la doctrine est ici couronnée d'un certain succès : elle parvient à convaincre de la légitimité des exceptions au droit exclusif du créateur. L'idée d'un droit fonction, ou d'un droit finalisé, fait admettre que la jouissance exclusive puisse parfois être valablement écartée au profit d'une jouissance partagée. La propriété n'est plus ce droit égoïste qui autorise toutes les exclusions, mais une faveur légale conditionnée par un but ultime. Ce faisant, l'obstacle des limites et exceptions est surmonté : puisque les entorses sont justifiées, elles ne privent pas le créateur d'une chose qu'il était en droit d'attendre mais qu'au contraire il prétendait se réserver de manière illégitime. Et ainsi, sa jouissance – au domaine naturel rétréci – n'est pas réellement entamée, elle peut encore être dite exclusive. On peut ainsi lire que « (l)'exclusivité est strictement proportionnée à la fonction sociale qui est la sienne »[601].

6. Tentative de disqualification

131. Sixièmement, et corrélativement, lorsque les auteurs proposent leur analyse de l'exclusivité du créateur, ils usent d'une méthode de présentation qui, loin de rester cantonnée à une simple question de forme, déborde sur le fond au point d'en venir à remodeler des concepts fondamentaux. Nous l'avons déjà non seulement exposé mais surtout dénoncé. Il s'agit, de manière délibérée ou pas, de travestir les exceptions en limites, de sorte que le

[599] CJUE, 12 novembre 2002, Arsenal, Rec. p. I-10273.
[600] P. GOURDON, *L'exclusivité*, préc., p. 82, n°186.
[601] P. GOURDON, *L'exclusivité*, préc., p. 81, n°185.

domaine naturel du pouvoir du créateur s'en trouve rétréci, et corrélativement mais artificiellement, sa jouissance exclusive renforcée.

Par exemple, un auteur présente les exceptions au droit de brevet prévues par l'article L. 613-5 comme « les actes qui n'entrent pas dans le champ du monopole »[602], et les classe, avec l'épuisement du droit, non pas dans la section 2 relative aux « restrictions légales au monopole » mais dans la section 1 intitulée « la définition du monopole ». Autrement dit, toutes ces exceptions n'en sont pas puisqu'elles ne retirent rien qui reviendrait naturellement au breveté, mais illustrent des actes libres de toute réservation. L'auteur qualifie expressément l'épuisement du droit de « limite(s) résultant de la définition légale du monopole »[603]. Quant aux autres exceptions au droit du breveté, il ne les qualifie pas expressément de limites, mais n'admet pas non plus d'y voir des exceptions.

Pourtant, cet auteur n'ignore pas délibérément et définitivement la catégorie des exceptions, puisqu'il considère *a contrario* que la possession personnelle antérieure et les licences forcées sont « de véritables exceptions au droit exclusif, puisqu'un tiers obtient une licence forcée pour exploiter l'invention sans que le breveté puisse s'y opposer, parce que des considérations d'intérêt général le justifient ou qu'un tiers bénéficie d'un droit de possession personnelle antérieure, la restriction au droit exclusif étant alors fondée sur des considérations d'équité. Ce sont là de véritables brèches légales dans le monopole »[604]. Et ici, l'auteur s'en tient au sens littéral de la qualification d'exception, au point même d'en dramatiser la portée : il en vient à douter du droit exclusif face aux licences légales. Le droit du breveté ne serait plus un droit exclusif, mais un vulgaire « droit à redevance »[605].

Cette valse-hésitation trahit-elle une volonté délibérée de requalifier une situation pourtant légalement définie, ou seulement une incertitude quant à la nature véritable de ces atteintes, que la qualification légale ne suffirait pas à dissiper ? L'auteur adopte la même ambivalence pour les exceptions au droit des dessins et modèles. D'un coté, il ne les intitule même pas exceptions, mais « utilisations non couvertes par le droit exclusif »[606], et prête aux articles L. 513-6 à 8 et 521-7, non pas de poser des exceptions, mais simplement d'exclure du champ du monopole d'exploitation certains actes, qu'il qualifie de « libres »[607]. De l'autre, il souligne que ces « utilisations » autorisées trouvent un écho en droit d'auteur, et précise qu'au

[602] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 310, n°564. Voir aussi T. SUEUR, J. COMBEAU, *Un monument en péril : le système des brevets en Europe*, dans *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 109.
[603] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 328, n°601.
[604] *Ibidem*.
[605] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 334, n°619.
[606] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 597, n°1100.
[607] *Ibidem.*

contraire, l'art L. 122-5 « compte d'autres exceptions au droit d'auteur qui, elles, n'ont pas d'équivalents en droit des dessins et modèles et ne peuvent être transposées par analogie en raison du principe d'interprétation stricte des exceptions »[608]. Il admet donc bien que ces « utilisations » sont des exceptions, mais sans pouvoir se satisfaire de cette qualification. Il a tendance à y voir simplement des actes qui n'appartiennent naturellement pas au créateur.

Sans doute, en renfort de cet auteur, on peut tirer argument de la neutralité de l'article L. 513-6 qui n'utilise pas le terme d'exception mais dispose « Les droits conférés par l'enregistrement d'un dessin ou modèle ne s'exercent pas à l'égard :… ». L'article L 513-7 retient la même formulation, et l'article L. 513-8 : « Les droits conférés (…) ne s'étendent pas aux actes (…) ». Cette dernière formule « ne s'étendent pas » semble bien impliquer que, même aux yeux du législateur, il ne s'agit pas de réduire un domaine par nature illimité, mais au contraire d'étendre limitativement des prérogatives exceptionnelles empiétant sur un domaine libre de principe.

En tout état de cause, cette façon de refaçonner les catégories légales se retrouve sous la plume de nombreux auteurs et dans toutes les branches de la propriété intellectuelle. On en a trouvé de multiples exemples au fil de notre examen détaillé des entorses à la jouissance exclusive du créateur. Et il n'est pas possible de prétendre à l'innocuité de cette démarche pour la balayer d'un revers de la main. Au contraire, il importe de souligner que le choix, stratégique, entre la qualification de limite et d'exception ne touche pas seulement à la forme mais surtout au fond.

Ce même auteur en est d'ailleurs bien conscient, puisqu'il[609] expose par ailleurs très bien les enjeux de ces catégories, et s'il le fait à propos du droit d'auteur, ses remarques peuvent parfaitement être étendues aux autres propriétés intellectuelles. Ainsi, le domaine du droit d'auteur est sans cesse tiraillé entre deux tendances inverses. Les premiers veulent réduire le domaine public au profit du domaine privé de l'auteur. Ils considèrent que tout investissement, toute valeur doit être protégée par un droit privatif. Cela passe par une extension des objets appropriables : « On débouche alors sur une extension de la technique de l'appropriation qui déborde hors de son champ légitime pour couvrir des objets ou des activités, que les critères de la propriété intellectuelle renvoient au domaine public : les idées, les informations, certains savoirs-faires non-brevetables… »[610]. Mais cela passe également par une extension des pouvoirs de l'auteur, par le biais des exceptions strictement encadrées et le

[608] *Ibidem*.
[609] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 36, n°46.
[610] *Ibidem*.

rejet des limites. « Cette « obsession propriétaire » est malsaine, non seulement parce qu'elle restreint abusivement le domaine public, mais aussi parce qu'elle sape les fondements et la légitimité de la propriété intellectuelle, vouée à devenir l'instrument à tout faire des investisseurs en mal de sécurité juridique. Ce qui justifie le droit d'auteur, c'est l'acte de création »[611]. Les seconds veulent étendre le domaine public et réduire les droits privatifs. « L'excès inverse consiste à vouloir réduire le domaine légitime du droit d'auteur (ou de la Propriété industrielle) au profit d'un domaine public, présenté comme le fer de lance des intérêts collectifs, de celui du public, des consommateurs ou de la culture. Or, un tel mouvement profite non au public, mais à l'Etat utilisateur et aux exploitants, déchargés du souci de rémunérer les auteurs et leurs ayants droit et n'a aucune légitimité (…)»[612].
Au total, la coexistence des limites et exceptions est tout sauf pacifique, et le combat loin d'être sans conséquences.

132. Finalement, la doctrine argue pêle-mêle de l'ubiquité des créations, de la légitimité de leur partage, et de la nature patrimoniale et finalisée de la propriété, le tout aux fins d'établir la validité de son postulat, qui, rappelons-le, consiste à dire que le créateur jouit sur sa création d'un droit exclusif, nonobstant les entorses qu'il subit. Et pour achever de convaincre, elle propose une construction qui intègre tous ces arguments et leur confère la cohérence et l'unité qui leur manquait.

B. La synthèse

133. Il s'agit de la distinction désormais classique en matière de propriétés intellectuelles qui oppose l'usage intellectuel – libre – de la création et son usage économique – exclusif –[613]. Il faut d'abord cerner cette construction doctrinale (1) pour l'apprécier (2).

---

[611] *Ibidem.*
[612] *Ibidem.*
[613] Par exemple J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 273, n°249 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 335, n°372 ; A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 28, n°23 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, 16e éd., n°164 ; J.-M. Mousseron et M. Vivant, *Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit*, CDE 1988, p. 3 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 373, n°560 ; J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, préc., p. 252, n°182.

1. La construction

Il faut examiner son contenu (a) et sa place en droit positif (b).

a. Le contenu

134. Elle opère une dichotomie des usages de la création : « (l)eur caractère immatériel permet de dissocier l'accès intellectuel à ces objets – qui reste libre – de l'accès économique, qui est réservé au titulaire du droit »[614].

D'une part, l'usage intellectuel de la création ne peut être exclusif et n'a pas à l'être. En effet, non seulement son ubiquité rend l'exclusivité de l'accès intellectuel impossible mais, en outre, la fonction sociale et la nature patrimoniale de la propriété commandent de proscrire cette exclusivité. Le créateur doit donc partager cet usage avec tous ceux qui ont pris connaissance de sa création.

D'autre part, l'usage économique de la création peut être exclusif et se doit de l'être. C'est la nature de la propriété qui commande de réserver l'exploitation au créateur. Il a donc l'*usus* exclusif de certaines utilités de sa création, celles qui ont une dimension économique. Il est seul à pouvoir valablement en tirer profit, que cela passe par une exploitation personnelle (l'inventeur qui exploite son invention, le créateur qui exploite sa marque), par la conclusion de conventions avec des tiers (les contrats relatifs à la publication, les licences, etc.), ou par l'exercice de l'action en contrefaçon[615]. « Sauf s'il y renonce volontairement, tous les revenus et autres avantages tirés du bien doivent lui échoir (…) »[616].

Au total, l'attribut ainsi redéfini épouse parfaitement les contours des biens incorporels. Et l'on trouve dans cette dichotomie la synthèse de tous les arguments censés justifier les entorses à la jouissance exclusive. On décide que « la liberté de l'usage intellectuel ne suffit pas à disqualifier les droits en question : la famille des droits réels étant en effet toute entière tournée vers les seules « utilités économiques » de la chose »[617]. Cette lecture doctrinale dualiste de l'*usus* produit l'effet escompté : l'obstacle de l'exclusivisme est surmonté. L'*usus*

---

[614] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 2, n°2. Dans le même sens, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, p. 66, n°131.

[615] S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 30.

[616] A. SERIAUX, *Propriété*, préc., p. 7, n°38.

[617] S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 30. Dans le même sens, par exemple, J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 273, n°249.

peut être dit exclusif puisque sa dimension économique l'est effectivement. Peu importe que l'on fasse dire à la distinction l'inverse de ce qu'elle décrit, le résultat est probant.

b. La place en droit positif

135. Sans doute, on ne peut pas affirmer que le législateur entérine cette distinction car, lorsqu'il consacre des entorses au droit exclusif de l'auteur ou de l'inventeur, il les désigne par le terme d'exceptions, si bien qu'on pourrait en déduire que pour lui, le créateur peut par principe jouir exclusivement de tous les usages de sa création, et que les entorses légales lui enlèvent une partie de ce à quoi il a normalement droit. Autrement dit, c'est bien la conception classique d'un droit de propriété illimité que la loi semble plutôt consacrer.
Pourtant, de nombreuses solutions en jurisprudence laissent penser que le juge reprend l'analyse à son compte, et la doctrine fait de cette construction une véritable grille de lecture du droit positif. On en trouve ainsi des consécrations en matière de créations (α), mais également en matière de biens corporels, à propos de l'image du bien (β).

α. Consécrations en matière de créations

136. Lecture des exceptions. Tantôt le législateur pose des exceptions au droit du créateur et dans ce cas, les auteurs choisissent de les analyser en termes de limites, arguant que ces usages sont libres parce qu'ils se bornent à un accès intellectuel qui échappe naturellement à toute réservation privative. On en trouve une illustration en droit d'auteur lorsqu'un auteur dit : « 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 »[618]. D'autres procèdent à la démonstration : « Le critère de mise en œuvre du droit d'exploitation est, dans la loi de 1957, la communication de l'œuvre à un public d'exploitation. *A contrario*, les actes qui n'impliquent pas la communication au public de l'œuvre n'affectent pas le droit d'exploitation. C'est parce qu'il n'y a pas communication à un public que les échanges de programmes entre diffuseurs ne mettent pas en jeu le droit d'exploitation. D'où, un certain nombre de prétendues « exceptions » au droit d'exploitation qui ne font que prendre en compte des hypothèses dans lesquelles le droit n'est pas mis en

[618] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 27, n°25.

jeu. C'est, ainsi, parce que la copie privée à usage non collectif ne réalise pas une communication au public qu'elle est licite sans cession. De manière symétrique, la représentation dans le « cercle de famille » n'affecte pas le droit patrimonial parce que le « cercle de famille » n'est pas un public d'exploitation »[619]. Le recours à la dichotomie est explicite : « de manière plus fondamentale, cette limite rejoint la distinction faite dans l'ensemble de la propriété intellectuelle entre l'usage intellectuel et l'usage économique de la création, seul le second relevant de l'exclusivité du créateur »[620].
Le droit des brevets est également concerné : par exemple, si les actes accomplis à titre expérimental sur une invention échappent à la contrefaçon, c'est parce que : « l'expérimentation ne constitue pas à proprement parler un acte d'exploitation et ne porte pas atteinte par elle-même aux droits du breveté »[621]. Le droit du breveté se limite à un droit d'exploitation, en dehors de laquelle tout acte est autorisé.

137. Lecture des limites. Tantôt le législateur pose les frontières du droit exclusif qu'il consacre, et le juge, avec les encouragements de la doctrine, s'appuie alors sur la construction dénoncée pour cantonner encore un peu plus le pouvoir du créateur. Il en va ainsi en droit d'auteur ou des dessins et modèles à propos de la représentation et de la reproduction accessoires. La loi réserve au créateur toutes les représentations et reproductions de sa création, mais le juge décide que celles qui présentent un caractère accessoire ne peuvent en réalité être qualifiées de représentation ou reproduction au sens des textes, ce qui les soustrait de fait au droit exclusif. C'est également le cas en droit des marques où le principe de spécialité fait l'objet d'une définition par les juridictions internes et communautaires qui réduit encore un peu plus le domaine réservé du créateur.

138. Bilan. Pour résumer, à cette échelle, il ne s'agit plus de cas d'école. Dans toutes ces hypothèses, on devrait conclure à un droit non-exclusif, à une entorse au pouvoir du créateur. Mais l'analyse dualiste de l'*usus* rétablit au contraire cette exclusivité. Envisagées à travers le prisme de cette dichotomie, les exceptions et limites aux droits de propriété intellectuelle en sont présentées comme de véritables consécrations. On relève que l'usage du tiers est le plus souvent dépourvu de finalité commerciale, l'accès purement intellectuel et l'*usus* partagé. On postule qu'il ne s'agit pas d'hypothèses marginales empiétant sur le droit exclusif du créateur,

[619] Ph. GAUDRAT, *Droits des auteurs (...) Droit de représentation*, Jurisclasseur PLA, Fasc. 1242, 203, n°6.
[620] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 373, n°560.
[621] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 394, n°651.

mais de situations normales n'appelant pas d'autre commentaire. On juxtapose, à propos d'une même création, deux sphères d'influence, le créateur et les tiers cohabitant de manière pacifique. On se détourne de ces usages manifestement partagés, pour se concentrer sur ceux qui sont affectés au créateur. La liberté d'accès imprègne les premiers au point qu'on ne s'y arrête même pas. La réservation exclusive des seconds au créateur permet effectivement de dire que son droit est exclusif.

β. Consécration en matière de biens corporels : l'image du bien

139. Pour nous, cette conception dénaturante de la propriété – qui la prétend exclusive en même temps qu'elle la réduit à une peau de chagrin – imprègne également la jurisprudence relative à l'image du bien. Nous renvoyons à la version intégrale pour une étude approfondie[622]. Nous pensons néanmoins qu'il est nécessaire d'en conserver un rapide résumé : la richesse de cette épopée jurisprudentielle permet de mesurer la véritable portée de cette construction doctrinale que nous dénonçons à propos des créations. Il n'est donc pas possible de la passer complètement sous silence.

140. Ici, la dichotomie des usages intellectuels et économiques ne prend pas pour objet un bien incorporel. L'image du bien n'a pas d'existence juridique autonome, elle n'est pas une entité extérieure au bien corporel dont elle se détacherait pour le refléter. Elle est encore moins une création au sens du droit des propriétés littéraires et artistiques, parce qu'elle n'a pas de forme finalisée mais reste au contraire à l'état de simple potentiel[623]. Elle est seulement une dimension, une utilité du bien corporel[624] : « l'image est dans le bien »[625]. Mais elle a un point commun avec les créations, qui conduit à lui appliquer également le prisme des usages intellectuels et économiques : elle a le don d'ubiquité. Elle peut être saisie par tout un chacun sans jamais priver le propriétaire, puisqu'elle reste à son entière disposition. Le juge entreprend donc de fixer le statut juridique de cette « image-apparence »[626] qui reste *dans* le bien corporel, par opposition à l'« image-reproduction » qui accède à l'autonomie en prenant la forme d'une création.

---

[622] Voir la version intégrale n°521 à 538.
[623] Sur la question, voir par exemple J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, *Propriété intellectuelle et droit à l'image*, Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz 2004, n°31, p. 416.
[624] Dans ce sens F. ZENATI, *Du droit de reproduire les biens*, préc., p. 964.
[625] B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, préc., p. 33, n°43.
[626] A la suite de Capitant.

141. Dans un premier temps, aux termes de l'arrêt Gondrée[627], le propriétaire du bien corporel est propriétaire de son bien, en ce compris son image-apparence, mais il n'est pas propriétaire des créations qui s'en inspirent. Quant à son bien, il détient le droit exclusif d'en exploiter l'image, mais seule son exploitation lui est réservée, tandis que l'usage privé est soustrait à sa souveraineté. C'est dire que la propriété du bien corporel s'étend effectivement à son image, utilité parmi d'autres, mais en précisant que le droit du propriétaire sur cette utilité n'est pas exclusif.

Nous lisons dans la jurisprudence Gondrée une transposition de la construction examinée : le propriétaire n'exerce pas tous les pouvoirs sur toutes les dimensions de son bien. Au contraire, le juge aménage une zone de liberté, il ouvre un usage du bien à l'accès intellectuel de tous. Il pose une exception prétorienne à la jouissance exclusive du propriétaire, en la présentant sous les traits de la fameuse distinction des usages gratuits et des usages économiques. Il postule que la propriété peut ne conférer qu'un droit d'exploiter, et que le partage de l'usage ne la disqualifie pas.

Sans doute s'agit-il d'une concession mineure, nécessaire à la vie en société, et qui se fait l'écho des nombreuses concessions consacrées ailleurs par le législateur. Nous ne nions pas sa légitimité, et les arguments présentés en doctrine sont parfois convaincants. Nous voulons simplement mettre en lumière sa nature objective. La construction dualiste fait apparaître cette entorse comme une limite naturelle, laissant croire que le propriétaire n'a naturellement aucun pouvoir d'interdire l'usage privé de cette image. On laisse penser que peu importe un *usus* partagé, tant que le *fructus* reste exclusif. Or, selon nous, sa propriété autorise au contraire à exclure les tiers de n'importe quelle dimension du bien, et cet usage partagé constitue une exception au sens propre.

142. En 2001[628], le juge aggrave encore l'entorse à l'exclusivité du propriétaire. Désormais, celui-ci ne doit plus simplement supporter qu'un tiers puisse capter l'image de son bien pour un usage privé. Il doit également accepter les usages concurrents qui ne portent pas « un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire ». Il est contraint d'accepter une exploitation qui ne lui causerait aucun trouble.

La jouissance exclusive du propriétaire est en net recul. La dichotomie entre les usages libres et la jouissance exclusive est sous-jacente : la frontière entre les usages libres et les usages réservés passe désormais par le trouble certain. Lorsque le propriétaire ne subit aucun trouble,

[627] Civ. 1e, 10 mars 1999, RTDCiv. 1999, p. 866, note F. ZENATI.
[628] Civ. 1e, 2 mai 2001.

le juge considère que l'usage du tiers n'empiète pas sur son domaine réservé : il est naturellement libre. Avec ce critère, le juge oblige le propriétaire à supporter toutes ces jouissances qui ne lui causent pas de préjudice. L'entorse au pouvoir exclusif est patente, et la méthode désormais classique.

Le droit de propriété nous paraît encore une fois malmené. Son exclusivisme est remis en cause, sans doute marginalement puisque seulement à propos d'une utilité secondaire du bien, son image, mais avant tout subrepticement. Et c'est ce point qui nous semble important, car en analysant l'image du bien comme un objet de propriété sans s'arrêter sur les entorses qu'elle subit, la construction examinée prête à la propriété une nature limitée qui nous paraît lui être étrangère.

Sans surprise, cette solution réalise un compromis bien accueilli en doctrine. Elle rétablit la balance entre le propriétaire du bien et le titulaire du droit d'auteur[629]. Si l'on en croit un auteur, elle s'insère parfaitement dans le droit positif qui conçoit désormais la propriété comme un droit relatif et finalisé. Ici encore, l'entorse à la jouissance exclusive du propriétaire se pare de vertus, et paradoxalement conforte l'analyse en termes de propriété au lieu de l'invalider.

143. Pourtant, le cantonnement de la propriété n'est pas encore jugé suffisant par certains. Finalement, le juge opère un revirement complet de jurisprudence en 2004[630] : « attendu que 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 ». Pour protéger l'image du bien, la Cour abandonne le fondement de la propriété. Le propriétaire du bien corporel doit désormais agir sur le fondement de la responsabilité, parce que l'image de son bien ne lui appartient pas. Elle est libre d'usage comme d'exploitation, et le propriétaire corporel peut seulement, comme tout un chacun, se plaindre de ce que cette exploitation lui causerait un préjudice.

Ici, l'image du bien ne fait plus partie des utilités du bien, et ne peut donc être l'objet de cette jouissance exclusive sur laquelle nous nous concentrons. La question de l'image du bien semble donc échapper à notre sujet. Pourtant, en bornant les prétentions du propriétaire au terrain de la responsabilité, le juge ne fait rien d'autre que poser une limite à son droit de propriété : la propriété du bien corporel couvre toutes ses utilités potentielles, sauf son image, dont on pose désormais qu'elle est extérieure à la sphère d'influence légitime du propriétaire.

[629] B. MAGERAND, *L'image des biens*, préc., p. 160.
[630] Cass. A.P. 7 mai 2004, Dalloz 2004, jur. p. 1545, note E. DREYER.

Ce n'est pas qu'elle y soit soustraite, à la manière d'une exception, mais plutôt qu'elle y est naturellement étrangère, à la manière d'une limite. On dresse une frontière artificielle entre le bien corporel et son image, faisant de cette dernière une zone commune et rejetant toute prétention du propriétaire corporel au titre de son droit de propriété.
L'on retrouve ici encore la construction que nous examinons. Cette jurisprudence fait une distinction entre les utilités de la chose qui ont intrinsèquement vocation à être réservées par le propriétaire, et celles qui sont naturellement libres d'accès. Cela revient à décider que la propriété n'est pas le pouvoir souverain de se réserver toutes les utilisations de sa chose, mais le privilège d'exploiter certaines valeurs et pas d'autres. En choisissant cette analyse, le juge coupe court à tout débat sur le pouvoir du propriétaire, et assied la légitimité de sa solution : il est bien plus difficile de contester l'opportunité d'une limite que celle d'une exception, la première s'imposant d'elle-même par la force des choses et la seconde reposant sur la décision arbitraire de l'autorité.

144. Pour résumer, c'est d'abord par le biais d'une sorte d'exception au droit de propriété, puis par celui d'une limite, que le juge distingue entre d'une part les usages gratuits et libres de l'image du bien, et d'autre part les usages économiques réservés au propriétaire de ce bien. Ce faisant, il le prive de sa jouissance exclusive, et entend le domaine naturel de la propriété de façon rétrécie. En limitant son empire aux seules utilités économiques du bien, le juge parvient paradoxalement à donner l'impression que le propriétaire détient sur son bien corporel un pouvoir exclusif.

2. L'appréciation

145. Pour en revenir aux créations, cette construction est donc porteuse : elle signifie que le droit qui les appréhende peut être qualifié de propriété malgré un *usus* non exclusif de certaines de leurs utilités. Ainsi, peu importe dans cette optique que les tiers aient accès à la création autant que le créateur, peu importe qu'il soit impossible pour le créateur de se réserver l'accès intellectuel au bien. Il suffit que cet *usus* partagé soit cantonné aux « utilités gratuites » du bien, c'est-à-dire que les tiers se limitent à une utilisation gratuite de la création, exempte de tout profit pécuniaire pour eux, et aussi de toute perte pour le propriétaire qui garde un *usus* exclusif de toute utilisation non gratuite. Il faut examiner les qualités (a) et les défauts (b) de cette construction.

a. Les qualités

146. Pour son crédit, cette conception moderne de l'*usus* a plusieurs qualités.
Elle peut d'abord se targuer d'une certaine légitimité : si la doctrine prête au législateur et au juge de l'entériner, c'est surtout chez les auteurs que sa reconnaissance est aujourd'hui très large. Son admission n'est d'ailleurs pas neuve, puisqu'elle remonte au 19e siècle[631].
Elle a en outre le mérite de refléter l'évolution de la propriété en général. Elle abandonne la conception obsolète d'un *usus* statique et timide, inadaptée aux biens incorporels mais aussi aux biens corporels de notre époque, parce qu'elle réserve l'usage du bien à la seule satisfaction des besoins immédiats et personnels de son propriétaire. Elle adopte une lecture dynamique, dans laquelle l'*usus* consiste pour le propriétaire à user de sa chose de la manière qu'il juge la plus efficace, ce qui peut toujours se traduire par un usage privatif classique, mais aussi par une véritable exploitation du bien, personnelle ou par le biais de conventions, dans le but d'accroître sa valeur marchande et d'en tirer le profit le plus important.
Elle présente ensuite l'avantage d'une parfaite adéquation avec les spécificités des créations. Leur propension à l'échange marchand trouve un écho dans la catégorie de l'*usus* économique, comme leur vocation irrépressible à circuler dans celle de l'*usus* intellectuel. Cet *usus* moderne parvient à concilier deux aspects *a priori* antagonistes des créations. En cela, il s'avère parfaitement adapté aux biens incorporels : leur valeur appelle sans aucun doute un *usus* exclusif, et leur exploitation doit être réservée à leur créateur. En revanche, leur ubiquité rend leur accès intellectuel difficile à canaliser, et la liberté de leur utilisation gratuite sied à la fois à leur nature évanescente et à leur vocation à l'universalité.
En un mot, l'analyse est opportune, elle est même souhaitable si l'on veut fournir aux biens incorporels un outil juridique efficace, celui de la propriété. Pourtant, nous restons réticente.

b. Les défauts

147. C'est d'abord la méthode (α) que nous contestons : la distinction de l'usage intellectuel et de l'usage économique remodèle les concepts classiques d'*usus* et de *fructus*, au point de les dénaturer. L'esprit (β) nous paraît également critiquable.

[631] M. VIVANT, *Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété…*, Prop.intell., 2007, n°23, p. 198, citant E. LABOULAYE, *Etudes sur la propriété littéraire et artistique en France et en Angleterre*, Paris, 1858, p. XXXVIII.

α. La méthode

. Description de la méthode

148. L'entreprise de dénaturation des attributs de la propriété commence en droit commun des biens corporels. A l'origine pourtant, les catégories de l'*usus* et du *fructus* sont clairement définies et séparées. Le premier a pour objet la chose, il désigne de manière générale toutes les utilisations de la chose elle-même, tandis que le second a pour objet les fruits de cette chose, il désigne de manière particulière non la chose elle-même mais les fruits produits par elle. La seconde catégorie est donc distincte de la première, son domaine est réduit et fait figure d'accessoire face à la généralité de la première.

Mais la doctrine redessine les catégories[632] : elle étend le domaine du *fructus*, y incluant non plus seulement les fruits, mais aussi toutes les utilisations de la chose destinées à produire ces fruits. Son exercice ne consiste plus simplement à recueillir les fruits, mais surtout à mettre en oeuvre tous les moyens propres à produire ces fruits. Elle range ainsi dans le *fructus* les actes du propriétaire telle la location d'un immeuble, l'exploitation d'une machine, la mise en culture d'un champ. Corrélativement, elle réduit le domaine de l'*usus*, qui se résume aux utilisations non productrices de fruits. Son exercice consiste alors seulement dans l'utilisation personnelle de la chose, « (l)'*usus* désigne cette sorte de jouissance qui consiste à retirer personnellement l'utilité que peut procurer par elle-même une chose non productive et non exploitée »[633]. C'est par exemple le fait d'habiter sa maison ou de conduire sa voiture.

Elle adopte en outre une lecture globalisante de ces attributs : elle parle indifféremment d'usage ou de jouissance, et range dans cet attribut à la fois l'*usus* et le *fructus*. Sur ce point, elle peut se réclamer de l'article 544 du Code civil qui réunit en un seul droit de jouissance les traditionnels *usus* et *fructus*. Ainsi, tantôt les auteurs préfèrent le terme d'usage et considèrent que la jouissance au sens étroit n'en est qu'une forme[634], tantôt ils retiennent celui de jouissance, y rangeant l'usage personnel et l'usage économique[635].

---

[632] Nous proposons ici une synthèse des définitions proposées par les auteurs, mais il faut souligner qu'en abandonnant la clarté de la définition romaine, les auteurs ont surtout renoncé à l'unité : il n'y a pas deux définitions identiques et les chevauchements entre les catégories sont fréquents.

[633] J. CARBONNIER, *Les biens*, n°68, cité par S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, préc., p. 93, n°131.

[634] Dans ce sens, notamment C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, Economica, 5e éd. 2006, p. 119, n°221 et suiv. ; F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, 2e éd. PUF, 1997, n°100.

[635] Dans ce sens, G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 69, n°27 et 28.

Enfin, la doctrine combine ces deux approches pour aboutir au résultat suivant : l'usage de la chose peut tout aussi bien consister dans une utilisation personnelle que dans une exploitation commerciale. La jouissance est une seule et même pièce, dotée de deux faces : la première exprime la dimension privée et plutôt classique de la propriété. La seconde exprime sa dimension économique et moderne. Un auteur résume très bien la redistribution des pouvoirs du propriétaire : « L'usage est comme une alternative de la jouissance : mode personnel de la jouissance des biens (au sens large du terme) dont la jouissance (au sens précis) est le mode économique »[636].

Logiquement, cette nouvelle définition des attributs de la propriété est étendue au domaine des propriétés intellectuelles. L'*usus*, réduit à un usage direct et dépourvu de finalité mercantile, caractérise parfaitement l'usage intellectuel des créations, et le *fructus*, droit d'exploiter et de se réserver les fruits du bien, épouse les contours de l'usage économique. La réunion des deux attributs dans la catégorie unique de la jouissance fournit la solution au problème posé par les créations : peu importe que l'*usus* ainsi défini ne soit pas exclusif, puisque le *fructus* l'est. Certaines utilités résistent à l'exclusivisme, mais il suffit que la dimension économique du bien soit réservée au seul usage du créateur. Le second suffit à résumer le tout, et l'on peut affirmer que la jouissance du créateur est exclusive.

. Critique de la méthode

149. Cette méthode nous gêne : pour échapper à l'obstacle de l'impossible *usus*, on lui découvre deux dimensions, l'une privée et l'autre tournée vers le commerce, et l'on décide arbitrairement que le titulaire d'un bien incorporel doit se satisfaire de l'exclusivisme du second, et supporter le partage du premier. Cela permet de maintenir que l'*usus* d'un bien incorporel est, dans une certaine mesure, exclusif. Mais selon nous, la construction ne résiste pas à l'analyse.

149-1. Un faux rapprochement. D'une part, la doctrine persiste à trouver dans cette distinction de l'usage intellectuel et économique un doublon de la distinction entre l'*usus* et le *fructus*, à qui elle emprunterait une part de légitimité. Or, la définition retenue de ces catégories romaines est inexacte, ce qui fragilise forcément la construction qui prétend trouver en elle un certain fondement.

[636] G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 9e éd., Montchrestien, 1999, n°1026. Dans le même sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, p. 1641, n°730.

En effet, nous avons déjà abordé la question, pour souligner que l'*usus* ne doit pas être pris au sens étroit d'usage individuel et matériel d'une chose corporelle, ni le *fructus* au sens large d'usage économique. L'*usus* consiste dans le droit pour le propriétaire d'utiliser la chose, et ceci peut se manifester par des actes matériels, individuels et privés, mais également par des transactions plaçant le bien dans le circuit commercial et visant à exploiter son potentiel frugifère. Il s'agit toujours de formes d'usage, d'*usus*. Quant au *fructus*, il consiste seulement dans le droit aux fruits, il réunit donc les seuls actes du créateur qui recueille ces derniers. Mais il exclut les actes propres à leur production, autrement dit les actes d'exploitation de la création, qui ne sont rien d'autre que des actes d'*usus*.

Cette définition classique de l'*usus* et du *fructus* est parfaitement compatible avec les pouvoirs du créateur. « L'*usus* lui permet d'exploiter la chose en exclusivité ou de la mettre à la disposition d'un tiers, le *fructus* de tirer profit de l'exploitation de la chose, soit directement, soit en accordant moyennant rémunération des autorisations d'exploitation, appelées licences, et l'*abusus* de disposer de son droit soit par sa transmission à un tiers, à titre onéreux ou gratuit, soit par une renonciation, expresse ou tacite, qui le fait disparaître (non-renouvellement de la protection, défaut de paiement des annuités) »[637].

D'ailleurs, le législateur ne semble pas ignorer cette répartition. A propos du logiciel, il abandonne les termes « droit de reproduction et de représentation » pour celui, plus générique, d'« utilisation ». Cela fait selon nous bien davantage référence à l'*usus* qu'au *fructus*, et cela revient à dire que l'utilisation – l'usage, l'*usus* – d'un logiciel regroupe toutes les formes d'exploitation, à savoir les droits de reproduction et de représentation. Le *fructus* ne correspond plus ici à l'exploitation de la création, il est ramené à la perception des fruits.

Dès lors, la frontière entre l'*usus* et le *fructus* n'est plus celle qui sépare l'usage intellectuel et l'usage économique. Or, c'était précisément dans ce parallélisme postulé que la construction prétendait trouver sa légitimité. En effet, comment mieux asseoir la distinction entre usage intellectuel et usage économique qu'en renvoyant aux catégories romaines, ou au moins à celles de 1804 ? Il est plus facile d'affirmer que l'usage intellectuel est par nature libre de toute réservation tandis que le créateur peut se réserver l'exclusivité du seul usage économique, lorsque l'on tire cette dichotomie de l'histoire du Droit. Comment contester qu'il existerait une catégorie particulière réunissant des actes d'*usus* formant un ensemble cohérent lorsque l'on argue que son existence et sa définition remontent à l'époque romaine ? Par suite, il est d'autant plus facile de prétendre que, par sa nature spécifique, elle appelle un

[637] J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, préc., p. 12, n°11.

régime particulier. Sans doute le droit romain et le Code civil n'attachent-ils pas à la distinction *usus-fructus* la conséquence que la doctrine lui attache en matière de créations, à savoir la liberté versus l'exclusivité, puisqu'au contraire l'exclusivité caractérise aussi bien les deux catégories. Mais il reste qu'indéniablement, l'ancienneté de la distinction facilite son admission en droit positif, fut-ce dans des termes quelque peu modernisés. Une fois le cadre de la dichotomie posé sur une base aussi incontestable, la doctrine rencontre d'autant moins de résistance lorsqu'elle choisit d'y attacher des conséquences que la logique devrait réfuter.

Mais dès lors que l'on invalide le parallélisme entre les deux distinctions, l'aura de la première ne rejaillit plus sur la seconde. Sans légitimité historique, la distinction de l'usage intellectuel et économique peine à s'imposer. Il devient plus difficile de soutenir que l'usage intellectuel regrouperait des actes accomplis par des tiers sur une création, formant un ensemble cohérent échappant par sa nature intrinsèque à toute prétention exclusiviste. Au sens classique, l'*usus* réunit les usages intellectuels autant que les usages économiques, tandis que le *fructus* rassemble les fruits de ces usages économiques. La corrélation entre les catégories est rompue.

Si l'on ne peut plus trouver dans l'*usus* le « parent » de cet usage intellectuel censé réunir des actes aux particularités à la fois identiques et distinctes de toute autre forme d'usage, il devient alors contestable de prétendre que le régime qui leur est attaché, exactement inverse à ce que le droit de propriété devrait commander, découle de la logique et s'impose naturellement. On est alors conduit à reconnaître que les actes de jouissance des tiers que le droit positif fait ponctuellement échapper au pouvoir du créateur ne sont pas libres par nature mais seulement par décision du Droit. Il n'existe pas une catégorie « naturelle » d'actes d'usage intellectuel qui serait intrinsèquement soustraite à toute maîtrise privée et resterait pour toujours en libre accès. C'est l'intervention du Droit qui désigne certains usages comme publics, et la frontière n'a, selon nous, aucun rapport avec la nature des créations ainsi mises de côté.

Faute de s'imposer comme une donnée de la Nature, ou de l'histoire, il est donc parfaitement possible de contester cette distinction et la conséquence qu'on y attache. Les actes d'usage intellectuel ne sont pas le doublon des actes d'*usus*, et la distinction des usages intellectuels et économiques apparaît finalement pour ce qu'elle est : une construction artificielle au service d'une fin avouée, la soustraction de certains usages au pouvoir exclusif du créateur. Un autre argument confirme notre opinion.

149-2. Une fausse distinction. D'autre part, la distinction dénoncée oppose les usages intellectuels aux usages économiques. Elle s'organise autour d'une alternative : parmi tous les usages que les tiers peuvent faire de la création, le créateur ne peut en interdire que certains, à savoir ceux qui consistent pour le tiers dans un usage économique, dans une exploitation de la création. *A contrario*, lorsque les tiers usent de la création sans l'exploiter dans une perspective économique, lorsqu'ils se contentent d'une utilisation personnelle sans s'engager dans une activité ayant pour finalité le profit, le créateur ne peut interdire ces usages. Autrement dit, il a le pouvoir exclusif d'exploiter la création dans le but d'en tirer un profit, mais il a un pouvoir partagé lorsqu'il s'agit seulement d'utiliser la création privativement.

Sans doute, il est possible de distinguer les actes des tiers en fonction de leur finalité. Il est certainement différent d'user d'une création pour sa seule satisfaction personnelle ou au contraire en l'exploitant à grande échelle sur un marché de manière à en tirer un bénéfice pécuniaire important. La distinction des usages intellectuels et économiques n'est pas à première vue inexacte.

Simplement, la description de cette dichotomie met bien en lumière l'angle d'approche particulier sous lequel elle se place : on examine les actes effectués par les tiers pour apprécier leur qualité économique ou intellectuelle. On prétend que le créateur, en tant que propriétaire, n'a pas à tolérer les actes économiques des tiers, tandis qu'il doit supporter leurs actes intellectuels. Parce que ces tiers ne sont pas en train d'exploiter la création, l'usage considéré ne concurrence pas le créateur qui ne peut l'interdire. C'est donc la qualité non-économique de ces actes intellectuels qui les fait échapper au pouvoir exclusif.

C'est là que nous nous arrêtons : on affirme dans un même souffle que le créateur peut se réserver tous les usages économiques de la création et que les usages intellectuels des tiers sont libres. On pose le second postulat comme s'il découlait logiquement du premier. Or, selon nous, ils sont contradictoires. En effet, si l'on admet le premier postulat, à savoir que le créateur a l'exclusivité des usages économiques, alors il faut en déduire qu'il peut maîtriser tous les usages économiques de sa création. S'il est seul à pouvoir tirer profit de la création, cela implique que toutes les valeurs de la création lui soient réservées. Par suite, les tiers ne sont pas libres de tirer un profit quelconque de cette création. Et si le tiers qui exploite la création en tire indéniablement un profit, celui qui en use personnellement en retire également un bénéfice. Par définition, le fait de pouvoir accéder à une création sans que le créateur puisse s'y opposer procure forcément un avantage pécuniaire. L'usage intellectuel du tiers a donc une dimension économique. Autrement dit, on examine la situation sous l'angle du tiers, et l'on pose que certains actes des tiers ne sont pas économiques. Or, en réalité, tous les actes

des tiers ont forcément une dimension économique puisque tout usage d'une création apporte à son auteur un bénéfice et représente donc une valeur qui devrait échoir au créateur. Premièrement, nous voulons donc suggérer que les actes des tiers ne peuvent pas être classés selon qu'ils sont économiques ou pas, parce qu'ils le sont tous. L'usage intellectuel n'est qu'une illusion. La distinction des actes intellectuels et économiques ne nous paraît pas refléter la réalité.

Par ailleurs, lorsque l'on examine ces actes en vue de les soumettre ou de les soustraire au pouvoir exclusif du créateur, on choisit l'angle de vue du tiers. Certes, il est logique d'examiner les actes du tiers pour déterminer s'ils empiètent sur le domaine du propriétaire. Mais on finit par en oublier le propriétaire, le créateur. Si l'on se place dans son optique, il faut reconnaître que la distinction des actes économiques et intellectuels des tiers – au demeurant inexacte – est dépourvue de pertinence. En effet, si la création peut être l'objet d'actes d'usage des tiers, c'est parce que le créateur l'a divulguée, publiée, communiquée, rendue publique. Autrement dit, c'est uniquement parce que le créateur exploite sa création que l'usage des tiers est possible. Dès lors, il paraît paradoxal de poser que toutes les formes d'exploitation de la création lui sont réservées pour ensuite prétendre lui imposer certains usages alors que tous procèdent de son exploitation. Lorsque les tiers usent de la création, leur accès à la création n'est possible que dans la mesure où le créateur autorise cet accès en exploitant. Cette mise en exploitation du créateur, quelle que soit la forme qu'elle puisse prendre, est toujours économique puisque celui-ci vise toujours à retirer un profit de cette création. Sauf l'hypothèse marginale où il fait don de sa création au public ou autorise un accès libre, le créateur a toujours pour but de retirer un bénéfice de la circulation de la création. L'accès « purement intellectuel » des tiers fait partie des usages que le créateur doit pouvoir se réserver, puisque c'est le postulat de départ : il a un droit exclusif sur toutes les formes d'exploitation. Deuxièmement, la distinction nous paraît donc également criticable en ce qu'elle se place sous l'angle du tiers pour soustraire « naturellement » certains usages au pouvoir exclusif. Selon nous, il faut se placer sous l'angle du créateur, pour qui tous les usages sont au contraire « naturellement » réservés, et, si l'on veut s'accrocher à cette distinction, reconnaître que non seulement les usages intellectuels ne sont que des usages économiques qui se distinguent seulement par leur faible potentiel frugifère pour le créateur, mais aussi que ces usages – puisqu'ils sont économiques du point de vue du tiers comme de celui du créateur – ne sont pas soustraits au pouvoir exclusif par leur nature mais par décision de la loi.

On peut prendre l'exemple, en matière de brevet, de l'acte accompli à titre expérimental : il est réputé libre en raison de sa nature désintéressée et gratuite, mais en quoi peut-on dire qu'il ne s'agit pas d'un usage économique ? Sous l'angle du breveté, il s'agit bien de l'usage non autorisé de son invention, usage qu'il pourrait désirer monnayer ou interdire, et qui n'est possible que parce que le breveté a déposé son invention et l'a rendue publique. Sous l'angle du tiers, il s'agit d'user librement d'une invention qui n'est pas la sienne et pour laquelle il ne doit rien débourser. Cette expérimentation apporte forcément un bénéfice à celui qui y procède, ne serait-ce que parce qu'elle est gratuite. Sans doute, le tiers ne met-il pas en œuvre l'invention à grande échelle, ni ne commercialise le résultat, et peut-être l'expérimentation peut-elle se parer des vertus du désintéressement, voire même trouver une légitimité dans le progrès scientifique qu'elle peut apporter. Mais il reste que, sans l'inventeur, rien n'eut été possible, et que lui seul a supporté le coût de l'invention. En déposant sa demande de brevet, il place l'invention dans le circuit commercial, et tous les usages sont dès lors économiques. En quoi ces usages présenteraient-ils une nature qui les soustrairait intrinsèquement à la vénalité ? D'autant que le postulat est manifestement faux puisque l'expérimentation à visée industrielle est aussi bien admise, alors qu'ici plus aucun désintéressement ne peut être prétendu. Le raisonnement vaut aussi bien pour les exceptions au droit d'auteur : celui qui copie le CD de son frère, ou visionne le DVD de sa sœur, lit le livre de son fils, profite de l'exception de copie privée. Il n'est pas raisonnable de prétendre qu'il n'en tire aucun profit, ou que l'auteur n'effectue pas un acte d'usage économique lorsqu'il commercialise son œuvre. Dès lors, l'usage du tiers n'a ici non plus rien de « purement intellectuel ».

β. L'esprit

150. Ces développements nous conduisent à formuler une seconde critique, non plus quant à la méthode, mais davantage à propos de l'esprit qui préside à cette distinction. Il ne s'agit plus ici de tenter de remettre en cause la pertinence objective de la construction, mais plutôt d'apprécier de manière subjective la valeur de cette approche.

La distinction des usages intellectuels et économiques prétend reposer sur un critère objectif, la qualité des usages examinés. On a vu que l'on pouvait douter de l'exactitude de ce critère. Ici, nous voulons également mettre en cause son objectivité : en opposant les usages intellectuels et économiques, la distinction ne se contente pas de comparer les qualités objectives de deux types de comportements. Elle porte également un jugement de valeur sur les actes examinés. Sans jamais le dire ouvertement, la doctrine oppose d'un côté les usages

économiques des tiers, dont les motivations purement mercantiles et égoïstes appellent la sanction, et de l'autre les usages intellectuels, où le terme « intellectuel » traduit bien cette référence à de nobles desseins, à des actes forcément louables puisque détachés des basses considérations matérielles, qui commandent donc la tolérance voire la bienveillance du Droit. A l'appui de cet accès libre, on invoque une multitude d'arguments qui renvoient tous, de près ou de loin, à cette opposition entre les considérations matérielles et morales. On argue ainsi de la gratuité ou de l'innocuité de ces usages qui, puisqu'ils ne coûtent rien au créateur, ne justifient pas qu'il puisse les interdire. On invoque le désintéressement des tiers, puisqu'ils ne visent aucun profit. On souligne le gain pour la société lorsque les créations circulent librement, qu'il s'agisse du progrès des sciences ou de la dissémination de la culture et des arts. On oppose tout cela aux actes bassement égoïstes des tiers qui concurrencent le créateur. Face à ces deux types de comportements parfaitement stéréotypés, la conclusion s'impose d'elle-même : comment imaginer que les usages intellectuels puissent être traités comme les usages économiques ? Ils appartiennent à un monde supérieur et échappent au pouvoir exclusif – intéressé et mercantile lui aussi – du créateur. Bien-sûr, nous ne nions pas qu'il puisse être légitime d'autoriser certains usages sans l'accord du créateur. Nous voulons simplement contester la construction doctrinale qui tente de les parer de vertus, qui propose d'y voir la norme, un espace public sur lequel toute prétention exclusiviste serait illégitime et malvenue.

151. Conclusion sur la valeur de la construction doctrinale. Si l'impartialité de la distinction nous paraît en soi douteuse, c'est finalement sa valeur objective qui nous conduit à la rejeter définitivement. Elle est inexacte et artificielle. Elle ne résiste pas à l'analyse. Surtout, elle est l'outil qui permet de cantonner le pouvoir du créateur tout en prétendant lui reconnaître un droit exclusif. Avec la technique qui consiste à appeler limites des entorses qui sont en réalité des exceptions, en invoquant l'excuse de l'ubiquité, et en asseyant sa légitimité sur des postulats stéréotypés que nul n'oserait contester, la doctrine trouve dans cette construction une arme redoutable. Elle parvient ainsi à convaincre que le droit du créateur est exclusif tout en faisant admettre que certains usages sont naturellement libres. Pourtant, que faire du recensement objectif de toutes les entorses ? Que dire de toutes les critiques que nous avons formulées quant à cette construction ? Nous ne sommes toujours pas convaincue car, pour nous, le droit de jouissance du créateur n'est pas exclusif.

152. Recherche d'une alternative : la propriété du droit d'exploiter. En marge de cette analyse dualiste, certains auteurs[638] choisissent une autre voie, qui les conduit à la même conclusion. Au lieu de prétendre trouver dans l'usage économique une exclusivité suffisant à effacer le partage de l'usage intellectuel, ils reconnaissent plus simplement que l'*usus* exclusif des créations est impossible, et en déduisent que la propriété de ces dernières l'est également. Mais ils arguent ensuite que peu importe que la création échappe à l'appropriation, car c'est en réalité le droit d'exploiter qui forme l'objet du droit de propriété dont on examine la qualité. Autrement dit, on postule ici que l'objet approprié n'est pas la création, mais le droit qui la réserve. Par suite, l'*usus*, comme la propriété dont il est l'attribut, porte sur le droit d'exploiter la création et non sur la création elle-même. Ceci justifie – et prive de pertinence – le fait que la création échappe à toute exclusivité, contrairement au droit de l'exploiter. Quant à l'objet du droit de propriété, il s'agit de ce droit d'exploiter, dont le contenu est certes moins étendu que celui d'une propriété, mais que l'on peut qualifier d'exclusif. « (E)n réalité, est exclusive non la jouissance intellectuelle de la création mais la possibilité d'exploiter celle-ci ; le créateur ne peut empêcher l'accès à la création, dès lors que celle-ci est diffusée. En revanche, il peut interdire toute exploitation c'est-à-dire toute mise en œuvre des droits car ces droits lui sont réservés de manière exclusive. (…)Le rapport d'exclusivité s'exerce donc sur les droits et non directement sur la création »[639].

152-1. Rejet de l'alternative. Mais, pour nous, le raisonnement consiste simplement à changer l'angle d'approche : en posant que l'objet de propriété est le droit sur la chose et non la chose elle-même, on réduit cet objet au faisceau de prérogatives légalement consacrées, et il devient alors facile de relever qu'elles sont réservées en exclusivité à leur titulaire. On passe sous silence les aspects de la chose elle-même qui ne sont pas l'objet d'une prérogative juridique exclusive intégrée dans le droit – d'auteur ou d'inventeur –, de sorte que ces usages libres de la chose n'enlèvent rien au droit de l'auteur ou de l'inventeur puisqu'ils n'y entrent pas et n'en forment pas l'objet. Puisque regrouper toutes les prérogatives juridiques portant sur la création en un seul et unique droit interdit ensuite de le qualifier de propriété, on préfère scinder ces pouvoirs en deux, et ne réunir que celles qui concernent son exploitation. C'est cette entité qui forme alors un bien, auquel on applique la propriété. En composant ce bien comme on choisirait son menu au restaurant, on y place uniquement les prérogatives qui sont

[638] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 27, n°25.
[639] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 335, n°372.

effectivement exclusives. On est ainsi naturellement conduit à admettre que le droit qui relie cet agrégat de prérogatives à son titulaire est lui aussi exclusif, ce en quoi il peut être qualifié de propriété. Cela nous paraît artificiel.

D'ailleurs, les deux constructions ne sont pas si éloignées. On peut même suggérer que la seconde constitue le prolongement de la première. En effet, dans une première approche, on distingue les usages intellectuels – partagés – et les usages économiques – exclusifs, et l'on pose que l'exclusivité des seconds suffit pour qualifier le droit du créateur de propriété. L'objet de sa propriété est donc la création, mais le faisceau des pouvoirs que ce droit de propriété confère est réduit à la jouissance économique de celle-ci. Dans la seconde approche, on ne se contente plus de relever que la création est l'objet d'un droit de propriété dont l'exclusivité est amputée par le partage imposé de certaines utilités. On sépare nettement les deux types de jouissance de la création, et l'on se détache de cette dernière pour se concentrer sur le droit de l'exploiter, avec toutes les prérogatives qu'il implique. Ce faisceau de pouvoirs est autonomisé au point de devenir lui-même l'objet du droit dont on examine la nature. Et l'on pose que le créateur a un droit de propriété, pouvoir exclusif donc, portant sur ce droit d'exploitation, objet de ce pouvoir. Le créateur a la jouissance exclusive de cet objet que constitue l'agrégat de prérogatives de nature économique ayant pour finalité l'exploitation de la création.

Finalement, les deux constructions se rejoignent. La première prétend que le partage de certains usages est excusé par l'exclusivité des autres, la seconde l'emportant sur le premier et autorisant à parler de propriété. La seconde prétend que le partage de certains usages importe peu, parce que ce n'est pas la création qui doit faire l'objet d'un droit exclusif mais le droit de l'exploiter, de sorte que le partage de ces usages est ici aussi excusé, en quelque sorte non pertinent au regard de l'objet examiné, qui est tout autre puisque ce n'est pas cette création mais le droit de l'exploiter. L'objet est redéfini, et le droit qui la réserve étant effectivement exclusif, il est possible ici aussi de parler de propriété. Dans les deux cas, le créateur a un droit de propriété, qui lui confère au titre de ses attributs la jouissance exclusive de l'objet qu'il réserve. L'on voit bien ici que cette construction, pas plus que la précédente, ne peut nous convenir. Dans les deux cas, il s'agit bien au premier sens du terme de « constructions ». Artificielles, elles ne parviennent pas, selon nous, à effacer la réalité, à savoir le constat que le créateur n'a sur sa création qu'un pouvoir restreint, que ce cantonnement tienne à des limites ou à des exceptions. Si nous refusons de souscrire à cette analyse qui qualifie la jouissance économique du créateur, non de partagée, mais d'exclusive, nous voulons également examiner les conséquences qu'elle produit quant à la nature du droit du créateur.

§2. Les aboutissants du postulat d'exclusivité

153. Le pouvoir exclusif est une condition *sine qua non* de la propriété, mais le postulat d'exclusivité ne conduit pas nécessairement à la propriété. D'autres obstacles (notamment celui de l'absolutisme que nous envisageons dans le chapitre suivant) conduisent certains à refuser la propriété, et à transcrire l'exclusivité du créateur dans la notion de monopole. Cependant, il est de nombreux auteurs[640] pour qui l'exclusivisme est le cœur de la propriété, de sorte qu'un tel pouvoir signifie forcément que son titulaire est un propriétaire. Mais de quelle propriété parle-t-on alors (A) ? Au demeurant, le postulat d'exclusivité réunit sans doute la majorité des suffrages, mais il ne fait pas l'unanimité. Certains auteurs s'en distancent, et leur conception différente de l'exclusivité se prolonge dans une analyse originale de la propriété du créateur. Il faut ici aussi se demander si l'on admet de voir dans cette conception une propriété (B).

A. Maintien du postulat d'exclusivité et propriété

154. En posant malgré tout que le créateur a la jouissance économique exclusive de sa création, la doctrine s'autorise à qualifier son droit de propriété.
Mais cette fausse exclusivité affecte le contenu du droit du créateur, et conduit à qualifier de propriété un droit qui s'éloigne pourtant de la définition traditionnelle. Ce forçage produit deux conséquences paradoxales : la propriété particulière du créateur en sort singulièrement rétrécie (1), tandis que la propriété en tant que modèle de référence en sort, quant à elle, singulièrement élargie (2).

1. La propriété étroite du créateur

155. Une propriété au contenu économique réducteur. Cette démarche qui consiste à retenir de l'*usus* une définition élargie, englobant les usages libres et les usages réservés, et à poser que l'exclusivité des seconds suffit à faire oublier le partage des premiers, se concentre sur la jouissance économique de la création, et prend pour synonymes droit de propriété et droit exclusif d'exploiter.

[640] Par exemple, M.VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 43, n°30 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 32, n°26 ; J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 115, n°186. De manière moins tranchée, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 46, n°58.

Elle a selon nous une portée qu'il ne faut pas sous-estimer : en examinant les entorses au pouvoir exclusif du créateur, nous avons rencontré de nombreuses situations dans lesquelles nous avons pu constater le cantonnement de la propriété. Nous avons souvent souligné que, tour à tour, la doctrine, le juge et même le législateur dessinent le domaine réservé du créateur de manière à lui retirer une partie des utilités qui devraient lui revenir si son droit était une véritable propriété. Nous y avons vu la traduction d'une conception dénaturée de la propriété, qui n'a plus grand chose à voir avec celle que consacrait le Code civil en 1804. Instrumentalisée, elle se voit assigner un contenu économique réducteur. Elle n'est plus ce droit « le plus complet », cette liberté de faire tout ce que l'on veut de son bien. Sans doute, la propriété des biens corporels n'est pas un droit absolu ou discrétionnaire, mais en matière de créations, le nombre et l'importance des exceptions en vient à faire douter qu'elle soit même seulement un monopole. Pour permettre la coexistence d'un droit exclusif et d'une sphère de liberté, on réduit la jouissance exclusive du créateur à une peau de chagrin. Le droit que l'on appelle alors propriété ne consiste plus finalement que dans un simple « droit de tirer un profit économique d'un bien ».

155-1. Une propriété atomisée en saisines. Cette lecture n'est d'ailleurs pas sans rappeler la saisine féodale : celle-ci ne prend pas pour objet la chose elle-même, mais seulement des utilités de celle-ci. La propriété est dématérialisée, elle « porte désormais sur des activités productives et non plus sur un corps physique certain »[641], elle « ne se préoccupe que de la dimension économique de la chose, elle se confond avec la réservation des utilités matérielles qu'elle procure ».

On comprend que le droit d'auteur apparaisse comme une « saisine moderne ». En effet, on a vu que le droit du créateur est assorti d'une fonction, celle de permettre une large dissémination de la création. La répartition des diverses utilités d'un bien entre différentes personnes constitue « le meilleur moyen de valoriser les ressources économiques de la propriété dans le monde moderne »[642]. La décomposition du droit du créateur, et l'affectation de seulement certaines utilités à ce dernier, n'est rien d'autre que l'adaptation du mécanisme de la propriété à son objet.

Il reste que cette analyse remet en cause la définition traditionnelle de la propriété, puisqu'elle renie l'acquis révolutionnaire et la conception du Code civil. En choisissant d'utiliser le terme

[641] M. XIFARAS, *La propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004, p. 453.
[642] J.-L. BERGEL, *Rapport général*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 220.

de propriété pour désigner un schéma qui renvoie directement au droit féodal, et qui s'oppose diamétralement à la propriété telle que nous la connaissons aujourd'hui, l'on prive la qualification de propriété de pertinence. Nous ne contestons pas l'analyse sur le fond, nous nous bornons simplement à formuler deux remarques. Premièrement, cette analyse, en ce qu'elle identifie dans le droit d'auteur – et plus généralement dans les droits de propriété intellectuelle – une forme de saisine féodale, ne conduit paradoxalement pas à conclure à la propriété des créations, mais plutôt à l'irréductibilité des droits qui réservent celles-ci à une forme moderne de propriété. En d'autres termes, il n'est pas exact selon nous de parler de propriété. Deuxièmement, si cette analyse apparaît *a priori* originale ou marginale, en réalité il n'en est rien et la construction dualiste de la doctrine majoritaire en est finalement très proche. C'est dans cette mesure que nous voulons insister sur la portée de cette dernière, qui, à vouloir qualifier le droit du créateur de propriété et à insister sur sa jouissance exclusive, conduit à une véritable remise en cause de la propriété au sens classique.

2. La propriété extensible

156. Sans doute ne faut-il pas dramatiser car la doctrine ne met pas en doute la légitimité des prétentions exclusivistes du créateur sur sa création, de sorte que sa propriété est toujours « une », au sens révolutionnaire. Au contraire, il faut remarquer que l'exclusivisme est au cœur de cette conception de la propriété : « sans doute, le monopole d'exploitation ne constitue pas une propriété identique à celle que le Code civil a organisée pour les biens corporels, et nous sommes, sur ce point, en plein accord avec la jurisprudence ; mais la notion moderne du droit de propriété est suffisamment compréhensive et nuancée pour abriter des formes de tenure très différentes ; en dépit de tous les préjugés historiques, les œuvres de l'esprit comportent une *appropriation*, exclusive et opposable à tous, donc une sorte de propriété. Il ne serait pas relevant de faire état, en sens contraire, du caractère temporaire des droits d'auteur : le concept moderne de la propriété n'est plus inséparable de l'idée de perpétuité, et il y a des formes d'appropriation qui n'existent qu'un temps ; en réalité, le monopole d'exploitation de l'auteur offre une analogie frappante avec le droit du propriétaire d'une chose ; il représente une forme moderne de l'appropriation des biens » [643].

Pour justifier l'analyse du droit du créateur en propriété, la doctrine invoque son pouvoir exclusif, prenant implicitement appui sur l'idée que l'exclusivisme suffit à faire la propriété.

---

[643] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Recueil Sirey, 1932, p. 791.

C'est bien la définition qui est actuellement retenue par la majorité de la doctrine, que ce soit en droit spécial ou en droit commun des biens. Le noyau dur de la propriété est aujourd'hui l'exclusivisme, de sorte que tout autre élément de définition devient surabondant. Il faut, mais il suffit, que le droit examiné soit exclusif, quoique l'on exige en général qu'il soit également absolu au sens d'opposable *erga omnes*.

C'est donc une conception particulièrement accueillante de la propriété que l'on nous propose désormais, qui admet d'ouvrir ses portes à n'importe quel droit, pourvu que son titulaire ait le pouvoir d'exclure. Mais le pouvoir d'exclure n'est-il pas de l'essence de tous les droits subjectifs, puisque le titulaire d'un droit a par définition le pouvoir d'exclure les autres de l'avantage que ce droit lui confère ? C'est dire que tous les droits subjectifs sont des propriétés… Quel est alors l'intérêt d'une telle qualification ? Si tous les droits peuvent être qualifiés de propriété, et si chacune de ces propriétés prend ensuite un visage original, un contenu adapté à son objet particulier, comme les créations par exemple, le ralliement au concept de propriété n'est plus d'aucune utilité. Chaque propriété correspond en réalité à un ensemble de prérogatives spécifique, et bien que l'on prétende leur trouver une nature commune, celle-ci se résume à leur pouvoir d'exclure, tandis que le contenu du droit peut varier du tout au tout. En fait de propriété, il conviendrait plutôt de parler plus modestement d'appropriation, voire tout simplement de titularité[644]. Et ce n'est pas la seule fronde à laquelle conduit la construction examinée. En effet, elle trouve chez certains auteurs un écho qui nous éloigne encore un peu plus des concepts traditionnels.

B. Dépassement du postulat d'exclusivité et propriété

157. On peut imaginer de rompre le lien entre exclusivité et propriété. On propose alors une forme de propriété non exclusive (1). On peut également maintenir le lien entre exclusivité et propriété, tout en quittant le terrain juridique pour le terrain économique : les créations sont l'objet d'un pouvoir économique exclusif qui leur confère une propriété de marché (2).

1. Une propriété non exclusive

158. A propos de certaines informations dont la forme ne suffit pas pour qualifier de créations et qui échappent en conséquence à la propriété intellectuelle au sens classique, un auteur

[644] Voir sur ces notions notamment J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, Biens, Droits*, Mélanges A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p. 279 ; F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc.

propose un remodelage du concept de propriété, qui permettrait de réserver ces valeurs, mais au prix d'un compromis qui peut laisser circonspect.

Ainsi, il relève que, lorsque l'information n'incorpore ni création, ni véritable effort personnel, ou lorsque sa réservation causerait un trop grand préjudice à l'intérêt général, une véritable propriété, pouvoir d'exclure, n'est pas justifiée. Dans ce cas, il faut élaborer une formule originale de réservation, qui combine l'intérêt du titulaire et l'intérêt du public. L'auteur propose alors de « reconnaître d'un côté un droit de propriété de l'information pour celui qui l'a produite, et d'un autre coté 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 »[645]. Et « c'est l'articulation de deux droits subjectifs, celui du propriétaire dans la détention et celui du tiers dans l'accès, qui produit l'équilibre »[646].

On le voit, ce compromis entre un droit du public et un droit du titulaire de l'information n'est pas sans rappeler l'usage libre opposé à l'usage réservé. Et la proposition de l'auteur est loin d'être purement rhétorique, puisqu'elle en trouve plusieurs applications en droit positif. « Par exemple, la directive européenne de 1998 sur la brevetabilité du gène, qui conçoit l'appropriation de l'information, prévoit corrélativement un système de licence obligatoire au bénéfice des Etats qui doivent en disposer pour leur santé publique, licence qui peut être dans certains cas gratuite. Cela rejoint une conception régulée de la propriété »[647]. Egalement à propos du bien que constitue l'électricité, « la loi du 10 février 2000 a imposé (le) système (…) de la propriété privée régulée. En effet, le propriétaire du réseau de transport, EDF, reste le maître de celui-ci mais désormais les tiers, à savoir les entreprises qui veulent vendre de l'électricité, ont le droit d'accéder au réseau pour y faire voyager les électrons qu'ils vendent »[648].

L'auteur concède que l'on s'éloigne de la propriété au sens classique. « Cette évolution change fondamentalement la définition même du droit de propriété. En effet, on a défini la propriété essentiellement comme le pouvoir d'exclure autrui, avançant l'idée que l'homme seul sur une île déserte ne peut en être propriétaire parce qu'il n'a pas de tiers à repousser, justifiant l'importance que le Code civil a accordé au droit de se clore, droit corrélatif du droit de propriété, droit dont l'usage ne peut jamais donner lieu à abus. Or, l'accès des tiers au bien est la dénégation pure et simple du droit du propriétaire de se clore ; le nouveau droit subjectif

[645] M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété*, dans *Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Mélanges P. CATALA, Litec 2001, p. 761.
[646] *Ibidem*.
[647] M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété*, préc., p. 762.
[648] *Ibidem*.

des tiers contredit terme à terme l'ancien droit subjectif du propriétaire. Ce n'est donc pas une évolution du droit de propriété mais son bouleversement, puisque le droit de propriété tel que posé par le Code civil repose entièrement sur l'idée d'exclusivité. L'articulation du droit de l'un sur l'information et du droit de l'autre à l'information est nécessairement révolutionnaire »[649].

Elle nuance cependant : plutôt qu'une révolution, il y a peut-être seulement une évolution. La propriété est sans doute dépouillée de son caractère exclusif, mais il n'y aurait de véritable renversement que si elle devenait collective. En l'état, elle reste elle-même et réalise seulement un compromis original puisqu'elle conserve son caractère individuel. « Cette nature conservée permet un nouveau mode de régulation, puisque la considération de l'intérêt des tiers ne prend plus nécessairement la forme d'une collectivisation des biens, préservant ainsi le libéralisme politique et l'individualisme juridique. Si l'on traduit le principe en termes économiques, l'accès des tiers à des biens dont l'appropriation particulière n'est pas par ailleurs contestée permet de conserver le principe du libéralisme économique, indissociable de la propriété privée sans abandonner l'ambition d'établir et de conserver des équilibres entre les droits des intervenants sur le marché »[650].

Nous nous félicitons qu'il se trouve des auteurs pour admettre que le droit du créateur soit en rupture totale avec l'exclusivisme caractéristique de la propriété. Mais nous ne sommes pas convaincue par la pertinence d'une qualification en termes de propriété : l'on mesure ici le fossé qui sépare la propriété du Code civil et celle que l'on prête au créateur.

2. Une propriété économique exclusive

159. Nous avons relevé que le Fait – de la corporéité – sépare les biens corporels et incorporels relativement à leur jouissance exclusive, seuls les premiers pouvant faire l'objet d'une exclusivité matérielle, mais également que le Droit prolonge cette opposition, en consacrant juridiquement cette exclusivité sur les premiers tandis qu'elle ne la restaure que partiellement sur les seconds, dans leurs utilités économiques. Pourtant, l'analyse d'un auteur, qui examine la question sous l'angle économique, peut conduire à une conclusion radicalement différente : certes le Fait de la corporéité sépare les biens corporels et

[649] M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété*, préc., p. 763.
[650] *Ibidem.*

incorporels, mais l'introduction des biens sur le Marché inverse la proposition. Les biens corporels sont alors privés d'exclusivité, tandis que les biens incorporels en sont assurés.

Le raisonnement est le suivant : la propriété corporelle hors-marché confère deux pouvoirs symétriques. Le propriétaire peut d'une part exclure les tiers et d'autre part accepter que sa chose circule, jusqu'à choisir la personne à laquelle il la transfère. Cela permet de dire que le propriétaire d'une chose corporelle hors-marché en a l'*usus* exclusif. Mais la propriété classique n'existe pas sans le marché, et le marché prive le propriétaire de cet *usus* exclusif. En effet, le marché consiste dans la circulation des choses. Dès lors que le propriétaire aliène son bien corporel, il ne peut en même temps prétendre en exclure les tiers. La propriété des choses corporelles perd dans le marché le droit d'exclure[651].

Au contraire, le propriétaire d'un bien incorporel regagne dans le marché ce pouvoir d'exclure qu'il n'avait pas : il peut en même temps faire circuler son bien et se le réserver en excluant les tiers. Pour l'auteur, « la notion de droit exclusif, les choix des titulaires de licences, les exclusivités, les sanctions de la contrefaçon, sont autant de facteurs qui entravent la circulation atomisée du bien et rendent possible le choix de celui qui aura le droit de relayer la transmission des propriétés (le licencié, par exemple). Dans et grâce à la propriété intellectuelle, le titulaire retrouve donc les deux pouvoirs, d'exclusion et de choix, que le marché avait extirpés de la propriété. La propriété intellectuelle (…) restitue au titulaire une splendide et pleine propriété »[652].

Ainsi, pour cet auteur, tandis que la propriété classique est amoindrie par le marché, au contraire la propriété intellectuelle est restaurée par lui : les attributs du propriétaire classique sont pleinement conservés malgré la confrontation au marché lorsque le bien est une propriété intellectuelle.

Cette lecture est sans doute intéressante dans la mesure où elle met en lumière la dimension économique des biens, et plus particulièrement celle des propriétés intellectuelles, dont la valeur n'existe que par la circulation, et auxquelles l'ubiquité confère cette singulière capacité qui est de pouvoir être partagés sans jamais priver le créateur. Mais elle reste une vision économique, centrée sur la valeur et mettant sur le même plan le pouvoir du créateur et celui des tiers. Or, pour nous, il faut distinguer entre cet accès des tiers, rendu possible par la circulation sur le Marché, et le pouvoir juridique d'exclure du créateur, qu'il ne partage avec

[651] M.-A. FRISON-ROCHE, *Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine*, dans *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Colloque, Dalloz, 2004, p. 168.

[652] M.-A. FRISON-ROCHE, *Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine*, préc., p. 169.

personne, et que détient également le propriétaire d'un bien corporel. Quand bien même la création est à la fois retenue et partagée lorsqu'elle circule sur le marché, tous ne détiennent pas sur elle un pouvoir juridique identique. Il en va de même pour les biens corporels. En bref, l'ubiquité des créations et l'univocité des choses corporelles les sépare en donnant l'impression que seuls les premiers peuvent faire l'objet de jouissances simultanées. En réalité, cependant, donner et retenir ne vaut, et les deux types de biens sont à notre sens dans une situation identique : un seul peut s'en prétendre titulaire, et sa maîtrise juridique des utilités de la chose – corporelle ou incorporelle – est identique. Encore une fois, les tiers ne détiennent sur la chose que le pouvoir juridique que le propriétaire a bien voulu leur concéder. Quant à leur pouvoir matériel éventuel, sa légitimité est justement déterminée par ce dernier. La lecture économique insiste sur le rôle de l'ubiquité dans l'exploitation de la valeur des créations, mais elle ne peut suffire, et une lecture juridique reste nécessaire pour distinguer la nature des pouvoirs simultanés que cette ubiquité autorise.

160. Conclusion du chapitre. La jouissance économique du créateur n'est pas exclusive mais partagée. La doctrine maintient le contraire. Elle propose une distinction entre usage intellectuel et économique, dans laquelle nous lisons une conception utilitaire de la propriété. Les entorses au pouvoir exclusif du créateur, par leur nombre croissant et leur fondement discutable, ne peuvent cependant être ignorées. Cette construction doctrinale conduit précisément à cela : elle passe sous silence les multiples hypothèses de jouissance partagée, affectant de croire que les situations de jouissance réservées suffisent à résumer le tout. Outre ses insuffisances intrinsèques, c'est également la portée de cette construction quant à la nature du droit du créateur et quant à la définition de la propriété, qui apparaît elle aussi source de défiance à nos yeux. Pour nous, tout ceci conduit à une dénaturation de la propriété.
Si la jouissance économique du créateur n'est pas exclusive, est-elle en revanche absolue (Chapitre 2) ?

Chapitre 2. La jouissance économique absolue – ou dirigée

161. L'absolutisme et l'exclusivisme sont deux caractères distincts du droit de propriété. Le premier qualifie la relation du propriétaire avec sa chose, et la place sous son bon-vouloir quasi-discrétionnaire. Le second qualifie la relation qu'il entretient avec les tiers à propos de sa chose, et lui confère le pouvoir d'exclure quiconque de celle-ci.

En droit commun des biens corporels, les deux notions sont envisagées séparément dans les manuels, et la distinction ne semble pas poser de difficulté. Le droit de propriété est défini comme « un pouvoir d'interdire exclusif et absolu »[653]. Sans doute, les deux notions sont proches et semblent parfois constituer les deux versants d'une même pièce. Ainsi, on peut arguer que le propriétaire a le droit de tout faire (un droit absolu), en ce compris exclure les tiers (un droit exclusif) ; inversement, le propriétaire est le maître unique de son bien (un pouvoir exclusif), et donc de toutes les utilités qu'il recèle (un pouvoir absolu). Pour autant, les notions renvoient bien à des situations différentes, ou au moins à des aspects distincts d'une même relation de propriété.

En revanche, lorsque l'on rencontre ces caractères en matière de propriétés intellectuelles, les auteurs ne distinguent pas entre leurs manifestations respectives. Au contraire, ils parlent indifféremment d'absolutisme ou d'exclusivisme comme s'il s'agissait de synonymes. Sans doute, ici comme en droit commun, leurs domaines se croisent et parfois se recoupent. Ainsi, certains aspects de la jouissance exclusive du créateur pourraient tout aussi bien être envisagés sous l'angle de sa jouissance absolue : nous avons examiné le nombre des utilités de la création réservées à son créateur par rapport à celles qui lui sont retirées et nous avons rattaché ce partage à la notion d'exclusivité en relevant que le créateur n'était pas le seul maître de son bien. Mais nous aurions pu sur ce même point faire appel à la notion d'absolutisme en remarquant que le créateur n'est pas libre de faire tout ce qu'il souhaite de son bien, et que des contraintes extérieures lui sont imposées qui le privent de la jouissance économique absolue d'un véritable propriétaire. Pour autant, il reste nécessaire de distinguer les deux caractères car ils sont loin de se confondre complètement et leur rencontre n'est que ponctuelle.

Il nous faut donc préciser ce que nous entendons par absolutisme, afin de délimiter le champ de notre examen. Nous ne reviendrons pas sur les points que nous avons abordés sous l'angle de la jouissance économique exclusive, même si certains peuvent également être rattachés à la

[653] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, Mélanges A. Colomer, Litec, 1993, p. 287.

jouissance absolue. Nous nous bornerons à examiner les aspects de l'absolutisme des droits de propriété intellectuelle que nous n'avons pas encore abordés.

A cet effet, nous retenons du caractère absolu de la propriété une définition étroite, qui la distingue nettement de celle de son caractère exclusif. Dire que la propriété corporelle confère à son titulaire une jouissance économique absolue, cela signifie pour nous que le propriétaire est le maître du devenir de son bien. Il en détermine librement le sort, la destination, les usages ou le non-usage. Il choisit de manière souveraine les formes que va prendre l'exercice de son pouvoir sur la chose. L'absolutisme de la propriété est presque synonyme de liberté : le propriétaire est libre d'exploiter son bien ou pas, et de choisir les formes de cette exploitation éventuelle.

C'est donc cet aspect de la propriété dont nous voulons mesurer la pertinence à propos des propriétés intellectuelles. Lorsque le créateur jouit de sa création, est-il libre de déterminer les usages auxquels il la destine ? Ici encore, nous verrons que la jouissance économique du créateur est loin d'être absolue (Section 1). Et plus encore qu'à propos de l'exclusivisme, nous verrons que l'absolutisme – ou plutôt son absence – a des répercussions fondamentales : la question touche à la nature du droit qui réserve les créations, mais également à la nature des créations elles-mêmes, mettant en lumière leur différence irréductible avec les choses corporelles (Section 2). En d'autres termes, nous mesurons d'abord le degré de cet absolutisme censé caractériser la jouissance économique de la création, à travers le régime des propriétés intellectuelles. Nous tenterons ensuite de déterminer la portée de cet absolutisme quant à la nature de ces droits.

Section 1. Jouissance économique absolue et régime du droit : la mesure de la liberté du créateur

162. Le propriétaire d'un bien corporel en a l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Cela signifie qu'il peut choisir d'en user ou pas, qu'il est libre de déterminer les modalités de son usage, et qu'il peut aller jusqu'à le détruire. Plus précisément, la jouissance économique de la chose corporelle – son *usus* au sens large associé à son *fructus* – est dite absolue dans la mesure où elle dépend entièrement de la volonté du propriétaire. Au contraire, la jouissance économique de la création n'est pas à la discrétion du créateur, qui subit une double contrainte. D'abord, au sein de la trilogie, on l'oriente vers le *fructus*, dont l'omnipotence bouleverse la hiérarchie classique (§1). Ensuite, dans l'exercice de cet attribut, ce sont les formes et le degré de l'exploitation qui lui sont alors imposées (§2).

§ 1. La jouissance économique, attribut principal du droit du créateur

163. La théorie classique de la propriété opère un classement implicite entre les attributs du triptyque. Si l'on s'en tient aux définitions doctrinales généralement admises – et par ailleurs déjà dénoncées –, l'*usus* (ou droit d'user personnellement et directement de la chose) constitue le nerf de la propriété, à l'égal de l'*abusus* (droit d'en disposer). Le *fructus* (droit de faire fructifier la chose) n'est qu'une prérogative secondaire, simple accessoire de l'*usus* qu'il se borne à compléter. Parent pauvre de l'*usus*, il est réduit par de très nombreux auteurs[654] à une forme particulière de celui-ci. Traditionnellement, le *fructus* émarge donc très loin derrière les deux autres attributs de la trilogie.
A l'inverse, le *fructus* (entendu ici comme synonyme de jouissance économique, alliance de l'*usus* au sens large et du *fructus* au sens étroit, nonobstant donc nos critiques personnelles quant à l'inexactitude de cette définition) est le nerf du droit du créateur. *A priori*, les créations sèment donc le trouble dans la hiérarchie classique (A). En réalité, elles se bornent à mettre en évidence son obsolescence, et à précipiter son renouveau (B).

A. Les créations, trublion de la hiérarchie classique des attributs du triptyque

164. Les créations provoquent la déchéance des attributs classiques, l'*usus* et l'*abusus* (1), au profit d'un attribut moderne, le *fructus* (2).

1. De principal à accessoire : la déchéance de l'*usus* et de l'*abusus*

a. Place de l'*usus* et de l'*abusus* dans le triptyque du propriétaire

165. Rapidement[655], ce qui fait le cœur de la propriété, c'est la relation primaire et omnipotente du propriétaire avec sa chose. Primaire, elle le conduit à soustraire la chose à la communauté pour se la réserver. Omnipotente, elle l'autorise à mettre un terme définitif à sa relation avec cette chose, qu'il peut ainsi détruire ou transmettre. L'*usus*, qui peut confiner à l'*abusus*, *fait* le propriétaire. A l'inverse, ces deux attributs du triptyque perdent quasiment toute pertinence lorsqu'ils sont appliqués aux créations.

[654] Par exemple, F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, 2e éd., préc., n°100.
[655] Pour le détail, voir version intégrale n°562.

b. Place de l'*usus* et de l'*abusus* dans le triptyque du créateur

166. Constat. L'*usus* et l'*abusus* sont inadaptés aux créations, dont les caractères spécifiques interdisent l'assimilation aux choses corporelles classiques.

C'est d'une part l'absence de *corpus* des créations qui interdit *a priori* leur *usus* : cet attribut se matérialise par une forme de possession exclusive qui sied parfaitement aux choses corporelles tandis qu'à l'évidence la maîtrise physique d'une création est impossible. Sans doute, l'*usus* n'est pas impossible si l'on en retient une définition débarrassée du matérialisme qui l'imprègne traditionnellement. Il reste cependant que l'ubiquité des créations incorporelles rend leur usage exclusif et privatif difficilement concevable.

L'absence de *corpus* des créations s'oppose également à leur *abusus* : il est impossible de les détruire matériellement car elles ont pénétré la conscience des individus qui en ont pris connaissance et rien, pas même la destruction de leur support matériel, ne peut remettre en cause la possession intellectuelle qu'en ont les tiers.

C'est d'autre part la personnalité des créations qui rend leur *usus* privatif indésirable : le secret contredit leur vocation à l'universalité. L'auteur désire la publication de son œuvre, l'inventeur recherche l'application de son invention, aucun ne souhaite que sa création reste inconnue et inutilisée. La société, quant à elle, trouve intérêt à leur dissémination.

La personnalité des créations est au surplus menacée par leur *abusus* : matériel, il signifie leur destruction, et juridique, leur libre circulation sur le marché. Or, les créations, surtout les œuvres, expriment la personnalité de leur créateur. La libre circulation d'une œuvre autoriserait ses acquéreurs successifs à la défigurer ou à la détruire, et leur auteur en souffrirait immanquablement. Quant à l'invention, il se pourrait qu'un acquéreur décide de la mettre au secret et d'en priver ainsi la société.

Plus spécifiquement, on peut souligner la particularité des marques au sein des créations : l'*usus* personnel est à leur égard tout simplement inconcevable. Le *fructus* leur est véritablement consubstantiel : définie comme le signe qui sert à distinguer des produits ou services dans l'esprit du consommateur, on voit mal comment la marque peut exister sans être appliquée à un produit ou service, ce qui implique bien son exploitation. Si l'*abusus* d'une marque est parfaitement concevable, le *fructus* est ici le plus pertinent, et son usage secret n'a aucun sens.

Globalement, la création n'est pas adaptée à un usage personnel de son titulaire (*usus*), pas plus qu'elle n'a vocation à circuler indéfiniment de propriétaire en propriétaire comme

n'importe quel bien interchangeable (*abusus*). L'*usus* et l'*abusus* sont en décalage avec les intérêts des créateurs et les besoins des créations.

Conséquence. Le droit positif prend en compte ces spécificités, en adaptant la protection qu'il propose au titre de la propriété intellectuelle.
L'*usus* au sens étroit est passé sous silence. Les textes qui réglementent les propriétés industrielles ne consacrent pas au profit du créateur un tel attribut puisqu'au contraire leur divulgation est la condition de leur propriété. Quant à l'auteur, son usage privatif de l'œuvre n'est principalement protégé que dans sa dimension morale. Globalement, appliqué aux créations, l'*usus* au sens classique est un attribut dont l'exercice est totalement dépourvu d'intérêt. C'est donc le nerf de la propriété qui fait faux bond au créateur, dont le faisceau de prérogatives s'en trouve sérieusement diminué.
L'*abusus* passe également au second plan. Dans l'ordre des textes qui règlementent les propriétés intellectuelles, il arrive loin derrière le *fructus*, et le législateur est bien moins prolixe à son égard, signe qu'il n'est pas l'attribut essentiel du créateur. Il faut sans doute distinguer : l'*abusus* des œuvres est particulièrement cantonné par la loi, de sorte que le triptyque de l'auteur en est pratiquement privé, tandis que la circulation des créations industrielles est admise. Pour autant, la faculté de cession d'un dessin ou modèle, d'une marque ou d'un brevet, comme celle de la dimension patrimoniale d'une œuvre, font figure de simple accessoire, face à l'intérêt que présente l'exploitation de ces créations. Au total, prérogative caractéristique de la propriété, symbole du pouvoir absolu du propriétaire sur sa chose corporelle, l'*abusus* d'une création est au contraire souvent limité, comme si ce dernier échappait à la maîtrise totale de son titulaire. Et lorsqu'il reste possible, il n'est pas l'attribut favori du créateur, qui trouve ailleurs l'essentiel de son pouvoir.

2. D'accessoire à principal : la consécration du *fructus*

a. Place du *fructus* dans le triptyque du propriétaire

167. Sans doute, le propriétaire corporel peut se trouver insatisfait d'un usage simple et modeste, presque statique. Il peut également se défier des conséquences irrémédiables de l'*abusus*. Il peut préférer une attitude à la fois plus dynamique et plus prudente, et concevoir son bien comme la source potentielle de toutes sortes de fruits. Il est libre de l'exploiter comme il l'entend, et c'est alors le *fructus* qu'il choisit d'exercer.

D'ailleurs, l'article 544 du Code civil, lorsqu'il définit la propriété comme le droit de jouir et de disposer, ne précise pas la place qu'il réserve au *fructus*. Les textes du Code n'ignorent sans doute pas cet attribut puisque par exemple les dispositions relatives aux conventions organisent les manières pour le propriétaire d'exploiter sa chose (contrats de bail, de prêt, etc.).

Pourtant, ce dernier attribut n'est perçu que comme l'auxiliaire, l'accessoire de l'*usus*. En doctrine, « l'usage d'un bien est une prérogative première et élémentaire relativement à la jouissance qui, mode second, consiste à « vendre » l'usage de sa chose, au lieu de le garder pour soi, à le céder à autrui moyennant finance »[656]. Le potentiel frugifère de la chose corporelle reste secondaire, par rapport à sa valeur brute, intrinsèque.

b. Place du *fructus* dans le triptyque du créateur

168. Appliqué aux créations, le *fructus* n'est plus un attribut de seconde zone. Il épouse si bien les contours des créations que d'accessoire il devient l'attribut principal du créateur et éclipse ses deux concurrents.

. Le *fructus*, attribut idéal du créateur

A l'inverse de l'*usus*, le *fructus* permet d'une part la dissémination de la création, répondant ainsi à la spécificité de ces choses qui ne prennent leur sens que par leur publicité, et d'autre part la valorisation de la création, valeur qui dépend entièrement de sa capacité à produire des fruits. A l'inverse de l'*abusus*, le *fructus* protège son titulaire d'une patrimonialité excessive. L'*abusus* de la création n'est sans doute pas dépourvu d'intérêt pour le créateur : l'aliénation de la création lui permet de capitaliser sa valeur. Pour autant, la création n'est pas faite pour circuler de patrimoine en patrimoine car ce type d'usage n'en augmente pas la valeur. Au contraire, comme l'usage privatif, il néglige le potentiel frugifère de la création et diminue ainsi sa valeur.

En effet, ce qui confère une valeur à la création, ce n'est pas son usage privatif et personnel, et encore moins l'absence d'usage. Seule l'exploitation confère une valeur marchande à la création, car en elle-même, celle-ci est dépourvue de toute valeur. C'est sa capacité frugifère qui fait toute sa valeur, et c'est donc son exploitation qui crée et entretient cette valeur. Faute

[656] G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, préc., p. 400, n°1026, note 10.

d'exploitation, ce sont non seulement les fruits qui disparaissent, mais surtout la valeur de la création elle-même. Nous y reviendrons, il suffit pour l'instant de souligner que l'exploitation est l'attribut essentiel du créateur.

Défini comme le pouvoir de jouir de la chose, de la faire fructifier, de l'exploiter pour en retirer un profit, cet attribut semble taillé sur mesure pour les créations, qui appellent avant tout l'exploitation commerciale, et dont la nature est de produire des fruits, la vocation de s'insérer dans le circuit économique. La création trouve dans le *fructus* le vecteur idéal de sa patrimonialité, le *fructus* des créations est tout simplement incontournable.

. Le *fructus*, attribut efficace du créateur

169. Pour mettre en valeur sa création, le créateur doit l'exploiter. L'exercice de cet attribut permet justement d'atteindre ce résultat. Le *fructus* offre au créateur les moyens de son ambition.

Il peut d'une part choisir d'exploiter lui-même sa création. Ce n'est pas d'un usage privé dont nous parlons, mais d'une véritable exploitation commerciale, qui peut être le fait de l'auteur, de l'inventeur, du créateur de marque, de l'auteur du dessin ou modèle. Il est parfaitement à même de placer lui-même sa création dans le circuit du commerce pour lui faire produire des fruits. C'est une « situation que l'on retrouvera le plus souvent dans le domaine de la propriété industrielle »[657], lorsque le breveté exploite son invention ou que la société utilise sa marque.

Mais le créateur peut d'autre part préférer confier ces démarches à un tiers. Il peut en effet se désintéresser de cet aspect commercial et financier de la création. Il se peut également qu'il ne soit pas capable de valoriser lui-même sa création : « en général, l'auteur n'est pas en mesure d'exploiter l'œuvre lui-même. Il doit s'adresser à des tiers, éditeurs, entrepreneurs de spectacles, dont la profession consiste précisément à communiquer au public les œuvres des auteurs »[658]. C'est aussi le cas de l'inventeur isolé qui n'a pas les moyens techniques et financiers de la mise en œuvre de son invention, de l'organisme de recherche qui n'a pas une vocation commerciale, de l'inventeur qui veut étendre l'exploitation de son invention sur un marché national voire international, ou encore du créateur d'une marque incapable de

[657] G. BLANC-JOUVAN, *Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle*, dans *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 455.

[658] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, Dalloz 1976, chr. p. 53. Dans le même sens, G. BLANC-JOUVAN, *Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 455.

l'exploiter lui-même sur un territoire trop important[659]. C'est alors une autre façon d'exercer le *fructus*. A cet effet, la liberté contractuelle est la règle, mais le Code de la propriété intellectuelle propose au créateur de nombreux contrats, qu'il s'agisse de contrats d'auteur, de licences, de cessions, etc.

Au total, qu'il exploite lui-même ou par l'intermédiaire d'autrui, il ne fait qu'exercer son attribut favori, le *fructus*. Et cette forme d'usage valorise bien mieux la création qu'un *usus* ou un *abusus*.

. Le *fructus*, attribut principal du triptyque

170. Fort de ses qualités et de ses atouts, le *fructus* occupe effectivement une place centrale dans le triptyque du créateur.

Première preuve : la terminologie. La formulation retenue en doctrine nous en apporte une première preuve. Les auteurs qui étudient les propriétés intellectuelles proposent en effet toujours la même définition du contenu du droit examiné : qu'il s'agisse du droit d'auteur, du brevet ou de la marque, il s'agit invariablement d'un « monopole d'exploitation »[660] ou d'un « droit exclusif d'exploitation », alors qu'au contraire, on définit toujours la propriété comme le droit d'utiliser la chose. Le *fructus* prend clairement la place de l'*usus*.

Deuxième preuve : les textes. De manière générale, les droits de propriété intellectuelle ont une finalité économique[661], et un auteur[662] note que c'est cette dimension essentiellement commerciale des propriétés intellectuelles qui justifie sans doute sa distinction d'avec le droit civil, et corrélativement sa codification dans un Code de la Propriété Intellectuelle. La logique économique des droits de propriété intellectuelle aurait même pu conduire à un rattachement au Code de commerce. Mais la protection du créateur, partie présumée faible, les rapproche également du droit de la consommation et leur confère un statut à part, à l'écart du droit civil comme du droit commercial.

De manière particulière, la loi place l'exploitation au cœur de ses dispositions, et se concentre essentiellement sur les nombreuses façons dont le créateur peut exploiter sa création.

---

[659] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, p. 150 et s., n°295 et s.

[660] Par exemple à propos du brevet, J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, Thèse, Bibliothèque de droit privé, Tome 23, LGDJ, 1961, p. 191, n°162.

[661] J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., p. 1, n°1.

[662] G. BLANC-JOUVAN, *Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 457.

→ Consécration de la place du *fructus* en droit d'auteur.

Dans la loi. Le législateur l'a bien compris, qui consacre cette nouvelle hiérarchie. Il en va ainsi en matière de propriété littéraire et artistique. En tête du chapitre II intitulé « droits patrimoniaux », l'article L. 122-1 du CPI confère à l'auteur un « droit d'exploitation », qui « comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ». Autrement dit, la prérogative première et principale de l'auteur au plan patrimonial consiste dans le pouvoir d'exploiter son œuvre, de lui faire produire des fruits soit par sa représentation soit par sa reproduction. D'ailleurs, le législateur poursuit en détaillant longuement dans ce chapitre le contenu exact des prérogatives de l'auteur.

A cela s'ajoute un long Titre 3 intitulé « Exploitation des droits », qui examine les contrats par lesquels l'auteur peut exploiter son œuvre. Ils « sont l'« outil » naturel pour l'exercice des droits d'auteur »[663]. Sous l'empire des décrets de 1791 et 1793, c'est le droit commun des contrats qui s'applique. Mais la liberté contractuelle montre ensuite ses dangers, et le législateur de 1957 place les contrats d'exploitation au cœur de ses dispositions, leur consacrant de longs et précis développements.

Si le législateur accorde une action en contrefaçon à l'auteur, il limite sa protection aux seuls actes de *fructus* : l'exploitation concurrente et non-autorisée est interdite, tandis que la loi autorise de nombreuses formes d'usages privés de l'œuvre (copie privée, représentation dans le cadre du cercle de famille, …), lorsqu'ils sont dénués de finalité commerciale. Ce sont les exceptions et limites au droit d'auteur, qui marquent encore une fois la finalité économique de ce droit, en protégeant uniquement l'exercice du *fructus* par l'auteur. Et enfin, dernière preuve de la préséance du *fructus*, la loi n'envisage même pas, au titre des prérogatives patrimoniales, la jouissance personnelle de l'œuvre par l'auteur. Et c'est seulement à l'article L. 122-7 CPI qu'elle lui reconnaît aussi l'*abusus*.

Au surplus, lorsque la loi reconnaît à l'auteur, parallèlement à son droit patrimonial, un droit moral, elle place encore, mais cette fois indirectement, le *fructus* au centre de ses préoccupations. En effet, les prérogatives morales de l'auteur ne prennent leur sens qu'au travers de l'exploitation patrimoniale de l'œuvre. Certes, le droit moral consiste à restreindre l'exercice de cet attribut pour protéger la personne de l'auteur incarnée dans son œuvre. Mais il reste que le droit au respect de l'œuvre, le droit à la paternité, et le droit de repentir et de retrait ne jouent que lorsque l'œuvre est exploitée. Même le droit de divulgation n'est pas indépendant du droit d'exploitation : il semble *a priori* que le premier soit exclusif du second,

[663] A. MAFFRE-BAUGE, *Le formalisme contractuel en droit d'auteur*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 267, n°4.

et qu'il le précède chronologiquement[664], puisque le droit de divulguer appartient justement à l'auteur qui n'a pas divulgué, qui n'a pas exploité. Mais, en réalité, l'exercice du droit de divulgation est concomitant à celui du droit d'exploitation, et ce sont souvent des actes d'exploitation que le droit positif qualifie d'actes de divulgation.

Au total, quelle que soit la prérogative exercée par l'auteur, morale, ou patrimoniale, la jouissance économique est au cœur de son pouvoir.

En doctrine. En écho au législateur, la doctrine fait du *fructus* le cœur du droit patrimonial de l'auteur. Au titre de ses prérogatives patrimoniales, elle n'envisage pas celle qui consisterait pour lui à se réserver l'usage privatif de son œuvre, mais détaille au contraire exclusivement les formes que prend cette jouissance économique de l'œuvre. Mieux, l'œuvre est considérée comme ayant vocation naturelle à être exploitée et à produire des fruits. Le *fructus* est la seule voie envisageable pour l'exercice du droit d'auteur. : « L'auteur (…) a naturellement vocation à percevoir les fruits de sa création »[665]. « Grâce aux droits patrimoniaux, le propriétaire va (…) pouvoir contrôler la circulation de son œuvre, la céder, la louer, la mettre en gage, la démembrer… Autant d'opérations juridiques qui sont destinées à tirer profit de toutes les utilités économiques de la création »[666]. « Les droits patrimoniaux sont les prérogatives économiques qui organisent le pouvoir de droit de l'auteur ou de son ayant droit sur l'œuvre et qui permettent de décider des conditions de son exploitation, tout en recueillant les fruits qui en sont la conséquence. (…) A l'origine du droit d'auteur, il y a toujours eu cette idée d'associer une personne à l'exploitation d'une œuvre. Comme le précisait un arrêt ancien, les droits patrimoniaux confèrent « le privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire » »[667].

→ Consécration de la place du *fructus* dans les autres droits de propriété intellectuelle.

En doctrine. Plus largement, ce sont toutes les propriétés intellectuelles qui sont ainsi perçues en doctrine : le droit de propriété industrielle confère « le droit exclusif de reproduire, soit telle ou telle création nouvelle, invention, œuvre artistique, qu'aucun concurrent ne pourra fournir, soit tel ou tel signe distinctif qui servira à rallier la clientèle (marque) »[668]. « Ce droit

[664] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 295, n°436.
[665] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 455, n°687.
[666] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 320, n°475.
[667] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, p. 239, n°292, citant Cass. Civ., 25 juill. 1887, S. 1888, 1, 17.
[668] P. ROUBIER, *Unité et synthèse des droits de propriété industrielle*, Mélanges M. Plaisant, *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire, artistique*, Sirey, 1960, p. 165. Dans le même sens, P.-Y. GAUTIER, *Droit civil, propriété littéraire et artistique*, préc., p.29, n°13.

d'exploitation et de perception des fruits des nouveaux biens est (…) de leur essence. Il en est la principale expression et la justification essentielle »[669].

Dans la loi. En législation, ce qui est vrai du droit d'auteur l'est donc *a fortiori* des droits voisins des artistes-interprètes[670]. Si le chapitre II qui consacre les droits de l'artiste-interprète affirme son droit moral à l'article L. 212-2 avant son droit patrimonial à l'article suivant, il reste que ce dernier consiste ici encore dans l'exploitation de sa prestation puisque ce texte réserve à l'artiste-interprète un droit d'autoriser ou d'interdire, et de monnayer « la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image ».

C'est encore plus évident en matière de brevet. L'article L. 611-10 CPI définit l'invention brevetable comme celle qui est susceptible d'application industrielle. La mise en exploitation est donc consubstantielle à l'invention. Le législateur place d'ailleurs le *fructus* au cœur du pouvoir du breveté. L'article L. 611-1 CPI dispose que le « titre de propriété industrielle (…) confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation ». Et le Chapitre III intitulé « Droits attachés aux brevets » examine exclusivement le « Droit exclusif d'exploitation ». Le doute n'est pas permis, l'usage privé de l'invention ne fait pas partie des attributs du droit de brevet. C'est l'exploitation de l'invention qui constitue le nerf de son pouvoir. Le législateur protège d'ailleurs, comme en droit d'auteur, le droit d'exploiter de l'inventeur contre les exploitations concurrentes, alors qu'il tolère certains usages privés des tiers. Et il faut attendre l'article L. 613-8 pour que l'*abusus* du breveté soit consacré.

Cette primauté du *fructus* est également évidente à propos des dessins et modèles. Sans doute, le législateur ne pose pas de manière aussi explicite que le droit qui les réserve consiste dans leur exploitation. L'ancien art. L. 511-1 reconnaissait au titulaire du dessin ou modèle le « droit exclusif d'exploiter, vendre ou faire vendre » celui-ci, tandis que l'art. L. 513-5 nouveau réserve au titulaire « la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation, ou la détentions à ces fins, d'un produit incorporant le dessin ou modèle »[671]. Mais il ne dit finalement pas autre chose : il détaille les diverses manières d'exploiter le dessin ou le modèle. Les actes de *fructus* constituent l'essentiel du pouvoir de l'auteur du dessin ou modèle.

---

[669] J.-L. BERGEL, *Rapport général*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 217.
[670] Voir notamment Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 492, n°584 et s.
[671] J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., p. 704, n°748.

C'est enfin le régime de la marque qui se focalise autour du *fructus* : l'article L. 713-1 CPI attribue la propriété de la marque dès son enregistrement, et les articles L. 713-2 et 3 dressent la liste de tous les actes que le propriétaire est en droit d'interdire aux tiers au titre de sa propriété. Or, ceux-ci consistent tous dans des formes d'exploitation. C'est bien son exploitation de la marque qui est protégée, à travers la sanction de toute exploitation concurrente. Son droit de propriété lui confère le *fructus* de sa marque, sans s'intéresser de quelque manière que ce soit à un éventuel usage privatif. Et la transmission de la marque n'est envisagée qu'ensuite, loin de retenir une attention aussi appuyée du législateur.

Pour résumer, les lois qui règlementent les propriétés intellectuelles concentrent leurs dispositions autour du *fructus* des créations, ignorant leur *usus*, et reléguant leur *abusus* au second rang. La hiérarchie traditionnelle est bouleversée, mais les attributs du triptyque sont réorganisés de manière à épouser les besoins des créateurs et de leurs créations.

B. Les créations, aiguillon de la hiérarchie classique des attributs du triptyque

171. Le droit spécial des propriétés intellectuelles influence directement le droit commun des biens. En se concentrant sur le *fructus*, les créations renouvellent la hiérarchie des attributs classiques de la propriété (1). Elles conduisent également à une nouvelle définition de cet attribut désormais central, le *fructus* (2).

1. La nouvelle hiérarchie des attributs

172. *A priori*, il est tentant de s'en tenir à ce constat : le faisceau de prérogatives d'un propriétaire n'est pas celui d'un créateur. Il faudrait alors en tirer la conclusion qui s'impose : la place du *fructus*, comme celle de l'*usus*, interdisent de voir dans le droit du créateur une véritable propriété.

Pourtant, ce tableau est inexact. Les termes du code civil datent de 1804, et reflètent le contenu du droit du petit propriétaire terrien, qui cultive son champ ou habite sa maison. A cette époque, l'*usus* et l'*abusus* sont effectivement ses prérogatives essentielles. Le propriétaire s'attache à l'utilité qu'il trouve directement dans sa chose, et valorise sa capacité à aliéner. La rédaction du code ne fait qu'illustrer cet état de fait, sans pour autant en faire la règle. A l'inverse, les lois de 1957 en matière de droit d'auteur et 1968 en matière de brevet ne font que traduire les principales préoccupations des titulaires de biens incorporels. Peu

intéressés par l'usage privatif de leur création, ils veulent surtout le faire entrer dans le circuit du commerce afin d'en retirer un profit.

Or, aujourd'hui, l'époque où tous les biens étaient des choses que le propriétaire utilisait pour son propre compte, tels les légumes de son potager, sa maison et ses meubles, est révolue. Désormais, le maître d'un bien, corporel autant qu'incorporel, privilégie souvent l'exploitation de celui-ci. L'usage personnel et privatif passe au second plan parce que les biens modernes appellent principalement l'échange marchand. Les termes du Code civil sont obsolètes et les biens corporels font tout autant l'objet d'une jouissance économique que d'une jouissance personnelle. Certes, le propriétaire d'une maison ou d'un appartement exerce bien une forme d'*usus* au sens étroit, mais il n'est que de penser aux nombreux immeubles dont la propriété s'exerce par la location (immeubles d'habitation ou de bureaux) ou l'exploitation à grande échelle (cultures). Et si les meubles semblent *a priori* davantage adaptés à l'*usus* privatif qu'au *fructus*, que dire de tous ceux qui sont aujourd'hui exclusivement réservés à la location (véhicules, meubles meublants), sans parler du crédit-bail par exemple.

Autrement dit, il semble que ce ne soit pas la nature corporelle ou incorporelle du bien qui détermine la hiérarchie de l'*usus* et du *fructus* dans le droit qui le réserve, mais plutôt le stade de développement économique de la société. La révolution industrielle et la multiplication des échanges marchands font désormais de la jouissance économique la préoccupation essentielle du propriétaire, et du *fructus* l'attribut principal du titulaire d'un bien corporel tout autant qu'incorporel. Sans doute, la suprématie du *fructus* est encore plus marquée pour les créations que pour les choses corporelles. Mais il n'est plus possible aujourd'hui d'opposer le pouvoir du créateur et celui du propriétaire en cantonnant ce dernier à un usage purement privé. Les créations servent d'aiguillon, révélant la dimension économique et commerciale de tous les biens, corporels autant qu'incorporels.

Le triptyque traditionnel en sort bouleversé. L'éviction des créations qu'autorisait la hiérarchie classique s'en trouve partiellement invalidée. En effet, la propriété de nombreux biens corporels se résume désormais à l'exercice du *fructus*. C'est par exemple le cas de tous les meubles objets de crédit-bail ou de toutes les terres exploitées à grande échelle. Ni l'*usus* ni l'*abusus* n'intéressent leurs propriétaires, qui trouvent le nerf de leur propriété dans le *fructus*. De la même manière, l'*usus* et l'*abusus* des créations restent – partiellement – possibles, mais le créateur ne s'y attarde pas. La hiérarchie moderne des attributs de la propriété, qui fait du *fructus* – jouissance économique – le cœur du droit du propriétaire, épouse les choses corporelles autant que les créations.

2. Le nouveau visage du *fructus*

173. L'influence des créations sur le droit commun ne s'arrête pas là. C'est également dans la définition même du *fructus* qu'elles s'immiscent.

Sur la forme. Le *fructus* d'une chose corporelle peut prendre deux formes différentes. Le propriétaire peut d'une part exercer une jouissance passive : il se contente de tirer de sa chose les fruits qu'elle produit naturellement, sans avoir à fournir un réel effort à cet effet. Il s'agit de récolter les fruits des arbres fruitiers, de recueillir le croît des animaux, de pêcher les poissons d'un étang. Il peut d'autre part choisir d'exercer une jouissance économique active, en mettant en œuvre les moyens nécessaires à la production de fruits. C'est le propriétaire qui cultive et ensemence sa terre, qui place son immeuble en location, etc.
En revanche, le *fructus* d'une création prend forcément la forme d'une jouissance active. Les œuvres, les inventions ou les marques ne produisent pas de fruits faute pour leur créateur de les exploiter.
Sur la forme donc, le *fructus* des créations est actif, tandis que celui des choses corporelles peut également être passif. Pour autant, le propriétaire qui, aujourd'hui, se contente de recueillir passivement les fruits naturels de sa chose se fait rare, et la jouissance dynamique a les faveurs de la plupart des propriétaires. Le *fructus* des choses corporelles n'est sur ce point pas si différent de celui des créations.

Sur le fond. C'est surtout sur le fond que la différence se fait sentir. Lorsque le propriétaire d'une chose corporelle se contente d'en recueillir les fruits naturels, il accomplit des actes matériels, et non juridiques. Lorsqu'il entreprend de faire fructifier sa chose, en la louant ou en la cultivant par exemple, il accomplit alors des actes juridiques d'administration (si l'on admet que le locataire n'est pas titulaire d'un droit réel mais personnel, et que le contrat de bail n'est pas un acte de disposition mais d'administration). Il est rare qu'il accomplisse ici des actes de disposition, encore qu'il puisse choisir de constituer un usufruit (et nonobstant l'acte de vente de la récolte, qui constitue évidemment un acte de disposition).
En revanche, le créateur qui exploite sa création accomplit tantôt des actes d'administration, lorsqu'il concède des licences, tantôt des actes de disposition, lorsqu'il cède tel ou tel droit d'exploitation, voire même tous ses droits d'exploitation. Il faut bien entendu nuancer de deux manières : d'abord, le régime des cessions de droits d'exploitation n'est pas le même en droit d'auteur et dans les autres domaines de la propriété intellectuelle, et ensuite, il faut réserver la

question de la nature des actes dits de cession ou de concession, que nous verrons en dernière partie. Il reste que le créateur accomplit, lorsqu'il fait fructifier sa création, des actes bien plus graves que le propriétaire classique. Sans doute les licences sont-elles monnaie courante, mais peut-on réellement considérer que la licence exclusive de brevet ou de marque se résume à un simple acte d'administration ?

Un auteur propose une distinction qui permettrait de rendre compte de la spécificité de ce *fructus* des créations. Il s'agit de distinguer deux degrés dans le droit de jouissance : « un droit de jouissance passive permettant à son titulaire de profiter des fruits spontanément sans aucune activité particulière, et un droit de jouissance active, l'acte d'exploitation constituant l'exercice de ce second droit. L'acte d'exploitation, selon le critère objectif de la gravité de l'acte, se situe alors entre l'acte d'administration, trop restrictif des pouvoirs de l'exploitant, et l'acte de disposition »[672].

C'est en droit commun des biens corporels que l'auteur fait la distinction entre la jouissance passive et active, mais c'est en droit des propriétés intellectuelles qu'elle trouve des exemples illustrant cette notion d' « actes d'exploitation » qu'elle propose d'ajouter aux actes de jouissance active. « Lorsque le concessionnaire de licences de droits de propriété industrielle bénéficie d'un monopole d'exploitation, il retire en quelque sorte les produits de la chose car les revenus du bien en constituent la seule valeur. Au demeurant, les contrats de concession sont parfois assimilés par les auteurs à des contrats de cession. (…) En définitive, la distinction classique entre les fruits et les produits d'une chose se révèle inadaptée aux situations d'exploitation de la chose d'autrui »[673].

On peut alors mettre à jour une véritable transformation du *fructus*. De la jouissance passive du code civil, on passe à la jouissance active que nous connaissons le plus souvent aujourd'hui. Surtout, cette jouissance active n'est plus confinée à l'administration des biens, elle confine à leur disposition. Les actes d'exploitation ne sont plus de « simples » actes d'administration, qui par définition entretiennent le bien tout en le laissant intact dans le patrimoine de son titulaire. Les actes d'exploitation, lorsqu'ils prennent pour objet une création, vont parfois jusqu'à entamer la substance même de celle-ci. D'active, la jouissance devient ponctuellement définitive.

Pour résumer, l'exploitation des créations pousse le *fructus* dans ses ultimes retranchements, et la physionomie de cet attribut en sort changée.

---

[672] A.-V. LE FUR, *L'acte d'exploitation de la chose d'autrui*, préc., p. 429.
[673] A.-V. LE FUR, *L'acte d'exploitation de la chose d'autrui*, préc., p. 443.

174. Bilan. L'absolutisme qui caractérise la jouissance économique d'un propriétaire aurait logiquement dû se traduire, ici, par la reconnaissance au profit du créateur d'une panoplie complète des attributs du triptyque, et par sa faculté discrétionnaire de choisir parmi ces attributs le type d'usage qu'il souhaite faire de sa création. Or, on vient de voir que cette liberté apparaît au premier abord compromise : les besoins particuliers des créations conduisent le législateur à placer le *fructus* au cœur de son dispositif et à encourager le créateur à choisir cette forme d'usage. L'*usus* et l'*abusus* s'effacent, et le créateur a à sa disposition essentiellement une forme d'usage, l'exploitation.

Mais ce dirigisme va plus loin : il n'est pas seulement conseillé au créateur d'exploiter sa création. C'est une obligation, et ce sont le degré et les formes du *fructus* qui sont imposés au créateur.

§2. La jouissance économique, attribut obligatoire du droit du créateur

175. Prérogative principale du créateur, le *fructus* est une figure incontournable du droit qui réserve sa création. Mais cet attribut ne se contente pas de prendre le pas sur les deux autres, renversant ainsi la hiérarchie classique du triptyque. Il contredit également la liberté qui imprègne classiquement l'exercice de tous les attributs de la propriété.

Cet absolutisme, caractère traditionnel du droit de propriété, peut s'entendre de plusieurs manières.

Un auteur le compare à l'exclusivisme, et juge « techniquement plus difficile de définir le second caractère d'absoluité des prérogatives du propriétaire »[674]. Ainsi, il se contente d'y voir « l'affirmation du caractère illimité du pouvoir conféré par le droit »[675]. Pour lui, l'absoluité signifie que l'on ne peut définir positivement les prérogatives du propriétaire, seulement en rechercher les limites.

C'est aussi ce seul aspect qui retient ici notre attention : le propriétaire a la faculté de jouir librement de sa chose, de déterminer les manières dont il souhaite l'exploiter, le degré de cette exploitation. L'exercice de son *fructus* relève de son bon-vouloir. A l'inverse, le créateur est obligé d'exploiter sa création. L'exercice du *fructus* n'est pas laissé à sa discrétion, il lui est au contraire imposé et strictement encadré. Nous allons donc examiner les formes que revêt cette normativité du *fructus* dans le régime des créations.

[674] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, préc., p. 287.
[675] *Ibidem.*

Un autre aspect de l'absolutisme a déjà été examiné : le propriétaire a un pouvoir absolu sur la chose, en ce compris tous ses aspects, toutes ses dimensions, toutes ses utilités actuelles ou potentielles. C'est-à-dire que sa jouissance économique couvre toutes les formes d'exploitation et lui en réserve tous les fruits. Ici encore, la jouissance du créateur s'en distingue : le droit positif lui impose le partage de nombreuses utilités de la création. Elle ne lui est donc pas absolument réservée. Mais ici, on peut également dire qu'elle ne lui est pas exclusivement affectée. C'est pour cela que cet aspect de la jouissance économique du créateur a été examiné sous le prisme de l'exclusivisme.

Enfin, un dernier aspect de l'absolutisme doit être écarté. Il s'agit d'opposer les droits absolus et les droits relatifs, les premiers étant opposables *erga omnes* tandis que les seconds ne s'imposent qu'entre ceux qui y ont consenti. Les droits de propriété intellectuelle ne sont pas des droits personnels, et nonobstant la querelle relative à leur nature réelle éventuelle, ils empruntent à cette dernière catégorie leur opposabilité. Un auteur résume la question à propos du brevet. « Ce droit s'impose à tous et ne se limite pas aux éventuelles relations entre le breveté et de possibles exploitants. Il prévient, en la prohibant, l'exploitation d'autrui et ne se borne pas à intervenir pour obtenir à son titulaire une simple redevance. Il n'impose pas une obligation positive de prestation mais bien l'abstention générale caractéristique des droits absolus »[676]. Il faut généraliser cette analyse : le droit du créateur sur sa création est, dans ce sens particulier, effectivement absolu[677]. Cette acception de l'absolutisme n'appelle pas d'autre commentaire, puisque l'opposabilité *erga omnes* caractérise tout autant les droits qui réservent les biens corporels ou incorporels.

C'est donc exclusivement la dimension normative de la jouissance économique de la création qui nous occupe ici. A ce propos, un aspect original des créations est mis en lumière par cet examen. Si l'exercice du *fructus* – jouissance économique – est obligatoire (A), c'est plus largement l'activité du créateur qui est elle aussi impérative (B). Globalement, la jouissance du créateur est au cœur de la vie de la création. Le rôle du *fructus* dans le régime de la création se révèle tellement fondamental qu'il semble déborder ce cadre traditionnel, au point qu'il devient difficile d'y voir un simple attribut du droit sur les créations.

[676] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 191, n°163.

[677] Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 357, n°525, et p. 394, n°591 à propos du droit moral de l'auteur, et plus généralement pour le droit d'auteur, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 241, n°293.

A. De facultative à obligatoire : l'exploitation de la création

176. L'exercice du *fructus*, comme des autres attributs de la propriété, est à la discrétion du propriétaire. Il est libre d'exploiter sa chose ou pas, et maître des formes que cette exploitation peut prendre. Quoi qu'il décide, son droit de propriété reste intact et son bien n'est pas autrement mis en danger par son abstention.

Au contraire, l'exercice du *fructus* par le créateur est loin d'être sans conséquences. Cet attribut déborde ici sa nature de simple faculté du propriétaire, puisque le créateur est obligé d'exploiter. Ce dernier subit d'abord une contrainte externe, celle du Droit : l'exploitation conditionne le maintien de son droit (1). Il subit également une contrainte interne, celle du Fait : l'exploitation conditionne la pérennité de son bien (2).

1. Exploitation et maintien du droit sur la création

177. Droit commun. Principe. Pour certains[678], la propriété s'apparente à une liberté : c'est « l'incarnation d'une liberté »[679]. Sans aller aussi loin, pour tous, l'exercice de la propriété se caractérise par la liberté du propriétaire. « Quant aux prérogatives sur lesquelles la propriété débouche – qui en constituent l'exercice même -, on ne voit pas qu'il soit besoin d'une loi pour les définir. Dès lors que la relation entre une personne et un bien est garantie par le droit objectif, le contenu de cette relation ne procède plus que de la liberté du propriétaire »[680]. Les attributs du triptyque sont des « pouvoirs inhérents à la propriété, facultés et libertés attachés à elle »[681]. C'est donc la liberté qui les caractérise et régit leur exercice[682] : le propriétaire reçoit plusieurs types de pouvoirs sur son bien, mais son droit lui confère avant tout une faculté de choix. Il choisit librement le comportement qu'il souhaite adopter.

Cette liberté dans l'exercice de sa propriété est la traduction du caractère absolu de la propriété[683]. Affirmé par les termes de l'article 544 du Code civil, l'absolutisme signifie que le propriétaire peut faire ce qu'il veut de sa chose. Il n'est pas encadré par les trois attributs du triptyque, qui ne sont qu'une typologie des pouvoirs qu'il détient. Il peut donc user

---

[678] R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, préc., p. 310 ; F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Les biens*, 3e éd., préc., p. 313, n°192.

[679] M.VILLEY, « Droit subjectif I. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 153.

[680] R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, préc., p. 307.

[681] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13e éd., préc., p. 66, n°26.

[682] Dans ce sens, M. de VAREILLES-SOMMIERES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, préc., p. 487, n°81.

[683] Dans ce sens, notamment S. ALMA-DELETTRE, *Marque : nature juridique du droit*, préc., n°26, p. 344.

personnellement, exploiter, ou disposer de sa chose, comme il peut décider de s'en désintéresser. « Il va de soi (…) que chacun des attributs du domaine emporte pour le propriétaire la faculté de ne point l'exercer ; ce qui constitue au demeurant un mode d'exercice »[684].

Limites. C'est vrai, la liberté du propriétaire d'un bien corporel connaît des limites. Un auteur souligne ainsi « la relativité de son droit à l'inaction »[685]. De manière générale pour tous les attributs, l'exercice positif de l'*usus* est cantonné par les règles de l'urbanisme ou la théorie de l'abus de droit[686], celui du *fructus* par la réglementation des baux, celui de l'*abusus* par les droits de préemption. L'exercice négatif de l'*usus* ou du *fructus* trouve sa limite dans les réquisitions, comme celui de l'*abusus* dans l'expropriation. Globalement, le désintérêt du propriétaire peut le priver de sa propriété, lorsqu'un tiers réunit les conditions de l'usucapion. Cependant, ces restrictions à la liberté du propriétaire trouvent leur fondement et leur légitimité dans les termes de l'article 544 du Code civil («… pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements »). Surtout, elles restent marginales, et la liberté d'action du propriétaire est globalement sauve.

Limites des limites. De manière plus particulière à propos du *fructus,* l'exercice positif de cet attribut par le propriétaire n'est pas obligatoire. Sauf celles qui se consomment par le premier usage, toutes les choses corporelles sont susceptibles de produire des fruits. Si les fruits naturels ne sont pas toujours possibles (l'arbre en produit, mais pas la maison), les fruits industriels (la terre exploitée produit des récoltes) et surtout civils (la maison louée produit un revenu locatif) peuvent concerner n'importe quel bien. Sans doute, certaines choses se prêtent mieux que d'autres à cet attribut : le potentiel frugifère d'une chaise est moins évident que celui d'une terre cultivée. En tout état de cause, le propriétaire reste libre d'adopter un comportement propre à la production de ces fruits, ou au contraire de s'en abstenir. Il s'agit alors pour lui d'exercer son *usus* – ou son *fructus* si l'on en retient une définition large que nous avons déjà critiquée –, de manière négative. Et lorsqu'il choisit cependant la jouissance économique de sa chose, il est également libre d'en déterminer les formes et le degré. L'exercice du *fructus* n'est donc pas nécessaire à la propriété des biens corporels. Au contraire, le caractère absolu du pouvoir du propriétaire interdit par principe tout dirigisme dans son exercice. C'est d'ailleurs l'opinion traditionnelle en doctrine : « Obliger un

[684] F. FRENETTE, *Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues*, préc., p. 447.
[685] S. DRUFFIN-BRICCA, *La mauvaise volonté en droit des biens*, dans *Volonté et biens, Regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 305.
[686] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 364, n°423 et s.

propriétaire à exploiter son bien, c'est porter atteinte à son pouvoir d'user et de jouir de la chose, car c'est aussi user et jouir que de ne pas user ou jouir de cette chose »[687].

178. Créations. Pourtant, « (l)'obligation d'exploiter est parfois un impératif juridique »[688]. Ainsi, la jouissance économique des créations apparaît indispensable à la pérennité du droit qui les réserve. De simple faculté, le *fructus* devient alors une véritable obligation. Sous peine de perdre son droit, le maître d'une création doit l'exploiter.
Cette contrainte se manifeste de différentes manières, et la liberté du créateur est plus ou moins bien préservée selon le type de création. Globalement, le sort des œuvres d'art se démarque de celui des autres créations. Il faut donc distinguer les propriétés littéraires et artistiques (a) des propriétés industrielles entendues au sens large (b).

a. La propriété littéraire et artistique

179. En matière de propriété littéraire et artistique, la jouissance économique de l'auteur paraît au premier abord absolue (α). L'exploitation de l'œuvre s'avère cependant partiellement dirigée. Cette contrainte peut sembler marginale, puisque l'auteur n'a pas à craindre pour l'existence de son droit. Elle ne peut pourtant être ignorée, parce qu'elle touche à la nature du droit d'auteur (β).

α. La jouissance économique absolue de l'auteur

180. L'auteur maîtrise complètement l'exploitation de son œuvre. D'abord, il n'a aucune obligation positive d'exploiter ou presque. Ensuite, lorsqu'il choisit d'exploiter, il dispose de toute une panoplie de pouvoirs de contrôle de cette exploitation. En bref, il maîtrise tous les stades de l'exploitation, il la contrôle à la fois dans son principe et dans ses formes.
On le sait, les droits de l'auteur sur son œuvre se dédoublent : certains ont une nature extrapatrimoniale tandis que d'autres sont des droits patrimoniaux. *A priori*, l'examen de la jouissance économique – autrement dit de l'exploitation – de l'œuvre devrait donc uniquement concerner les seconds, puisque le Code lui-même les nomme « droits d'exploitation », par opposition aux premiers. Il devrait suffire de mesurer le degré de liberté

[687] F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8e éd., préc., p. 298, n°362. Dans le même sens, M.-A. FRISON-ROCHE, *Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine*, préc., p. 166 ; A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 84, n°168.
[688] P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTDCiv. 1966, p. 203, n°22.

de l'auteur dans l'exercice de ses droits patrimoniaux, pour déterminer si la jouissance économique de sa création est aussi absolue que celle d'un propriétaire.

Pourtant, si l'analyse dualiste du droit d'auteur oppose effectivement les deux dimensions de l'œuvre, elle ne nie pas leurs interférences et retient contre toute attente une conception de celui-ci que l'on pourrait qualifier d'unitaire : les prérogatives morales et patrimoniales ne sont que les deux facettes d'un seul et même droit, sans qu'il soit possible d'y voir deux entités complètement autonomes. Cette lecture est admise en doctrine : « (l)es attributs patrimoniaux et extrapatrimoniaux du droit d'auteur sont bien distincts conceptuellement. Leur nature juridique est différente et leur approche de l'œuvre ainsi que leurs effets sont guidés par des considérations et des objectifs différents. Cependant, comme leur objet – l'œuvre – est le même, il existe des interférences entre les deux ordres de prérogatives, où se manifeste la prédominance du droit moral dans le système français »[689].

Plus particulièrement ici, il n'est pas possible d'ignorer les droits moraux de l'auteur. Sans doute ne consistent-ils pas directement dans l'exploitation commerciale de l'œuvre. Pour autant, leur exercice n'est pas sans conséquences sur cette dernière. « Mieux, l'exercice du droit moral peut commander l'exercice des droits patrimoniaux »[690]. Les incidences patrimoniales des droits moraux nous obligent donc à mesurer également le degré de liberté qui les imprègne.

→ L'exercice des prérogatives morales

181. Le droit de divulgation. Nous nous concentrons sur les prérogatives morales de l'auteur, et renvoyons à la version intégrale pour celles de l'artiste-interprète[691].

C'est par le droit de divulgation qu'il nous faut commencer. En effet, consacré par l'article L. 121-2 du CPI, il « consiste dans le droit (…) pour l'auteur, de décider si son œuvre est en état d'être présentée au public et, dans l'affirmative, de fixer les modalités de cette divulgation »[692]. Ainsi, et c'est bien la preuve que les droits moraux ne sauraient être ignorés, aucune exploitation n'est possible tant que l'œuvre n'est pas divulguée, puisque cette dernière reste jusque-là secrète. L'exercice par l'auteur de son droit de divulgation est la condition *sine*

[689] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 441, n°666. Dans le même sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 359, n°413.
[690] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4e éd., 2012, p. 438, n°502.
[691] Voir version intégrale n°599.
[692] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 404, n°611.

qua non de toute forme de jouissance économique, et seule une jouissance personnelle telle que nous l'avons examinée en première partie est envisageable avant cette étape.
Un auteur confirme d'ailleurs la nécessité de cet examen : « l'auteur décide, en exerçant son droit moral, de la divulgation et de ses modalités, ce qui conditionne l'entrée de l'œuvre dans la sphère patrimoniale. Tant que le droit de divulgation n'a pas été positivement exercé, il n'y a pas d'exploitation possible (…). La décision d'exploiter l'œuvre participe des deux ordres de prérogatives, pécuniaires (article L. 122-1 du CPI) et morales (art. L. 121-2 du CPI). Il en va de même de la détermination des modalités et de l'étendue de la publication ou communication de l'œuvre au public, qui intéressent les deux aspects du droit d'auteur (articles L. 121-2 et L. 131-3 du CPI) »[693].

. Le principe de la divulgation

182. La liberté de divulguer. Cette prérogative permet d'abord à l'auteur de décider souverainement du principe de la divulgation. Il peut choisir de rendre son œuvre publique ou au contraire de la garder secrète sans jamais la communiquer à qui que ce soit. La mise en exploitation, et donc la jouissance économique, dépend entièrement de sa volonté. Aucune obligation n'incombe sur ce point à l'auteur, et l'abstention dans l'exercice de cette prérogative est à sa discrétion. « L'auteur, seul, a le droit de divulguer son œuvre. Lui seul décide de l'opportunité, du moment et des modalités et limites de la divulgation. Nul ne peut prendre cette décision à sa place »[694].
L'auteur est donc libre de ne pas divulguer. La jurisprudence protège cette liberté. De manière générale mais à l'occasion d'une espèce mettant en jeu le droit de divulgation, elle affirme que « l'exercice de son droit moral par l'auteur de l'œuvre originaire revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge ». Plus particulièrement, elle réserve au seul auteur le pouvoir de décider de la divulgation, notamment dans l'arrêt Camoin[695] qui sanctionne sur le fondement du droit de divulgation le fait pour un tiers de ramasser les morceaux d'une œuvre déchirée par l'artiste pour les recoller et reconstituer ainsi l'œuvre. Elle pose également que le refus de divulguer n'est pas susceptible d'abus. Ainsi, elle « refuse, au nom du droit de divulgation, d'accéder aux demandes de ceux qui souhaitent connaître le contenu d'une œuvre avant sa diffusion, afin de

[693] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 441, n°667.
[694] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 406, n°615.
[695] Paris, 6 mars 1931, Camoin, DP. 1931-2-88.

vérifier qu'elle ne contient pas d'atteintes à leurs personnalités ou à leurs croyances »[696]. De même, depuis l'arrêt Whistler, elle autorise l'auteur à revenir sur sa propre promesse en invoquant son droit de ne pas divulguer, puisqu'il peut refuser d'achever ou de livrer une œuvre de commande, mettant ainsi en échec la force obligatoire du contrat[697].

183. Le degré de liberté de la divulgation : droit discrétionnaire ou susceptible d'abus ?

Un tel degré de liberté conduit la doctrine à s'interroger sur le caractère éventuellement discrétionnaire de cette faculté, et cette réflexion vise plus largement tous les attributs regroupés sous l'enseigne du droit moral.

L'abus. Pour beaucoup[698], le droit de divulgation est susceptible d'abus, tout comme les autres droits moraux.

Plusieurs arguments conduisent à cette conclusion. D'abord, la jurisprudence sanctionnait l'abus du droit moral avant la loi de 1957. Ensuite, cette loi consacre implicitement ladite jurisprudence lorsqu'elle organise les conditions du droit de retrait et de repentir[699]. De plus, la jurisprudence actuelle sanctionne l'abus du droit moral, et l'arrêt de 1984 qui affirme son caractère discrétionnaire reste isolé[700]. Il a été maintes fois démenti depuis[701]. Par ailleurs, la jurisprudence Whistler et Rouault est trop « extrême » : « où est le respect de la force obligatoire des conventions, de leur exécution de bonne foi, etc. ? On ne saurait faire de la divulgation un « droit potestatif » soumis à la volonté unilatérale de l'auteur »[702]. Enfin, et de manière générale, la catégorie des droits discrétionnaires est désuète et n'a plus droit de cité en droit positif.

Sans doute, on peut relever que le législateur prévoit expressément l'abus du droit moral par les héritiers, tandis qu'il garde le silence en ce qui concerne l'auteur, ce qui peut laisser penser que c'est la solution contraire qui prévaut dans ce cas. Mais le seul silence de la loi ne suffit pas à convaincre les sceptiques, qui balaient cet argument trop léger. « Dans le silence de la loi et parce que le droit moral est un droit de la personnalité dédié à la protection de l'auteur,

---

[696] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 199, n°260, renvoyant à TGI Paris, ord. Réf., 8 juin 1989, RIDA 1991, n°147, p. 344 ; CA Paris, 8 juin 1988, RIDA 1989, n°139, p.190.

[697] Cass. Civ. 1e, 14 mars 1900, Whistler, DP, 1900-I-497. Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 442, n°668.

[698] Par exemple, C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, préc., p. 127, n°128, et p. 129, n°134 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 442, n°511 ; H. Desbois, auquel renvoie F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 395, n°594.

[699] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, préc., p. 129, n°134.

[700] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 196, n°254.

[701] Voir A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 442, n°511.

[702] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 214, n°205.

la tentation est grande de le considérer comme un droit discrétionnaire, insusceptible d'être contrôlé par la théorie de l'abus de droit. C'est aussi une façon de le magnifier que de plaider pour son absolutisme. C'est ce qui explique que la thèse du droit discrétionnaire ait été plaidée en doctrine et se retrouve dans certaines décisions, notamment dans un arrêt de la Cour de cassation. Pourtant, ce n'est pas cette conception qui l'a emporté et il est maintenant généralement admis que le droit moral est, comme toutes les prérogatives, susceptible d'abus. Cela fait bien longtemps que la jurisprudence soumet le droit moral au contrôle de l'abus de droit »[703].

Le caractère discrétionnaire. Cette lecture du droit positif ne fait cependant pas l'unanimité et un auteur[704] critique les arguments présentés.

Il rappelle d'abord que la jurisprudence ne sanctionne l'abus qu'à propos du droit au respect, et des droits de retrait et de repentir, tandis qu'elle s'y refuse à propos du droit de divulgation et du droit de paternité[705]. Il souligne également qu'à propos du droit de retrait et de repentir, le recours à la théorie de l'abus de droit est au demeurant inutile parce que les conditions légales suffisent amplement au contrôle de son exercice[706]. Il souligne encore que si « l'article L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle organise le contrôle de l'abus notoire commis par les héritiers dans l'exercice ou le non-exercice du droit moral »[707], ceci peut s'expliquer par la nature du droit moral des héritiers : il s'agit à ce stade non plus d'un véritable droit subjectif mais bien davantage d'un simple « droit-fonction ». Or, lorsqu'il est exercé par l'auteur, le droit moral est au contraire, dans la conception du législateur de 1957, une véritable faculté personnelle dont l'exercice est à l'entière discrétion de l'auteur. Il est donc parfaitement plausible que le silence du législateur quant à l'abus éventuel de l'auteur soit délibéré et indique que ce dernier n'est pas soumis au contrôle que la loi impose aux héritiers. Enfin, l'argument qui consiste à nier la catégorie même des droits discrétionnaires est également critiquable : « cette conception est fondée davantage sur une pétition de principe, que sur une analyse et des arguments propres à la matière : tous les droits subjectifs devraient être soumis au contrôle du juge et la catégorie des droits discrétionnaires serait illégitime ou, du moins, démodée »[708].

---

[703] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 196, n°254, renvoyant à F. Pollaud-Dulian et un arrêt de la Civ. 1e, 5 juin 1984. Dans le même sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 207, n°200.
[704] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 395, n°595.
[705] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 397, n°599 et s.
[706] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 397, n°598.
[707] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 395, n°592.
[708] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 395, n°593.

Conséquence de cet argumentaire, l'auteur revendique le caractère discrétionnaire du droit de divulgation. « La décision de livrer son œuvre au public ou de la retenir est trop personnelle et trop lourde de conséquence, trop liée à l'acte créateur aussi, pour que le juge puisse, quelles que soient les motivations profondes de l'auteur, y substituer sa propre appréciation »[709].

Bilan sur le degré de liberté. Quant à nous, et pour dresser le bilan de cette controverse, il nous paraît péremptoire, ou en tout cas trop rapide, de décréter que le droit moral n'est pas discrétionnaire. Le droit de repentir et de retrait fait effectivement l'objet d'un contrôle du juge, tout comme le droit au respect, et le caractère discrétionnaire de ces prérogatives est donc exclu. Mais le droit de paternité est au contraire soustrait à tout contrôle. Et le juge laisse également le droit de divulgation à la discrétion de l'auteur. Au total, cependant, « (l)a défense d'un droit moral discrétionnaire semble bien dans ces conditions relever du dogme »[710].

Sans doute la catégorie des droits discrétionnaires est-elle à notre époque difficile à admettre. L'on conçoit mal que, sur ce fondement, le juge tolère les agissements manifestement abusifs d'un auteur qui, par exemple, exercerait son droit de divulgation dans l'unique but de nuire à autrui ou en faisant montre d'une mauvaise foi caractérisée. Il n'est pas légitime de proscrire toute forme de contrôle, certaines formes d'abus ne peuvent être ignorées.

Pour autant, il reste possible, à notre de sens, de dire que le droit de divulgation est discrétionnaire. Son exercice, aux termes de la loi, dépend du « seul » auteur. Celui-ci est investi par la loi du pouvoir de décider en fonction de son simple bon-vouloir, et ses motivations personnelles et subjectives ne peuvent faire l'objet d'aucune immixtion du juge. Aucun critère objectif ne le guide. Ce degré de liberté nous paraît donc mériter le qualificatif de discrétionnaire.

Au demeurant, le caractère éventuellement discrétionnaire du droit de divulgation n'est pas nécessaire à notre démonstration. En effet, le droit de propriété des choses corporelles n'est quant à lui pas discrétionnaire puisque le juge se sert de la théorie de l'abus de droit pour en contrôler l'exercice. Cette limite ne lui ôte pas pour autant son caractère absolu : le propriétaire a un droit absolu au sens où il peut faire de sa chose ce qu'il souhaite, l'exploiter ou pas, de quelle que manière qu'il le décide. L'abus n'est qu'une situation marginale qui laisse presque intacte sa liberté de principe.

[709] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 398, n°600.
[710] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2e éd., 2013, p. 366, n°427.

De la même manière, le droit de divulgation de l'auteur lui confère ce pouvoir de placer l'œuvre dans le commerce ou pas, et de maîtriser son exploitation. Peu importe que l'on désigne cette faculté par le qualificatif de discrétionnaire ou par celui d'absolu. Il importe seulement de remarquer que la maîtrise de l'auteur rejoint celle d'un propriétaire : le juge ne contrôle pas les motifs de la mise en exploitation de l'œuvre ou de la chose corporelle. Le droit de divulgation réserve à l'auteur la maîtrise absolue de sa jouissance économique, tout comme le droit de propriété à son titulaire.

La querelle relative au caractère discrétionnaire de cette faculté ne doit donc pas nous empêcher de conclure sur ce point. Si l'on opte pour l'absence de caractère discrétionnaire de cet attribut, cela importe finalement assez peu puisque le droit de propriété ne l'est pas non plus. Au contraire, si l'on prête un tel caractère au droit de divulgation, il peut être tentant d'y voir une différence avec la propriété, faisant alors du droit d'auteur un pouvoir trop fort et trop personnel pour être ramené à une vulgaire propriété. Mais ce serait selon nous inexact car le propriétaire corporel est également libre de décider du sort de sa chose et la dimension personnelle et subjective de sa décision n'a rien à envier à celle de l'auteur. On pourrait même dire que, sur ce point en tout cas, le propriétaire a un pouvoir discrétionnaire à l'égal de celui de l'auteur.

En tout état de cause, propriétaire et auteur se rejoignent ici : leur jouissance économique est absolue. Le droit de propriété comme le droit de divulgation laissent à leur titulaire toute liberté pour fixer le sort patrimonial de leur chose.

184. La liberté de ne pas divulguer. Si l'auteur est libre de ne pas divulguer, il semble également libre de divulguer quoi qu'il en coûte.

Sans doute, lorsque la divulgation de son œuvre nécessite l'accès au support de celle-ci, et qu'il a cédé ce support à un tiers – par hypothèse réfractaire –, le droit de propriété du tiers sur cet objet corporel devrait éconduire les prétentions de l'auteur et l'empêcher de divulguer librement son œuvre. C'est d'ailleurs ce qu'implique l'article L. 111-3 du CPI, qui pose l'indépendance des propriétés incorporelle et corporelle.

Pourtant, de manière exceptionnelle, l'auteur peut exiger la mise à disposition du support pour l'exercice de son droit de divulgation. Il faut pour cela établir l'abus notoire du propriétaire du support qui refuse l'accès à l'œuvre. Si les termes de la loi posent cette possibilité sous forme d'exception, un auteur inverse le rapport, considérant que « (m)algré les termes de l'article L.

111-3, on doit considérer qu'en réalité, ce n'est qu'exceptionnellement que le refus peut être justifié »[711].

Ici, l'auteur semble donc *a priori* jouir ici d'une liberté encore plus absolue que celle d'un propriétaire classique : on n'imagine pas le propriétaire d'un bien corporel qui, pour le faire entrer dans le circuit du commerce, serait autorisé à user du bien d'un tiers contre sa volonté. Cependant, même le droit commun connait ce type de situation : c'est l'hypothèse des servitudes légales, que la loi impose aux propriétaires servants au profit des propriétaires dominants lorsque l'usage de leur bien n'est possible qu'à cette condition.

Finalement, cette faculté *a priori* exorbitante de l'auteur ne l'éloigne pas réellement d'un propriétaire classique, bien au contraire.

. Les modalités de la divulgation

185. Outre le principe de la divulgation, cette prérogative autorise également l'auteur à déterminer librement les modalités de celle-ci : « quelle édition, quelle maquette, quel nombre de représentations, quels supports, etc. »[712].

Or, l'examen des formes que celle-ci peut prendre révèle que la plupart de ces actes constituent également des actes d'exploitation. Autrement dit, lorsque l'auteur divulgue son œuvre, il le fait en général à l'occasion d'un acte d'exploitation. Ainsi, la publication, l'exposition publique, la représentation publique, la cession du support matériel, la conclusion d'un contrat d'exploitation sont bien des manières de faire produire des fruits à l'œuvre, en même temps qu'elles communiquent l'œuvre au public. On peut dire que, en choisissant le mode de divulgation, il choisit également la forme de l'exploitation. Son contrôle de la divulgation se double d'une maîtrise de l'exploitation. Le droit de divulgation donne donc à l'auteur la maîtrise des modalités de l'exploitation.

Sans doute, la symétrie entre les actes de divulgation et d'exploitation n'est pas totale. Techniquement, divulgation et exploitation peuvent se confondre, mais conceptuellement, la première précède nécessairement la seconde. Le choix des modalités de la divulgation « est à « un cheveu » (…) des droits patrimoniaux »[713], mais il reste parfaitement possible que l'auteur décide de divulguer tout en choisissant de ne pas exploiter[714]. « Le caractère

[711] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 364, n°535.
[712] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 195, n°190, note 1.
[713] *Ibidem.* Dans le même sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 447, n°515.
[714] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 404, n°611.

commercial de la publication n'est pas une composante du droit de divulgation. La divulgation peut s'opérer en dehors de toute exploitation, l'auteur pouvant choisir de faire connaître son œuvre sans la diffuser commercialement »[715]. C'est l'exemple de l'artiste qui se contente d'exposer une œuvre tout en la maintenant en dehors du circuit du commerce, du compositeur qui interprète une mélodie sans pour autant permettre l'accès à la partition.
Mais finalement, peu importe que la divulgation s'accompagne effectivement d'une mise en exploitation ou pas, car cette dernière peut toujours intervenir plus tard. Il reste que l'auteur, en exerçant – ou pas – son droit de divulgation, exerce simultanément – ou pas – son droit d'exploiter. La liberté qui imprègne l'exercice du premier caractérise nécessairement le second en même temps.

186. Conclusion sur la divulgation. Ainsi, et pour conclure sur ce point, l'examen du droit de divulgation se révèle effectivement indispensable puisque, malgré sa nature extrapatrimoniale, son exercice est tout sauf indépendant de la dimension économique de l'œuvre. Sans divulgation, aucune jouissance économique n'est possible. Et le pouvoir absolu de l'auteur sur ce point fait écho à la faculté, également absolue, d'un propriétaire libre de placer son bien corporel dans le circuit du commerce ou au contraire de s'en abstenir, en entreposant son meuble dans son grenier ou en laissant sa terre en jachère.
Il ne s'agit pas de trancher ici la question de la nature du droit d'auteur. Si l'on en retient une analyse dualiste classique, le droit de divulgation est de nature extrapatrimoniale. Rapprocher son caractère absolu de celui d'un propriétaire classique ne nous apporte rien, puisque ce sont alors uniquement les prérogatives patrimoniales de l'auteur que l'on peut comparer à celles d'un propriétaire. Trouver dans une prérogative extrapatrimoniale un pouvoir égal à celui d'un propriétaire est inutile lorsqu'il s'agit de rechercher dans les prérogatives patrimoniales de l'auteur la nature d'une propriété. Seule une analyse moniste qualifiant le droit d'auteur de propriété en ce compris ses attributs moraux rendrait pertinent le constat du caractère absolu du droit de divulgation, le rapprochement entre le droit d'auteur et le droit de propriété classique étant alors possible. Certes, des tenants de l'analyse dualiste ont pu prêter au droit de divulgation une nature mixte[716] et le placer à la frontière du patrimonial et de l'extrapatrimonial, de sorte que son rattachement à la dimension patrimoniale du droit d'auteur n'est peut-être pas exclue, rendant ainsi à notre conclusion une certaine pertinence.

[715] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 405, n°613.
[716] Voir sur ce point M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 379, n°448.

En tout état de cause, nous ne voulons pas trancher cette querelle dès à présent, et il nous suffit pour le moment de relever deux choses : d'une part, l'exercice du droit de divulgation ne peut être ignoré dans l'étude de la jouissance économique de la création car il en est la condition préalable, voire souvent simultanée. D'autre part, l'examen du droit de divulgation met en lumière la liberté de l'auteur, à la fois quant au principe de l'exploitation de son œuvre, mais également quant à ses modalités. La liberté qui imprègne l'exercice de ce pouvoir est totale. L'auteur est libre de placer son œuvre dans le circuit du commerce, ou au contraire de l'en soustraire à jamais. Il est maître de sa jouissance économique. En bref, cet attribut du droit d'auteur, fut-il de nature extrapatrimoniale, est tout imprégné de l'absolutisme qui caractérise la propriété. Par son exercice, l'auteur s'apparente à un véritable propriétaire.

187. Renvoi. Les autres prérogatives morales de l'auteur. Elles ne peuvent pas non plus être passées sous silence car, comme le droit de divulgation, elles façonnent directement la jouissance économique de l'auteur. L'exercice de son droit de paternité permet à l'auteur d'établir un lien juridique avec son œuvre, partant d'en jouir. Le droit au respect et à l'intégrité, comme le droit de retrait et de repentir, autorisent l'auteur à dicter les conditions de la jouissance de l'œuvre, par lui ou par un autre. Au total donc, ces prérogatives investissent l'auteur d'une maîtrise dont l'absolutisme n'a rien à envier à celui d'un propriétaire classique, et il faut renvoyer à la version intégrale pour le détail[717].

188. Bilan de l'exercice des prérogatives morales. Pour conclure sur les attributs moraux de l'auteur, leur rôle dans la jouissance économique de l'auteur est à la fois inattendu et endurant. Il est surtout déterminant.

Inattendu. Au total, les attributs moraux de l'auteur sont conçus pour épouser la dimension extrapatrimoniale de l'œuvre et protéger la personnalité de l'auteur en tant qu'elle imprègne l'œuvre. Leur exercice est censé servir une finalité exclusivement personnelle, détachée de toute considération matérielle ou économique. Mais, on le voit, ils peuvent également servir d'autres desseins, plus pragmatiques. Et pourvu que l'intérêt moral de l'auteur soit effectivement mis en cause, les incidences patrimoniales de ces prérogatives sont parfaitement admises.

[717] Voir version intégrale n°596 à 598.

D'ailleurs, au fond, il n'est pas anormal que l'exercice du droit moral produise des conséquences patrimoniales et que l'auteur trouve dans cette dimension un prolongement de sa jouissance économique. En effet, si les droits moraux ne visent pas à exploiter l'œuvre mais à la protéger, ils ont bien pour finalité le respect de l'auteur et se sa volonté, tout comme les droits patrimoniaux. Or, c'est principalement l'exploitation de l'œuvre qui met la personnalité de l'auteur en danger, et le droit moral consiste donc pour l'auteur à contrôler l'exploitation de son œuvre dans ses incidences personnelles, tout comme son droit d'exploitation lui permet d'en contrôler les incidences pécuniaires.

Endurant. Au surplus, il convient de noter que la maîtrise directe de la destinée patrimoniale de l'œuvre prend fin pour l'auteur et ses ayants-droit soixante-dix ans après son décès, ou avant cela lorsque les droits d'exploitation ont été cédés (nous y reviendrons). Au contraire, il en va différemment de la maîtrise indirecte, puisque le droit moral est inaliénable et imprescriptible. Ainsi, même lorsque la maîtrise directe fait défaut, la maîtrise indirecte persiste, entretenant donc une certaine forme de jouissance économique.

En effet, l'auteur, même s'il a cédé l'exploitation, est toujours assuré d'un minimum de contrôle sa vie durant, il « conserve toujours une certaine emprise sur son œuvre même lorsqu'il ne possède plus de droits patrimoniaux sur elle ou qu'il a cédé le support original de l'œuvre d'art »[718]. Après son décès, sans doute le droit moral n'est-il plus conçu comme un droit mais comme un pouvoir, voir un devoir : il n'est plus une faculté discrétionnaire, il a « pour finalité de sauvegarder la personnalité de l'auteur telle qu'elle s'exprime dans l'œuvre »[719]. On ne peut cependant ignorer que la destinée patrimoniale de l'œuvre reste toujours en partie dépendante de la volonté des héritiers.

Au total, l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité du droit moral lui confèrent une force d'endurance dont est dépourvu le droit patrimonial. Si elle s'estompe fortement lorsqu'elle passe aux héritiers, cette jouissance économique dérivée prolonge l'état de dépendance dans lequel se trouve l'œuvre même après la rupture du lien économique primaire avec l'auteur. A travers le droit moral perpétuel, l'œuvre est non seulement privée définitivement de toute émancipation morale, elle est également condamnée à ne jamais atteindre une véritable majorité patrimoniale.

Déterminant. Contre toute attente, le droit moral de l'auteur joue un rôle primordial dans sa jouissance économique de l'œuvre. Il n'est pas possible d'ignorer l'interdépendance des deux ordres de prérogatives. Ceci conduit encore une fois à s'interroger sur la nature du droit

[718] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 441, n°666.
[719] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 1e éd., préc., p. 208, n°271.

d'auteur. Est-il possible de séparer les deux dimensions de ce droit au point d'y déceler des natures que tout oppose ? Est-il alors suffisant de regrouper le droit extrapatrimonial et le droit patrimonial sous une seule entité dite dualiste ? Le fait que la jouissance économique de l'auteur résulte presque autant de l'exercice de ses facultés patrimoniales qu'extrapatrimoniales ne contredit-il pas précisément ce dernier qualificatif ? Il n'est pas encore temps de trancher, et il faut terminer l'examen que nous avons entamé.

→ L'exercice des prérogatives patrimoniales

189. Le contrôle de l'auteur sur la dimension économique de son œuvre s'exprime principalement à travers l'exercice de ses droits patrimoniaux. Sa jouissance économique peut être qualifiée d'absolue : il maîtrise l'exploitation dans toutes ses dimensions.

. Liberté quant au choix d'exploiter ou pas

190. Premièrement, l'article L. 122-1 du CPI consacre au profit de l'auteur le droit d'exploiter son œuvre. Mais ce texte ne lui impose pas l'exploitation effective, il se contente de lui en attribuer la faculté, et de la réserver à lui seul. En conséquence, après divulgation, l'auteur peut décider d'exploiter son œuvre ou au contraire choisir de s'en abstenir. Personne ne peut l'y contraindre, ni décider de l'exploiter à sa place sans son accord.

Ce principe est admis en doctrine. « Contrairement aux principes qui l'imposent en droit des marques et en droit des brevets (articles L. 613-11 et L. 714-5 du CPI), il n'y a pas d'obligation d'exploitation en droit d'auteur ; l'auteur qui est libre de divulguer son œuvre ou de la conserver pour lui-même (article L. 121-2) est libre de la publier et de la diffuser ou pas, d'en poursuivre l'exploitation ou d'y mettre fin. Aucune règle, même tacite, ne lui impose d'exploiter son œuvre. La protection n'est subordonnée ni à l'achèvement, ni à la divulgation, ni à une exploitation suffisante et constante »[720].

Sans doute, le législateur pose une obligation d'exploiter[721] à l'article L. 131-3 du CPI. Le contrat d'édition oblige l'éditeur à éditer et publier l'œuvre[722], et c'est également le cas du

[720] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 456, n°690 ; et aussi p. 575, n°936. Dans le même sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1e éd., préc., p. 435, n°639 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p.7, n°251.
[721] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 333, n°396.
[722] Sur ce point, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1e éd., préc., p. 514, n°737 et s.

contrat de représentation ou du contrat de licence[723]. Pourtant, cela n'enfreint pas la liberté de l'auteur, puisqu'il en est le créancier, le débiteur étant son cocontractant chargé d'exploiter l'œuvre à sa place. Il s'agit donc seulement de protéger les intérêts de l'auteur en obligeant son cocontractant à exploiter l'œuvre. En effet, lorsque l'auteur a décidé d'exploiter et choisit de le faire par l'intermédiaire d'un tiers, le législateur veut s'assurer que le cocontractant respecte effectivement la volonté de l'auteur, et qu'il soit en mesure de le rémunérer. La jurisprudence est stricte et prononce la résiliation du contrat d'exploitation non seulement en cas de défaut d'exploitation, mais aussi en cas d'exploitation insuffisante, voire en cas « d'insuffisance du service de presse »[724]. Pour autant, l'auteur n'a quant à lui aucune obligation de la sorte.

Cette liberté absolue est garantie par l'absence de prescription extinctive : la non-exploitation de l'œuvre ne fait pas perdre son droit à l'auteur. Même lorsqu'il n'exerce pas ses droits patrimoniaux pendant 30 ans, il conserve ce pouvoir d'exploiter. « L'auteur ayant le droit d'exploiter son œuvre sa vie durant, on ne saurait lui opposer la prescription trentenaire ni une renonciation tacite (qui ne saurait se présumer) en s'appuyant sur le non-exercice de son droit » [725]. Corrélativement, comme en droit commun, l'action en revendication est imprescriptible. « Le droit d'auteur ne se perd pas par le non-usage. Il ne se perd que par l'écoulement de la durée légale de protection, c'est-à-dire, en règle générale, soixante-dix années après le décès de l'auteur »[726]. La jurisprudence est constante sur ce point[727].

L'auteur tient donc le potentiel économique de son œuvre à son entière disposition, tout comme un propriétaire classique.

. Liberté quant aux formes de l'exploitation

191. Deuxièmement, si l'auteur choisit l'exploitation, il est également libre de déterminer souverainement les formes que celle-ci va prendre. « Comme tout propriétaire, l'auteur a la faculté d'utiliser sa chose de manière à en retirer un profit (CPI, art. L. 122-1 s.). Il peut donc exploiter son œuvre comme bon lui semble » [728]. En matière de propriété littéraire et

[723] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1e éd., préc., p. 560, n°812.
[724] Paris 14 mai 1997, D. 1998, somm. 194, cité par G. BLANC-JOUVAN, *Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 465.
[725] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 459, n°694. Dans le même sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 372, n°435.
[726] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 459, n°694.
[727] Cass. Civ. 1e, 13 nov. 1973, Bull. Civ. I, n°102, p. 269 ; Cass. Civ. 1e, 17 janv. 1995, Bull. Civ. I, n°39, p. 27; Cass. Civ. 1e, 6 mai 1997, RIDA, octore 1997, p. 231.
[728] F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Les biens*, 3e éd., préc., p. 122, n°73.

artistique, « (l)'exploitation pécuniaire d'une œuvre s'opère de façon spécifique. Les modes d'exploitation de la propriété littéraire et artistique sont principalement la représentation et la reproduction. A titre marginal, le droit de suite confère au seul auteur d'œuvres d'art graphique et plastique un droit pécuniaire assis sur les ventes successives de son œuvre » [729].

Lorsque l'article L. 122-1 du CPI attribue à l'auteur un droit de reproduction et un droit de représentation, ces termes, entendus au sens étroit, pourraient laisser croire que ce dernier ne peut exploiter que de l'une de ces deux manières. Au contraire, « la conception française est dominée, sur le terrain patrimonial, par l'idée que l'auteur a vocation à contrôler toutes les formes de communication et d'exploitation de son œuvre, quelles qu'elles soient, et qu'il doit être associé aussi étroitement que possible au succès de son œuvre »[730]. Il s'agit donc ici de simples catégories, dans lesquelles l'on peut ranger toutes les formes d'exploitation potentiellement concevables.

En effet, le droit français ne retient pas la conception analytique, dans laquelle le législateur dresse une liste détaillée et exhaustive des formes d'exploitation de l'auteur, en dehors desquelles il n'a pas de droit, mais au contraire la conception synthétique, dans laquelle le législateur se borne à opposer la reproduction et la représentation, sans aller plus avant dans le détail. « La conception synthétique des droits d'exploitation consiste à donner un sens large et compréhensif, un contenu ouvert à un nombre de prérogatives très réduit, de telle sorte que toute forme d'utilisation de l'œuvre puisse rentrer dans le champ de l'une ou l'autre de ces prérogatives. Ainsi, le droit de reproduction et le droit de représentation – largement conçus – ont vocation à englober toutes les utilisations, toutes les modalités d'exploitation des œuvres et de permettre aux auteurs de les contrôler. La loi n'a donc pas à énumérer les utilisations réservées à l'auteur, puisque deux concepts larges les absorbent toutes »[731]. L'auteur a donc à sa disposition un domaine de compétence très étendu.

192. Le droit de reproduction. Premièrement, la « reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tout procédé qui permet ensuite de la communiquer de façon indirecte au public (art. L. 122-3) »[732]. Ce pouvoir est consacré par l'article L. 122-3 du CPI.

---

[729] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13e éd., préc., p. 352, n°135. Voir aussi J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 91, n°103.
[730] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 461, n°698.
[731] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 461, n°697. Voir également C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 258, n°306 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 408, n°492 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 251, n°254.
[732] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13e éd., préc., p. 352, n°135. Voir aussi J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 91, n°103.

Il est défini par l'article 2 de la directive du 22 mai 2001 comme « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou partie : pour les auteurs, de leurs œuvres (…) »[733].

L'auteur a donc le pouvoir de maîtriser toute forme de reproduction. Bien entendu, comme nous l'avons vu, les reproductions qu'il maîtrise sont uniquement celles qui remplissent les conditions de l'article L. 122-3 : « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tout procédé permettant de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Autrement dit, l'auteur ne contrôle que certaines reproductions, à l'exclusion de celles qui ne permettent pas cette communication ou ne sont pas fixées. Mais peu importe que la reproduction soit seulement partielle, sauf si l'œuvre est méconnaissable. Peu importe également qu'elle soit destinée à un usage public ou privé, et qu'elle ait une finalité lucrative ou gratuite. En dehors des exceptions strictement définies par la loi, toute forme de reproduction dépend du bon-vouloir de l'auteur[734], en ce compris les adaptations (art. L. 122-4 CPI).

193. Le droit de destination. Le droit de reproduction de l'auteur ne s'arrête pas là.

Domaine. L'auteur maîtrise d'abord l'opération de reproduction, qu'il choisit, mais également le résultat de cette opération, c'est-à-dire les exemplaires reproduisant l'œuvre, en ce compris leur utilisation et leur destination. Il maîtrise « non seulement la première fixation de l'œuvre, la confection et la multiplication d'exemplaires, mais aussi tous les modes de communication, d'utilisation et d'exploitation de l'œuvre, qui sont dans le prolongement de cette fixation »[735].

Ce pouvoir est loin d'être négligeable. L'auteur ne se contente pas de reproduire son œuvre. Il assigne librement des limites à l'utilisation des exemplaires de son œuvre par les tiers. Et le non-respect de la finalité choisie par lui constitue une infraction à sa volonté et une contrefaçon. « Peu importe à cet égard, que la destination en question soit expressément stipulée ou qu'elle soit implicite, ou encore qu'elle se déduise de la nature de l'œuvre et des circonstances de sa publication »[736]. Il peut donc décider de la manière dont les tiers sont autorisés à user des exemplaires dont ils sont pourtant des acquéreurs légitimes, et alors même

[733] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 467, n°709.
[734] Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 466 et s., n°709 et s. ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p.273, n°324.
[735] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 477, n°730.
[736] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 478, n°732.

que l'auteur n'est pas propriétaire de ces exemplaires mais seulement titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre qu'ils reproduisent[737].

La doctrine française l'appelle droit de destination. Le législateur ne le consacre pas explicitement, ce qui conduit certains auteurs[738] à mettre en doute sa légitimité, et à souligner sa fragilité. Mais beaucoup retiennent cette vision large du pouvoir de l'auteur, dont le droit de reproduction trouverait son prolongement naturel, légitime et implicite dans le droit de destination. Ils trouvent argument dans l'article L. 131-3 al. 1er du CPI[739], dont la lettre se borne pourtant à préciser que l'auteur ne cède que les droits d'exploitation dont il a expressément délimité « la destination ».

De plus, la doctrine renforce encore la maîtrise de l'auteur en s'appuyant à nouveau sur ce texte : de ce qu'il exige que chaque droit d'exploitation cédé par l'auteur fasse l'objet d'une mention explicite et précise, les auteurs déduisent que « tout ce que l'auteur n'a pas expressément cédé, on doit considérer qu'il l'a conservé »[740]. Par suite, « l'auteur peut diviser les droits qu'il cède, par modes d'exploitation ou de façon géographique, ou encore échelonner les modes d'exploitation dans le temps »[741]. Il peut « finaliser les autorisations d'exploitation qu'il accorde »[742].

Consécrations. Si le législateur français ou européen ne consacre pas explicitement ce droit de destination de manière générale, certains textes consacrent ponctuellement des droits qui en sont des émanations directes.

Ainsi, la directive du 22 mai 2001 consacre un droit de distribution, « droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci ». Ce droit a un domaine plus étroit que le droit de destination car il « s'intéresse exclusivement aux conditions de commercialisation du support, et non pas aux usages qui peuvent être faits du support une fois qu'il a été acquis ». Il a été transposé en droit français par la loi du 1er août 2006.

Le droit européen consacre également, dans une directive européenne du 19 novembre 1992, un droit de location et de prêt : l'auteur peut « subordonner la location et le prêt des exemplaires de son œuvre, à son autorisation »[743]. La loi du 18 juin 2003 a transposé la

---

[737] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 360, n°415.
[738] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 268, n°275.
[739] H. DESBOIS, Traité, 3e éd., n°288, cité par F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 477, n°731.
[740] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 478, n°732.
[741] *Ibidem*.
[742] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 477, n°731.
[743] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 482, n°738.

directive à propos du droit de prêt, consacrant le pouvoir de l'auteur de contrôler le prêt des exemplaires de son œuvre. Quant au droit de location, il n'a pas été transposé mais peu importe. Non seulement la Cour de cassation le protège au titre du droit de destination mais, de plus, le délai imparti pour la transposition étant dépassé, la directive a désormais un effet direct en droit interne[744].

Bilan. Au total, le droit de destination, par son régime comme par son domaine et ses prolongements, n'est plus une simple extension du droit de reproduction. Son envergure est bien plus large, et il confère au pouvoir de l'auteur une dimension qui n'a plus rien à voir avec celui d'un propriétaire classique. Sans doute, son avenir reste incertain[745], car le législateur français reste silencieux tandis que le législateur européen l'ignore ostensiblement et consacre des droits qui lui font directement ombrage. Mais, pour le moment, l'on peut encore dire que la jouissance économique de l'auteur s'en trouve renforcée.

194. Le droit de représentation. Deuxièmement, la représentation « consiste dans la communication directe de l'œuvre en public (art. L. 122-2) par voie de diffusion, projection, représentation, récitation, présentation, etc. »[746]. Le droit de représentation a un domaine large, il vise les représentations à titre gratuit comme onéreux, intégrales ou partielles, médiates ou immédiates. Toutes les formes de représentation sont visées, et peuvent faire l'objet d'une convention particulière au profit de l'auteur. Les formes de représentation visées à l'article L. 122-2 CPI ne sont pas une liste exhaustive mais une simple série d'exemples.

195. Le droit de suite. Troisièmement, le droit de suite s'ajoute aux droits de représentation et de reproduction, au profit des auteurs d'œuvres d'art graphique ou plastique. Il est consacré par une loi du 20 mai 1920, puis dans la loi du 11 mars 1957, à l'article L. 122-8 du CPI.

Domaine. Il épouse la situation particulière de ces auteurs : les arts plastiques désignent les beaux-arts, par exemple le dessin, la peinture, la sculpture et assimilés, y-compris la photographie, la verrerie, la céramique, etc. Les arts graphiques renvoient aux manuscrits originaux des écrivains et compositeurs[747]. Il s'agit d'œuvres dont le support est unique, ou en nombre très limité. Pour ces auteurs, ce n'est pas l'exploitation de leur création qui est économiquement la plus intéressante, mais la cession de son support. L'auteur court le risque

[744] Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 278, n°329.
[745] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 424, n°510 et 511.
[746] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13e éd., préc., p. 352, n°135. Voir aussi J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 91, n°103.
[747] Sur la question, voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 555, n°898 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p.269, n°320 et s.

que la première cession, qui est aussi la seule à laquelle il a vocation à prendre part, se réalise à son désavantage, s'il n'est pas encore réputé ou s'il se trouve dans une situation de faiblesse. Le droit de suite lui permet justement de se rémunérer sur les reventes successives du support, par la perception d'un pourcentage du prix à l'occasion de chaque revente.

Nature. La nature du droit de suite fait débat[748]. Il faut cependant renvoyer à la version intégrale[749] pour l'examen de cette question. Il suffit de dire ici que le droit de suite participe à l'exploitation de l'œuvre par l'auteur, puisque la cession du support par l'auteur est le mode principal de l'exploitation de ce type d'œuvres. Il faut donc relever que son exercice est à la discrétion de l'auteur à qui aucune condition n'est imposée. On peut ajouter que le pouvoir de l'auteur sur le sort patrimonial de son œuvre est ici plus marqué que celui d'un propriétaire classique, puisqu'il conserve une certaine maîtrise alors qu'il n'est plus propriétaire du support[750]. Celle-ci ne s'explique pas par le fait que l'auteur conserve l'exercice de ses droits patrimoniaux classiques, car il reste titulaire du droit de suite, incessible, alors même qu'il aurait cédé ses droits de représentation et de reproduction. Autrement dit, même lorsqu'il transfère sa jouissance économique de l'œuvre, il garde une maîtrise du support.

. Liberté quant à la personne de l'exploitant

196. Troisièmement, parce qu'il maîtrise tous les modes d'exploitation, l'auteur peut choisir d'exploiter lui-même son œuvre, par exemple en la mettant en ligne comme le prévoit la loi du 1er août 2006.

Mais, « en général, l'auteur n'est pas en mesure d'exploiter l'œuvre lui-même. Il doit s'adresser à des tiers, éditeurs, entrepreneurs de spectacles, dont la profession consiste précisément à communiquer au public les œuvres des auteurs »[751]. Il peut donc décider de ne pas exploiter lui-même et de confier cette mission à un tiers. Il choisit alors un ou plusieurs exploitants, à qui il peut concéder ou céder des droits d'exploitation dont l'étendue reste à sa discrétion. Il peut également opter pour une gestion collective en passant par une société d'auteur. « Libre d'interdire toute exploitation de son œuvre, l'auteur est fondé à choisir qui peut l'exploiter et à subordonner l'autorisation qu'il donne à toutes sortes de conditions et de restrictions, à diviser et finaliser les droits qu'il cède ou concède »[752].

---

[748] Par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 443, n°535.
[749] Voir la version intégrale n°607.
[750] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 361, n°416.
[751] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., chr. p. 53.
[752] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 574, n°936 et p. 456, n°690.

Dans toutes ces hypothèses, il ne renonce pas au pouvoir de contrôler l'exploitation, puisqu'il en détermine les conditions. Il continue également de jouir économiquement de son œuvre, à travers l'exploitation des tiers, puisqu'il reçoit en contrepartie une rémunération qui représente les fruits produits par son œuvre. Si sa jouissance économique n'est ici pas directe, elle n'en est pas moins absolue : « (l)'auteur (ou le titulaire des droits) a seul le pouvoir d'autoriser toute exploitation de son œuvre, ce qui signifie que, *a contrario*, il peut aussi interdire. Bien évidemment, il a également la possibilité de déterminer les rémunérations qui lui sont dues en contrepartie de l'utilisation de ces œuvres. Il maîtrise donc tous les rouages de l'exploitation de ses créations et, comme tout propriétaire, il doit être associé aux fruits qui en résultent »[753].

. Liberté quant aux modalités de l'exploitation

197. Quatrièmement et corrélativement, l'auteur qui décide de confier l'exploitation de son œuvre à un tiers fait appel au droit des contrats. Il y trouve de nombreux outils qui viennent conforter sa jouissance économique. Les décrets de 1791 et 1793 ne comportent pas de dispositions applicables aux contrats, « alors même que ceux-ci sont l'« outil » naturel pour l'exercice des droits d'auteur »[754]. Mais le législateur de 1957 place les contrats d'exploitation au cœur de ses dispositions, leur consacrant de longs et précis développements.

Ainsi, en principe, à l'égal d'un propriétaire, l'auteur est libre de contracter, et de choisir les obligations auxquelles il accepte de se soumettre. De manière générale, le droit des contrats d'auteur n'est pas impératif mais supplétif, et l'auteur peut déterminer les conditions de son engagement. Il a le contrôle absolu des modalités de sa jouissance économique.

Cependant, à la différence du propriétaire classique, l'auteur est jugé vulnérable par le législateur, qui impose à ses cocontractants présumés mieux armés des obligations visant à rétablir l'équilibre des pouvoirs. La liberté de l'auteur n'est pas entravée, c'est celle de ses cocontractants qui l'est. La maîtrise de l'auteur en sort renforcée : il peut autant, tandis que ceux envers qui il s'engage peuvent moins.

Pour s'assurer que l'auteur conserve effectivement le contrôle du contenu du contrat, le législateur ne se contente pas de lui reconnaître directement un droit moral. Il impose corrélativement à son cocontractant le respect d'obligations qui constituent le pendant de celui-ci. Ainsi, par exemple, l'article L. 132-22 dispose « l'entrepreneur de spectacles doit

[753] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 1e éd., préc., p. 226, n°293.
[754] A. MAFFRE-BAUGE, *Le formalisme contractuel en droit d'auteur*, préc., p. 267, n°4.

assurer la représentation ou l'exécution publique dans des conditions techniques propres à garantir le respect des droits intellectuels et moraux de l'auteur », l'article L. 132-11 impose à éditeur le respect du droit à l'intégrité de l'œuvre et du droit de paternité[755]. De cette manière, le législateur place l'auteur dans une situation avantageuse : il n'a pas besoin d'invoquer – ni de prouver – une atteinte à l'un de ses droits moraux, puisque ces obligations particulières en constituent une sorte de traduction patrimoniale. Il lui suffit d'invoquer directement leur violation.

L'auteur contrôle non seulement le contenu du contrat auquel il est partie, mais également celui des contrats auxquels il est étranger, pourvu que l'exploitation de son œuvre en soit l'objet. Ainsi, la cession du contrat d'édition (article L. 132-16 du CPI) ou du contrat de représentation (article L. 132-19) est subordonnée à l'accord préalable de l'auteur. « L'article L. 131-16 du Code de la Propriété intellectuelle consacre même une sorte de « clause de conscience » pour le contrat d'édition en cas d'aliénation du fonds de commerce de l'éditeur : si cette cession « 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 » »[756].

Pour résumer, lorsque l'auteur décide de contracter pour l'exploitation de son œuvre, il se trouve placé par la loi dans une situation meilleure que celle d'un simple propriétaire. Sa protection est assurée, son pouvoir de négociation renforcé, et sa maîtrise de l'œuvre prolongée aux dépens de son cocontractant. Si le droit des contrats d'auteur est plus contraignant que le droit commun des contrats, la maîtrise de l'auteur sur l'exploitation de son œuvre n'en sort donc pas amoindrie mais renforcée.

198. Bilan de l'exercice des prérogatives patrimoniales. Globalement, sur ce point, la maîtrise de l'auteur est envisagée par beaucoup d'auteurs sous l'angle de l'exclusivisme : l'auteur a seul le pouvoir d'exclure les tiers de tout accès à son œuvre, ou au contraire d'autoriser qu'ils l'exploitent pour en tirer un profit. « L'auteur possède un droit exclusif : (…) il a la faculté discrétionnaire d'autoriser ou d'interdire tel ou tel acte d'exploitation aux tiers, d'accepter ou de refuser un contrat de cession ou de licence. Le caractère exclusif du droit est fondamental, car il garantit la liberté de choix (…) »[757].

Mais on peut tout aussi bien se placer sous l'angle de l'absolutisme : l'auteur contrôle toute forme d'exploitation, qu'elle soit de son propre fait, ou du fait d'un tiers. Il a le pouvoir

[755] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 443, n°670.
[756] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 442, n°669.
[757] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 49, n°64.

absolu d'autoriser ou d'interdire que quiconque fasse fructifier son œuvre. En réalité, peu importe la formulation retenue en doctrine, le sens reste le même.

199. Conclusion sur la jouissance économique absolue de l'auteur. Ainsi, pour conclure plus généralement sur le droit d'auteur, la jouissance économique d'un bien corporel est loin d'être aussi absolue que celle d'une œuvre. Le propriétaire classique maîtrise sans doute le sort patrimonial de son bien, tout comme l'auteur. Tous deux sont libres d'exploiter ou pas. Mais le propriétaire qui se défait de son bien ne retient sur lui aucune espèce de pouvoir, tandis que le droit moral menace, tel un couperet, maintenant l'œuvre sous le joug quasi-absolu de l'auteur. L'auteur détient un pouvoir bien plus grand que celui d'un propriétaire classique, puisque le législateur empêche l'auteur de rompre définitivement le lien qui l'unit à son œuvre, même lorsqu'il choisit de se désintéresser de sa dimension économique, en lui conservant une forme de contrôle dont est dépourvu le propriétaire qui cède sa chose corporelle. Le droit moral de l'auteur renforce sa maîtrise de l'œuvre en lui donnant un pouvoir que n'a pas un propriétaire classique. Il confère donc au droit d'auteur pris dans son ensemble un caractère « encore plus absolu », si l'on peut dire.

Au total, les droits de l'auteur autorisent une maîtrise absolue de l'œuvre, et si le droit patrimonial de l'auteur se rapproche effectivement d'une propriété sur ce point, on peut hésiter quant à la question de savoir si l'absolutisme de son droit moral l'en rapproche encore davantage ou au contraire l'en éloigne. En tout état de cause, il s'agissait de rechercher le degré de liberté de l'auteur dans sa jouissance économique, et le résultat est clair : il dispose de toutes sortes de prérogatives ayant pour effet direct ou indirect de placer l'œuvre à son entière discrétion.

Pourtant, l'examen n'est pas complet et il faut nuancer cette conclusion.

β. La jouissance économique dirigée de l'auteur

200. La liberté de l'auteur est parfois entamée, ce qui autorise à dire que sa jouissance économique est marginalement dirigée. Il faut ici aussi distinguer entre les entorses à l'absolutisme des prérogatives morales et patrimoniales de l'auteur, la primauté de la dimension morale en droit français expliquant sans doute que les premières soient nettement moins prononcées que les secondes.

→ Le cantonnement des prérogatives morales

201. Un seul texte vient restreindre la liberté dans l'exercice du droit moral. Il s'agit de l'article L. 121-3 du CPI, qui ne concerne pas l'auteur mais ses représentants lorsque celui-ci est décédé. Ceux-ci sont en principe libres d'exercer les prérogatives morales, mais le législateur prévoit que l'exercice ou le non-exercice du droit de divulgation peut être constitutif d'un abus notoire[758]. Dans ce cas, le TGI « peut ordonner toute mesure appropriée ».

En dehors de cette hypothèse particulière, l'exercice du droit moral par l'auteur est libre, et l'on a déjà examiné la question de son caractère éventuellement discrétionnaire. En tout état de cause, l'auteur n'est jamais positivement obligé d'exercer ses prérogatives morales. Sans doute, s'il veut en imposer le respect au tiers exploitant, il doit établir que ce dernier y porte spécifiquement atteinte. Autrement dit, l'auteur doit établir qu'il subit un préjudice d'ordre moral. Il doit en outre respecter les conditions particulières prescrites pour chaque attribut, et surtout le droit de repentir et de retrait. Mais on ne peut trouver ici de véritable entorse à sa liberté. Il s'agit simplement pour l'auteur de respecter le régime juridique propre à l'action qu'il choisit d'intenter.

Pour nous, l'exercice du droit moral par l'auteur est presque absolu. Si l'on admet que la jouissance économique de l'auteur dépend en partie de ses prérogatives extrapatrimoniales, il faut alors reconnaître que l'absolutisme du pouvoir patrimonial de l'auteur n'est pas remis en cause par cette interdépendance puisque l'absolutisme caractérise effectivement l'exercice du droit moral.

→ Le cantonnement des prérogatives patrimoniales

202. La jouissance économique directe de l'auteur est moins bien préservée que sa jouissance indirecte. L'exploitation de l'œuvre n'est pas totalement libre, et plusieurs types d'entorses doivent être examinés.

[758] Voir par exemple C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, préc., p. 132, n°137.

. Liberté d'exploiter v. extinction du monopole

203. Le propriétaire est libre d'exploiter ou pas, sans limite dans le temps. Son droit ne craint pas le désintérêt, sauf usucapion. Sur ce point, l'auteur se trouve dans une position encore meilleure : son inaction ne menace pas son droit, et aucune forme de prescription acquisitive par un tiers ne peut venir le troubler, puisque la possession d'un droit d'auteur est exclue en jurisprudence.
Pourtant, l'auteur connait une autre forme de menace, à laquelle il ne peut d'ailleurs pas échapper : soixante-dix ans après son décès, le droit pour ses héritiers d'exploiter son œuvre prend fin définitivement. La jouissance économique de l'auteur lui-même n'est donc pas entamée, mais celle de ses héritiers, et donc la maîtrise de l'auteur quant au devenir patrimonial de son œuvre, s'en trouvent considérablement réduites, comparées à l'imprescriptibilité du pouvoir d'un propriétaire classique.

. Liberté d'exploiter v. dirigisme protecteur.

204. Esprit protecteur. En droit d'auteur comme ailleurs, la liberté contractuelle a montré ses limites et ses dangers. Prenant acte de la réalité, le législateur considère que l'auteur est la partie faible du contrat d'exploitation. Au 20e siècle, les auteurs comme les autres acteurs de la vie juridique obtiennent la protection du législateur par l'élaboration de régimes juridiques spécifiques. En conséquence, comme le consommateur, l'auteur qui contracte se voit imposer des mesures propres à le protéger. Tout le régime des contrats d'exploitation est imprégné de ce principe protecteur, qui se traduit par une législation contraignante et dérogatoire au droit commun des contrats[759]. Sans doute l'auteur reçoit-il ainsi davantage de pouvoir qu'un simple propriétaire, ce qui renforce d'une certaine manière l'absolutisme de sa jouissance. Mais il reste indéniable que sa liberté est encadrée, ce qui le distingue d'un propriétaire à la maîtrise quasi-discrétionnaire.

205. Manifestations dirigistes. La plupart de ces contraintes exorbitantes du droit commun des contrats cantonnent la liberté de l'auteur au stade de la formation du contrat, lorsqu'il est le plus vulnérable. Ainsi, quant au consentement des cocontractants, la conjugaison des

[759] Voir A. MAFFRE-BAUGE, *Le formalisme contractuel en droit d'auteur*, préc., p. 268, n°6 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 335, n°398 et s.

articles L. 131-2 et L. 132-7 du CPI impose que le consentement de l'auteur soit donné personnellement et par écrit, pour les contrats les plus courants[760].

De même, quant à l'objet du contrat[761], le principe de l'interprétation restrictive des cessions oblige l'auteur à formuler très précisément les droits qu'il entend céder car, dans le doute, tout ce qui n'est pas expressément cédé est considéré comme conservé. On trouve des manifestations de ce principe d'interprétation restrictive dans l'article L. 111-3 qui pose la distinction de l'œuvre et de son support, l'article L. 122-7 qui dispose que la cession d'un droit d'exploitation n'emporte pas cession de l'autre, l'article L. 131-3 qui impose une mention distincte pour chaque droit cédé. L'auteur ne peut pas non plus procéder à une cession globale de ses œuvres futures car, aux termes de l'article L. 131-1 (contraire à l'article 1130 du Code civil), celle-ci est nulle, d'une nullité relative d'ordre public. Les limites à cette prohibition restent très marginales : la Cour de cassation admet la cession de droits sur une œuvre future non encore créée lorsque celle-ci est déjà identifiée et définie, et le CPI pose de exceptions à la prohibition de principe, en faveur du contrat d'édition (art. L. 132-4) et du contrat général de représentation (art. L 132-18). Globalement, l'auteur est véritablement contraint à la précision lorsqu'il rédige son contrat.

Egalement, quant à la cause du contrat, la rémunération de l'auteur doit aux termes de l'article L. 131-4 consister dans une participation proportionnelle aux recettes de l'exploitation, et non dans un forfait. L'auteur n'a donc pas le choix de son mode de rémunération. Ici encore, la nullité est d'ordre public. Mais il faut nuancer : cette nullité est relative, laissant la faculté à l'auteur d'y déroger. De plus, la jurisprudence est réticente à prononcer la nullité, et les juges accueillent favorablement les demandes de résiliation ou de nullité seulement partielle. Par ailleurs, on peut souligner un inversement de la tendance : aujourd'hui, les exceptions à la règle de la rémunération proportionnelle se multiplient. La rémunération au forfait gagne du terrain, et les articles L. 131-4 et 131-6 CPI rendent à l'auteur une marge de liberté dans l'exploitation de son œuvre[762]. Libre de choisir son mode de rémunération, l'auteur se rapproche à nouveau d'un propriétaire, tandis que réduit à percevoir une rémunération proportionnelle, il se rapprochait dangereusement d'un créancier, titulaire d'un simple « droit à rémunération ».

En résumé, l'auteur qui désire conclure un contrat d'exploitation est donc bien protégé, mais il est aussi moins libre qu'un simple propriétaire. Cela fait dire à un auteur que « la liberté

[760] Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 580, n°945 et s.
[761] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 582, n°950 et s.
[762] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, Thèse, PUAM, 2008, p. 83 et s., n° 67 et s.

contractuelle en matière de droit d'auteur apparaît donc, en quelque sorte, aujourd'hui, comme une liberté surveillée »[763]. En tout cas, cette première entorse à l'absolutisme de l'auteur reste mesurée, car sa jouissance économique en sort à la fois amoindrie et renforcée.

. Liberté d'exploiter v. sociétés de gestion collective.

206. Situation : la faiblesse. En théorie, l'auteur est libre d'exploiter comme il le souhaite. « Dans un univers idéal, c'est l'auteur, et lui seul, qui devrait exercer ses droits exclusifs en délivrant des autorisations, en signifiant des refus et en imposant ses tarifs »[764]. Mais en réalité, ce principe est illusoire, l'auteur n'est pas en mesure de l'imposer. Plusieurs raisons concourent à le priver de cette maîtrise.

Premièrement, il est concrètement obligé d'exploiter pour subvenir à ses besoins, il est donc contraint de se plier aux exigences du marché. Corrélativement, l'auteur est un individu isolé qui fait face à des entreprises puissantes, lesquelles n'ont pas un besoin vital de contracter avec lui. La négociation ne se fait donc pas d'égal à égal entre lui et les acteurs du marché. Quel poids pèse-t-il face à « des exploitants ou des utilisateurs (éditeurs, organismes de radiodiffusion ou de télévision, entrepreneurs de spectacle, bibliothèques, etc.), qui sont infiniment plus puissants que lui économiquement et qui sont en mesure de lui imposer leurs conditions, « à prendre ou à laisser » »[765] ?

Deuxièmement, l'auteur n'est pas par hypothèse un professionnel de l'exploitation, « il est fréquemment peu au fait du commerce et de la législation, que son partenaire maîtrise, lui, souvent très bien »[766]. Sa relative ignorance des exigences de la pratique le place dans une situation de faiblesse et le rapport de forces s'établit donc naturellement en faveur de l'exploitant.

Troisièmement, il n'est pas, en tant qu'individu, capable de contrôler chacune des multiples formes que peut prendre l'exploitation de son œuvre, et encore moins chaque utilisation par chaque utilisateur. Il suffit de penser à « la télédiffusion par satellite, la copie privée ou encore la reprographie… »[767].

[763] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., chr. p.55.
[764] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 393, n°467.
[765] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 680, n°1140, et p.575, n°937.
[766] *Ibidem.*
[767] *Ibidem.*

207. Solution : la gestion collective. Pour remédier à cette situation déséquilibrée, Beaumarchais a « l'idée de rassembler les forces des auteurs au sein d'une société pour surmonter ou au moins réduire la situation de faiblesse de l'auteur isolé dans la négociation contractuelle mais aussi dans la lutte contre la contrefaçon, ou encore dans la représentation face aux pouvoirs publics et aux organisations professionnelles d'exploitants »[768]. La gestion collective consiste à investir des sociétés du pouvoir de donner les autorisations d'utilisation des créations, de percevoir les rémunérations et de les répartir, de contrôler les utilisations et de poursuivre les contrefacteurs. Le législateur les consacre à l'article L. 321-1 sous le terme de sociétés « de perception et de répartition ». La gestion collective concerne aujourd'hui presque tous les droits de propriété littéraire et artistique – droits d'auteur et droits voisins – et illustre « l'idée que l'union fait la force »[769]. On ne compte plus le nombre de ces sociétés, qui se regroupent elles-mêmes au sein d'associations internationales.

207-1. Jouissance économique absolue renforcée. *A priori*, on pourrait considérer que ces sociétés renforcent le droit absolu de l'auteur : elles ne poursuivent pas un but commercial autonome, mais au contraire, elles visent la défense et la protection de l'auteur et de ses intérêts, patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Elles renforcent sa position dans la négociation et assurent la gestion de ses droits dans son intérêt. Ainsi, même si le droit de l'auteur n'est plus exercé par l'auteur, la maîtrise de l'exploitation est absolue, et se fait au profit de l'auteur.
Dans ce sens, on peut arguer de la nature de l'accord entre l'auteur et la société de gestion : aujourd'hui, le plus souvent, « l'auteur (ou le titulaire de droits voisins, ou l'ayant droit) cède des droits d'exploitation sur tout ou partie de ses œuvres actuelles et futures (au fur et à mesure qu'elles sont créées) à la société de gestion, qui en acquiert la propriété – mais seulement à titre fiduciaire. Le caractère fiduciaire de l'aliénation est essentiel. Il signifie que la société de gestion collective acquiert les droits non dans son intérêt propre, mais pour les exercer dans l'intérêt exclusif et pour le compte de l'associé qui les lui a transférés »[770]. Il faut souligner que l'auteur consent librement, qu'il reste en principe libre de se retirer, et que la force économique de la société lui est nécessairement favorable lors des négociations.

[768] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 681, n°1141. Voir aussi P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 8e éd., préc., p. 16, n°6 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 696, n°848 et s.
[769] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 679, n°1138.
[770] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 695, n°1170 et 1171.

207-2. Jouissance économique absolue affaiblie. Pourtant, cette vision idyllique des sociétés de gestion ne reflète pas la réalité. En effet, premièrement, les sociétés de gestion collective ne protègent pas exclusivement les intérêts de l'auteur. Bien au contraire, elles visent également à la promotion d'autres intérêts que ceux de l'auteur, des intérêts sociaux ou culturels auxquels elles affectent des sommes qui devraient logiquement revenir aux auteurs.

Deuxièmement, on peut considérer que c'est le principe même de fonctionnement de ces sociétés qui retire à l'auteur sa liberté : en transférant ses droits, il perd le pouvoir de refuser telle ou telle exploitation, et se voit attribuer une rémunération forfaitaire obligatoire. Autrement dit, s'il conserve, en théorie au moins, le pouvoir de contracter avec ces sociétés ou pas, c'est-à-dire le pouvoir d'accepter ou de refuser l'exploitation de principe, il perd en revanche la maîtrise des formes de cette exploitation, puisqu'en décidant d'exploiter par leur intermédiaire, il perd tout contrôle des modalités de cette exploitation et se borne en en retirer une forme de « redevance ».

Troisièmement, « les sociétés de gestion collective sont pratiquement toutes en situation de monopole »[771]. Cela renforce sans doute leur efficacité dans la gestion des droits. Mais la vigilance s'impose en ce qui concerne les conditions d'adhésion et de retrait proposées aux adhérents. La CJUE a jugé que certaines de leurs pratiques constituent une exploitation abusive vis-à-vis de la liberté des auteurs[772].

Quatrièmement, elles ne sont plus toujours facultatives mais désormais parfois imposées par le législateur. Ainsi, dès lors que l'auteur a décidé de divulguer, il est parfois contraint d'exploiter : l'article L. 132-20-1 du CPI pour la gestion du droit d'autoriser la retransmission par câble d'une œuvre télédiffusée, et l'article L. 122-10 du CPI pour la gestion du droit de reprographie, organisent la cession obligatoire du droit d'exploitation et attribuent d'office une rémunération. Certaines formes d'exploitation sont donc imposées, et on peut y voir une forme d'expropriation, « un cas de cession légale et obligatoire, qui est une forme de contrat forcé et qui prouve que le droit de propriété des auteurs subit des attaques frontales puisqu'ils en sont dépossédés par la loi »[773].

Enfin, « ces sociétés sont, quant à elles, étroitement surveillées par l'Etat et soumises, en outre, aux contraintes du droit communautaire et du droit français de la concurrence»[774]. Ces dernières contraintes n'auraient pourtant pas trouvé à s'appliquer à la gestion individuelle de

[771] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 696, n°1175 et 1176.
[772] Par exemple, CJUE, 21 mars 1974, aff. 127/73, Recueil, p. 313, ou CJUE, 25 octobre 1979, aff. 22/79, Recueil, p. 3275. Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 698, n°1178.
[773] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 262, n°311.
[774] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 687, n°1155. Dans le même sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 736, n°911.

son œuvre par un auteur. « Tout se passe alors comme si le transfert des droits à la société de gestion s'accompagnait d'une « déperdition » »[775].

Globalement, le bilan est mitigé. Les auteurs en tant qu'individus isolés sont certes en situation de faiblesse, et les sociétés de gestion collective renforcent sans doute leur maîtrise du sort économique de l'œuvre. Mais les risques d'abus et les contraintes inhérentes à ce type de gestion annulent peut-être les effets bénéfiques de ces sociétés. En tout cas, il semble qu'ici aussi, la jouissance économique de l'auteur en sorte finalement renforcée autant qu'amoindrie.

. Liberté d'exploiter v. nécessité d'exploiter

208. En principe, l'auteur est libre d'exploiter lui-même. S'il n'en est pas techniquement capable, il est alors libre de fixer le contenu du contrat par lequel il autorise un tiers à exploiter son œuvre. Le contrat d'exploitation ne devrait donc en théorie pas remettre en cause sa maîtrise, puisqu'il est supposé capable d'imposer ses conditions. Pourtant, l'auteur est souvent en situation de faiblesse, du fait de son ignorance et de sa nécessité économique. Le pragmatisme l'emportant sur l'idéalisme, le législateur lui fournit les outils de son assujettissement : s'ils protègent l'auteur contre les risques d'abus, les contrats d'exploitation contiennent également des dispositions qui lui retirent une grande partie de son pouvoir absolu.

Par exemple, l'art. L. 132-18 autorise le contrat général de représentation[776], alors qu'il déroge à la prohibition de la cession globale des œuvres futures. Celui-ci consiste dans un contrat « par lequel un organisme professionnel d'auteurs confère à un entrepreneur de spectacles la faculté de représenter, pendant la durée du contrat, les œuvres actuelles ou futures constituant le répertoire dudit organisme aux conditions déterminées par l'auteur ou ses ayants-droit ». Ici, non seulement les auteurs cèdent à titre fiduciaire leurs droits de représentation sur leurs œuvres actuelles et futures à la société de gestion collective, mais elle-même conclut à son tour des contrats de représentation. L'auteur se dépouille donc pour l'avenir de toute faculté de négociation sur ses œuvres actuelles et futures. Bien-sûr, il a la faculté de ne pas s'engager dans ce type de contrat avec une société de gestion collective, mais il est obligé de le faire en pratique.

[775] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 726, n°887.
[776] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 649, n°1079.

Par exemple, en amont du contrat de représentation, les contrats d'adaptation et de production audiovisuelle permettent la création d'une œuvre audiovisuelle, alors que l'auteur livré à lui-même aurait peu de chance d'y parvenir. Le contrat d'adaptation audiovisuelle consiste à adapter l'œuvre de l'auteur, donc à la modifier. Sans doute, il est strictement encadré, car « une telle cession représente, en effet, une décision lourde de conséquences, car elle intéresse autant les intérêts moraux que les intérêts pécuniaires de l'auteur, puisqu'elle implique, en elle-même, que le cessionnaire va pouvoir modifier l'œuvre dans une certaine mesure et communiquer l'adaptation au public »[777]. L'auteur de l'œuvre originelle peut ainsi invoquer son droit moral pour s'opposer à la diffusion de l'adaptation qu'il juge dénaturante. Mais ce contrat implique tout de même que l'auteur soit obligé d'accepter certaines modifications, faute de quoi il serait dépourvu de cause.

Le contrat de production audiovisuelle quant à lui, consiste dans une convention entre un ou plusieurs auteurs et un producteur aux fins de la réalisation et l'exploitation d'une œuvre audiovisuelle. Il instaure, à l'art. L. 132-24, une présomption légale de cession des droits d'exploitation au profit du producteur. La conclusion de ce contrat retire donc à l'auteur ses droits sur l'œuvre future. Cette cession favorise une exploitation efficace de l'œuvre tandis que l'existence de plusieurs auteurs la rendrait par hypothèse difficile. Si la loi du 3 juillet 1985 assouplit la sévérité à l'égard des auteurs, en encadrant cette cession et en en limitant la portée[778], la liberté d'exploiter de l'auteur reste cependant sérieusement amputée.

Au total, le droit des contrats d'auteur ne peut se ramener à la promotion exclusive des intérêts de l'auteur. L'intérêt des exploitants doit également être pris en compte. Si cela implique de poser des limites au pouvoir absolu de l'auteur, ceci n'est peut-être pas anormal : les droits des exploitants ne sont pas moins légitimes, et le titulaire d'un droit subjectif, fut-il aussi noble que le droit d'auteur, n'échappe pas à l'obligation de respecter les droits des tiers.

. Liberté d'exploiter v. licences non volontaires

209. Exclusivisme-absolutisme : les recoupements. L'auteur est *a priori* libre de ne pas exploiter, et corrélativement de refuser que quiconque exploite sans son accord. Sa maîtrise de l'exploitation inclut logiquement le pouvoir de décider de tous les usages de son œuvre.

Pourtant, nous avons vu à propos de l'exclusivisme que de nombreuses exceptions viennent entamer le droit d'exclure de l'auteur, qu'il s'agisse d'exceptions légales ou prétoriennes, et

[777] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 651, n°1083.
[778] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 655, n°1093 et s.

qu'elles soient conçues comme de véritables exceptions ou comme de simples limites. Nous voulons ici rappeler que ces entorses peuvent également être examinées par le prisme de l'absolutisme : il s'agit de situations dans lesquelles l'auteur perd le contrôle de certains usages de son œuvre, qui lui sont imposés sans son consentement. Il ne maîtrise pas toutes les formes d'exploitation. Sa jouissance économique n'est donc pas absolue. Les mêmes hypothèses peuvent être qualifiées d'entorses à l'exclusivisme autant qu'à l'absolutisme.

Nous ne reviendrons pas sur la plupart d'entre elles : lorsque le législateur autorise un particulier à user d'une œuvre de manière privative et sans l'exploiter de manière à lui faire produire de véritables fruits, et lorsqu'en outre, il lui refuse toute contrepartie financière, il nous semble effectivement que c'est avant tout le droit d'exclure qui se trouve atteint. Autrement dit, il s'agit dans ces hypothèses d'une éviction pure et simple du droit d'auteur, lequel ne trouve plus à s'appliquer. Défini comme le droit pour l'auteur d'exclure les tiers de son œuvre, il est ici jugé illégitime, et l'usage examiné est placé hors de sa portée.

En revanche, lorsqu'un tiers reçoit l'autorisation légale ou prétorienne d'user de l'œuvre ou de l'exploiter concurremment avec l'auteur, ou lorsque la loi organise une véritable maîtrise concurrente de celle de l'auteur par le biais d'une licence non volontaire ou d'une présomption légale de cession, mais surtout lorsque l'auteur reçoit en contrepartie une rémunération, la situation est sensiblement différente. Son pouvoir d'exclure disparaît sans doute, tout comme sa maîtrise prend fin, et son contrôle lui échappe. Malgré tout, ses prétentions sont maintenues et sa rémunération postule le maintien de son droit. Autrement dit, ici, l'auteur a toujours le droit d'exiger légitimement le respect de sa réservation, et c'est seulement sa mise en œuvre qui est aménagée. Son droit existe, mais son exercice est dirigé. On réaffirme que l'auteur est maître de son œuvre, mais on le prive du pouvoir de dire non, et on lui impose des usages contre une rémunération qu'il est contraint d'accepter. L'exploitation – ou la non-exploitation – de l'œuvre cesse de dépendre entièrement de son bon-vouloir. Le droit de l'auteur sur son œuvre est maintenu, et l'on continue de l'appeler droit d'auteur, mais on donne à ce dernier un contenu qui n'a plus rien à voir avec la définition classique. Plus que son droit d'exclure, c'est son pouvoir de contrôler l'œuvre qui nous paraît ici atteint. La doctrine[779] classe ces hypothèses parmi les entorses à l'exclusivisme mais, pour nous, c'est surtout l'absolutisme du droit d'auteur qui est remis en cause. C'est cet angle d'approche que nous retenons ici.

[779] Notamment Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 242, n°295.

Recensement. On peut opérer une distinction en fonction de la source de ces entorses (légale ou prétorienne), parce que celle-ci indique, selon nous, le degré de légitimité que l'on peut leur reconnaître, donc le degré de gravité de l'atteinte qu'elles réalisent au droit absolu – et légitime – de l'auteur.

Licences légales

210. Certaines licences non volontaires sont d'origine légale. On peut y associer les présomptions légales de cession.

Fondements. Elles apparaissent avec la loi de 1985. Elles trouvent dans leur source une certaine légitimité, qui amoindrit peut-être la force de l'atteinte qu'elles réalisent à la souveraineté de l'auteur. Mais outre leur origine légale, c'est également et surtout leur finalité qui compense leur gravité.

En effet, ces licences obligatoires et présomptions de cession sont d'abord imposées dans un souci de pragmatisme, non pas pour restreindre la jouissance économique de l'auteur, mais au contraire pour restaurer l'effectivité de son droit. On l'a souligné un peu plus haut, les auteurs ne sont pas matériellement capables de contrôler l'utilisation de leurs œuvres par tous ceux qui y ont accès, ni de négocier individuellement chaque utilisation avec chaque utilisateur. Songeons à « la société de distribution de télévision par câble qui doit contracter avec une foule de producteurs, éventuellement étrangers, de programmes audiovisuels – à condition encore que seuls les producteurs détiennent des droits sur l'œuvre – et arrêter avec eux les différentes modalités de chaque diffusion. Songeons surtout aux auteurs qui devraient négocier avec chaque consommateur, détenant un appareil d'enregistrement sonore ou audiovisuel, l'autorisation de reproduire leur œuvre diffusée à la radio ou à la télévision »[780]. Quant à la sanction de tous les agissements illicites, elle est à la fois impossible à réaliser, et bien trop coûteuse à mettre en œuvre. L'idée est donc qu'il vaut mieux canaliser ces usages illicites plutôt que de s'épuiser à les combattre ou d'y renoncer. La licence légale réalise un compromis, puisqu'elle valide les comportements qui empiètent sur le droit d'auteur, tout en ménageant une contrepartie à l'auteur. Elle est présentée comme une nécessité, simple exception marginale, ponctuelle, et finalement bénéfique, à la souveraineté de l'auteur.

[780] A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, Les cahiers de propriété intellectuelle, 1990, p. 174. Dans le même sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 243, n°295.

Pourtant, la solution n'est pas neutre : « la licence obligatoire ignore le consentement du titulaire des droits qui n'a plus la possibilité d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son œuvre, car son avis ne lui est plus demandé »[781]. Pour rétablir le jeu du droit d'auteur et assurer à l'auteur une rémunération, on le prive de sa liberté de refuser. On peut se demander s'il s'agit encore d'un véritable droit d'auteur.

Il faut examiner ces hypothèses plus en détail. Pour résumer, nous nous contentons de prendre ici l'exemple de la copie privée. Nous renvoyons à la version intégrale[782] pour le prêt public de livres, la cession du droit de reproduction par reprographie à une société de gestion collective agréée, et le domaine des droits voisins.

211. Exemple : l'article L. 311-1 du CPI. La copie privée est autorisée par l'exception légale de l'article L. 122-5 du CPI, qui prive l'auteur de son droit de refuser cet usage ainsi que de toute rémunération. Nous l'avons examinée dans le cadre des entorses à l'exclusivisme, parce qu'elle valide un simple usage individuel et privé, qui reste somme toute marginal, et parce qu'elle est conçue par beaucoup d'auteurs comme une limite naturelle au pouvoir de l'auteur, plutôt que comme une atteinte à sa souveraineté légitime. Mais il est indéniable qu'elle entame l'absolutisme de sa maîtrise.

En tout état de cause, « pour une partie de la doctrine – bien que le texte de la loi n'opère pas explicitement une telle distinction –, l'exception de copie privée posée à l'article L. 122-5, 2° ne viserait que les copies manuelles et ne s'appliquerait donc pas lorsque la copie est faite à domicile mais par le truchement de moyens mécaniques ou électroniques, c'est-à-dire par enregistrement sonore ou audiovisuel »[783]. Dans ces hypothèses, la loi du 3 juillet 1985 institue donc un système que l'on peut qualifier de licence légale[784], qui rétablit le jeu du droit de reproduction. En 1985, seules les copies d'œuvres fixées initialement sur phonogramme ou vidéogramme étaient visées, mais la loi du 17 juillet 2001 article L. 311-1 a étendu le dispositif à toutes les copies privées numériques, quel que soit le support initial de l'œuvre copiée numériquement. La loi réaffirme donc le droit de l'auteur sur son œuvre, mais elle l'oblige à accepter certaines copies, pour lesquelles elle instaure un droit à rémunération, « qui est la contrepartie de la privation de leur droit exclusif »[785]. Cette rémunération est perçue par les sociétés de gestion collective qui répartissent ensuite les sommes.

[781] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 49, n°64, et p.456, n°691.
[782] Voir la version intégrale n°626, 627 et 628.
[783] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 496, n°771.
[784] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 306, n°361.
[785] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 499, n°780.

A la différence de l'exception de copie privée qui écarte le jeu du droit d'auteur, cette licence le maintient dans son principe, tout en le vidant de son contenu classique : l'auteur perd le pouvoir d'exclure et celui de fixer sa rémunération. Il perd tout contrôle de l'exploitation de son œuvre pour les hypothèses visées par le texte. Cette licence est donc une entorse à la jouissance économique absolue de l'auteur, privé de la liberté de choisir les usagers de son œuvre et le prix qu'il entend en obtenir.

Pourtant, on pourrait arguer que la jouissance de l'auteur en sort renforcée : celui-ci n'est pas capable, seul, d'empêcher ces usages ou d'en obtenir compensation. La licence le prive de liberté mais elle lui assure une véritable réservation. Son droit exclusif est « illusoire »[786] tandis que son droit à rémunération est « effectif »[787].

D'ailleurs, certains[788] voient dans cette licence encore bien davantage : ils postulent que l'exception de copie privée de l'article L. 122-5 du CPI n'est qu'une limite au droit d'auteur, et donc que les usages qu'elle valide n'ont en réalité pas vocation à être réservés par l'auteur parce qu'ils n'impliquent pas de communication au public. Ils en concluent qu'en imposant aux usagers le paiement d'une rémunération en échange de certaines copies pourtant privées, le législateur impose la souveraineté de l'auteur en dehors de son domaine naturel – et légitime. La licence légale étendrait la réservation de l'auteur au-delà de ce qui lui revient normalement, et lui attribue une rémunération que la logique devrait exclure.

Ici, on voit bien que l'analyse refuse de prêter un sens littéral aux termes du législateur. On l'a déjà dit, ce dernier qualifie expressément la copie privée d'exception et conçoit cet usage comme appartenant naturellement à l'auteur. C'est la doctrine qui refuse cette lecture. Quant au législateur, il ne fait que tirer les conséquences de son postulat : la copie privée est exceptionnellement autorisée, elle est au surplus gratuite dans les cas visés à l'article L. 122-5, mais par ailleurs payante dans ceux que règlemente la licence légale. Celle-ci n'est rien d'autre que ce que son nom indique : une autorisation exceptionnelle d'user de l'œuvre sans le consentement de l'auteur et contre rémunération.

En tout état de cause, il nous semble désormais difficile de dire que la jouissance économique de l'auteur est absolue, ou que son exploitation est imprégnée de la liberté d'un propriétaire. Sans doute l'auteur est-il rémunéré pour l'usage de son œuvre. Mais quoi de commun entre le prix négocié librement par un propriétaire, et cette rémunération pour copie privée, « redevance, déterminée par une commission administrative, et perçue par des sociétés de

[786] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 497, n°773.
[787] *Ibidem*.
[788] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 307, n°361.

gestion collective auprès de différents commerçants qui la répercutent sur les consommateurs, pour être ensuite répartie entre divers ayants droit culturels, afin de les rémunérer pour compenser l'usage privée licite de leurs biens incorporels »[789] ?

Licences prétoriennes

212. La licence légale restreint incontestablement la liberté de l'auteur, mais elle est en principe une exception strictement encadrée par la loi. Or, le juge s'arroge parfois le pouvoir d'imposer des licences sans le secours de la loi. La licence non volontaire prend donc parfois la forme d'une exception jurisprudentielle, d'une « licence juridictionnelle »[790].
Dans cette hypothèse, le silence du législateur conduit la doctrine[791] à trouver ailleurs un fondement suffisant : la théorie de l'abus de droit le lui fournit. Le raisonnement est le suivant : tous les droits subjectifs sont susceptibles d'abus, aucun n'est absolu, tous sont relatifs. Il en va particulièrement ainsi du droit de propriété, à propos duquel s'est précisément formée cette théorie de l'abus de droit. Le droit d'auteur étant un droit subjectif, et qui plus est sa dimension patrimoniale pouvant être rapprochée d'une forme de propriété, il est logique que l'abus de droit lui soit applicable. Le juge est donc habilité à sanctionner l'abus du droit patrimonial par l'auteur, et à prendre les mesures appropriées, au besoin en imposant une licence. Ceci vaut pour le juge européen comme pour le juge français.

213. En droit européen. Dans le fameux arrêt Magill, un éditeur irlandais souhaite publier les programmes des différentes chaînes de télévision, mais les entreprises de communication audiovisuelle invoquent leur droit d'auteur sur les programmes pour refuser leur reproduction. La CJUE dans un arrêt 6 avril 1996 décide que « l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif ». En l'espèce, le refus par ces entreprises d'autoriser la reproduction empêche l'apparition d'un produit nouveau sur le marché. Il y a donc abus de position dominante, et atteinte à l'article 102 du Traité[792]. En conséquence, la Cour oblige le titulaire du droit d'auteur à contracter, à concéder une licence obligatoire contre rémunération. L'arrêt IMS[793] confirme cette solution, précisant les conditions dans lesquelles le refus de concéder une licence peut constituer un

[789] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 306, n°361.
[790] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 575, n°556.
[791] Par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 364, n°423.
[792] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 248, n°300.
[793] CJUE, 29 avril 2004, aff. C-418/01.

abus de position dominante et donner lieu au prononcé d'une licence obligatoire. L'affaire Microsoft[794] la reprend également, en constatant que le refus de Microsoft de communiquer les informations nécessaires à l'interface entre le système Windows et les systèmes d'exploitation concurrents est abusif, condamnant Microsoft à communiquer ces informations. En résumé, la CJUE « a construit (…) une jurisprudence, qui lui permet, sous certaines conditions, de qualifier d'abus de position dominante, le refus d'accorder une licence d'exploitation par le titulaire de droits intellectuels, ce qui aboutit à imposer des licences forcées, dans des cas où ni une loi ni un texte international ne les admettent »[795].

Contraint d'autoriser l'exploitation, l'auteur est donc contraint d'exploiter. Il est également privé du choix des formes de cette exploitation. Il lui reste seulement la contrepartie de cette licence forcée : il reçoit une rémunération, qui représente les fruits de l'exploitation de son œuvre. Que reste-il alors de sa maîtrise de l'exploitation, de sa jouissance économique absolue ? Sans doute le droit d'exploiter de l'auteur est-il, comme tout droit patrimonial, susceptible d'abus[796]. La sanction de la CJUE n'est donc qu'une extension de ce principe par ailleurs admis en droit commun. Il reste que cette jurisprudence semble aller plus loin, dans la mesure où elle implique que le seul fait d'exercer son pouvoir d'interdire par l'auteur peut, en soi, constituer un abus. Autrement dit, c'est l'exercice normal et légitime de son droit de ne pas exploiter par l'auteur qui suffit à constituer un abus, tandis que le droit commun de la théorie de l'abus de droit implique le détournement du droit de propriété dans le but de nuire à autrui. La notion d'abus telle que l'entend la CJUE nous paraît autrement plus sévère que celle du juge français.

Si certains[797] voient dans cette jurisprudence une application légitime du droit commun de l'abus de droit, d'autres s'en irritent. Ils critiquent cette immixtion du juge européen : « sous couvert d'application du droit de la concurrence, (elle) élabore de véritables licences obligatoires qui obligent un titulaire de droits à conclure un contrat forcé avec un tiers »[798]. Et ils lui reprochent de faire prévaloir le droit de la concurrence sur l'exercice légitime du droit exclusif de l'auteur : « Les autorités de la concurrence se sont (…) arrogées le pouvoir de revenir, au nom du respect des principes de concurrence, sur la liberté contractuelle de tout titulaire de droit de propriété intellectuelle de contracter ou non »[799].

---

[794] TPICE, 17 sept. 2007, Aff. T-201/04.
[795] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 575, n°936.
[796] Dans ce sens, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 246, n°298.
[797] Par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 365, n°425.
[798] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 243, n°295, citant TPICE, 26 oct. 2001, Comm. Com. Electr. 2002, comm. 67.
[799] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 230, n°444.

214. En droit interne. Il semble en aller également ainsi de la jurisprudence française. En principe, « il faut souligner le fait qu'il n'y a pas d'abus de position dominante ni de dépendance économique à refuser de conclure le contrat, dès lors que l'entreprise ne se met pas en situation illicite, du fait de sa motivation commerciale et que le tiers dispose de solutions alternatives »[800]. Pourtant, la Cour de cassation a sanctionné le refus de contracter à propos de la commercialisation des données publiques[801], ou d'une base de données[802]. Plus prudent, le juge français paraît donc néanmoins emboiter le pas au juge européen.

Dans le silence de la loi, leur source prétorienne ne confère à ces licences aucune légitimité. Au surplus, contrairement aux licences légales, qui visaient finalement à promouvoir les intérêts de l'auteur, ces licences juridictionnelles sont inspirées par des considérations bien différentes, étrangères à l'intérêt de l'auteur. Tandis que les premières restaurent le jeu du droit d'auteur et assurent à l'auteur une rémunération qu'il se trouve dans l'incapacité d'obtenir seul, les secondes nient la légitimité des prétentions de l'auteur et visent à contrer l'exercice normal de son pouvoir, en lui imposant un cocontractant dont il ne veut pas.

Certains auteurs restent prudents : « il n'est pas certain que les autorités communautaires partagent la conception protectrice de l'individu créateur que mettent traditionnellement en avant la législation et la jurisprudence françaises, au titre de la *ratio legis*… »[803]. D'autres sont moins conciliants : « Tout cela évoque furieusement la licence obligatoire à la carte (…). Il faut bien voir à quoi l'on aboutit : obliger le titulaire du droit à se prêter à l'exercice d'une concurrence directe à ses propres activités »[804]. Pour nous, il s'agit en réalité de retirer à l'auteur ce qui caractérise l'essence même de son droit, son pouvoir de contrôle absolu, en postulant que cette maîtrise n'est pas légitime mais doit céder face à des impératifs supérieurs. Il faudrait ainsi rétablir un certain équilibre entre les intérêts individualistes de l'auteur d'une part et les intérêts du public et des consommateurs d'autre part. « Le droit subjectif de l'auteur se voit (…) subordonné tant à un objectif social : augmenter l'accès du public aux œuvres, qu'à un impératif économique : garantir l'exploitation des œuvres »[805]. Un auteur[806] appelle cela la « socialisation » du droit d'auteur.

---

[800] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 576, n°558.
[801] Com. 12 déc. 1995, Dalloz Aff., 1996.70.
[802] Com. 4 déc. 2001, Cont. Conc. Cons., 2002, n°31.
[803] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 51, n°67.
[804] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 575, n°555.
[805] A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, préc., p. 162.
[806] *Ibidem.*

Portée des licences non volontaires

Qu'elles soient l'œuvre du législateur ou du juge, ces licences font débat en doctrine. Les critiques fusent et les craintes prospèrent.

215. Portée économique. C'est l'inefficacité du système classique du droit d'auteur qui a conduit dans certaines hypothèses particulières à le remplacer par un système de licence non volontaire. Mais l'efficacité économique de ces licences reste quant à elle à établir. L'analyse économique du droit n'y est pas parvenue. Au contraire, ces licences pourraient fort bien se révéler tout aussi néfastes au plan économique que le système qu'elles sont censées améliorer. En effet, « selon P. Goldstein, qui adopte une approche économique du droit d'auteur, l'investissement d'un agent privé dans le développement et la production d'une œuvre sera proportionné aux bénéfices escomptés. Le système des licences pourrait donc comporter le risque de rétrécir l'éventail des œuvres offertes puisqu'aucune œuvre ne sera produite, qui exige des mises de fonds supérieures à la rémunération plafonnée prévue dans le mécanisme de la licence. C'est ce qu'on pourrait appeler l'effet de raréfaction des œuvres engendré par la licence non volontaire »[807].

216. Portée concrète. L'auteur est privé du pouvoir de refuser, et seule la promesse d'une rémunération justifie cette entorse. Or, le fonctionnement effectif de ces licences peut faire douter que l'auteur perçoive effectivement la rémunération qu'on prétend lui garantir. Fixée autoritairement par le législateur pour le prêt public de livres, par une commission pour la copie privée, « la licence obligatoire implique une multiplication des intermédiaires, et notamment des sociétés de gestion collective pour la percevoir et, ensuite, la répartir. Ces acteurs ont des frais de gestion inévitables, parfois importants, qui s'imputent sur les sommes collectées. En outre, le créancier de cet argent n'est pas forcément le propriétaire de l'œuvre et son créateur. En effet, la tentation est grande, lorsque l'on instaure une licence légale, de décider qu'une partie des sommes sera dédiée à l'aide à la création ou au financement des retraites »[808].

217. Portée technique. De manière générale, quels que soient les arguments avancés pour justifier ces licences non volontaires, ils n'enlèvent rien au fait indéniable que celles-ci privent l'auteur de sa souveraineté et modifient le principe du droit d'auteur. Techniquement, ces licences retirent à l'auteur le pouvoir de refuser, elles portent donc atteinte au fondement

[807] A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, préc., renvoyant à P. Goldstein, *Preempted State Doctrines, Involuntary Transfers and Compulsory Licences : Testing the Limits of Copyright*, UCLA L. Rev., 1977, 24, p. 1139.
[808] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 244, n°295.

de son droit, et le dénaturent. La seule existence d'une rémunération, qu'elle soit fixée par la loi ou par des instances autonomes ou encore le fruit d'une négociation, ne change rien : l'auteur n'a pas le choix de dire non. D'ailleurs, en réalité, la licence non volontaire retire non seulement à l'auteur le droit d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de son œuvre, mais aussi le droit de déterminer le montant de la rémunération qu'il souhaite, puisque c'est en général une commission ou le législateur qui fixe une rémunération forfaitaire. « Bref, l'auteur n'a plus aucun pouvoir sur l'œuvre »[809].

La présence de ces licences non volontaires conduit certains auteurs[810] à faire une distinction de nature entre les droits exclusifs d'exploitation, et les droits à rémunération : ces derniers constituent une troisième catégorie de droits au profit de l'auteur en plus des droits moraux. D'autres[811] se bornent à voir dans ces licences des droits à indemnisation du préjudice subi. D'autres[812] encore y voient des droits de créance. Un auteur est encore plus radical : « la licence légale (…) d'un point de vue juridique est incompatible avec le principe du droit d'auteur : dans la mesure où la publication ne requiert plus le consentement de l'écrivain ou de l'artiste, l'œuvre appartient au domaine public »[813].

Malgré tout, certains s'accommodent parfaitement de cet état de fait. « Il y a en effet longtemps que le droit d'auteur s'organise autour de licences légales et de mécanismes de gestion collective (sans que, pour qui analyse le droit d'auteur en termes de propriété, cela remette en cause selon nous cette qualification) »[814]. La doctrine est loin d'être unanime !

218. Portée philosophique. La licence légale est bien plus qu'une simple exception au principe du droit exclusif et de la liberté du propriétaire. Elle marque le recul de l'absolutisme, et s'accompagne d'une remise en cause des fondements mêmes de l'institution du droit d'auteur.

Certains auteurs expriment leurs craintes quant aux répercussions de cette évolution. « Les licences légales grignotent constamment les monopoles, à tel point qu'à terme les appellations de *propriété* intellectuelle ou de *propriété* littéraire et artistique apparaîtront trompeuses. (…) Les licences légales entraînent une véritable mutualisation et une socialisation du droit

---

[809] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 243, n°295.
[810] E. Ulmer, cité par A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, préc., p. 177.
[811] B. Edelman, cité par A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, préc., p. 177.
[812] G. KOUMANTOS, *Défis et promesses des « mass media » pour le droit d'auteur*, XXXIIe congrès de la CISAC dans *Interauteurs*, 1980, n°191, p. 57, cité par A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, préc., p. 180.
[813] H. DESBOIS, cité par A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, préc., p. 178.
[814] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 429, n°516.

d'auteur qui nous semblent très dangereuses, sauf à vouloir assigner à cette discipline la fonction mutualiste dévolue au droit de la sécurité sociale ou au droit des assurances… Réduit à une simple licence obligatoire, le droit d'auteur perd tout simplement l'essentiel de sa légitimité »[815].

Les licences ne se contentent pas de poser exception au fonctionnement normal du droit d'auteur. Elles sont dangereuses par le postulat sur lequel elles reposent : le pouvoir de dire non de l'auteur est perçu comme inopportun, voire illégitime, et la licence se présente comme l'outil qui rétablit l'équité là où l'auteur voudrait se réserver un pouvoir indu. Certains auteurs minimisent ce danger : il n'y aurait pas de « changement d'approche fondamental »[816], seulement un souci d'efficacité. Mais selon nous, le bouleversement est réel. C'est la légitimité du droit d'auteur qui est remise en cause, lorsque l'on accueille les licences obligatoires comme l'alternative bienvenue et opportune au contrôle omnipotent de l'auteur.

219. Bilan sur les licences non-volontaires. Pour conclure sur ce point, il faut bien reconnaître que la jouissance économique absolue de l'auteur subit des entorses sérieuses, sous les assauts des licences non volontaires. Il semble difficile aujourd'hui de prétendre que l'auteur maîtrise tous les rouages de l'exploitation de son œuvre. Si les atteintes à la liberté d'exploiter que nous avions vues jusqu'ici restaient marginales, parce qu'elles impliquaient soit le consentement de l'auteur (gestion collective) soit une protection accrue de ses intérêts particuliers (dirigisme législatif), nous rencontrons ici une forme d'entorse qui ne trouve pas toujours une excuse. Les licences non volontaires privent l'auteur de tout droit de refuser, et lorsqu'elles sont juridictionnelles, elles ne visent même pas sa protection ou son intérêt.

Si l'on veut le comparer à un propriétaire classique, le rapprochement ne paraît pas possible. En effet, lorsque le propriétaire d'une chose corporelle rencontre une difficulté pour l'exploitation de sa chose, le législateur ne crée pas pour lui faciliter les choses une licence non volontaire dictée par le pragmatisme. Sans doute peut-il à l'occasion élaborer un régime protecteur lorsque le propriétaire est jugé se trouver dans une situation de faiblesse (on pense au consommateur, au mineur), ce qui fait écho au dirigisme du droit des contrats d'auteur. Mais le droit commun n'organise pas des systèmes de gestion collective des droits de propriété, ni des licences non volontaires (sauf la mise en culture forcée), quand bien même le propriétaire classique y trouverait son intérêt. Quant au juge, il respecte la souveraineté du

[815] Ch. CARON, *Quelques considérations sur le phénomène du* peer-to-peer, dans *La propriété intellectuelle en question(s), regards croisés européens*, Colloque des 16-17 juin 2005, Litec, IRPI, 2006, p. 108.
[816] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 49, n°64.

propriétaire et aucune forme de licence prétorienne ne l'oblige à subir l'exploitation de sa chose par un tiers sans texte. Les hypothèses de servitudes légales ou de réquisitions trouvent leur fondement dans la loi et restent extrêmement marginales.

Finalement, il est certain que le droit d'auteur conduit parfois à des impasses, parce que l'évolution des techniques l'empêche d'être efficace. Les licences non volontaires qui répondent ponctuellement à un souci de pragmatisme avéré doivent donc, selon nous, être accueillies sans réserve. Pour autant, elles doivent rester ce qu'elles sont, des exceptions au principe du droit absolu de l'auteur sur son œuvre. La conception jusnaturaliste du droit d'auteur français justifie la réticence de la doctrine à l'égard de ces licences : le droit n'est pas accordé aux fins de satisfaire l'intérêt du public mais celui de l'auteur, si bien que les licences obligatoires contredisent précisément la finalité du droit d'auteur[817]. Les principes fondamentaux du droit d'auteur doivent donc être maintenus : « toute utilisation de l'œuvre créée n'est légitime qu'avec le consentement de l'auteur, et tout le droit d'auteur prend appui sur ce principe simple et clair, même si ses modalités d'application peuvent être complexes. Le recours aux licences non volontaires ne peut être qu'une des modalités de la mise en œuvre de ce principe dans des cas exceptionnels où l'intérêt supérieur de la société exige que le *consentement* soit donné, tout comme l'utilité publique, dûment constatée, justifie l'expropriation au profit de la collectivité publique d'une propriété immobilière »[818].

Quant à nous, nous nous rallions à l'appréciation d'un auteur qui, à choisir entre deux maux, les licences non volontaires ou la gestion collective, préfère le second. Tous deux portent atteinte au droit exclusif, mais le second est plus acceptable, sans être moins efficace. Et cantonné aux hypothèses où sa nécessité est établie, il peut être toléré par le système du droit d'auteur sans pour autant le dénaturer. « A la différence des licences non volontaires, qui touchent à la *jouissance* du droit (…), les accords collectifs concernent l'*exercice* du droit et constituent, ce qu'on a pu appeler, une « forme moderne d'exercice du droit exclusif »[819] »[820].

Justement, la question de l'outil adéquat se pose aujourd'hui pour résoudre la difficulté du peer-to-peer[821]. Les échanges de fichiers sur internet ne sont pas couverts par l'exception de copie privée et constituent donc une contrefaçon. Parce qu'il est impossible de les contrôler,

---

[817] A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, préc., p. 165, citant E.D. HIRSCH BALLIN, *Zur Zwangslizenz im Urhberrecht*, UFITA, 1955, 20, p. 276.

[818] A. KEREVER, *Le droit d'auteur est-il anachronique ?*, Droit d'Auteur, 1983, p. 369. Dans le même sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 244, n°295.

[819] R. FERNAY, *Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur*, RIDA, 1981, n°109, p. 167.

[820] A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, préc., p. 182.

[821] Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 303, n°359 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 349, n°344.

on se propose alors de les valider : en augmentant de quelques euros la redevance versée par les internautes aux fournisseurs d'accès et en reversant cette somme aux titulaires des droits, « les millions d'internautes délinquants se métamorphoseraient subitement en individus respectueux des lois »[822]. Mais la création d'une nouvelle licence légale est loin de faire l'unanimité. Le législateur s'en défie : l'amendement voté dans ce sens par l'Assemblée nationale le 21 décembre 2005 a été abandonné. Les auteurs[823] n'y sont pas plus favorables.

. Liberté d'exploiter v. droit de la concurrence

220. Le droit français et européen de la concurrence protège la libre concurrence et prohibe les comportements qui ont pour finalité ou pour conséquence de l'entraver. *A priori*, l'exercice du droit d'auteur ne semble pas pouvoir entrer en contradiction avec ce principe. En effet, l'exploitation personnelle de son droit par l'auteur isolé d'un livre ou d'un morceau de musique n'est pas de nature à empêcher la libre concurrence. En revanche, lorsque de nombreux auteurs rejoignent une société de gestion collective qui occupe une place prépondérante sur le marché, ou lorsque l'œuvre en question est par exemple un logiciel dont l'usage est indispensable pour de très nombreux usagers, ou encore lorsque l'exploitation par le biais de licences aboutit finalement à réserver tout le marché à un seul auteur, le droit de la concurrence trouve alors dans le droit d'auteur un obstacle. L'exercice de son droit par l'auteur, pour légitime qu'il soit, n'est alors plus absolu puisqu'il doit se conformer aux règles de la concurrence, françaises et communautaires.

Les articles 101 et 102 du TFUE réglementent les entraves à la concurrence, faisant la part entre celles qui sont valables et les autres. Les juridictions appliquent ces textes à la propriété littéraire et artistique, non seulement lorsque l'exploitation du droit d'auteur est le fait d'une entreprise, mais également lorsqu'elle résulte de l'activité d'un auteur isolé : la CJUE vise toute « entité exerçant une activité économique »[824]. Deux types de comportements enfreignent la libre concurrence et encourent une sanction à ce titre.

[822] Ch. CARON, *Quelques considérations sur le phénomène du peer-to-peer*, préc., p. 108.
[823] Par exemple A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 291, n°308.
[824] CJUE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Rec., p. I-1979, pt 21.

Ententes prohibées

221. Premièrement[825], l'article 101 prohibe les ententes ayant un effet ou un objet anticoncurrentiel.

Ententes et gestion collective. Sont ici naturellement visées les sociétés de gestion collective dont l'exploitation – du fait du nombre important des auteurs qu'elles représentent – peut facilement avoir un effet anticoncurrentiel. Plus spécifiquement, les sociétés françaises sont amenées à passer des accords de représentation réciproque avec leurs équivalents étrangers, et ceux-ci sont en principe valables. Ils sont cependant parfois sanctionnés. Pour autant, le pragmatisme guide le juge et il se montre ici relativement complaisant avec une pratique anti-concurrentielle pourtant avérée[826].

En tout état de cause, la sanction des sociétés de gestion collective au titre des ententes anticoncurrentielles porte doublement atteinte au pouvoir absolu de l'auteur. D'une part, outre le fait que l'auteur renonce à sa maîtrise en souscrivant à ce type de société, la maîtrise qu'il transfère à la société de gestion est quant à elle amoindrie par l'effet du droit des ententes. Autrement dit, si l'auteur n'avait pas adhéré à la gestion collective, il n'aurait pas encouru, à travers la société de gestion, la sanction du droit des ententes, puisque par hypothèse, l'auteur isolé ne peut être à l'origine d'une entente anticoncurrentielle. D'autre part, en sanctionnant la pratique anticoncurrentielle des sociétés de gestion collective, le droit de la concurrence fait obstacle à leur renforcement, et les oblige effectivement à se mesurer à la concurrence. Ce faisant, il fragilise leur position sur le marché, et les conduit à répercuter sur les auteurs le risque économique qu'on les force à supporter. L' « obsession concurrentielle conduit à gommer la spécificité des sociétés de gestion collective pour les regarder comme des opérateurs économiques ordinaires, sans tenir compte du caractère fiduciaire des cessions qui leur sont consenties, et de leur rôle social et culturel. En les contraignant à s'affronter entre elles, les autorités communautaires acceptent sans état d'âme le risque d'une réduction des redevances pénalisante pour les titulaires de droits »[827].

Ententes et gestion individuelle. Sont également visées par l'article 101 du TFUE les ententes qui résultent de la concession de licences d'exploitation du droit d'auteur. Il s'agit donc cette fois de l'hypothèse de l'auteur qui gère individuellement ses droits et concède des

[825] Voir par exemple A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 1390, n°1640 et s.
[826] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 1393, n°1645.
[827] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 1397, n°1653.

licences à cet effet. Lorsqu'il concède une licence du droit de reproduction, la CJUE[828] distingue selon que celle-ci est ouverte ou fermée, seule la première étant valable dans la mesure où elle laisse subsister la possibilité d'importations parallèles. Lorsqu'il concède une licence du droit de représentation en revanche, la licence exclusive est en principe valable, et ce n'est que par exception que le juge la sanctionne si elle porte atteinte à la concurrence. En résumé, quel que soit le mode d'exploitation retenu par l'auteur qui gère individuellement ses droits, il n'est pas libre de choisir les conditions de son exploitation. Il cherche naturellement à se réserver une part de marché la plus importante possible et à éliminer ses concurrents, mais le droit de la concurrence lui interdit d'utiliser les licences à cet effet.

Abus de position dominante

222. Deuxièmement, l'article 102 du TFUE prohibe l'abus de position dominante.

Position dominante et société de gestion collective. L'abus de position dominante peut être le fait d'une société de gestion collective. Il est indéniable que les sociétés de gestion collective se trouvent le plus souvent en situation de position dominante. On relève d'ailleurs en doctrine qu'une telle situation est à la fois naturelle et souhaitable : c'est précisément grâce à ce monopole de fait que la société de gestion est la plus efficace, parce que cela simplifie les demandes d'autorisations que la multiplicité des sociétés compliquerait, et garantit le niveau de rémunération des auteurs que la concurrence des sociétés tirerait vers le bas.

La question est alors de savoir ce qui peut constituer un abus de cette position « légitime ». Lorsque l'abus consiste dans le fait pour la société de gestion d'imposer à ses adhérents – les auteurs – des conditions restrictives de leur liberté, alors le droit de la concurrence ne porte pas atteinte au pouvoir absolu de l'auteur mais au contraire le renforce. En revanche, lorsque l'abus consiste dans le fait pour la société d'imposer des conditions inéquitables aux utilisateurs, c'est bien la liberté de l'auteur qui est indirectement cantonnée à travers celle de la société à laquelle il a transféré son droit. Le droit de la concurrence encadre ici la liberté de l'auteur, représenté par la société, d'imposer ses conditions aux utilisateurs de ses œuvres.

Position dominante et gestion individuelle. L'abus de position dominante peut également être le fait d'un auteur qui gère ses droits individuellement. Il est difficile de définir la position dominante en matière d'œuvres de l'esprit, car « les « produits culturels » sont, par

[828] Arrêt Semences de maïs, CJUE, 8 juin 1982, aff. C-258/78, Rec. 1982, p. 2015. Voir sur ce point nos développements à propos du brevet.

nature, dépourvus de fongibilité »[829], si bien qu'il faudrait presque considérer que « chaque œuvre d'un quelconque auteur, connu ou inconnu, est le siège d'un marché potentiel, marché pertinent au regard des textes régissant l'abus de position dominante »[830].

Il faut toutefois reconnaître que la question se simplifie lorsque l'on s'attache aux œuvres « moins originales », comme les bases de données, les logiciels, les programmes de télévision, dont on peut concevoir qu'il existe des substituts sur un marché. Dans ces hypothèses d'œuvres substituables, la jurisprudence européenne et française sanctionne essentiellement deux formes d'abus.

D'une part, elle qualifie d'abusive la fixation de prix excessifs, et si elle ne va pas jusqu'à fixer elle-même le prix, la sanction qu'elle retient laisse bien peu de place à la jouissance absolue de l'auteur. En effet, La Cour de cassation et le Conseil d'Etat considèrent que le prix fixé par le titulaire du droit d'auteur doit être orienté « vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires »[831]. A travers cette solution, le juge incite donc le titulaire du droit d'auteur à accepter en rémunération de la licence un prix proche des seuls coûts qu'il supporte, ce qui revient à lui interdire tout bénéfice ou presque. Autrement dit, il concède une licence quasi-gratuite, puisqu'il ne peut demander au licencié davantage que ce qu'il lui en coûte effectivement. En bref, l'auteur qui choisit d'exploiter en concédant une licence est privé du bénéfice qu'il attend naturellement de cette forme d'exploitation. Comment mieux limiter sa maîtrise de l'exploitation ? « Dire que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut abuser de son droit en exigeant des tarifs excessifs est une chose. Dire que l'abus commence dès que le tarif n'est plus « orienté » vers les coûts, c'est, semble-t-il, exclure que ce tarif puisse intégrer une rémunération au titre du droit exclusif en tant que tel. Or, la naissance de celui-ci est subordonnée par la loi à certaines conditions. Dès lors qu'elles sont remplies, le titulaire devrait pouvoir en tirer un avantage, faute de quoi l'exclusivité perd toute signification »[832].

D'autre part, la jurisprudence qualifie d'abusif le refus de licence. Nous avons déjà examiné à plusieurs reprises la teneur des arrêts Magill, IMS et Microsoft. Il suffit d'insister ici sur deux points qui montrent combien la liberté de l'auteur dans l'exercice de son droit est en recul. D'abord, si celui-ci est en principe libre de refuser de concéder une licence, il résulte de ces

[829] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 1408, n°1665.
[830] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 1408, n°1665.
[831] Cass. Com., 4 déc. 2001, Propr. Ind. 2002, n°3, p. 62. Voir A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p.1422, n°1677.
[832] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 1422, n°1677.

arrêts que désormais, la caractérisation d'un abus n'est plus nécessaire à la sanction, et le seul constat d'une position dominante suffit pour la sanction de ce refus, si certaines conditions sont réunies. Ensuite, et surtout, le titulaire se voit imposer une licence forcée, alors même qu'aucun texte ne le prévoit. Au total, l'auteur qui occupe une position dominante n'a pas les faveurs du juge.

203. Bilan sur le droit de la concurrence. Pour conclure, le droit d'auteur, tel qu'il est aujourd'hui exploité à travers les sociétés de gestion collective et la pratique des licences, entre donc fréquemment en conflit avec le droit de la concurrence, et c'est la liberté de l'auteur qui cède le plus souvent face à la liberté de la concurrence.
Pour terminer sur ce point, on peut également noter que l'exploitation de son droit par l'auteur doit se conformer à un autre principe. La libre circulation des marchandises, prévue par les articles 34 à 36 du TFUE, conduit le juge à mettre un terme à la maîtrise par l'auteur de son œuvre, et plus précisément à l'exercice de son droit de destination, après la première mise en circulation des supports de celle-ci. Il s'agit de la théorie de l'épuisement des droits, que nous avons examinée en Partie 2, Titre 2, chapitre 1.

. Liberté d'exploiter v. abus des héritiers

204. L'auteur qui exploite ou qui refuse d'exploiter ne fait qu'exercer sa liberté, et ce choix ne peut en lui-même être qualifié d'abusif, sauf dans l'hypothèse particulière de la jurisprudence Magill. En revanche, après son décès, les héritiers de l'auteur n'ont pas la même latitude[833]. La loi conçoit parfaitement qu'ils puissent se rendre coupables d'un abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation. La faculté d'exploiter, ou pas, des héritiers n'est pas discrétionnaire. Pour autant, cela ne suffit pas à remettre en cause le caractère absolu du pouvoir de l'auteur.
A ce propos, on peut remarquer que l'article L. 122-9 du CPI fait ici écho à l'article L. 121-3 qui prévoit le même dispositif à propos de l'exercice du droit de divulgation. Justement, il faut rappeler que la doctrine s'interroge sur la valeur du silence du législateur à propos du droit de divulgation : la loi conçoit expressément la possibilité d'abuser du droit de ne pas divulguer pour les héritiers. *A contrario*, son silence quant à un éventuel refus de la part de l'auteur n'implique-t-il pas le caractère discrétionnaire de cette faculté dans cette hypothèse ?

[833] Voir P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 62, n°207 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 764, n°943 et 944.

Puisque c'est effectivement l'opinion d'une partie de la doctrine, n'est-il pas cohérent de l'étendre à l'exercice des prérogatives patrimoniales ? Autrement dit, si le législateur prévoit que les héritiers peuvent se rendre coupables d'abus lorsqu'ils refusent d'exploiter, ne faut-il pas en déduire qu'il le prévoirait également par un texte si l'auteur pouvait se voir reprocher son refus d'exploiter ?

Pour certains, ce texte « ne suffit pas (…) à condamner le recours à un mécanisme qui relève de la théorie générale du droit ». Pour nous, si la théorie de l'abus de droit a su trouver une légitimité en droit commun malgré l'absolutisme de la propriété postulé par l'article 544 du Cciv lui-même, les textes précités ne permettent pas d'inférer raisonnablement que l'abus de son droit patrimonial ou moral par l'auteur soit proscrit. Rien ne justifie de craindre davantage l'œuvre du juge en matière de droit d'auteur que de propriété corporelle.

. Liberté d'exploiter v. mesures techniques et interopérabilité

205. Lorsque le propriétaire exploite sa chose, il est libre de s'en réserver tous les fruits potentiels, et de refuser que quiconque en tire un profit. Si l'auteur est un véritable propriétaire, il doit pouvoir se réserver tout le potentiel frugifère de son œuvre, et empêcher les tiers d'en tirer un avantage, un bénéfice ou même une simple utilité sans son consentement.

Grâce au droit de destination, l'auteur peut imposer ou interdire à l'acquéreur d'un support de son œuvre tel ou tel type d'usage. Mais jusqu'où va ce pouvoir ? Jusqu'à quel point l'auteur peut-il s'immiscer dans l'exercice légitime de son droit de propriété par l'acquéreur ? Peut-il prendre des mesures techniques propres à étendre encore davantage sa maîtrise ? « Le titulaire d'un droit d'auteur peut-il exercer ses prérogatives pour éliminer ses concurrents ou obliger les consommateurs à utiliser ses produits ? Par exemple, l'éditeur d'un logiciel peut-il le paramétrer afin de n'être compatible qu'avec certaines imprimantes ? De même, le fabricant d'un « iPod » peut-il arguer du droit d'auteur pour ne permettre le téléchargement de morceaux musicaux que sur un site internet bien déterminé ? »[834]. On parle ici d'interopérabilité : il s'agit de savoir si le droit d'auteur confère à son titulaire le pouvoir de contrôler la compatibilité de ses produits avec ceux de ses concurrents. Les mesures techniques peuvent-elles aller jusqu'à empêcher l'acquéreur d'utiliser librement son bien, par exemple en faisant en sorte qu'il ne puisse l'utiliser qu'associé à d'autres produits issus du

[834] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 250, n°301.

même auteur (par exemple, un DVD qui ne pourrait être lu que par une seule marque de lecteur), ou encore en limitant les usages possibles pour l'acquéreur (par exemple, les mesures techniques qui empêchent la copie d'un DVD) ? Et inversement, l'acquéreur du support peut-il, au nom de son droit de propriété du support, bafouer le droit de l'auteur sur l'œuvre qu'il abrite (peut-il copier à sa guise un DVD en arguant de sa propriété du support, sans égard pour le droit de l'auteur sur l'œuvre copiée) ?

Ici, l'absolutisme postulé des droits patrimoniaux de l'auteur se heurte au droit de la concurrence. La loi du 1er août 2006 tente de résoudre la difficulté. L'article L. 331-5 du CPI pose que « les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur ». Sans doute, le texte semble réaliser un compromis entre la protection du droit d'auteur et la consécration de l'interopérabilité. Mais pour assurer l'interopérabilité effective, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet peut obliger le titulaire du droit d'auteur à communiquer les informations nécessaires, tout en lui accordant une indemnisation. Ceci « évoque fortement le contrat forcé »[835]. Certes, la loi de 2006 se contente de poser le principe de l'interopérabilité, sans consacrer expressément un droit à l'interopérabilité[836]. Quant au juge français, il refuse de consacrer un droit subjectif à l'interopérabilité[837], tout comme d'ailleurs il refuse la reconnaissance d'un droit à la copie privée, si bien que le droit d'auteur ne trouve en théorie en face de lui qu'une entorse ponctuelle et exceptionnelle, plutôt qu'un véritable adversaire sous les traits d'un droit concurrent. Pour autant, il n'y a pas non plus de consécration expresse au profit de l'auteur d'un pouvoir de maîtriser l'accès à l'œuvre par des mesures techniques, sous la forme aboutie d'un droit d'accès[838]. Cette prétention est pourtant légitime. En effet, « la mesure technique est à l'œuvre ce que le verrou et la serrure sont à une porte. Dans les deux cas, il s'agit d'interdire l'accès à un objet de droit de propriété, immatériel dans un cas et matériel dans l'autre »[839]. En dehors des cas où les mesures techniques empêchent le jeu des exceptions légales telle la copie privée[840], elles ne font donc que forcer le respect du droit d'auteur. Lorsqu'elles cèdent face à l'interopérabilité, il s'agit bien de mettre un frein aux prétentions

[835] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 251, n°301.
[836] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique,* préc., p. 793, n°993.
[837] TGI Nanterre, 15 déc. 2006, Comm. Com. Electr. 2007. Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 794, n°985 et s.
[838] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 279, n°330.
[839] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 280, n°331.
[840] Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 304, n°360 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 350, n°345 et s.

absolutistes – et *a priori* légitimes – de l'auteur, dans l'intérêt du public et des consommateurs.

206. Conclusion. De manière générale, l'absolutisme de la jouissance économique d'un propriétaire classique est, selon nous, mieux préservée que celle de l'auteur. En droit commun, l'exploitation par le propriétaire est libre dans son principe et dans ses formes. En droit d'auteur, elle est partiellement dirigée. Pour autant, les restrictions ne remettent pas en cause l'existence même de son droit, seulement son exercice. Ses attributs moraux renforcent par ailleurs sa maîtrise du sort patrimonial de l'œuvre. Au total, la jouissance économique de l'auteur nous paraît effectivement sauvegardée. Les entorses ici examinées restent marginales, et font pâle figure à côté de celles que va nous révéler l'examen des autres droits de propriété intellectuelle.

b. Les propriétés industrielles

207. L'exploitation est au cœur des propriétés industrielles – au sens le plus large, en ce compris les dessins et modèles, les brevets (α), les marques (β) et les bases de données – encore bien davantage que des propriétés littéraires et artistiques. Son caractère contraignant apparaît ici au grand jour. Ici encore, le principe et les formes de l'exploitation font l'objet de toutes les attentions en droit positif.
Renvoi. Malgré le caractère utilitaire de sa création, la jouissance économique du dessinateur ou du modéliste est plus proche de l'absolutisme de celle d'un auteur que de l'atrophie de celle d'un breveté. Il faut renvoyer à la version intégrale pour l'examen détaillé des dessins et modèles[841], et des bases de données[842].

α. Le brevet

208. Le droit des brevets est imprégné d'un principe contraire au droit d'auteur : ce n'est pas la liberté mais la contrainte qui caractérise la jouissance économique du breveté. Elle le contrarie dans ses choix, qu'il s'agisse du principe de l'exploitation, ou de ses modalités.
D'une part, le breveté n'est pas libre d'exploiter ou pas. « La non-exploitation des droits de propriété industrielle par leurs titulaires fut perçue comme le premier risque d'abus : ces

[841] Voir version intégrale n°648 à 650.
[842] Voir version intégrale n°685 à 688.

droits doivent servir la cause du développement technologique et ne pas devenir de stériles « barrages » à la concurrence. (…) le droit communautaire tend aujourd'hui à privilégier les titulaires qui exploitent effectivement leurs droits »[843].

D'autre part, il n'est pas non plus libre d'exploiter comme il le souhaite. « Autant que la non-exploitation, l'exploitation des monopoles industriels peut être source d'abus. Le droit de la concurrence intervient de manière de plus en plus rapprochée pour contrôler l'exercice des droits de propriété intellectuelle (…) »[844].

→ Le principe de l'exploitation imposé

. Le refus d'exploiter

209. Devoir d'exploiter. Un véritable propriétaire a le droit de jouir de sa chose, de l'exploiter à son gré, ou de ne pas l'exploiter. Le breveté, quant à lui, a sans doute le droit de jouir de son invention. Mais il en a avant tout le devoir. Il n'a pas le droit de refuser d'exploiter.

Parmi les conditions de brevetabilité, la loi exige que l'invention soit susceptible d'application industrielle. La finalité de la réservation tient toute entière dans cette exigence : le droit de brevet n'existe que dans ce but, aux fins de l'exploitation de l'invention. Le Droit ne réserve pas l'invention au breveté gratuitement, mais parce qu'elle est susceptible d'exploitation, et donc pour qu'elle soit effectivement exploitée. La gratuité de la propriété est ici complètement absente. L'obligation d'exploiter est inhérente au droit de brevet, comme l'exploitation effective forme le cœur de l'exercice de son droit par le breveté. « Le breveté ne doit pas laisser l'invention en jachère tout en interdisant à quiconque de l'utiliser, faute de quoi le contrat social passé entre la Société et l'inventeur serait rompu, à moins que le défaut d'exploitation ne soit pas dû au fait du breveté »[845]. Les brevets de barrage, ou brevets non exploités, sont considérés comme une atteinte à la concurrence, et surtout une entrave à la fonction que la loi assigne au droit qu'elle consacre. Le CPI n'affirme nulle part cette obligation[846], mais on la déduit *a contrario* des termes de l'article L. 613-11 qui autorise le prononcé d'une licence obligatoire.

[843] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 11, n°28 et 29.
[844] *Ibidem*.
[845] F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 336, n°623.
[846] Voir J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 275, n°442.

Sanction. Jusqu'au décret-loi du 30 septembre 1953, l'absence d'exploitation entraîne la déchéance du droit. Mais l'article 5A de la Convention d'Union de Paris prévoit que la déchéance du brevet ne peut être prévue, sauf lorsque la concession de licences obligatoires n'a pas suffi à empêcher le défaut d'exploitation. Depuis 1953 donc, la sanction est assouplie, et consiste désormais seulement dans l'octroi d'une licence obligatoire.

Portée. On peut être tenté de nuancer la portée de l'atteinte en relevant qu'à la suite de l'article 5A, le CPI pose des conditions sévères pour l'obtention d'une licence[847]. D'ailleurs, les auteurs tentent effectivement de minimiser la gravité de cette entorse à – voire de cette négation de – la liberté du breveté : les conditions posées par les articles L. 613-11 à 613-14 du CPI pour le prononcé d'une licence obligatoire sont « très précisément délimitées par la loi, de façon à préserver les droits du breveté et à prévenir les abus »[848]. Et « (l)a licence obligatoire n'est (…) nullement gratuite : la sanction du défaut d'exploitation se limite au caractère forcé du contrat mais ne le rend pas gratuit. La solution contraire nierait par trop le droit de propriété »[849]. Mais on voit bien que la liberté caractéristique de la propriété classique est ici absente. Malgré toutes les précautions, le breveté n'est pas maître de son invention, ni de l'exercice de son droit.

Prolongement. L'obligation d'exploiter et son corollaire, la licence obligatoire, sont tellement consubstantiels au brevet que le juge prolonge encore cette négation de la liberté du breveté : lorsque celui-ci, loin de refuser l'exploitation, choisit au contraire d'exploiter en concédant une licence volontaire à un exploitant, c'est au tour du licencié de se voir imposer lui aussi une telle obligation, « dérivée de celle du concédant »[850]. Le droit commun n'impose pas au locataire d'utiliser la chose louée, tandis que seule une « impossibilité absolue résultant de difficultés insurmontables »[851] permet au licencié d'échapper à cette obligation. Ici, et contrairement aux licences d'exploitation des droits d'auteur, peu importe que la licence soit exclusive ou pas, et peu importe que la loi ou le contrat aient prévu une obligation d'exploiter ou pas[852]. Lorsque le contrat de licence ne la prévoit pas expressément, la solution est néanmoins acquise en jurisprudence, que la licence soit exclusive ou pas. Des auteurs[853]

---

[847] Pour le détail des conditions, voir version intégrale n°653. Voir A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 227, n°438 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 574, n°936 ; P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 62, n°207.

[848] F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 337, n°625.

[849] F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 341, n°636.

[850] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 311, n°597.

[851] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé*, dans *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Colloque du 10 mars 2005, Editions Tec & Doc, p. 17.

[852][852] Dans ce sens, J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 369, n°591.

[853] A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, préc., n°267.

considèrent que le droit commun des contrats suffit à imposer au licencié une obligation d'exploiter, et renvoient aux articles 1134 et 1135 du Code civil. En tout état de cause, lorsque le contrat prévoit expressément l'obligation d'exploiter, la sanction de l'inexécution est tout simplement la résiliation, donc la perte pour le licencié de son droit[854].

Bilan. Au total, on peut essayer de tempérer la gravité de cette contrainte, en remarquant qu'en dehors de cette hypothèse de licence volontaire, si l'exploitation est effectivement rendue obligatoire par la licence forcée, la sanction de l'inexploitation pour le breveté n'est pas la perte du droit : le breveté ne perd pas le droit exclusif qu'il détient sur l'invention. La licence forcée n'est en effet qu'une concession, et le licencié ne devient pas titulaire de l'invention. Le breveté perçoit une rémunération en contrepartie de cette licence, et il reste seul détenteur du titre de brevet. Il peut d'ailleurs entreprendre lui-même l'exploitation en même temps que le licencié. On ne peut donc pas considérer que le breveté soit privé de son droit s'il n'exploite pas. La sanction n'est pas l'expropriation[855].

Pourtant, la jouissance économique du breveté s'éloigne ici de celle d'un propriétaire classique, sa maîtrise est strictement dirigée. Loin d'un droit absolu autorisant le breveté à exploiter ou à s'en abstenir, le brevet est un droit dont l'exploitation est imposée au breveté. Cette particularité ne peut pas être ignorée, ni même simplement reléguée au rang des accessoires. Au contraire, l'obligation d'exploiter occupe une place centrale dans le régime des brevets, parce qu'elle résume à elle seule l'esprit de ce mécanisme. Elle caractérise d'ailleurs les brevets aussi bien que les marques[856]. Pour certains auteurs, ce contenu rejaillit directement sur sa nature, le transformant presque en une « créance de redevances »[857]. La licence obligatoire opère « une modification radicale de structure du droit, son caractère absolu se restreignant à un simple caractère relatif »[858].

. Le refus de laisser exploiter

210. A l'image d'un propriétaire, le breveté doit être à même de choisir les personnes autorisées à exploiter son invention. Il peut préférer exploiter lui-même, ou s'en remettre à un

[854] G. BLANC-JOUVAN, *Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 465.
[855] G. BLANC-JOUVAN, *Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 466.
[856] F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 30, n°56.
[857] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 189, n°160. Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 334, n°619.
[858] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 189, n°160.

ou des tiers par contrat. Mais il devrait toujours conserver, en principe, la maîtrise des exploitations de son invention.

On a vu au titre de l'exclusivisme que l'inventeur doit parfois supporter qu'un tiers use de son invention sans son consentement, et parfois même sans contrepartie. Il s'agit des exceptions et limites au monopole légal, que nous avons examinées sous l'angle de la jouissance exclusive – ou partagée – de l'inventeur. Ce n'est pas notre propos ici, car ces usages « libres » ne constituent pas des formes d'exploitation au sens propre, les usagers ne visant pas à faire produire des fruits à l'invention mais seulement à en retirer un usage « gratuit ». Le breveté garde bien la maîtrise de toutes les exploitations, lui seul tire profit de l'invention (sauf à admettre que l'usager retire lui aussi un avantage de cet usage gratuit qu'il aurait normalement dû monnayer).

Egalement, nous avons rencontré une hypothèse de véritable exploitation concurrente de l'invention par un tiers au titre de sa possession personnelle antérieure. Dans ce cas, le possesseur exploite en même temps que le breveté, le privant de son pouvoir d'exclure. Mais dans ce type de situation, s'il s'agit effectivement de rompre avec le contrôle de l'exploitation par le breveté, ce dernier n'est pas pour autant contraint d'exploiter ou de tolérer qu'un tiers exploite et lui reverse le profit issu de l'invention. C'est encore plus grave que cela, puisque le breveté est tenu de tolérer qu'un autre exploite son invention sans même le rémunérer. Il perd son droit d'exclure, il perd sa maîtrise de toutes les exploitations, mais il perd surtout toute prétention légitime sur l'exploitation par le possesseur.

Refus de licence et abus de position dominante

211. Situation. Ici, nous nous concentrons sur l'hypothèse du breveté à qui un tiers demande l'octroi d'une licence d'exploitation. Il s'agit pour le breveté de décider s'il souhaite partager l'exploitation avec un licencié (licence non-exclusive) ou même la lui déléguer entièrement et exclusivement (licence exclusive).

Logiquement, ce choix dépend de son bon-vouloir, et le breveté ne peut se voir imposer un exploitant contre son gré. Ainsi, il devrait pouvoir librement refuser de conclure une licence, et se réserver l'exploitation exclusive de son invention. Peu important qu'il n'existe pas ou peu d'invention équivalente, son droit exclusif sur l'invention est légitime et, pourvu qu'il l'exploite effectivement, sa maîtrise absolue de l'invention devrait l'autoriser à refuser tout partage, fut-il rémunéré, de l'exploitation. Le droit d'exclure et la maîtrise de toutes les exploitations sont précisément le cœur de son droit.

Immixtion du droit de la concurrence. Pourtant, certains actes d'exploitation, et par exemple le refus de concéder une licence, peuvent contrevenir au droit de la concurrence, français ou communautaire. En droit français de la concurrence, lorsque l'exercice du droit de brevet prend la forme d'un abus de domination économique, deux situations sont prévues par les textes. L'article L. 420-2 al. 1 du Ccom sanctionne l'abus de position dominante, et l'article L. 420-2 al. 2 l'abus de dépendance économique. En droit communautaire, l'article 102 du TFUE fait écho à l'article L. 420-2 al. 1 et sanctionne l'abus de position dominante. Il est directement applicable en droit interne. Les juridictions[859] françaises – le Conseil de la concurrence pour les sanctions administratives, et les juridictions de droit commun pour la nullité des accords et la responsabilité civile – et communautaire – la CJUE – ont tenté de trouver un compromis entre le droit de dire non du breveté et la limite de ce pouvoir, un équilibre entre le droit exclusif de brevet et le droit de la concurrence.

Solution du conflit. « En principe, l'acquisition ou la détention de droits de brevets ne constituent pas un abus de position dominante »[860]. Le seul fait de détenir un droit exclusif – et donc de contrôler l'exploitation dans son principe comme dans ses formes – ne confère pas, en soi, au breveté une position dominante, pas plus que l'exercice de son pouvoir de dire non ne constitue un abus, sauf à remettre en cause l'existence et la légitimité même du droit de brevet. Les prétentions exclusivistes du breveté sont donc sauves, et légitimes. Ce principe est admis en jurisprudence française et communautaire, affirmé par la CJUE dans les arrêts Renault et Volvo[861].

Pour que le breveté se rende coupable d'un abus de position dominante, les conditions posées par les textes sont strictes. Aux termes de l'article 102 TFUE, l'entreprise visée doit occuper une position dominante sur le marché commun, et exploiter abusivement cette position. Il ne suffit donc pas, *a priori*, d'être en position dominante. Encore faut-il en abuser. Le breveté qui détient une telle position du fait de son brevet peut l'exploiter légitimement, sans encourir de sanction. La solution inverse reviendrait à considérer que la seule détention d'un droit de brevet peut constituer un abus, ce qui serait une négation de la légitimité de ce droit de propriété intellectuelle.

Pourtant, l'appréciation du caractère abusif de l'exploitation de cette position objectivement dominante est le terrain privilégié de glissements, voire de dérapages en jurisprudence. Par exemple, le simple fait de renforcer une position dominante et d'entraver ainsi la concurrence

[859] Voir J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 100, n°246.
[860] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 398, n°646.
[861] CJUE, 5 oct. 1988.

a pu constituer pour la CJUE[862] une exploitation abusive, alors que la volonté d'un commerçant de renforcer sa position sur le marché et d'éliminer les concurrents pourrait paraître légitime. Le breveté peut se rendre coupable d'abus même sans intention de nuire, il suffit qu'il recoure « à d'autres moyens que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites »[863]. L'exploitation libre du breveté s'en trouve singulièrement amputée.

Plus particulièrement, et paradoxalement, le refus de licence peut constituer une exploitation abusive de cette position dominante. « Le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, il constitue « la substance même du droit exclusif » en sorte qu'un refus de licence alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait être tenu, en soi, pour abusif. Mais ce refus devient abusif dans des circonstances exceptionnelles. Celles-ci se rattachent à l'application de la théorie « des infrastructures essentielles » »[864].

Ainsi, la frontière est délicate, entre le refus *a priori* légitime et souverain d'accorder une licence à un concurrent, et le refus abusif de tolérer toute forme de concurrence. Pour la tracer, les autorités françaises de la concurrence[865], de concert avec la CJUE, ont élaboré une construction censée réaliser un juste équilibre entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, la théorie des infrastructures essentielles[866]. L'arrêt Magill[867], confirmé par l'arrêt IMS Health[868], adopte une solution désormais applicable au brevet[869] : les juridictions sanctionnent le refus par le breveté de concéder une licence pour une technologie protégée et jugée essentielle. Elles s'autorisent alors à prononcer une licence forcée. Elles exigent pour ce faire la réunion de trois conditions, à savoir « le risque d'élimination de toute concurrence sur un marché dérivé ; le fait que le refus empêche l'apparition d'un produit nouveau (…) ; et enfin le caractère injustifié du refus »[870]. Lorsque celles-ci sont réunies, l'abus de position dominante n'est même plus nécessaire. En bref, dans certaines hypothèses, le breveté se voit imposer un exploitant, sans même qu'il ait abusé de son droit, et en l'absence d'une quelconque disposition légale expresse en ce sens[871].

---

[862] CJUE, 21 févr. 1973, aff. 6/2, Rec. CJUE, p. 215.
[863] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 426, n°694.
[864] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 427, n°695.
[865] Paris, 12 févr. 2004, Propr. Intell. Avr. 2004, n°11, p. 626.
[866] Voir J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 399 et s.
[867] CJUE, 6 avril 1995.
[868] CJUE, 29 avril 2004.
[869] Ordonnance du président du TPICE, aff. Microsoft, 22 déc. 2004.
[870] F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 68, n°107.
[871] Sur ce point, J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 325, n°532.

Refus de licence et brevet de dépendance

212. Comme un propriétaire, le breveté est le seul à pouvoir légitimement exploiter son invention, et il peut refuser qu'un tiers l'exploite, même de manière seulement accessoire. Pourtant, lorsqu'un tiers met au point une invention de perfectionnement et dépose un brevet pour celle-ci, appelé brevet de dépendance, il lui faut obtenir l'autorisation du breveté d'origine puisque l'exploitation de son perfectionnement implique l'usage de l'invention de base. La seconde invention dépend de la première, qu'elle perfectionne. Pour pouvoir exploiter valablement son brevet de perfectionnement, le second inventeur doit reproduire l'invention de base, et donc obtenir l'autorisation du breveté, sauf à se rendre coupable de contrefaçon. Or, le premier breveté n'a pas intérêt à ce qu'un concurrent exploite un perfectionnement de son invention, il peut donc être légitimement tenté de refuser son autorisation. Qui reprocherait au propriétaire de refuser qu'un tiers lui fasse directement concurrence en usant de son propre bien ? Il paraît logique que le breveté désire rester seul exploitant de sa propre invention et tente d'empêcher le second inventeur d'empiéter sur sa maîtrise.

L'article L. 613-15 du CPI refuse pourtant ce pouvoir au breveté. Jusque récemment, cette atteinte à la souveraineté du breveté était bien accueillie en doctrine, laquelle arguait de l'étroitesse des conditions légales – examinées dans la version intégrale[872] –, et surtout de l'intérêt public[873]. Depuis la loi du 6 août 2004, cet argument ne vaut plus : le législateur étend le champ de la licence de dépendance à tous les brevets dépendant d'un brevet dominant sans plus exiger que le premier apporte un perfectionnement au second. Il suffit désormais d'établir un progrès technique et un intérêt économique certain, tandis que l'exigence d'un intérêt public disparaît[874]. Il semble désormais difficile de justifier cette licence.

De toute manière, que le brevet de dépendance perfectionne l'invention première ou pas, le résultat est identique au regard du droit du premier breveté : il n'est pas maître de son exploitation. L'on ne se contente pas ici de lui imposer un exploitant par le biais d'une licence, qui laisserait son droit intact et surtout sans concurrence. On lui impose un concurrent titulaire d'un droit aussi légitime que le sien, et qui le prive à la fois de son droit d'exclure et de sa maîtrise de sa propre exploitation.

[872] Pour le détail, voir version intégrale n°668 à 671.
[873] Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 343, n°643.
[874] Voir J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 382, n°618.

En droit commun, le tiers qui construit un immeuble et empiète sur le terrain d'un propriétaire, serait-ce de manière minime, est immédiatement sanctionné par le juge et contraint de démolir ce qu'il a érigé sur le terrain d'autrui. Ici, le titulaire du brevet de dépendance empiète sur le brevet de base, et le Droit conforte sa situation en lui reconnaissant un droit d'user d'une invention qui n'est pas la sienne aux fins d'exploiter la sienne. On peut cependant tempérer la critique : le titulaire du brevet de dépendance ne se trouve-t-il pas dans la situation du propriétaire du fonds dominant bénéficiant d'une servitude de désenclavement ? Mieux, le brevet de dépendance a la préférence du législateur sur le brevet de base dans la seule mesure où il promeut l'intérêt général, tandis que l'intérêt privé du propriétaire du fonds servant doit céder devant celui du fonds dominant sans que la Société entre en jeu.

→ Les modalités de l'exploitation encadrées

. Les finalités de l'exploitation

213. Comme un propriétaire, le breveté est titulaire d'un droit absolu sur son invention, qui l'autorise à s'en réserver tous les fruits actuels et potentiels. Tenu de supporter les coûts de son exploitation, il a intérêt à en maximiser la rentabilité. Il apparaît donc légitime qu'il tente de l'emporter sur ses concurrents et qu'il mette tout en œuvre pour conquérir une part de marché la plus importante possible. L'exploitation de l'invention tend donc naturellement pour l'inventeur à la constitution d'un monopole sur l'invention, la pratique du commerce ayant légitimement pour finalité première le profit.

214. Prohibition des ententes. Paradoxalement, le breveté n'est pas libre de rechercher un profit maximal ou de chercher à réduire la concurrence. Il ne peut exploiter que dans la stricte mesure et dans les formes que le droit de la concurrence lui impose.
De manière générale, le droit de la concurrence, français comme communautaire, règlemente les ententes. L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe certaines ententes, et l'article 101 du TFUE prohibe les accords qui « ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (…) ». Le droit de la concurrence entre donc en conflit avec le droit de brevet. Les autorités de la concurrence distinguent, pour le résoudre, entre l'existence du droit de brevet, qui n'enfreint pas le droit de la concurrence, et son exercice, qui peut contrevenir au droit des ententes. En d'autres termes, les actes

d'exploitation des brevets peuvent tomber sous le coup de la prohibition des ententes restrictives de concurrence, auquel cas ils sont sanctionnés. Les ententes ne sont pas prohibées en soi, mais seulement lorsqu'elles entravent la concurrence. « Il y a lieu de rechercher, dans chaque cas, si les pratiques d'ententes constatées sont nécessairement inhérentes aux accords et aux avantages économiques que les brevets tendent à assurer, faute de quoi les limitations qu'elles apportent au libre jeu de la fixation des prix revêtiraient un caractère anticoncurrentiel »[875].

De manière plus particulière donc, « les contrats d'exploitation des brevets peuvent susciter des effets anticoncurrentiels en raison de certaines clauses qu'ils contiennent et en raison du pouvoir de marché des entreprises contractantes »[876]. La concession de licence en elle-même « est considérée comme proconcurrentielle »[877], mais le contrat de licence peut contenir des clauses qui, ponctuellement, enfreignent la prohibition des ententes. En conséquence, les contrats de licence qui contiennent de telles clauses sont sanctionnés.

Il en va ainsi par exemple « des clauses par lesquelles le donneur de licence impose au licencié les prix qu'il doit pratiquer ou subordonne la licence à des conditions sans rapport avec son objet, ou de celles qui sont destinées à empêcher les importations parallèles »[878]. En droit interne, les clauses d'approvisionnement exclusif et d'exclusivité territoriale sont étroitement contrôlées[879], celles qui tendent à prolonger la durée du monopole au-delà du délai légal sont condamnées[880], et les ententes sur les prix sont sanctionnées[881]. Mais la sanction est loin d'être automatique, et le juge examine d'abord l'économie de l'accord dans son ensemble, avant de se pencher sur une clause en particulier. En droit communautaire, des clauses d'approvisionnement exclusif, des accords de recherche, des clauses de distribution sélective ont parfaitement pu trouver grâce aux yeux des juges[882]. La sanction reste exceptionnelle, du moins en théorie.

215. Licences exclusives. La question s'est surtout posée à propos de la clause d'exclusivité, très fréquente dans le contrat de licence. *A priori*, le breveté devrait pouvoir décider de conclure une licence avec un exploitant, et être autorisé à organiser ce rapport contractuel de

[875] Cons. Conc., 5 mai 1992, Dossiers Brevets 1992, I, 8.
[876] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 396, n°640.
[877] *Ibidem*.
[878] F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 60, n°99. Voir également J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 101, n°248.
[879] Voir J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 396, n°641.
[880] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 397, n°642.
[881] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 398, n°643.
[882] Voir J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 403, n°651.

la manière qu'il souhaite, pour autant que les deux parties au contrat y consentent. Les termes du contrat devraient normalement tendre à la satisfaction des deux parties. Or, breveté et licencié ont tous deux intérêts à ce que l'invention soit la plus rentable possible, et à ce que les concurrents soient donc les moins nombreux possibles. Le droit d'exclure les tiers de son invention formant l'essence même du droit du breveté, il semble *a priori* logique que celui-ci puisse prolonger sa maîtrise en organisant l'exclusivité du licencié sur l'invention qu'il est chargé d'exploiter. Pourtant, le pouvoir du breveté n'est pas absolu.

Dans l'arrêt « Semences de maïs »[883], la CJUE pose une distinction : la licence exclusive « ouverte », « celle où l'exclusivité ne vise que les rapports entre les parties au contrat et non les tiers, en ce sens que le titulaire du droit s'engage seulement à ne pas octroyer d'autres licences pour le même territoire et à ne pas concurrencer lui-même le licencié sur ce territoire »[884], est valable. En revanche, la licence exclusive « fermée », « celle par laquelle les parties s'entendent pour éliminer toute concurrence de la part des tiers (importateurs parallèles ou licenciés pour d'autres territoires) pour les produits et le territoire en question »[885], contrevient à l'article 101. Les modalités de l'exploitation ne dépendent donc pas entièrement de la volonté du breveté, et ses tentatives légitimes de limiter la concurrence sont sérieusement cantonnées. La question est désormais réglée par les règlements d'exemption par catégories, du 31 janvier 1996 puis du 27 avril 2004[886].

En résumé, le breveté qui cherche dans un contrat de licence le moyen de prolonger son pouvoir exclusif et de limiter la concurrence, bien qu'il ne vise ici qu'à faire produire le maximum de fruits à son invention, se heurte au droit de la concurrence qui lui impose en quelque sorte « un profit maximal autorisé », seuil au-delà duquel les fruits produits par son invention cessent d'être légitimes. Le breveté trouve dans le droit de la concurrence un obstacle de taille : l'exploitation ne peut avoir pour finalité avouée, ni même pour effet secondaire, l'élimination de toute concurrence. Les règles de la concurrence tempèrent l'ardeur du breveté en posant des freins à son absolutisme. La liberté d'exploiter cède devant la liberté de la concurrence. L'essence même du brevet, l'exclusivité juridique sur l'invention, est jugée illégitime. L'exclusivité du propriétaire sur sa chose corporelle, et le monopole qu'il détient sur elle, font-ils l'objet d'une telle défiance ? La jouissance économique d'un

[883] CJUE, 8 juin 1982, aff. 258/78, Recueil, p. 2015. Voir J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 350 et s.
[884] F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 61, n°100.
[885] *Ibidem*.
[886] Voir par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 63, n°102.

propriétaire passe précisément par cette faculté absolue d'organiser librement son exploitation et de s'en réserver tous les fruits.

. Les conditions de l'exploitation

216. Restent à citer quelques hypothèses, hétérogènes, dans lesquelles, de manière générale et sans revenir sur les situations particulières déjà décrites, l'exploitation telle qu'elle est mise en œuvre par le breveté ne permet pas la satisfaction de l'intérêt général. Afin que le brevet remplisse sa fonction, le législateur impose au breveté le degré et les formes de l'exploitation, sous la forme d'une licence forcée.

Il s'agit des licences d'office octroyées par l'autorité publique[887], à savoir la licence forcée dans l'intérêt de la Santé publique (art. L. 613-16 CPI), la licence d'office sur les médicaments vétérinaires (art. L. 5141-13 du Code de la Santé publique), la licence obligatoire pour la fabrication de médicaments destinés à l'exportation vers certains pays en difficulté économique et sanitaire (art. L. 613-17-1 CPI), la licence d'office dans l'intérêt de l'Economie nationale (art. L. 613-18 CPI) et la licence d'office dans l'intérêt de la Défense nationale (art. L. 613-19 CPI).

L'on peut terminer en citant le règlement communautaire du 17 mai 2006 relatif à l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique. Il met en œuvre la décision de l'OMC de Doha du 30 août 2003 relative à l'accès aux médicaments pour les pays pauvres[888].

Globalement ici, il s'agit d'hypothèses d'exploitation forcée, parce que le breveté reçoit une contrepartie financière qui, fut-elle parfois symbolique, représente néanmoins les fruits produits par l'invention et s'impose au breveté comme l'équivalent de sa propre exploitation. Autrement dit, il n'est pas exclu de l'exploitation, puisque sans en être l'auteur, il en est cependant le bénéficiaire. Il supporte sans doute une atteinte à son pouvoir exclusif autant qu'absolu, et c'est pour cette raison que nous avons déjà examiné ces situations au titre de l'exclusivisme.

[887] Voir par exemple J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 273, n°440 ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 346, n°653 et s.
[888] Voir J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 387, n°629.

. Les outils de l'exploitation.

217. La loi ne fournit pas une liste des actes réservés au breveté, mais on sait que l'exploitation passe par exemple par l'usage, la fabrication, la mise dans le commerce, etc[889]. Pour l'accomplissement de ces actes d'exploitation, le breveté dispose de l'outil contractuel. « Les contrats sont la vie des brevets d'invention, qui sont faits pour être exploités »[890]. Le principe fondamental du droit commun, c'est la liberté contractuelle. Ici, contrairement au droit d'auteur, le breveté n'est pas présumé en situation de faiblesse. Ainsi, le législateur pose seulement des règles générales et renvoie au droit commun des contrats. Il n'oriente pas le breveté vers un ensemble de contrats nommés, assortis d'un régime juridique particulier. Le brevet « peut être l'objet d'un contrat quelconque, parmi ceux nommés par le Code civil : il peut être vendu, loué, échangé, donné, apporté à une société, mis en gage, etc. Il peut être également l'objet de contrats atypiques, innommés, non envisagés par le Code civil, mais créés par la pratique, telle que la convention de non-opposition, par exemple »[891]. Finalement, seul un certain formalisme trahit le dirigisme protecteur discret du législateur. Le droit de la concurrence, non plus pour protéger le breveté mais pour le surveiller, encadre strictement les licences d'exploitation dans son Règlement d'exemption de 2004. Au total, et si l'on fait abstraction de l'immixtion du droit européen de la concurrence, la liberté contractuelle du breveté est sauve. Sa maîtrise de l'exploitation est préservée.

218. Bilan. « En un mot, le breveté est, en principe, libre d'exploiter son droit comme il l'entend, ou de ne pas l'exploiter. En principe seulement, car le droit du breveté subit le contrecoup d'une évolution affectant la propriété en général ; les prérogatives du propriétaire sont de plus en plus fréquemment limitées par des règles légales impératives, matérialisant la prise en compte de l'intérêt général. Il en est ainsi du droit du breveté ; alors que le caractère absolu de la propriété de l'invention devrait lui permettre d'interdire à volonté l'exploitation par des tiers et l'autoriser discrétionnairement, les réformes récentes ont introduit et multiplié des cas où l'exploitation d'un brevet peut être autorisée par un acte de l'autorité publique »[892]. Le droit qui réserve les inventions nous paraît paradoxal : il est couramment admis qu'il s'agit d'un droit de propriété, mais il ne viendrait à personne l'idée d'apparenter le pouvoir du

[889] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 191, n°162.
[890] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé*, préc., p. 5.
[891] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé*, préc., p. 6.
[892] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 99, n°243.

breveté à une liberté. Au contraire, les brevets d'invention sont le terrain privilégié de ce *fructus* obligatoire. Le contenu du droit du breveté s'explique par sa fonction. Alors que la consécration de la propriété corporelle est « gratuite », dans le sens où celle-ci gratifie le maître du bien sans qu'il soit nécessaire de justifier ce droit autrement que par cette seule maîtrise, à l'inverse le législateur n'accorde au breveté qu'un droit-fonction, qui trouve sa justification dans le bénéfice que la société est susceptible d'en retirer. Ainsi, en échange de son droit, le breveté doit mettre son invention au service de la société, par l'exploitation. C'est pour cela que la loi impose au breveté une dernière contrainte, en limitant sa jouissance économique à vingt ans. C'est l'idée que « (l)e breveté qui n'exploite pas, non seulement ne fait rien, mais il nuit à qui veut faire »[893]. Finalisée et obligatoire, la jouissance économique du breveté n'est pas à l'image de celle d'un propriétaire classique.

β. La marque

219. Résumé et renvoi[894]. Comme le brevet, la marque est tiraillée entre deux finalités contradictoires : la première est égoïste et rappelle l'esprit de la propriété au sens classique, tandis que la seconde est altruiste et insiste sur le rôle social de la réservation. L'issue du conflit dicte le régime juridique et surtout les contours de la jouissance économique de la marque. Aujourd'hui, la seconde finalité prend nettement le pas sur la première, sous l'influence de la CJUE. En conséquence, l'exploitation de la marque par son titulaire apparaît non comme une faculté, mais comme une véritable obligation.

Le principe de l'exploitation est imposé au titulaire de la marque encore plus sévèrement qu'au breveté : le défaut d'exploitation est ici sanctionné par la déchéance du droit, et la tolérance par la forclusion. En revanche, les modalités de l'exploitation sont plus souples qu'en matière de brevet : le titulaire de la marque ne craint pas les licences forcées, seulement la déchéance pour exploitation inadéquate et les sanctions du droit de la concurrence. Cependant, les limites à la jouissance exclusive que nous avons recensées plus haut doivent également être prises en compte au titre de la jouissance absolue de la marque : elles interdisent sans doute au titulaire d'exclure les tiers, mais elles freinent aussi sa liberté d'exploiter librement. Le principe de spécialité et la limite de la vie des affaires l'obligent à circonscrire strictement le domaine de son exploitation, de sorte que finalement, le CPI ne

[893] POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 5e éd., 1909, p. 614, n°506.
[894] Pour le détail, voir version intégrale n°667 à 684.

réserve au titulaire de la marque que certains actes d'exploitation, tandis que de nombreuses formes d'usage échappent à son contrôle.

220. Conclusion sur le rôle de l'exploitation dans le maintien du droit sur la création.

Constat. Il existe de nombreuses hypothèses où la liberté du créateur et sa faculté de ne pas exploiter ou d'exploiter comme il le souhaite trouvent exception. Souvent, l'exploitation n'est pas facultative mais obligatoire. Le maintien du droit sur la création en dépend. En cela, la situation du créateur s'éloigne de celle d'un propriétaire, dont la jouissance économique est absolue.

Portée. « Quel peut être l'impact de ces mécanismes d'exploitation forcée sur la qualification des droits ? »[895]. Curieusement, ce phénomène transcende les frontières des différentes propriétés intellectuelles, mais on n'en tire pas les mêmes conséquences quant à la nature du droit. « Dans les régimes de propriété industrielle[896], les licences imposées sont, pour l'essentiel, la conséquence du comportement du titulaire qui n'a pas répondu à la fonction sociale du droit ; c'est à dire n'a pas exploité de manière satisfaisante pour tous. L'atteinte aux prérogatives s'analyse alors en un simple réajustement au profit de l'intérêt général, un garde-fou aux excès potentiels de l'exercice du droit exclusif. C'est pourquoi, il ne saurait suffire à remettre en cause la qualification de « propriété » »[897].

« En propriété littéraire et artistique, les licences imposées répondent à de toutes autres motivations : elles sont la conséquence de l'incapacité du mode normal d'exercice du droit à réserver efficacement à leur titulaire l'ensemble des utilités économiques de l'œuvre. (…) Autrement dit, en droit d'auteur, c'est parce que les mécanismes classiques de la propriété se révèlent inefficients que d'autres voies ont dû être mises en œuvre » [898]. Dans ces conditions, il n'est pas possible d'analyser les licences en de simples tempéraments à un droit exclusif qu'elles visent bien plus radicalement à remplacer.

L'exploitation forcée des créations oblige en tout cas à repenser la nature des droits qui les réservent. Le *fructus* n'est pas un simple attribut dont l'exercice est facultatif et secondaire. Il conditionne au contraire la pérennité du droit sur la création. La jouissance économique du créateur n'est pas absolue mais dirigée. Ce n'est pas tout, la différence d'avec un *fructus*

---

[895] S. ALMA-DELETTRE, *Naissance extraordinaire des droits de propriété intellectuelle*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseilles, 2007, p. 35.

[896] L'auteur renvoie à aux articles L. 613-11 et s. CPI pour les brevets d'invention, L. 622-7 et s. pour les topographies de semi-conducteurs, et L. 623-17 et s. pour les obtentions végétales.

[897] S. ALMA-DELETTRE, *Naissance extraordinaire des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 35, qui cite dans ce sens Mousseron, et Foyer et Vivant.

[898] S. ALMA-DELETTRE, *Naissance extraordinaire des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 36.

classique s'aggrave encore. L'exploitation conditionne en effet la pérennité de la création elle-même, sa survie en tant que bien.

2. Exploitation et pérennité de la création

221. Exploitation et pérennité de la chose corporelle. La chose corporelle est dotée d'un *corpus* (!). Cela signifie qu'elle existe en tant que telle, indépendamment de sa réservation par le Droit.

Tantôt la chose fait l'objet d'un droit privatif, qui la réserve à un individu et la transforme en bien (nonobstant la querelle relative à la question de savoir si ce sont les choses qui sont des biens ou les droits). Tantôt elle est un bien public, réservée par l'Etat. Tantôt elle n'est l'objet d'aucun droit, privatif ou pas, elle est alors une *res nullius* ou une *res communes*. Mais dans tous les cas, elle existe matériellement, indépendamment de son statut juridique.

Son éventuelle exploitation n'a pas plus d'incidence sur son existence concrète que sur son statut juridique. Réservée ou pas, la chose corporelle perdure sans qu'il soit nécessaire d'en jouir, de l'utiliser ou de s'y intéresser. Sous réserve de la dégradation inéluctable dont une chose corporelle – mobilière surtout – est susceptible lorsqu'elle est laissée à l'abandon, sa corporéité suffit à assurer sa pérennité. L'exploitation est donc, de manière générale, étrangère à l'existence des choses corporelles.

Mieux, certaines choses interdisent toute exploitation : les choses consomptibles cessent d'exister dès le premier usage que l'on en fait. Pour elles, l'exploitation est impossible, et l'usage fait disparaître le droit qui les réserve en même temps que la chose qui en est l'objet.

Globalement, l'exploitation de la chose corporelle, lorsqu'elle est autorisée par un droit, reste une simple faculté à la discrétion de son titulaire. Matériellement, la chose continue d'exister et, même si elle perd de sa valeur lorsqu'elle se détériore faute d'entretien, elle ne disparaît pas complètement.

222. Exploitation et pérennité objective de la création. *A priori*, il semble en aller de même de la plupart des créations. L'œuvre littéraire ou artistique, l'invention, le dessin ou modèle existent dès leur création. Les conditions de protection par le droit d'auteur, de brevet ou de dessin ou modèle varient sans doute, mais on peut tout de même trouver un dénominateur commun à leur naissance : dès lors qu'un créateur a une idée, à laquelle il donne une forme suffisamment aboutie pour qu'elle forme une entité autonome, la création existe. Et

indépendamment de son statut juridique, la création identifiable existe désormais pour toujours sans qu'aucune exploitation en soit nécessaire.

Ainsi en va-t-il de l'œuvre littéraire ou artistique, à laquelle on peut assimiler le dessin ou modèle. Aux termes de la loi, elle existe dès sa création, indépendamment de sa divulgation ou de sa publication. En prenant forme, elle quitte le stade de l'idée évanescente et mouvante. Sans être nécessairement définitive, puisque l'auteur conserve le droit de la modifier, elle atteint néanmoins un certain degré d'achèvement, dès que son contenu est fixe, dès qu'il n'est plus appelé à varier. Elle existe de manière autonome, elle est indépendante de son auteur, qui n'a plus à intervenir. En conséquence, nul besoin pour l'auteur de la divulguer, de l'exploiter, de l'exposer, de la représenter, de l'interpréter, etc. S'il décide de la garder secrète à tout jamais et de ne jamais la communiquer à qui que ce soit, nous avons vu en Titre 1 ce qu'il advient de son statut juridique. Mais cela n'a pas d'incidence sur son existence matérielle. Et si l'auteur décide de la divulguer, nous avons vu en Titre 2 chapitre 2 que sa protection juridique varie au gré de son exploitation. Mais celle-ci ne remet éventuellement en cause que les prétentions juridiques de l'auteur, sans atteindre la substance même de l'œuvre. On peut même dire qu'une création est encore plus imperméable à l'exploitation qu'une chose corporelle : la carrière de pierres, la voiture ou la terre de culture finissent par s'épuiser de leur exploitation intensive, tandis que l'œuvre littéraire ou artistique reste hors d'atteinte. Inversement, le désintérêt du propriétaire d'un immeuble ou d'un meuble corporel finit par l'abîmer et entamer sa substance, tandis que l'œuvre non exploitée reste la même, inchangée par l'écoulement du temps.

Ainsi en va-t-il également de l'invention. Elle existe dès sa formulation définitive et ne peut plus disparaître. En conséquence, il n'est pas nécessaire de l'exploiter pour assurer sa pérennité. Soit l'inventeur décide de la garder secrète et de ne pas l'exploiter, il n'obtient pas alors la protection du droit de brevet. Mais son invention n'est pas menacée en elle-même. Si un tiers décide alors d'exploiter cette même invention, avec ou sans brevet, l'inactivité du premier inventeur ne produit que des conséquences patrimoniales, en le privant des fruits de l'exploitation. L'invention ne disparaît pas, ce sont les prétentions juridiques de l'inventeur qui sont réduites à néant. Soit l'inventeur obtient un brevet et néglige ensuite l'exploitation, c'est ici aussi le sort juridique de l'invention, et le patrimoine de l'inventeur, qui en subissent les conséquences. Mais l'invention a une existence objective que l'absence d'exploitation ne remet pas en cause.

Pour résumer, parce qu'elles constituent des entités autonomes et abouties, les créations perdurent dans le monde des Faits peu important leur exploitation ou leur non-exploitation, et

peu important leur statut dans le monde du Droit. Et parce qu'elles n'ont pas de *corpus*, parce que leur existence est entièrement abstraite, elles échappent d'autant mieux à l'emprise du temps qui passe, le désintérêt de leur titulaire les laissant intactes alors que les choses corporelles en sont fragilisées. Au total, en matière de créations, l'exploitation est superfétatoire, la substance de la création est détachée de toute contrainte matérielle.

223. Exploitation et pérennité subjective de la création. Pourtant, il faut nuancer ces remarques dans une première mesure. En effet, la création laissée à l'abandon par son créateur continue sans doute d'exister objectivement. Mais elle tombe peu à peu dans l'oubli. Et parce qu'elle n'a pas de *corpus*, elle ne s'impose pas matériellement d'elle-même. Elle n'est pas comme une chose corporelle dont le *corpus* est un rempart contre l'oubli, la rendant incontournable et interdisant de l'ignorer. Son incorporéité la renforce et la fragilise à la fois : imperméable au passage du temps, la création est également invisible. Non exploitée, elle ne perdure que dans l'intellect de ceux qui en ont pris connaissance. Faute de raviver son souvenir, elle finit tout de même par disparaître si plus personne ne s'en souvient. Le créateur qui s'en désintéresse ou l'ignore ne peut sans doute pas l'éradiquer de la conscience de tous ceux qui en ont eu connaissance, si bien que sa disparition définitive est impossible. Mais il la condamne ainsi à un oubli proche de la mort. La création fait alors échec à sa vocation, puisqu'elle est naturellement appelée à circuler. Le créateur est privé de la reconnaissance de son talent par le public, qui quant à lui est privé de l'enrichissement intellectuel que la connaissance lui apporte.

L'exploitation est sa planche de salut. Ici, il ne s'agit pas tant de faire fructifier un bien, d'en retirer un profit. Il s'agit surtout de faire exister la création, de la faire vivre en l'insérant dans des relations inter-individuelles. Il s'agit d'assurer sa circulation, sa dissémination, autrement dit de répandre sa connaissance afin qu'elle existe dans la conscience d'un nombre de personnes le plus important possible. D'ailleurs, l'exploitation peut parfaitement être gratuite, sans visée lucrative. L'artiste peut exposer ou prêter son œuvre gratuitement, le compositeur peut la diffuser gratuitement, l'écrivain peut distribuer gratuitement des exemplaires de son œuvre, ou en gratifier les bibliothèques par exemple. Au total, l'exploitation n'est pas nécessairement tournée vers le profit, elle peut être tournée vers la seule circulation de la création. Et malgré sa pérennité objective, l'exploitation reste la seule manière d'assurer également la pérennité subjective de la création. Le créateur est sans doute libre de laisser sa création sombrer dans l'oubli. Mais si le monde du Droit sanctionne son inactivité en fragilisant son exclusivité patrimoniale, le monde du Fait est encore plus radical : faute

d'entretenir le souvenir de sa création, le créateur risque bien plus que la seule perte de son droit. Il perd sa création, fruit de son génie et empreinte de sa personnalité. L'exploitation est-elle réellement à sa discrétion lorsque la survie spirituelle de la création en dépend ?

224. Exploitation et valeur de la création. Il faut encore nuancer ces remarques dans une seconde mesure, et de manière plus prosaïque. Si la substance de la création reste imperméable au passage du temps et à la négligence, ce n'est pas cette création en elle-même qui occupe une place dans le patrimoine de son titulaire. Sans doute la création possède-t-elle une double dimension, à la fois pécuniaire et morale, qui la distingue des choses corporelles. Le créateur obtient effectivement la protection du Droit pour ces deux aspects. Mais justement, le créateur ne s'intéresse pas seulement à la survie objective, ou même subjective de sa création. Il s'intéresse autant à la pérennité de sa valeur pécuniaire qu'à celle de sa substance. Ce n'est pas pour la création en tant que telle que le créateur demande la protection d'un droit privatif de nature patrimoniale, mais bien pour sa valeur marchande. Dévalorisée, la création présente bien peu d'intérêt pour son créateur. En effet, qu'est-ce qu'un bien s'il n'a pas de valeur ?

Sans entrer dans l'examen approfondi de la notion de valeur – car ce n'est pas notre propos –, il faut néanmoins relever que les choses n'ont de valeur qu'à la condition qu'au moins deux personnes les désirent. Cela implique que la chose ne soit pas laissée à l'abandon, délaissée par son titulaire. Pour que la création ait une valeur, son créateur doit l'exploiter. Peu importe que l'exploitation ait une finalité lucrative ou pas, il suffit qu'elle fasse l'objet d'échanges, qu'elle reste hors de la sphère privée et secrète du créateur. La création est « une chose dont la valeur ne peut se maintenir que par une exploitation »[899]. Ainsi, s'il souhaite qu'elle occupe une place dans son patrimoine, il faut qu'il accomplisse sur elle des actes d'exploitation, telle la représentation, la commercialisation, la reproduction, l'interprétation, etc. « La nécessité d'exploiter est toujours ressentie en fait par le titulaire du droit, s'il veut en tirer avantage. La valeur de la marque est liée à la diffusion du produit, celle du brevet aux perspectives de fabrication et de vente ; les droits d'auteur sont proportionnels au tirage de l'ouvrage (…) »[900]. La création oubliée perd sa valeur pécuniaire et disparaît du patrimoine de son créateur. Sans doute ces considérations sont-elles moins nobles que celles qui nous conduisaient à craindre la disparition spirituelle de la création, mais sa survie pécuniaire ne

[899] L. AYNES, *Les caractères de l'usufruit*, Droit et patrimoine, n°137, mai 2005, p. 43. Dans le même sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 4, n°7.
[900] P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTDCiv. 1966, p. 203, n°22.

laisse certainement pas le créateur indifférent. L'exploitation est donc ici encore pour lui une liberté qui se mue en contrainte.

Cette particularité des créations, qui n'ont de valeur qu'exploitées, les distingue des choses corporelles. « Ce n'est pas le cas d'une propriété matérielle dont l'objet est porteur d'une valeur sans qu'il soit nécessaire de le proposer sur un marché : on profite d'un bien immobilier ou d'un bien mobilier corporel sans qu'il faille les proposer aux tiers. (…) un droit de propriété intellectuelle ne vaut que s'il est exploité »[901]. C'est ainsi qu'un auteur[902] se propose d'y voir des biens particuliers, ce qu'elle appelle des biens d'exploitation. Un autre va plus loin, faisant produire à cette différence des conséquences radicales quant à la nature du droit qui réserve les créations : il s'agit de la théorie du doyen Roubier[903], sur laquelle nous reviendrons.

Il suffit pour l'instant de souligner que, finalement, la survie d'une création au plan spirituel comme au plan patrimonial, et son existence dans le monde des Faits indépendamment de son statut juridique, sont intrinsèquement liés à son exploitation, laquelle s'impose donc en fait autant qu'en droit.

225. Exploitation et existence de la marque. Le cas de la marque doit être distingué. Si l'on considère, avec la doctrine majoritaire, que la chose incorporelle qu'est la marque consiste dans le signe distinctif utilisé comme marque et appréhendé de manière objective, alors il faut aller au bout de ce raisonnement, et conclure ici encore que l'exploitation est inutile à sa survie.

En effet, la doctrine[904] analyse la marque comme un bien dont la réservation résulte de l'occupation, ou encore comme un signe non pas créé mais simplement choisi par son titulaire dans le fonds commun des signes préexistant. La jurisprudence retient également cette analyse : un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 1993 en affirme le principe. « Avant son appropriation en tant que marque, le signe n'est qu'un mot, voire un assemblage aléatoire de lettres, qu'un dessin, voire un assemblage de formes et de couleurs, etc. ; c'est-à-dire une chose n'ayant en soi aucune valeur économique et qui n'appartient à personne : une chose commune. Ainsi, le droit sur la marque va-t-il naître de l'occupation, qui est le mode « commun » d'appropriation des choses n'appartenant encore à personne. Le premier

[901] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 117, n°235.
[902] C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Thèse, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2001, p. 251, n°314.
[903] P. ROUBIER, *Unité et synthèse des droits de propriété industrielle*, préc., p. 162.
[904] Par exemple, H. DESBOIS, *Propriété littéraire et artistique*, Encyclopédie Dalloz, 1974, p. 3, n°2.

enregistrement réalisé par le propriétaire de la marque matérialisera la prise de possession nécessaire à cette occupation »[905].

Dans cette optique, une fois le signe choisi, peu importe son exploitation subséquente. Celle-ci, sous la forme d'une occupation, détermine sans doute le droit qui réserve la marque, comme nous l'avons vu plus haut. Mais l'existence du signe est sauve, quel que soit le degré d'exploitation. Si le titulaire perd son droit, le signe continue d'exister et retourne dans le fonds commun des signes disponibles, une *res nullius* en attente d'une nouvelle occupation. Sans doute risque-t-il de tomber dans l'oubli, mais il ne cesse pas pour autant d'exister. Toute forme d'exploitation lui est indifférente. Le titulaire de la marque, par son inactivité, n'a pas le pouvoir de faire disparaître le signe qu'il a choisi.

Mais cette conception de la marque ne nous convainc pas. Selon nous, il faut retenir une conception subjective de la marque : elle consiste dans le signe en tant qu'il désigne les produits ou services mentionnés à l'enregistrement. Il nous semble que c'est bien la lecture du législateur, puisqu'aux termes de l'article L. 711-1 du CPI, il ne protège que la marque en tant qu'elle identifie tel ou tel produit ou service nommément désigné. La doctrine voit ici une simple application du principe de spécialité, qui cantonne le domaine du droit privatif sur le signe à seulement certains produits ou services, faisant de la marque un droit relatif au lieu d'absolu. Mais quant à nous, il nous semble plus exact de trouver dans cet article une définition de l'objet réservé par le Droit : la marque n'est pas un signe. Elle n'est pas ce signe objectif réservé seulement partiellement, dans la stricte mesure de certains produits ou services et à l'exclusion de tous les autres. Elle est une marque – en ce distincte d'un signe – réservée entièrement, et consistant dans la relation particulière, subjective et relative, qui s'établit entre un signe et certains produits ou services déterminés. Elle ne prétend pas s'étendre à tous les usages dudit signe, puisqu'elle s'en distingue et se définit précisément par les produits ou services énumérés à l'enregistrement.

Dans cette optique, l'exploitation occupe alors une place complètement différente de celle que lui réservent le droit d'auteur et le droit de brevet. Ici, la substance même de la marque, en tant qu'entité autonome et éventuellement appréhendée par le Droit, consiste non dans un signe objectif fixé une fois pour toutes, mais dans le lien qui s'établit entre ce signe et certains produits ou services. Ce lien est par essence subjectif, puisqu'il ne résulte pas seulement du fait du titulaire de la marque, mais également de la perception qu'en a le public.

[905] S. ALMA-DELETTRE, *Marque : nature juridique du droit*, préc., p. 348.

Autrement dit, l'exploitation a un rôle essentiel, et double, quant à l'existence de la marque. Premièrement, dans la mesure où la marque consiste dans le signe en tant qu'il désigne des produits ou services dans l'esprit du public, il faut nécessairement qu'elle soit exploitée, c'est-à-dire que le titulaire doit effectivement apposer le signe sur tel ou tel produit ou service et les commercialiser, afin que s'établisse le lien que le Droit réserve et protège. Faute d'exploitation, le signe ne répond pas à la définition de marque, puisque même s'il est apposé sur les produits, il ne les désigne pas dans l'esprit du public. Autrement dit, la marque, telle qu'elle est définie par la loi en tant qu'objet de droit, n'existe pas. Seul existe un signe auquel manque ce qui achèverait d'en faire une marque, i.e. son exploitation. L'exploitation conditionne donc l'existence de la marque.

Deuxièmement et corrélativement, l'exploitation conditionne la substance de la marque, son contenu. En effet, lorsqu'il exploite sa marque, le titulaire l'applique à tel ou tel produit ou service. Ce faisant, il lui donne son contenu, puisqu'elle consiste précisément dans le lien entre le signe et certains produits déterminés. Autrement dit, en choisissant les produits ou services auxquels il attache sa marque, le titulaire détermine le contenu de son bien. Ce que le Droit protège, c'est uniquement la marque en tant qu'elle désigne les produits ou services mentionnés à l'enregistrement, et plus exactement uniquement ceux que le titulaire exploite effectivement (puisque, nous l'avons vu, il encourt la déchéance partielle pour ceux qu'il néglige). Par le choix du signe, autant que par le choix des produits ou services auxquels il l'applique, le titulaire de la marque façonne donc l'objet de son droit, la chose incorporelle, la marque.

En résumé, la marque est inséparable de son exploitation, au plan juridique comme au plan matériel. Cela relève de l'évidence : si le signe n'est pas effectivement appliqué à un produit ou service et commercialisé, ce signe ne désigne rien dans l'esprit du public. La marque n'existe pas, en tant que bien, en tant que chose, en tant qu'objet de droit, faute d'exploitation. Ainsi, la marque apparaît sous un jour nouveau : garantir l'identité d'origine des produits aux yeux du public, et permettre leur identification, cela n'est pas simplement *La* fonction essentielle de la marque, c'est avant tout sa substance, son essence. La marque n'est pas un outil dont on userait dans un but particulier. Elle n'est pas ce signe objectif qui obtiendrait la protection du Droit à condition de remplir une mission, celle d'identifier certains produits ou services. Bien plus fondamentalement, elle se détache du signe objectif qui ne suffit pas à la résumer. Elle consiste toute entière dans la relation subjective qui s'établit dans l'esprit du public entre un signe objectif et des produits ou services eux-aussi objectifs. Elle *est* sa fonction.

Ici, nous aimerions préciser qu'il nous semble inexact de distinguer, comme le fait la doctrine majoritaire, entre les créations d'une part et les marques d'autre part, au motif que ces dernières ne résultent pas d'un acte de création, mais seulement d'un choix du titulaire parmi des signes préexistants. Pour nous au contraire, non seulement le choix du signe n'est pas exempt de génie, mais de plus ce choix ne suffit pas à créer une marque, puisque c'est le talent et la créativité du titulaire dans l'établissement d'un lien entre ce signe et tel ou tel produit ou service qui donne à la marque son existence, sans parler de sa valeur. En tout état de cause, si le « créateur » d'une marque ne peut sans doute prétendre au même génie que le compositeur d'une symphonie, il n'est pas moins talentueux que l'auteur salarié d'un dessin purement utilitaire ou le rédacteur d'un dictionnaire ou d'un annuaire.

226. Exploitation et existence des attributs de la personnalité, et des clientèles. Nous renvoyons à la version intégrale[906].

227. Bilan sur la pérennité des créations. Le rôle du *fructus* dans la pérennité des créations, en droit comme en fait, met en lumière un aspect important de tous ces biens : ils impliquent toujours un propriétaire dynamique, actif, impliqué dans les relations commerciales. Le créateur n'est jamais celui qui se contente de recueillir et de conserver passivement un bien qu'il cantonne à un usage personnel minimal. On vient de le voir à travers le contenu de son droit, qui consiste à préférer l'exploitation commerciale au simple usage privatif, et qui fait du *fructus* l'attribut principal du propriétaire. On a pu aussi le constater en amont : de simple effet de la propriété, le *fructus* devient parfois condition de cette propriété, lorsque la naissance même du bien passe par son exploitation.

Au total, et pour en revenir aux créations légalement consacrées, face au désintérêt de son maître, la création continue d'exister de manière objective, mais elle est en quelque sorte atrophiée. Outre les hypothèses où le droit qui la réserve est perdu ou fragilisé, c'est également la chose elle-même qui est atteinte dans sa substance. Faute d'exploitation, son potentiel est tout simplement nié. Son rayonnement spirituel et sa valorisation pécuniaire dépendent entièrement de son créateur. Lorsqu'il met la création au monde, il assume un devoir, celui de l'exploiter afin qu'elle vive[907].

[906] Voir version intégrale n°694 et 695.
[907] Dans ce sens, voir C. ALBIGES, *L'obligation d'exploiter un bien*, RTDCiv. 2014, p. 795.

228. Conclusion sur l'exploitation des créations (A). L'exploitation est au cœur des droits de propriété intellectuelle car elle touche non seulement à leur dimension juridique, mais également à leur dimension matérielle, au sens de factuelle. Tantôt le droit positif l'impose au créateur : de simple faculté juridique, elle se mue en obligation assortie de sanction. Tantôt le créateur en assume le devoir de lui-même : il n'a pas d'autre choix s'il veut que sa création survive. En tout cas, de simple accessoire à l'entière discrétion d'un propriétaire classique, la jouissance économique devient ici une véritable contrainte. Les créations n'existent, en droit comme en fait, qu'à travers elle. Ainsi, l'exploitation déborde non seulement le cadre trop étroit du *fructus* – cet attribut secondaire et facultatif –, mais également celui des attributs de la propriété – puisqu'elle s'impose en Fait autant qu'en Droit. Nous allons voir qu'elle n'est elle-même qu'une manifestation ponctuelle d'un trait plus général du régime des créations : l'activité, le dynamisme du créateur, qui peut prendre la forme particulière d'une exploitation, sont consubstantiels à ces biens très particuliers (B).

B. De supplétive à impérative : l'activité du créateur

229. L'activité du créateur est fondamentale à tous les stades de la vie – juridique et matérielle – de la création. Le *fructus* n'est qu'une forme parmi celles que peut prendre cette activité. L'importance du *fructus* parmi les pouvoirs du créateur n'est qu'une illustration d'un phénomène plus global qui touche tous les stades de la vie de la création : le droit sur une création n'est pas statique, le créateur n'est jamais véritablement au repos. La nature particulière de la création oblige son créateur à adopter un comportement dynamique et lui interdit la passivité. Les propriétés intellectuelles sont tributaires du dynamisme de leur créateur, « elles sont liées à l'activité de leur titulaire » [908].

Il s'agit toujours d'une sorte de jouissance économique : lorsque le créateur, loin d'ignorer sa création, s'en préoccupe, l'exploite, l'entretient, se montre soucieux de développer son potentiel, alors il ne fait rien d'autre qu'en jouir. Il en retire une jouissance économique en accompagnant et en guidant sa vie marchande.

Le trait marquant de cette activité est encore une fois son caractère obligatoire : la création ne laisse pas de répit au créateur, elle implique nécessairement un comportement actif et dynamique de sa part. Il ne peut se permettre de rester passif, car de son comportement dépend non seulement la pérennité de son droit, mais également et avant tout l'existence de

[908] P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, 6e éd. , préc., p. 107, n°412.

son bien. On peut distinguer les propriétés littéraires et artistiques (1) des autres propriétés intellectuelles (2).

1. Activité et droit d'auteur

230. *A priori*, le sort de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique semble le plus enviable. Il est classique de présumer qu'il échappe à la contrainte légale. En doctrine, on relève ainsi que « la différence la plus importante entre un droit de marque ou de brevet d'une part, et un droit d'auteur d'autre part, réside dans le fait que le second existe en dehors de toute action matérielle, tandis que les premiers ne sont reconnus que par l'effet d'une demande administrative, les dessins et modèles pouvant quant à eux, relever de l'un ou de l'autre de ces systèmes. Cette différence fondamentale trouve un prolongement dans l'obligation d'exploiter qui existe en matière de marques et de brevets »[909]. Pourtant, nous avons vu que l'auteur n'est pas complètement libre de toute obligation d'exploiter, ni en Droit, ni en Fait. Il faut donc également remettre en cause la première partie de l'assertion : le droit de l'auteur sur son œuvre existe-t-il réellement « en dehors de toute action matérielle » ? Ou le législateur lui impose-t-il, comme à l'inventeur ou au créateur d'une marque, un comportement qui conditionne son droit privatif ?

a. Formalités et existence du droit d'auteur

231. Formalités et survie du droit d'auteur. Pour la pérennité de son droit, l'auteur n'a effectivement aucune formalité à accomplir. Son monopole existe pour toute sa vie et les soixante-dix années qui suivent son décès, sans qu'il soit nécessaire de payer une quelconque annuité ou de renouveler une inscription. Inversement, aucune formalité quelle qu'elle soit ne permet de proroger le droit d'auteur au-delà de ce terme extinctif. Aucune formalité n'est donc imposée à l'auteur dès lors que la protection du Droit lui a été accordée. L'exercice de son droit est soustraite à toute contrainte formelle.

Formalités et naissance du droit d'auteur. Il est classique d'opposer sur ce point les législations civilistes et les pays de copyright, en prêtant aux premières une protection automatique et aux seconds au contraire l'exigence de formalités conditionnant la naissance du droit. C'est pourtant inexact[910]. D'une part, l'article 6 du décret des 19-24 juillet 1793

[909] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 225, n°435.
[910] Pour le détail de l'historique, voir version intégrale n°701.

imposait à l'auteur, jusque la loi de 1925, un dépôt qui conditionnait l'exercice, sinon la naissance du droit d'auteur. D'autre part, cette exigence, qui conditionnait en droit anglais à la fois l'existence et l'exercice du droit, a aussi disparu progressivement du copyright. Aujourd'hui, aux termes de l'article L. 111-1 du CPI, la seule création d'une œuvre littéraire ou artistique suffit à assurer sa protection juridique, sans autre formalité contraignante.

b. Activité et existence du droit d'auteur

232. L'auteur peut parfaitement adopter une attitude passive et se désintéresser de son œuvre une fois qu'elle lui est réservée par le droit d'auteur. Aucune formalité ni aucun comportement particulier n'est nécessaire pour la pérennité de son droit. Mais en amont, comment le droit d'auteur naît-il sur la tête de l'auteur, si ce n'est pas par l'accomplissement de formalités ?

233. Divulgation et naissance du droit d'auteur. Aux termes de l'article L. 111-1 du CPI, le droit d'auteur naît de la seule création. Pourtant, des auteurs ont pu en retenir une autre lecture. Il s'agit surtout de H. Desbois, pour qui « le droit de divulgation est le fait générateur des prérogatives patrimoniales »[911]. Le premier précède chronologiquement l'apparition des secondes. L'auteur est donc soumis à une forme de contrainte : il doit divulguer son œuvre pour être titulaire de son droit patrimonial. Contre toute attente – et contre la lettre des textes – l'auteur estime que le législateur conditionne l'octroi d'un droit « complet » à l'adoption par l'auteur d'un certain comportement, la divulgation ou la publication. Faute de ce comportement, l'auteur qui garde son œuvre secrète ne peut prétendre qu'au respect de ses prérogatives morales.

Des auteurs contemporains reprennent cette analyse : « Le droit de divulgation conditionne, dans son exercice, la naissance du droit patrimonial ; car c'est seulement en prenant la décision de livrer l'œuvre au public que son auteur l'investit de droits patrimoniaux ; avant la divulgation, l'œuvre fait partie intégrante de sa personnalité ; avec la divulgation, elle devient un bien patrimonial : des droits pécuniaires naissent à partir de ce moment »[912]. D'autres

[911] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1e éd., préc., p. 295, n°434 et s. Sur toute cette question, voir notre titre 1, chapitre 1, section 2, § 2.

[912] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, préc., p. 131, n°136. Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 441, n°667.

auteurs[913] contestent pourtant cette analyse. Non seulement les termes de l'art. L. 111-1 CPI sont clairs : l'auteur *jouit* de ses droits patrimoniaux du seul fait de sa création. Mais de plus, la pratique consacre cette analyse : l'auteur peut parfaitement exercer ses prérogatives patrimoniales, en passant des contrats d'auteur, avant la divulgation. La jurisprudence entérine cette solution[914].

Sans doute la divulgation est-elle tôt ou tard nécessaire. En effet, on voit mal comment l'auteur peut réellement poursuivre l'exploitation de son œuvre sans la divulguer à un moment donné. Si la chronologie des prérogatives peut donc être discutée, on ne peut cependant nier le fait que l'auteur soit obligé, pour exploiter son œuvre et jouir de la totalité des prérogatives de son droit, de communiquer celle-ci au public à un moment ou à un autre. En réalité il faut simplement distinguer la naissance et l'exercice des prérogatives patrimoniales. Un auteur l'exprime ainsi : « c'est par l'exercice de son droit moral que l'auteur fait choix de divulguer son œuvre (article L 121-2) et ce n'est qu'une fois cette décision prise, qu'une exploitation peut être engagée. (…) Peut-être faudrait-il préciser que le droit exclusif d'exploitation naît, comme le droit moral, du seul fait de la création même inachevée, mais que son exercice est subordonné à l'exercice positif du droit de divulgation, sans lequel il serait paralysé »[915].

Pour résumer, il nous semble exact de poser que l'auteur est propriétaire de son œuvre sans autre condition que celle de l'avoir créée. La divulgation n'est pas une condition de la naissance du droit d'auteur, même dans sa dimension patrimoniale. Sans doute la divulgation conditionne-t-elle effectivement l'exercice de son droit patrimonial, autrement dit sa jouissance économique. Mais il n'est pas raisonnable d'y voir une contrainte pour l'auteur : ce n'est qu'une nécessité dictée par la logique. Pour pouvoir jouir économiquement de son œuvre, l'auteur doit forcément l'insérer dans des relations commerciales, donc la divulguer. Cette exigence relève de l'évidence bien plus que de la contrainte. De la même manière que respirer implique d'aspirer de l'air, ou marcher de poser un pied devant l'autre, la jouissance économique d'une œuvre présuppose de la rendre publique. Mais c'est seulement l'exercice du droit d'auteur qui est ainsi conditionné. Sa naissance n'est subordonnée à rien d'autre que l'acte de création de l'auteur.

---

[913] Notamment M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1e éd., préc., p. 296, n°437 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 89, n°113 et s.

[914] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1e éd., préc., p. 296, n°437, citant CA Paris, 19 déc. 1997, RIDA 1998/2, p. 433 ; et p. 372, n°560 et s.

[915] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 370, n°545.

234. Acte de création et naissance du droit d'auteur. Un acte de création. Précisément, si la divulgation ne conditionne pas la naissance du droit d'auteur, cette dernière dépend cependant entièrement de l'accomplissement d'un acte préalable à la divulgation, à savoir l'acte de création. L'auteur n'a aucune formalité à accomplir pour que son droit sur la création naisse, mais il doit tout de même remplir une condition implicite : il doit créer l'objet de son droit.

Il peut sembler ridicule de le souligner, comme si cela relevait de l'évidence. Pourtant, c'est là une différence fondamentale entre l'auteur et le propriétaire classique : le propriétaire de la chose corporelle n'a en général rien à voir avec sa réalisation, sa confection (s'il s'agit d'un meuble), sa construction ou sa constitution (s'il s'agit d'un immeuble). Son droit naît le plus souvent d'un acte juridique – vente, donation, succession, etc. –, et non d'un acte matériel. La chose corporelle préexiste au droit de son propriétaire. Elle existe en tant que chose indépendamment de sa réservation par le Droit peu important son statut juridique, *res nullius*, *res derelicta*, chose appropriée. Son seul *corpus* suffit à lui assurer une existence autonome. Ainsi, l'activité de celui qui s'en prétend le maître n'est pour rien dans son existence, elle ne conditionne pas la naissance du droit qui la réserve.

Au contraire, l'œuvre n'existe que par son créateur, elle naît en même temps que le droit qui la réserve, et cette particularité des créations souligne l'importance de l'activité créatrice de l'auteur. Il est véritablement contraint d'adopter un comportement dynamique, et la passivité lui est fatale. Son dynamisme conditionne non seulement la naissance de son droit, puisqu'il en crée l'objet, mais également la naissance de son œuvre. Faute d'acte créateur, l'auteur est privé de droit, mais il est surtout privé d'œuvre, il n'est d'ailleurs même pas auteur. Autrement dit, le statut juridique d'auteur, avec la protection juridique qu'il emporte, n'est pas gratuit comme peut l'être celui du propriétaire classique qui se bornerait à recevoir un héritage. Pour prétendre à la qualité d'auteur, avec tout ce que cela implique, le créateur doit créer *ex nihilo*, à partir de rien. Sans cette activité créatrice, ce n'est pas seulement le droit d'auteur, c'est surtout l'œuvre qui ne vient pas à exister.

Quel acte de création ? Comme à propos de l'acte de divulgation, on peut être tenté de considérer que l'acte de création n'est cependant pas une véritable contrainte au sens juridique pour l'auteur. On peut y voir une simple condition évidente, comme il est nécessaire d'être un sujet de droit pour en être titulaire par exemple. Pourtant, s'il est effectivement futile de souligner que la naissance d'un droit suppose un objet auquel l'appliquer, il est pertinent de relever que n'importe quel acte de création n'est pas suffisant. Autrement dit, la naissance

du droit d'auteur est effectivement subordonnée à la réalisation d'une œuvre qui doit répondre aux conditions posées par le législateur.

Le législateur protège une « œuvre de l'esprit », mais il n'en propose pas de définition. Insistant sur « « l'activité » qui est à l'origine de toute création »[916], un auteur recense trois conditions pour que le résultat de cette activité puisse être qualifié d'œuvre et faire naître un droit d'auteur. Premièrement, c'est l'auteur lui-même qui doit être à l'origine de la création. C'est-à-dire que le droit d'auteur ne bénéficie qu'à un auteur-personne physique, il implique une intervention humaine. Une œuvre produite par une machine (c'est la question des créations « générées par ordinateur »[917]), un animal ou une personne morale ne fait pas – ou ne suffit pas à faire – naître un droit d'auteur. L'auteur doit donc s'investir personnellement et physiquement dans l'acte de création.

Deuxièmement, cette intervention humaine doit être consciente, ce qui exclut le fruit du hasard. Selon nous, cette condition fait écho à l'exigence d'un certain degré de formalisation de la création. On distingue traditionnellement la simple idée, qui appartient au fonds commun de la pensée, et son expression, qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur et lui est réservée[918]. C'est en donnant une forme à son idée que l'auteur se l'approprie. L'idée doit quitter le stade de la pensée évanescente pour atteindre une certaine fixité, se détacher de son auteur pour acquérir un minimum d'autonomie. Mais la loi n'exige pas que l'œuvre soit complètement achevée : l'article L. 111-2 CPI dispose 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 ». Elle n'exige pas non plus que l'auteur lui donne une forme physique, mais se satisfait au contraire d'un prolongement matériel minimal, qui peut consister dans une formalisation seulement intellectuelle : le 2° de l'article L. 112-2 2° du CPI protège les œuvres orales, et le 4° vise la fixation « par écrit ou autrement » pour les chorégraphies par exemple. Certains auteurs s'en tiennent à l'ouïe et la vue comme les textes semblent l'indiquer, mais d'autres[919] incluent l'odorat et le goût. En bref, la loi exige simplement, et logiquement, que l'œuvre puisse être appréhendée en tant qu'objet de droit.

---

[916] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 48, n°44.

[917] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 74, n°59.

[918] Par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 83, n°106 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 66, n°58 et s.

[919] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 147, n°192 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 83, n°105 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 93, n°78.

Enfin, cette activité doit modifier le réel. « Créer, c'est faire quelque chose qui n'existait pas »[920]. Ici, nous pensons retrouver l'exigence légale d'une certaine originalité. Le législateur ne réserve pas sa protection aux seules créations de génie, mais il la refuse à celles qui sont la reprise ou l'imitation d'une œuvre préexistante, ainsi qu'à celles qui sont banales. L'œuvre doit être originale[921]. Mais il faut préciser qu'il s'agit ici d'une qualité objective : ni le législateur ni le juge ne s'autorisent à apprécier la qualité de l'œuvre, le mérite de l'auteur ou son génie. Il suffit que l'œuvre se démarque de ce qui existe déjà, qu'elle ajoute à l'existant.

235. Bilan. Pour que le droit naisse, et avec lui l'œuvre, l'auteur doit s'investir, il doit produire une œuvre digne de protection. On n'exige pas qu'il soit génial, mais on attend de lui qu'il fournisse un effort minimum, puisque son œuvre n'est réputée créée que lorsqu'elle atteint un certain degré d'aboutissement. En bref, l'auteur doit adopter un comportement actif, et s'attacher à produire un résultat à la hauteur des attentes du législateur. Pour terminer, on peut dire que, contre toute attente, l'auteur subit une véritable contrainte. Contrairement au propriétaire classique, il doit créer l'objet de son droit, et ceci est loin de se résumer à « une simple formalité ». La protection du droit d'auteur ne doit rien au hasard, elle est étrangère à l'oisiveté. L'activité de l'auteur est consubstantielle à la naissance de l'œuvre autant qu'à sa réservation. On peut en dire autant du logiciel[922].

2. Activité et propriétés industrielles

236. Les propriétés intellectuelles autres que littéraires et artistiques, à savoir les dessins et modèles, marques et brevets, sont le terrain privilégié d'une certaine forme de contrainte légale qui fait défaut en droit d'auteur : les formalités nécessaires à l'obtention et au maintien des droits de propriété industrielle sont légion. A cette contrainte externe s'ajoute une contrainte interne qui rejoint celle imposée à l'auteur, et caractérise tout créateur : il faut créer l'objet du droit que l'on prétend s'attribuer. L'activité est au cœur des propriétés industrielles encore bien davantage qu'en droit d'auteur. Cette contrainte ne fait d'ailleurs que prolonger celle que le législateur pose plus ponctuellement à travers l'exploitation obligatoire. Nous

[920] A. GASTAMBIDE, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous gen*res, Paris 1837, p. 49, cité par Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 52, n°54.
[921] Par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 99, n°127 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 8e éd., préc., p. 46, n°34.
[922] Voir version intégrale n°707.

nous en tenons ici encore aux droits de brevet et de marque, renvoyant pour les dessins et modèles, bases de données et attributs de la personnalité à la version intégrale[923].

a. Activité et brevet

237. Résumé et renvoi[924]. On peut ici résumer rapidement, car la question ne suscite pas de difficulté. L'activité de l'inventeur est au cœur non seulement de son droit mais aussi de son bien. Le droit de brevet ne nait que par le comportement actif de l'inventeur (formalités et inventivité), et ne se maintient que par sa vigilance (formalités et exploitation). Avant tout, c'est l'invention elle-même qui doit tout au dynamisme de son créateur. A tous les stades de la vie de l'invention brevetée, l'inventeur subit une contrainte : il se doit d'être actif. On est loin de la souveraineté discrétionnaire d'un propriétaire. Le *fructus* obligatoire n'est qu'une manifestation ponctuelle de l'activisme que le Fait comme le Droit imposent à l'inventeur.

b. Activité et marque

Ces remarques valent également pour le droit de marque.

→ Formalités et existence du droit de marque

238. Formalités et survie du droit de marque. Le législateur rend l'exploitation de la marque obligatoire à peine de déchéance, pour faire obstacle à la pratique des marques de réserve et éviter que la multiplication de marques inusitées ne fasse échec à la finalité du droit de marque, à savoir l'identification des produits et services. Mais la seule continuation de l'exploitation ne suffit pas à la survie du droit de marque. Dans le même esprit, la loi impose également une formalité qui oblige le titulaire de la marque à rester vigilant et lui interdisent de s'en désintéresser : il s'agit de renouveler l'enregistrement de la marque.
L'enregistrement n'est valable que pour dix ans à compter du dépôt, aux termes de l'article L. 712-1 du CPI. La protection est indéfiniment renouvelable, mais le titulaire doit tout de même respecter la formalité du renouvellement. Il n'a pas d'annuités à payer comme le breveté, il doit seulement payer des taxes au moment du renouvellement. La procédure de

[923] Voir version intégrale n°717 à 720, 721 à 723, et 724.
[924] Voir version intégrale n°709 à 712.

renouvellement est *a priori* simple, mais il faut apporter plusieurs précisions[925]. D'une part, de nombreuses marques sont régies par la loi de 1964 et non par celle de 1991. Or, sous l'empire de cette loi, le renouvellement était subordonné au dépôt d'une nouvelle demande d'enregistrement, ce qui impliquait un nouvel examen, et un nouveau risque de rejet, tous les dix ans. Le renouvellement est donc loin d'être automatique pour un grand nombre de marques encore en activité. D'autre part, le renouvellement n'est simple que si le titulaire ne modifie en rien le signe ou les produits ou services désignés à l'enregistrement. Dans le cas contraire, il s'agit d'un nouveau dépôt, qui implique un examen et le risque d'un rejet. Enfin, le renouvellement doit être fait dans le délai imparti, sous peine d'être irrecevable, et sauf dérogation prévue à l'article L. R. 712-24 du CPI.

Formalités et naissance du droit de marque. Dès l'octroi du droit privatif, le législateur se montre exigeant vis-à-vis de celui qui prétend se réserver ce signe distinctif. Le droit de marque, qualifié de propriété par le code lui-même (art. L. 712-1 CPI), dépend directement du dépôt d'une demande d'enregistrement et de l'enregistrement effectif de la marque. Ainsi, seule la marque enregistrée fait l'objet d'un droit de propriété.

Le comportement du prétendant à la marque ne remplace ni ne complète cette formalité : l'usage de la marque avant le dépôt n'a aucune incidence sur le droit du titulaire. L'enregistrement est désormais, et depuis la loi de 1964, exclusivement constitutif de droit. Non seulement l'usage seul ne fait naître aucun droit, mais l'enregistrement n'est pas déclaratif et ne valide donc pas rétroactivement un usage antérieur. La formalité administrative est donc déterminante, et omnipotente, dans la naissance du droit de marque.

Le législateur de 1964 va très loin : non seulement l'usage ne peut faire naître aucun droit, mais il n'exclut pas l'action en contrefaçon. Ainsi, celui qui utilise une marque, dite marque d'usage, sans l'enregistrer ne peut s'opposer à ce qu'un autre enregistre cette même marque pour les mêmes produits ou services[926]. Et celui-ci peut dès lors poursuivre l'utilisateur sans droit en contrefaçon. Ici, le droit des marques est donc plus sévère que le droit des brevets, qui reconnaît dans la même situation un droit de possession personnelle antérieure au profit du possesseur qui est alors autorisé à poursuivre valablement son exploitation, concurremment avec le breveté.

Seul l'utilisateur d'une marque notoire ou renommée peut échapper à cette sévérité, et se passer de la formalité de l'enregistrement. Il peut s'opposer à l'enregistrement de cette

[925] Voir par exemple J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 7e éd., préc., p. 866 ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 834, n°1454 et s.

[926] B. HUMBLOT, *Droit commun et protection des marques d'usage*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 249, n°16.

marque par un autre s'il établit qu'elle n'est pas banale. Il peut également exercer une action en revendication, et le dépôt n'est alors exceptionnellement que déclaratif de droit, ce qui signifie que son usage fait naître un droit privatif[927].

En résumé, la naissance du droit de marque repose donc presque exclusivement sur l'accomplissement d'une formalité, l'enregistrement. Le législateur exige sans doute du prétendant à la marque qu'il soit actif, mais il ne se satisfait pas de n'importe quelle forme d'activité. L'usage sans formalités ne lui convient pas. Seul le dépôt d'une demande d'enregistrement peut conduire à la réservation de la marque. Et non seulement le déposant doit encore respecter les conditions de procédure[928], mais surtout l'administration peut rejeter la demande du déposant. La situation du prétendant à la marque dépend donc complètement de l'administration, et l'activité qui fait naître son droit est strictement dirigée. Pourtant la doctrine ne semble pas s'en offusquer, au contraire : « (l)e simple usager d'une marque n'ayant sacrifié à aucun rite administratif et s'étant tenu à l'écart des onctions de la puissance publique ne peut espérer la protection du droit spécial »[929].

→ Activité et naissance du droit de marque

239. Choix du signe et naissance du droit de marque. La doctrine considère que le titulaire de la marque n'est pas un créateur, et qu'il se borne à choisir un signe préexistant, aux fins de l'associer à des produits ou services. Si l'on s'abstient pour l'instant de contester ce postulat, il faut tout de même relever ici encore un truisme : faute de choisir ce signe, aucune marque n'existe. Le titulaire de la marque, si l'on ne peut l'appeler créateur, doit donc néanmoins adopter un certain comportement actif, qui est à l'origine non seulement de son droit, mais surtout de l'objet de son droit. Il doit choisir un signe pour pouvoir ensuite en revendiquer la réservation.

Ce choix n'est pas libre. Le « prétendant à la marque » ne peut choisir n'importe quel signe, mais doit au contraire respecter les prescriptions légales à cet effet. D'une part, seuls certains types de signes peuvent devenir des marques : l'article L. 711-1 du CPI exige que le signe soit susceptible de représentation graphique, autrement dit visuellement perceptible. D'autre part, ces signes doivent remplir certaines conditions de fond : ils doivent être distinctifs, licites et disponibles.

[927] B. HUMBLOT, *Droit commun et protection des marques d'usage*, préc., p. 250, n°19 et s.
[928] Voir par exemple J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., p. 152 et s.
[929] B. HUMBLOT, *Droit commun et protection des marques d'usage*, préc., p. 241.

Il y aurait beaucoup à dire sur chacune de ces conditions, mais il nous suffit d'insister sur la manière dont ces exigences s'insèrent dans notre démonstration : pour obtenir la protection du droit, le prétendant à la marque (puisqu'on ne peut l'appeler créateur) ne peut se contenter de retenir au hasard un signe quelconque. S'il doit nécessairement opérer un choix qui l'oblige à sortir de la passivité, il doit au surplus se conformer aux restrictions légales qui réservent la protection à seulement certains signes. Le prétendant à la marque subit une contrainte qui alourdit encore sa tâche : son choix est guidé par le législateur. Et l'on songe que, pour produire un effet acquisitif, l'occupation n'est pas limitée à certaines choses corporelles limitativement énumérées. Il suffit qu'elles ne soient pas déjà appropriées, ce qui rejoint la condition de disponibilité. Ainsi, non seulement le prétendant à la marque doit faire un choix, ce qui l'oblige à se montrer actif, mais de plus, ce choix est dirigé, caractère qui l'éloigne de la propriété.

Acte de création et naissance du droit de marque. Si le prétendant à la marque doit être actif, le terme même de « choix » est réducteur : il implique que le prétendant puisse se borner à exercer une fois pour toutes son pouvoir décisionnel. Même si le choix est dirigé, l'on exige finalement peu de choses de ce prétendant. Face à l'activité créatrice que doit fournir un auteur ou un inventeur, le simple « choix » d'un signe par le prétendant à la marque pourrait laisser penser que le dynamisme et l'activisme ne sont pas, par opposition, consubstantiels à la naissance du droit de marque, pas plus qu'à celle de la marque en tant que chose.

Ceci rejoint la question plus fondamentale que nous avons posée à propos du droit de marque. La marque est-elle vraiment étrangère à toute activité créatrice ? Le titulaire de la marque doit-il être distingué d'un créateur, parce que son activité est dépourvue de toute originalité ou de tout génie ?

En doctrine[930], il est couramment admis que la marque n'est pas une création, et que son titulaire se borne à choisir le signe qu'il utilise pour désigner des produits ou services. Le signe est un bien sans maître, et son enregistrement réalise une appropriation par occupation. « Le signe déposé est seulement *choisi* par un opérateur pour désigner des produits ou services et les distinguer de ceux des concurrents. Le signe n'a nullement besoin d'être créé ou nouveau ; il peut être parfaitement connu ou même déjà utilisé dans le commerce pour peu qu'il ne le soit pas déjà pour désigner des produits ou services identiques ou similaires. C'est pour cette raison que l'on qualifie le droit de marque de « droit d'occupation », sous-entendu d'occupation d'un signe dans un secteur d'activité »[931].

[930] Dans ce sens, J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., p. 2, n°3.
[931] J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., p. 9, n°8.

Mais quant à nous, cela nous semble inexact. Nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises. Nous en trouvons la preuve dans les termes de la loi. Lorsque le législateur définit la marque, c'est-à-dire l'objet du droit exclusif, il ne vise pas le signe pris de manière autonome et objective, mais le signe en tant qu'il désigne tel ou tel produit ou service. D'ailleurs, c'est l'idée qui commande le principe de spécialité, épine dorsale du droit des marques : le droit de marque ne protège le signe que pour les produits ou services mentionnés à l'enregistrement. Autrement dit, ce n'est pas le signe en tant que tel que le législateur protège, mais le signe dans la stricte mesure – et limite – des produits ou services qu'il désigne. La preuve en est que le même signe peut être réservé à deux personnes différentes simultanément, pourvu que chacune ait enregistré des produits ou services distincts. En soi, le signe n'est d'ailleurs pas protégé par le droit de marque, mais éventuellement par le droit d'auteur. Ainsi, c'est dans la désignation de ce produit ou service que le signe prend la forme d'une marque, et plus prosaïquement, c'est dans ce lien entre signe et produit ou service que réside la valeur commerciale de la marque.

Un auteur – isolé – retient d'ailleurs également cette conception. « Pour nous, le droit de marque est un droit de propriété intellectuelle comme les autres et, comme les autres droits de propriété intellectuelle, s'applique à une création de l'esprit. L'erreur, qui conduit à le nier, est de chercher celle-ci dans l'identifiant lui-même pris comme tel (qui, de fait, peut être « créatif » comme ne pas l'être) alors que la création faite réside dans le rapport créé – rapport de fantaisie – entre l'identifiant et un produit ou un service »[932].

La marque ne peut donc être réduite à un signe objectif, et si l'on admet de la trouver dans le signe en tant qu'il désigne subjectivement les produits ou services mentionnés à l'enregistrement, alors il faut également admettre que le titulaire de la marque est un créateur : sans lui, et faute de l'exercice par lui d'une activité propre à créer ce lien de toutes pièces, la marque n'existerait pas. C'est en exploitant le signe, en l'utilisant pour désigner tel produit ou service qu'il commercialise, que le prétendant à la marque transforme ce signe en bien. Il ne se borne pas à le choisir mais il le modifie, il lui apporte sa créativité, son talent qui est la source du lien que le public va faire entre signe et produit. L'activité créatrice est bien au cœur du droit de marque comme des autres droits sur les créations. C'est l'exploitation du signe en tant que marque qui constitue cette activité. Et elle est créatrice dans la mesure où elle modifie une donnée objective, le signe, en l'attachant à des produits ou services, ce qui a pour effet de la singulariser et de la personnaliser. C'est bien le prétendant à la marque qui

[932] M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et ordre public*, dans « Jean Foyer, auteur et législateur », Ecrits en hommage à J. Foyer, PUF, 1997, p. 318.

façonne le signe pour que celui-ci en vienne à désigner des produits ou services dans l'esprit des consommateurs. Sans doute cet acte de création n'a-t-il pas la noblesse d'une œuvre littéraire ou artistique, ni le génie d'une invention. Mais s'il ne suscite pas l'admiration, pour autant qu'a-t-il à envier à l'acte qui crée un logiciel – l'effort et le travail remplaçant ici presque complètement le talent –, ou à l'acte qui crée un catalogue ou un annuaire – dont l'originalité est parfois jugée suffisante pour que le Droit y voie une œuvre de l'esprit ? Ici au moins, le prétendant à la marque a forcément un certain talent, une compétence et une aptitude pour le commerce, qualités personnelles qui conditionnent la création d'une valeur, d'un bien, d'un droit.

Au total, et selon nous, le droit sur la marque naît d'une formalité, l'enregistrement, mais la marque en tant que bien, et en cela distincte du signe, naît quant à elle de l'activité créatrice de celui qui, en choisissant un signe, en mentionnant tel ou tel produit ou service à l'enregistrement, et en exploitant le premier de sorte qu'il identifie les seconds, fait en sorte qu'un simple signe puisse se muer en une marque. La marque n'est pas un signe, c'est un signe distinctif, et ce qui le rend distinctif, c'est l'activité créatrice de son titulaire.

240. Bilan. Globalement, la réservation d'une création dépend donc du comportement de son maître. Mais avant tout, son activité détermine l'existence du bien qu'il entend réserver. Ainsi, en Droit autant qu'en Fait, le créateur se distingue d'un propriétaire classique. Le second est totalement libre dans l'exercice de son droit. Il choisit souverainement le degré et les formes de sa jouissance économique. Plus généralement, il n'est pas responsable de l'existence de son bien. Même passif ou oisif, le propriétaire ne craint ni pour son droit, ni pour sa chose. Au contraire, le créateur est surveillé dans l'exercice de son droit, et sa jouissance économique est en grande partie dirigée. Ce *fructus* obligatoire ne fait qu'illustrer un trait plus général de la création : le créateur ne peut rester inactif, car la naissance et la survie de son droit dépendent directement de son dynamisme, tout comme, plus fondamentalement, l'existence même de sa création repose entièrement sur son activité créatrice. Le droit qui protège une chose corporelle peut-il réellement être de même nature que celui qui réserve une création ?

Section 2. Jouissance économique absolue et nature du droit : la portée du musellement du créateur

241. Démarche. Nous avons mesuré le degré de liberté du créateur dans la jouissance économique de sa création. Nous relevons que l'exploitation est obligatoire dans presque toutes ses dimensions, et l'activité du créateur consubstantielle à l'existence à la fois juridique et matérielle de sa création. La jouissance économique du créateur n'est donc pas absolue mais dirigée. Deux aspects se dégagent de cet examen, qui, chacun, mettent en lumière à la fois le caractère particulier des créations par opposition aux choses corporelles, et le contenu original du droit qui les réserve par rapport à la propriété.

Premièrement, la contrainte imprègne l'exercice de son droit par le créateur. On le constate d'abord lorsqu'il se voit imposer l'exploitation de sa création, dans son principe et dans ses formes. C'est également ce qui résulte des multiples hypothèses dans lesquelles le créateur est obligé de subir des entorses à son droit d'exclure, puisque ces situations envisagées sous l'angle de l'exclusivisme peuvent tout aussi bien être ramenées à des atteintes à l'absolutisme du créateur privé de la maîtrise totale de sa chose. C'est enfin, et plus généralement, ce qui transparaît lorsque l'on scrute le comportement global du créateur : faute d'être actif, il perd son droit, sa chose, ou les deux à la fois. Au total, le créateur qui jouit de sa création n'est jamais libre. Qu'elle vienne de sa création elle-même ou du législateur, la contrainte le prive de tout répit. Ceci conduit à proposer de voir dans le droit du créateur un monopole ou un privilège. Mais l'analyse tourne court : ni le monopole ni le privilège ne suffisent à l'analyse du droit du créateur. Si elles soulignent et éclairent un aspect majeur de ce droit, ces notions ne rendent cependant pas compte de sa complexité (§1).

Elles servent alors de tremplin pour d'autres propositions (§2). Pour dépasser l'analyse – insuffisante – en monopole ou en privilège, certains auteurs proposent tout simplement de trouver refuge dans le giron rassurant de la propriété. Il nous faut alors apprécier le degré d'hospitalité de cet hôte. D'autres sont plus téméraires. Ils trouvent dans la jouissance économique un second aspect qui, outre la contrainte, la distingue de celle d'un propriétaire, et se proposent de lui faire produire des conséquences quant à la nature du droit du créateur. Deuxièmement donc, il faut souligner que le créateur est contraint d'être actif. Autrement dit, la contrainte qu'il subit consiste dans l'obligation pour lui d'adopter un comportement dynamique et exclut la passivité. On s'attache ici non plus à la contrainte pour elle-même, dans sa dimension obligatoire, mais pour ce qu'elle impose, dans son contenu. Le créateur n'a d'autre choix que d'adopter un comportement actif à tous les stades de la vie juridique et

matérielle de la création. L'exercice de son droit par le créateur ne peut jamais être statique. Plus généralement, c'est l'existence même de la création, en droit comme en fait, qui est suspendue à l'action de son créateur. C'est ce second aspect de notre examen qui, ajouté au premier, conduit alors certains à proposer une autre analyse du droit qui réserve la création : les créations sont des biens d'exploitation, protégés par un droit de clientèle. Ici encore pourtant, l'analyse échoue : elle cerne sans doute l'objet du droit, mais pas son contenu. Peut-être l'examen de l'*abusus* du créateur apportera-t-il la réponse (Partie II).

242. Renvoi. En section 1, nous avons démontré techniquement l'absence d'absolutisme de la jouissance du créateur. Il s'agit en section 2 d'en tirer les conséquences quant à la nature de son droit. Ici, nous examinons les différentes conceptions que l'on peut retenir du droit du créateur lorsque l'on s'attache plus particulièrement à l'éventuel absolutisme de sa jouissance, ou encore les différentes lectures que les auteurs retiennent du droit positif et ce qu'ils lui font dire quant à la nature du droit. Il s'agit donc d'une section qui s'appuie sur la démonstration précédente tout en la dépassant, qui expose et mesure non plus les entorses à l'absolutisme, mais leur incidence sur la conceptualisation du droit du créateur. C'est le prolongement logique et nécessaire de l'examen technique de la première section, l'aboutissement de la recherche sur ce point précis. En faire l'économie reviendrait à interrompre notre recherche à mi-chemin. Et ici, l'on change de registre, la section tranche avec le reste de nos développements : elle ne consiste pas dans une démonstration purement technique, ni dans une exploration objective des solutions concrètes du droit positif, mais plutôt dans une visite des théories élaborées en doctrine. Il ne s'agit plus de dire ce que le droit du créateur n'est pas – en l'occurrence pas la jouissance absolue d'un propriétaire – mais de dire ce qu'il est – un droit dont la doctrine propose des analyses originales. Notre examen de l'*usus* n'appelait pas de développements de ce type, celui de la jouissance exclusive nous a conduit à évoquer rapidement quelques conceptions originales de la propriété. Ces développements viennent donc à point nommé.

Il nous faut pourtant renvoyer à la version intégrale. Notre démarche première consiste à examiner la résonnance du triptyque dans le droit du créateur, à déterminer s'il est ou non une propriété au sens classique. S'il faut trancher, nous conservons seulement ici les développements qui mesurent la parenté entre la jouissance dirigée du créateur et la jouissance absolue d'un propriétaire. Pour le reste, et dès lors qu'il s'agit de s'émanciper de la propriété telle qu'elle résulte idéalement du triptyque, il doit suffire de résumer en renvoyant à la version intégrale.

§1. Monopole ou privilège, une analyse en trompe-l'œil

243. Résumé et renvoi[933]. Si l'on s'attache à l'absolutisme qui caractérise la propriété classique, on est forcé de relever que le créateur dispose au contraire d'un nombre limité de prérogatives qu'il exerce d'une manière déterminée par la loi, à charge pour lui de respecter de nombreuses obligations. Ainsi, le contenu de ce droit apparaît davantage comme une liste limitative et contraignante de pouvoirs de nature essentiellement patrimoniale, octroyés par le législateur de manière régalienne, en décalage avec le caractère illimité et la liberté qui caractérisent le contenu et l'exercice du droit de propriété. On peut alors conclure tantôt au monopole, tantôt au privilège.

Cette analyse est instructive, parce qu'elle met en relief la spécificité du droit du créateur, dont elle permet de mieux cerner à la fois le mécanisme, la fonction et les finalités. Elle produit également des conséquences pratiques non négligeables : « Considérer que les créateurs ont une propriété naturelle sur leurs œuvres publiées place d'emblée les utilisateurs en position désavantageuse : à eux de prouver, s'ils veulent faire usage de l'œuvre, que, pour un motif d'intérêt public, ils ont droit à utiliser cette propriété sans payer. Dans la conception du monopole, on ne présume pas que les créateurs ont droit à une rémunération pour chaque usage de leurs œuvres »[934].

Pourtant, certains croient trouver dans le monopole ou le privilège une analyse suffisante de la nature du droit du créateur, alors que c'est une illusion d'optique. L'exposé de son contenu met en lumière ses insuffisances. Nous voulons seulement retenir ici quelques enseignements de cet examen.

244. Vocabulaire. Premièrement, au plan de la terminologie, il faut à la fois maintenir et dissiper la confusion entre les deux termes, monopole et privilège. Il faut s'autoriser à les prendre pour synonymes, parce que les auteurs eux-mêmes se complaisent dans cette confusion. Lorsqu'ils choisissent cette analyse, ils utilisent alors indifféremment l'un ou l'autre terme pour traduire une seule et même idée : le droit sur la création est une prérogative juridique trop limitée pour pouvoir prétendre au titre glorieux de véritable propriété. Tout au plus, le droit examiné consiste-t-il dans un simple avantage octroyé par le législateur qui, régalement, crée, organise et cantonne l'exploitation exclusive d'une création. Ce n'est que

[933] Voir version intégrale n°727 à 810.

[934] A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Thèse, Bruylant LGDJ 1993, p. 78, n°58.

pour souligner plus particulièrement un aspect de cette analyse qu'ils opèrent un choix – délibéré – entre monopole et privilège : ils parlent de privilège lorsqu'ils souhaitent insister sur la source – légale – du droit du créateur par opposition à la propriété de droit naturel, tandis qu'ils parlent de monopole lorsqu'ils désirent souligner son contenu – une liste limitative de prérogatives strictement déterminées – par opposition à la liberté qui caractérise le pouvoir du propriétaire. A la condition de garder cette nuance à l'esprit, il est donc possible d'utiliser ces deux termes indistinctement.

245. Esprit. Deuxièmement, et sur le fond désormais, nous voulons déplorer l'esprit qui imprègne cette analyse en doctrine. Très souvent, il ne s'agit pas tant pour les auteurs de trouver dans le monopole ou le privilège une véritable catégorie juridique alternative à la propriété, mais plutôt de formuler une critique masquée du droit du créateur. L'analyse est pleine de sous-entendus : elle postule que le droit de propriété est à la fois trop noble et trop protecteur pour s'abaisser à qualifier une prérogative qui se réduit à la simple exploitation commerciale d'une idée qui aurait dû rester de libre parcours. Loin d'être considérée comme l'égale de la propriété, à laquelle elle n'aurait rien à envier, le monopole raisonne comme une catégorie de seconde zone, une propriété édulcorée : c'est « la version désacralisée de la propriété »[935].

246. Issue Troisièmement, et pour dépasser ces partis-pris et ces *a priori*, nous voulons rappeler rapidement les conclusions auxquelles nous arrivons à l'issue de notre examen de la validité de l'analyse du droit du créateur en monopole ou privilège. Pour nous, cette tentative de qualification est un échec : ces notions ne forment pas de véritables catégories juridiques, alternatives à la propriété, produisant des conséquences particulières et assorties d'un régime juridique spécifique. Il reste cependant utile d'y recourir, pour peu qu'on leur assigne un rôle plus modeste : celui de préciser certains aspects du droit examiné, sans plus prétendre à une qualification juridique globale.

247. Place du monopole dans le droit du créateur. Dans cette optique étroite, le droit du créateur peut effectivement être qualifié de monopole. Mais il faut alors se garder de tout amalgame et distinguer deux acceptions du monopole. Le monopole peut être juridique, il consiste alors pour le Droit à organiser au profit de son titulaire une exclusivité sur un bien.

[935] P-E. MOYSE, *La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?*, préc., p. 539.

Le titulaire a le monopole de l'exploitation du bien. Le monopole peut aussi être économique, il consiste alors pour son titulaire à disposer sur un marché donné de l'exclusivité de l'accès à une ressource. La différence entre un monopole juridique et un monopole économique réside donc dans l'existence ou dans l'abence de substitut disponible. Autrement dit, le monopole économique interdit la concurrence car une seule personne contrôle tout le marché considéré, tandis que le monopole juridique n'interdit pas la concurrence, car son titulaire ne contrôle que l'accès à son propre bien, ce qui n'empêche pas qu'il puisse exister d'autres biens équivalents sur le marché. Pour résumer, le monopole économique implique nécessairement un monopole juridique, mais l'inverse n'est pas vrai, et le monopole juridique ne conduit pas forcément à un monopole économique.

Appliquée au droit du créateur, la distinction éclaire les termes du débat passionné qui anime et divise la doctrine. L'on ne s'étonne plus que certains se bornent tout simplement à souligner, de manière neutre et objective, que le droit du créateur est un monopole. Le créateur a le droit d'exploiter sa création de manière exclusive, il s'agit donc effectivement d'un monopole juridique. Mais il n'y a pas lieu de s'en émouvoir, car tous les droits de propriété organisent un monopole juridique sur le bien approprié. Les tenants de cette analyse ne proposent donc pas une alternative à la propriété, mais un complément.

Inversement, l'on ne s'étonne plus non plus que d'autres qualifient également le droit du créateur de monopole, mais dans un tout autre sens : ils s'insurgent et contestent la situation enviable et selon eux non méritée du créateur. Or, il faut souligner que cette hostilité résulte d'une généralisation qui n'a rien d'évidente. En effet, le monopole juridique du créateur, pas plus que celui du propriétaire, ne suffit à placer son titulaire dans une situation monopolistique au plan économique[936]. « On ne devrait pas présumer que le propriétaire d'un brevet est un monopoleur (au sens économique), pas plus qu'on ne devrait supposer que celui qui possède une terre fertile, des talents particuliers ou un emplacement avantageux est un monopoleur »[937]. « On s'efforce parfois de flétrir le copyright en le qualifiant de monopole (…). Ce droit n'est pas plus un monopole que la propriété ordinaire d'un cheval ou d'un

[936] Dans ce sens, Edmund W. Kitch, *Property Rights in Inventions, Writings, and Marks*, Harv. J.L.& P.P., 1990 vol 13, p. 122 ; Stephen L. CARTER, *Owning what doesn't exist*, Harv. J.L. & P.P., Panel on Intellectual Property, 1990 vol 13 n°1, p. 104 ; Frank H. EASTERBROOK, *Intellectual Property is still Property*, Harv. J.L. & P.P., Panel on Intellectual Property, 1990 vol 13 n°1, p. 109 ; Ejan MACKAAY, *Economic Incentives in Markets for Information and Innovation*, cité par Dale A. NANCE, *Foreword : Owning Ideas*, Harv. J.L. & P.P., 1990 vol 13, p. 770 ; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, préc., p. 218, n°174, citant D.W.F. VERKADE, *Intellectuele eigendom, mededinging en consument*, Deventer, Kluwer, 1976, p. 5.

[937] E.W. KITCH, *Patents : Monopolies or Property Rights ?*, in J. PLAMER (ed.) p. 33, cité et traduit par A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, préc., p. 211, n°167.

terrain »[938]. « Il s'agit ici de monopoles au sens juridique et non de monopoles au sens économique »[939].

Il n'est donc pas raisonnable de voir systématiquement dans le monopole du créateur une situation anormale. « La suspicion à l'égard des monopoles ne doit (…) pas, *a priori*, rejaillir sur ces droits »[940]. Puisque tous les droits de propriété confèrent un tel monopole sans que l'on s'en défie, et sauf si l'on juge également la propriété des choses corporelles illégitime, il faut admettre que le droit du créateur, en conférant un monopole juridique, n'est pas plus dangereux que le droit du propriétaire corporel. Le créateur a l'exclusivité de l'exploitation de sa création, comme le propriétaire de sa chose corporelle, et leur monopole juridique n'est pas, en soi, une entrave à la concurrence ou à la liberté du commerce.

La réticence doctrinale est cependant indéniable. Elle s'explique d'abord par le fait que, en pratique, il arrive que le monopole juridique se double d'un monopole économique[941]. C'est particulièrement vrai en matière de brevet : l'invention brevetée peut n'avoir aucun substitut, auquel cas le breveté se trouve, par la détention de son droit de brevet, *ipso facto* placé dans une position monopolistique au plan économique. L'absence d'équivalent sur le marché n'est pas de son fait, mais il en résulte pour lui un monopole économique. On comprend alors la crainte qu'inspire le droit de brevet, qui place le breveté dans une situation très privilégiée[942]. Pourtant, même dans ce cas, le droit du breveté ne porte pas atteinte à la concurrence, car rien n'interdit aux tiers d'arriver indépendamment à une invention équivalente. Le droit du créateur n'est pas dangereux en soi, puisque le breveté ne maîtrise pas sa situation de monopole économique. Il est à la merci de n'importe quel inventeur, et sa situation reste bien fragile.

En réalité, la réticence s'explique surtout par les caractères particuliers des créations. Leur incorporalité, et surtout leur originalité aggravent la situation : elles donnent l'impression que, parce que chaque création porte l'empreinte de la personnalité ou du génie de son auteur, elle est unique au point qu'il ne peut exister d'équivalent. Ainsi, le monopole juridique du créateur se prolongerait irrémédiablement dans un monopole économique. En termes économiques, chaque création serait le siège d'un marché à elle toute seule, de sorte que le

---

[938] Report of the Hon. W.E. SIMONDS from the House Committee on Patents, 10 juin 1890, in G. PUTMAN (ed.), *The Question of Copyright*, New York, Londres, G.P. Putman's Sons, 1896, p. 86, cité par A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, préc., p. 212, n°167.

[939] A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, préc., p. 664, n°511.

[940] *Ibidem.*

[941] *Ibidem.*

[942] Dans ce sens, A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, préc., p. 212, n°168.

créateur, en s'en réservant l'exploitation exclusive, interdirait effectivement toute forme de concurrence. Mais, sauf à admettre cette conception très étroite du marché, la crainte n'est pas fondée. Quant aux œuvres littéraires et artistiques, celles d'entre elles qui sont l'œuvre d'un auteur ou d'un artiste très connu forment sans doute un marché à elles seules, sans qu'un véritable équivalent puisse exister. Mais ce sont des hypothèses marginales, et la majorité des œuvres restent, n'en déplaise à leurs auteurs, interchangeables. En matière de brevets ou de marques, un substitut est toujours concevable, même s'il peut n'être pas encore conçu. « Pour reprendre l'exemple de MM. Foyer et Vivant, le brevet portant sur le système de téléviseur SECAM n'a pas empêché l'existence et l'exploitation protégée par un brevet du système PAL. Si monopole il y a, il s'agit d'un monopole juridique, et non d'un monopole économique »[943]. D'ailleurs, il faut encore relativiser cette crainte, dans la mesure où elle est également valable pour beaucoup de choses corporelles[944]. Ainsi, le propriétaire terrien a non seulement le monopole juridique de ses terres, mais il peut également détenir *ipso facto* un monopole économique : si ses terres sont très étendues, et si elles recèlent des qualités très particulières (richesse de la terre, ou du sous-sol, mines, gisements, carrières), il détient peut-être le contrôle d'une ressource sans équivalent.

Pour résumer, il est donc pertinent de voir dans le droit du créateur un monopole juridique, tout comme il est non pertinent d'y voir un monopole économique. La notion de monopole est donc utile pour préciser le contenu du droit du créateur, au plan juridique et économique. Mais cet examen, et la distinction entre deux types de monopoles, nous montre également les limites de cette notion : si le droit du créateur est un monopole juridique, c'est également le cas de tous les droits de propriété. Autrement dit, la notion de monopole est effectivement pleine de faux espoirs. Le monopole économique ne peut, à l'évidence, constituer une catégorie juridique alternative à la propriété. Le monopole juridique ne le peut pas non plus, puisque toutes les propriétés sont, par définition, des monopoles juridiques. Le monopole n'a pas l'étoffe d'une catégorie juridique alternative à la propriété, et le droit du créateur ne peut y trouver une analyse suffisante.

Il reste donc seulement à déterminer la place que l'on entend lui attribuer dans l'analyse du droit du créateur. On peut se rappeler que tous les droits de propriété confèrent un monopole juridique, et choisir de voir dans le monopole juridique du créateur une preuve qu'il s'agit finalement d'une propriété. Dans ce cas, la notion de monopole complète celle de propriété au

[943] V. BONNET, *La durée de la propriété*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2002, p. 305. Dans le même sens, M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, préc., p. 246, n°262.

[944] Voir M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, préc., p. 246, n°262 ; Richard K. GARDINER, *Industrial and Intellectual Property Rights : their nature and the law of the European Communities*, LQRev. Vol 88, p. 507.

lieu de la remplacer, et affermit l'analyse. Mais on peut également souligner que, si toutes les propriétés sont des monopoles juridiques, il n'est pas établi que tous les monopoles juridiques soient forcément des propriétés. Le monopole n'est toujours pas une catégorie à part entière, mais au lieu de nous guider vers la propriété, il nous emmène vers d'autres horizons. Reste alors à identifier, ou à définir, une catégorie juridique vraiment alternative à la propriété, qui partagerait avec elle ce trait commun – le monopole juridique – mais s'en distinguerait par ailleurs. C'est le choix de beaucoup d'auteurs, que nous examinerons un peu plus bas.

248. Place du privilège dans le droit du créateur. Le droit du créateur peut-il également être qualifié de privilège ? La question est loin d'être sans conséquences. Dire d'un droit qu'il est un privilège, c'est dire qu'il n'existerait pas sans l'intervention du législateur, c'est donc lui refuser toute légitimité, toute force obligatoire en dehors de celle que peut lui prêter la loi. C'est cantonner son application aux strictes limites que le législateur lui a assignées. Au contraire, dire d'un droit qu'il est un droit naturel, c'est admettre qu'une personne puisse demander au juge la protection d'un intérêt alors que le législateur ne s'est pas prononcé sur la légitimité d'une telle prétention. C'est considérer que certaines prétentions sont tellement légitimes qu'elles se passent de l'intervention de la loi, qu'elles forcent le respect par les tiers. Finalement, choisir entre droit naturel et privilège consiste en réalité à décider si le droit positif doit ou pas se plier à un ordre supérieur. C'est donc, à travers son autosuffisance ou au contraire sa soumission au droit naturel, prendre position sur la légitimité du droit positif[945].
Il faut commencer par une mise en garde : ici aussi, les auteurs manquent parfois d'objectivité. Introduire dans le débat relatif au droit de propriété des notions telles que le Droit naturel ou le privilège produit une conséquence immédiate et inévitable : de juridique, le débat devient politique. De mesuré, il devient enflammé. Il se transforme en querelle philosophique. Et l'on quitte facilement le terrain du Droit. Or, s'il est intéressant de discuter de la légitimité des prétentions du créateur, de l'opportunité d'une protection purement jurisprudentielle, et plus généralement des sources de la propriété, il faut cependant reconnaître que la qualification de privilège relève plus souvent du parti-pris idéologique que de l'analyse juridique.

[945] Sur la question, voir G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 9e éd., préc., p. 100 et suivantes ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, 5e éd., préc., p. 139 et suivantes ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 5e éd., préc., p. 137 et suivantes ; P. GAUDRAT, *Propriété littéraire et artistique. Droits des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9)*, préc., p. 4, n°7 et suivants.

Néanmoins, la question n'est pas purement philosophique, et l'analyse en privilège conserve une dimension juridique, donc une utilité ici. En effet, le privilège trouve sa source dans la loi, et en conséquence il y rencontre également ses limites. Or, à l'examen, le droit du créateur montre bien qu'il n'est pas un privilège : sans doute trouve-t-il sa source dans la loi, mais le juge ne s'interdit pas d'étendre le domaine réservé du créateur bien au-delà de ce que prévoit le législateur. Le droit du créateur n'est donc pas un privilège. Au vu de son régime, il n'est cependant pas non plus un droit naturel de la plus pure espèce.

Finalement, qualifier le droit du créateur de privilège est juridiquement peu utile, et de toute manière selon nous inexact. En revanche, examiner le privilège – fut-ce pour l'exclure – apporte un éclairage enrichissant : la dimension philosophique du droit du créateur est soulignée, la place de la création et le rôle du créateur dans notre société sont précisés. Et si la nature juridique d'un droit ne se déduit certainement pas directement et uniquement de sa conceptualisation philosophique, il est cependant indéniable que ce sont les postulats politiques, idéologiques et philosophiques véhiculés par les acteurs de la scène juridique qui influencent le législateur et le juge, façonnant le droit positif et partant, la nature juridique des prérogatives qu'il consacre.

249. *Addendum*. La réservation de la création, une exception ou un principe ? Enfin, nous voulons mentionner ici un point que nous abordons en détail dans la version intégrale et qui retient particulièrement notre attention : il s'agit de contester l'idée admise de beaucoup selon laquelle le droit du créateur n'existerait que par exception, contrairement au droit du propriétaire qui serait de principe. Autrement dit, la réservation d'une création, trouvant sa source nécessaire dans une décision ponctuelle de la loi, serait l'exception quand, par principe, les créations seraient libres de droits, et tandis que le rapport serait inversé en matière de choses corporelles, où la réservation serait la règle.

Or, pour nous, les conditions légales affectent en réalité non pas la naissance du droit mais celle du bien. Ce sont des conditions de bonalité. Toutes les créations sont appropriées, les choses à qui le Droit refuse sa protection sont aussi celles à qui il refuse la personnalité juridique. Ainsi, il est faux d'évoquer une masse de biens incorporels parmi lesquels le Droit choisirait d'accorder sa protection à seulement certains, sous la forme d'un privilège. Car au contraire, le Droit choisit parmi la masse de choses celles dont il fait des biens, mais une fois choisis, il leur accorde à tous un droit privatif. C'est le passage du statut de valeur à celui de bien qui est conditionné. L'octroi d'un droit sur le bien incorporel est quant à lui automatique.

Les conditions de l'appropriabilité ne sont en réalité que des conditions de bonalité. La confusion dénoncée s'explique par la simultanéité des deux phénomènes.

250. Bilan. Au total, monopole et privilège soulignent des aspects particuliers du droit du créateur, dont le droit de propriété au sens traditionnel peine à rendre compte. Ces notions ne qualifient donc pas à elles seules la nature juridique du droit du créateur, mais elles y contribuent certainement.

§2. Etre ou ne pas être une propriété : d'une impasse à l'autre

251. Personne, sauf peut-être la doctrine anglo-américaine, ne s'arrête au monopole ou au privilège pour y trouver l'*alpha* et l'*omega* du droit du créateur. Cependant, les auteurs qui poursuivent leur quête choisissent alors des directions diamétralement opposées. Pour certains, le droit du créateur est un monopole, ou un privilège, mais il est également un droit de propriété. Ici donc, les deux analyses ne sont pas exclusives l'une de l'autre mais cumulatives. Le monopole ou le privilège ne servent qu'à mettre en avant le caractère spécifique de la propriété appliquée aux créations, sans suffire à la dénaturer véritablement. Toutefois, l'acception ainsi retenue de la propriété doit être précisée, car il ne peut s'agir de la propriété traditionnelle du Code civil (A). Pour d'autres, le droit du créateur n'est pas un droit de propriété, et s'il est un monopole ou un privilège, ce n'est qu'un premier pas vers une analyse qui se concentre sur l'objet réservé. La création commande une analyse particulière qui prend des formes variables tout en se ramenant toujours au même principe : le droit de propriété ne peut viser que les choses corporelles, le monopole que la loi accorde au créateur est donc un droit distinct, adapté à l'objet incorporel (B).

A. L'impasse de la propriété

252. Le monopole et le privilège ne sont pas forcément conçus comme une alternative exclusive de la propriété. Ils constituent plus souvent le complément de l'analyse en propriété, l'accessoire qui enrichit l'analyse. Il faut donc d'abord déterminer la place occupée par ces notions dans l'analyse du droit du créateur en propriété (1), pour apprécier ensuite la portée de ce rattachement à la propriété : quel contenu donne-t-on à cette qualification, et dans quelle mesure le droit du créateur est-il réellement assimilable au droit de propriété ? Pour nous, le recours à la propriété s'avère finalement être une impasse (2). Et ici, nous conservons nos

développements, parce qu'il s'agit de nous concentrer sur cette jouissance économique si particulière – et si « dirigée » – qui caractérise le créateur et de nous demander si elle peut raisonnablement être ramenée à celle – absolue – que l'on attend d'un propriétaire, ou si au contraire ce que les auteurs choisissent alors d'appeler propriété doit pourtant être distingué de ce droit de propriété qui, inséparable de son triptyque, nous sert de référence première dans notre recherche.

1. Propriété, monopole, privilège : différentes combinaisons possibles

253. Parmi ceux qui insèrent le monopole ou le privilège dans l'analyse du droit du créateur en propriété, deux conceptions sont possibles. Certains maintiennent une distinction entre propriété et monopole ou privilège et se bornent à juxtaposer les notions, de manière à former une pyramide (a). D'autres, plus nombreux, réunissent monopole, privilège et propriété en une aimable (con)fusion (b).

a. La pyramide : la création, objet d'un privilège, lui-même objet d'une propriété

254. Contenu. La logique est la suivante : les biens incorporels, tout comme les biens corporels, font l'objet d'un droit de propriété. Simplement, il faut distinguer deux types d'objets du droit de propriété, deux types de biens. Le bien corporel consiste dans la chose corporelle prise en elle-même. Ainsi la propriété d'un bien corporel consiste dans la propriété d'une chose corporelle, le droit de propriété a pour objet une chose. Au contraire, le bien incorporel ne consiste pas dans la chose, la création, mais dans le droit qui l'appréhende[946]. On considère séparément la création, chose incorporelle, et le droit sur elle, bien incorporel. Dès lors, la propriété d'un bien incorporel consiste dans la propriété d'un droit, droit qui constitue lui-même le bien incorporel et qui porte sur une chose incorporelle, qui quant à elle ne constitue pas un bien incorporel. Le droit de propriété a pour objet un droit.
Le bien incorporel est donc un objet spécifique : puisqu'il consiste dans un droit et non dans une chose, il constitue évidemment une création de la loi, il n'a pas d'existence, pas de naissance en dehors de la loi. Ce droit ne peut pas préexister à sa reconnaissance légale, puisqu'avant celle-ci, il n'y a rien à posséder : la chose n'existe pas sur le plan juridique, rien d'autre ne peut exister juridiquement que ce droit qui ne naît que par la loi. La création, chose

[946] Voir R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, préc., p. 354, n°43.

sans *corpus*, n'est quant à elle pas un bien mais reste une chose en dehors du Droit, et sur laquelle le législateur vient greffer un droit qui est, lui seul, le bien incorporel. Dans cette logique, peu importe que la création préexiste au droit, puisqu'elle n'existe juridiquement pas. On n'envisage même pas sa possession, puisque l'on s'intéresse seulement au droit. Seul le droit est appréhendé par le Droit, et il ne peut l'être qu'à compter de sa création par la loi. Le législateur fait le bien incorporel en faisant le droit. Il crée un privilège[947]. Le bien incorporel consiste non pas dans une chose mais dans un droit, dans un privilège.

Cette analyse, qui trouve le bien incorporel dans le droit qui réserve la création, est appliquée au droit de brevet : l'invention n'est pas en elle-même le bien, c'est le droit de brevet, ou droit d'exploiter l'invention de manière exclusive, qui constitue le bien. « L'objet de la propriété n'est que le titre conférant le monopole »[948]. La preuve en est que les termes du législateur reprennent effectivement cette terminologie, lorsqu'ils parlent de la propriété du brevet. Et ce bien, le droit de brevet, est bien évidemment un privilège, puisque sa source est légale et son contenu est strictement déterminé par la loi, qui fixe les conditions de brevetabilité de l'invention, conditionne la réservation à l'accomplissement de formalités, et pose les limites du pouvoir d'exploiter du breveté[949].

L'analyse peut paraître moins évidente pour le droit d'auteur : le droit de l'auteur naît de sa création et non de la loi qui imposerait des formalités. Pourtant, la loi pose pareillement des conditions qui font le départ entre la création protégée et celle qui ne peut l'être. Pour certains, l'objet réservé n'est donc pas la chose incorporelle, mais le droit d'exploiter telle ou telle chose incorporelle dans les limites que la loi pose. Il s'agit ici encore d'un privilège, d'un droit octroyé par le législateur sur certaines choses incorporelles, consistant dans un monopole d'exploitation. Pour d'autres[950] cependant, la construction pyramidale doit ici être écartée. C'est bien l'acte de création qui fait naître le droit de l'auteur, et par suite, c'est elle qui en forme l'objet direct, sans qu'un titre vienne s'interposer.

Nonobstant cette divergence, et pour résumer, le droit du créateur est bien un droit de propriété, mais ce droit de propriété porte donc sur un objet spécifique : il porte sur un privilège. Lorsque le droit de propriété a un objet incorporel, on est propriétaire, non pas d'une chose, ou d'une création, mais d'un privilège. Cette analyse trouve appui dans les textes

[947] Voir R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, préc., p. 354, n°42.
[948] Ph. GAUDRAT, *La structure juridique des propriétés intellectuelles*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 186.
[949] Dans ce sens, F. ZENATI & T. REVET, *Les biens*, 2e éd., préc., p. 70, n°49.
[950] Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, préc., p. 335, n°36.

relatifs au brevet, où l'on peut trouver l'expression « propriétaire du brevet »[951], indiquant bien que le droit d'exploiter l'invention est lui-même l'objet d'un droit de propriété.

Il faut ajouter ici que les auteurs ne s'arrêtent généralement pas à cette construction : ils la reprennent à leur compte et se fixent ensuite pour but de déterminer la nature de ce droit-privilège-bien-objet de propriété. Beaucoup voient dans le droit sur la création, celui que nous nommons privilège, un droit de propriété. Ainsi à propos du brevet par exemple, on peut lire qu'il « existe (…) deux droits de propriété l'un sur l'autre : le brevet (propriété de l'invention) et la propriété du brevet (propriété de la propriété) »[952]. D'autres en revanche refusent de voir une propriété dans ce privilège. L'un[953] se satisfait d'y voir un monopole. L'autre se fixe pour but « de définir quels sont les droits qui naissent d'un brevet d'invention, et non pas, le brevet état supposé existant, quels sont les droits qui s'établissent vis-à-vis de ce bien patrimonial qui s'appelle le brevet. Il ne faut pas être dupe de cette superposition de droits : lorsqu'on a défini les droits qui résultent des brevets (et c'est notre seule tâche), on a défini un bien incorporel, à savoir le brevet, vis-à-vis duquel peuvent s'établir les différents types de droits qui peuvent frapper tout bien patrimonial, nue-propriété, copropriété, usufruit, gage, etc… »[954].

255. Portée. Cette analyse renvoie notamment à la conception d'un auteur[955] qui voit dans tous les droits subjectifs des propriétés, et dans tous les biens du patrimoine des objets de propriété. Or, c'est précisément ce sur quoi nous nous interrogeons. Pour nous, la création est effectivement l'objet du droit, mais il n'est pas nécessaire de décomposer ensuite ce droit en deux phases successives.

Premièrement, et pour se concentrer sur le premier étage de la pyramide, la création est l'objet d'un droit, qu'il soit droit d'auteur, droit de brevet, droit de marque. Ce droit semble se distinguer du droit de propriété tel qu'il apparaît classiquement lorsqu'il a pour objet une chose corporelle, et nous recherchons dans la notion de privilège ou de monopole une éventuelle qualification alternative. Nous ne prenons donc pas pour acquis, contrairement à ce qui est ici proposé, que ce droit d'auteur, droit de brevet, droit de marque n'est pas un droit de propriété mais un simple privilège, ni qu'il constitue le bien incorporel objet de propriété,

[951] Articles L. 611-3, L. 613-11, etc. Voir J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 16, n°12.
[952] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 16, n°12.
[953] Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, préc., p. 336, n°38.
[954] P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, préc., p. 282.
[955] F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., p. 340. Voir également S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, préc. ; R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, préc., p. 297, n°13.

tandis que l'œuvre, l'invention ou le signe distinctif n'existent pas en tant que biens aux yeux du Droit. Pour nous au contraire, la chose incorporelle est le bien, et le droit qui la réserve doit être déterminé.

Deuxièmement, si l'on passe à l'étage supérieur de la pyramide, la propriété censée rattacher tous les biens, corporels ou incorporels, à leur titulaire n'est pas le droit de propriété dans lequel nous recherchons la nature du droit du créateur. La propriété conçue comme Le droit subjectif ne nous est pas utile, car rien ne sert de qualifier le droit du créateur de propriété si tout est propriété. Cela ne revient pas à qualifier le droit du créateur de propriété au sens étroit, puisque cela ne permet pas de lui affecter un régime juridique particulier. Il ne nous appartient pas ici de nier que tous les droits subjectifs puissent éventuellement être appelés propriété, pas plus que nous ne songeons à remettre en cause la pyramide proposée. Nous voulons simplement souligner que ce concept de propriété n'est pas le nôtre, et qu'il faut alors distinguer la propriété au sens large de relation d'appartenance d'un droit à une personne, et le droit de propriété au sens étroit, dont il faut déterminer s'il peut s'appliquer aux créations.

En résumé, nous ne rejetons pas cette analyse dans la mesure où elle décrit de manière intéressante, à nos yeux, le mécanisme qui rattache tous les biens à la personne. Mais il reste deux points sur lesquels nous restons réticente. D'abord, nous ne voulons pas pour l'instant prendre position définitivement sur la nature du droit qui réserve la création, et nous refusons donc cette analyse dans la mesure où elle postule qu'il s'agit d'un privilège. Ensuite, et plus fondamentalement, nous ne pouvons considérer que la création reste extérieure au Droit et ne constitue pas le bien réservé. Nous ne pouvons admettre que la nature incorporelle de la création suffit à l'exclure du monde du Droit, alors que la corporalité produirait l'effet inverse. Décider que la chose, lorsqu'elle est sans *corpus*, ne peut être un bien aux yeux du Droit et nécessite une construction artificielle sous la forme d'un privilège octroyé par la loi, qui seul existe aux yeux du Droit, nous paraît bien archaïque. Le Droit consiste précisément dans la traduction du Fait, et cette opération n'est pas moins artificielle lorsqu'elle s'applique à un *corpus*, elle est seulement moins évidente.

En tout état de cause, cette analyse qui cumule privilège et propriété ne peut nous satisfaire, car elle analyse le droit du créateur en un privilège alors qu'on a souligné l'insuffisance de la catégorie, et elle en fait l'objet d'une propriété dont la teneur n'a rien à voir avec celle que nous retenons, le tout s'insérant dans une construction dont le fondement – la création n'est pas le bien – nous paraît critiquable. C'est donc une première impasse.

b. **La fusion : privilège, monopole, et propriété**

256. Pour beaucoup, le monopole ou le privilège s'intègrent à l'analyse du droit du créateur en propriété. L'équilibre qui s'établit alors entre propriété d'un côté, privilège et monopole de l'autre, peut tantôt conduire à une impasse (α), tantôt faire renaître l'espoir (β).

α. La propriété enferrée par le monopole ou le privilège

257. L'écueil du privilège. Pour certains, « la propriété n'a rien de naturel et (…) elle ne se présente que comme un droit subjectif octroyé par le droit positif »[956]. « La propriété apparaît ainsi, non seulement façonnée par le Droit, mais créée par lui, puisque, selon ce qu'il décidera, il y aura ou il n'y aura pas propriété, la terre sera à tous, à personne ou à un seul. La propriété peut alors paraître naturelle mais elle l'est en cela qu'elle s'inscrit dans la nature des sociétés humaines qui est faite de culture. Une société choisit de faire des hommes des objets de propriété, une autre peut choisir de faire d'une technique un objet de propriété »[957]. En conséquence, « (l)a nature des choses ne commande donc pas que le domaine de la propriété soit limité aux choses corporelles ; la loi peut créer de toute pièce des biens, c'est-à-dire des objets susceptibles d'appropriation »[958].

Autrement dit, le droit de propriété peut être conçu comme un simple privilège, un avantage concédé par l'Etat. Peu importe alors que l'objet soit corporel ou incorporel, puisque sa réservation résulte d'une décision arbitraire de l'Etat et consiste dans un mécanisme artificiel. Le droit du créateur est analysé en propriété, à l'égal de celui qui réserve les choses corporelles. Mais ce droit de propriété est ramené à un simple privilège, créé de toutes pièces par le législateur, dans une conception purement positiviste du Droit.

Bien qu'elle conduise à analyser le droit du créateur en propriété et à rapprocher le créateur du propriétaire classique, cette analyse est une impasse. En réduisant la propriété à un simple privilège, elle en propose une conception singulièrement réductrice, et qui ne reflète pas le droit positif. On l'a vu, ni le législateur ni le juge ne retiennent une lecture aussi étroite du contenu du droit du créateur, qui serait strictement borné par la lettre de la loi. La place réservée au privilège dans la propriété est disproportionnée, et l'analyse doit être nuancée.

[956] V. BONNET, *La durée de la propriété*, préc., p. 303.
[957] M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, préc., p. 388, n°400.
[958] V. BONNET, *La durée de la propriété*, préc., p. 303.

258. L'écueil du monopole. La propriété est le droit patrimonial par excellence, et son exercice vise en premier lieu à exploiter et augmenter la valeur des choses qui forment le patrimoine des individus. Cela peut conduire à concevoir le droit de propriété comme un simple monopole d'exploitation d'une valeur. Dans cette acception, le droit de propriété trouve son *alpha* et son *omega* dans la jouissance économique de la chose. Et puisque c'est également le contenu du droit du créateur, il s'agit donc d'un droit de propriété. Toute propriété, corporelle ou incorporelle, consiste dans un monopole d'exploitation.
Cette analyse n'est pas inexacte, mais elle est incomplète. La propriété des choses corporelles recèle d'autres dimensions que la simple jouissance économique, et c'est également le cas des créations. C'est particulièrement vrai des œuvres littéraires et artistiques, qui ne se retrouvent pas dans cette définition exclusivement économique. Le droit de propriété ne peut être réduit à un monopole, et une telle analyse ne rend pas compte du droit du créateur, ni d'ailleurs de celui du propriétaire classique. La dimension économique du droit de propriété doit être relativisée.

259. Bilan. Lorsque l'on accorde une place trop importante au monopole ou au privilège, le droit de propriété en sort dénaturé, et singulièrement muselé. Il ne reflète ni la réalité des choses corporelles, ni celle des créations. En tout cas, il n'est pas celui dont nous cherchons à établir la parenté avec le droit du créateur. L'analyse échoue.

β. La propriété éclairée par le monopole et le privilège

260. En majorité, la doctrine voit dans le monopole ou le privilège une simple dimension de la propriété.
De manière générale, le droit de propriété est traditionnellement conçu en France comme un droit naturel, mais seulement de manière mesurée : on lui prête une légitimité qui force le respect en droit positif. En revanche, le système juridique français est assurément positiviste, et le Droit trouve sa source dans la loi. Ainsi, c'est le législateur qui définit souverainement l'étendue et les limites du droit du propriétaire. Le droit de propriété peut donc être qualifié de privilège, parce que le juge ne s'autorise pas à le créer *ex nihilo*. Il est également admis que le droit de propriété confère à son titulaire le droit d'exploiter sa chose de manière exclusive. Ce pouvoir est désigné en doctrine sous les termes de « droit exclusif », et aucun ne se risque à qualifier le droit du propriétaire de monopole. Pourtant, le propriétaire a bien le monopole

juridique de sa chose. Le monopole est une dimension essentielle de la propriété, même si elle ne suffit pas à résumer le contenu de ce droit.

Ainsi, lorsqu'ils relèvent que le droit du créateur présente, par certains aspects, les traits d'un privilège, de même que ceux d'un monopole, les auteurs trouvent dans ces points communs avec la propriété un argument qui renforce leur analyse en propriété. Le monopole et le privilège servent donc de tremplin vers la propriété des créations, en même temps qu'ils mettent en lumière des aspects de la propriété traditionnellement laissés dans l'ombre.

Mais justement, en mettant en avant ces dimensions particulières de la propriété classique, et en choisissant d'y trouver un point d'ancrage pour les créations, les auteurs sont conduits à proposer de la propriété des conceptions qui s'éloignent toujours plus de la propriété du Code civil, à laquelle il est finalement impossible de les ramener. C'est la portée de l'analyse en propriété qu'il faut alors mesurer.

2. Propriété, propriétés : la boîte de Pandore

261. Beaucoup d'auteurs s'accordent à voir dans le droit du créateur une forme de propriété[959] : « en dépit de tous les préjugés historiques, les œuvres de l'esprit comportent une appropriation exclusive et opposable à tous, donc une sorte de propriété »[960]. Mais de quelle forme s'agit-il ? Il en existe à peu près autant que d'auteurs. Tous s'efforcent de surmonter les obstacles à la propriété des créations, et ce faisant, ils proposent des conceptions dont on ne peut ignorer le prix : certains abandonnent le caractère absolu de la propriété (a), d'autres renoncent à son caractère gratuit (b). Nous maintenons ici l'intégralité de notre (a), et nous résumons rapidement le (b) : ceux qui proposent de la propriété une définition non plus absolue mais relative prétendent qu'il s'agit là d'une lecture respectueuse du Code de 1804, tandis que ceux qui retiennent une propriété non plus gratuite mais finalisée concèdent qu'il s'agit ici de se dégager de la conception classique pour adapter la propriété aux biens modernes. Dans l'optique étroite que nous nous fixons dans cette version abrégée (passer le droit du créateur au crible du triptyque classique), seuls les premiers s'en tiennent à la propriété traditionnelle dont nous mesurons la parenté avec le droit du créateur, les seconds s'en émancipent ouvertement et cela dépasse ici notre propos.

[959] Par exemple, M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, préc., p. 279, n°343.
[960] M. JOSSERAND, I, n°1527, cité par P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, préc., p. 279.

a. Tentative de banalisation et propriété relative

262. L'argument consiste à montrer que le pouvoir du propriétaire traditionnel n'est pas aussi absolu qu'on le dit. On prétend en effet trouver dans l'article 544 du Code civil l'affirmation du caractère absolu de la propriété. Mais quel est le contenu postulé d'un tel absolutisme ? « Considérer le droit de propriété comme un droit absolu signifie que ce droit pourrait être exercé, dans l'ensemble de ses prérogatives (*usus*, *fructus*, *abusus*), de la façon dont le propriétaire entend l'exercer, sans permettre à quiconque de critiquer l'utilisation qui est faite du droit ou son exercice. A la limite, l'absolutisme du droit de propriété pourrait permettre de le considérer comme un droit discrétionnaire »[961]. Cette description ne reflète manifestement pas le droit positif. « Cette conception relève, tout au plus, de l'idéal philosophique ; elle n'a jamais été de droit positif. Juridiquement, la propriété ne se définit qu'assortie de limites, de bornes, de restrictions »[962]. La propriété n'est donc pas absolue mais relative, et plusieurs arguments militent dans ce sens. Pourtant, si le postulat d'absolutisme est manifestement incorrect (α), il est contre toute attente maintenu (β).

α. Propriété relative avérée

Plusieurs arguments concourent à établir la relativité de la propriété.

→ Argument historique

263. La réflexion philosophique qui conduit à l'élaboration du Code montre combien ce postulat est incorrect. Le droit de propriété n'a jamais été réellement conçu comme absolu.

L'origine divine de l'absolutisme. L'idée que l'être humain pourrait détenir un pouvoir absolu sur les choses trouve sa source dans la philosophie des théologiens du 16e siècle. Dieu exerce sur toute sa création un *domaine*, une puissance absolue. Il place l'homme au sommet de la hiérarchie terrestre et lui délègue ce pouvoir absolu sur les choses. Cette idée est ensuite laïcisée : l'homme détient un pouvoir absolu sur les choses qui l'entourent, non plus en raison d'une attribution divine, mais en raison de sa nature propre d'homme doué de raison. « La propriété devient l'expression du pouvoir humain »[963]. Le droit naturel réserve ce pouvoir à l'homme. Dans la philosophie humaniste, le caractère divin du droit de propriété prend donc

[961] C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, préc., p. 113, n°211.
[962] C. ATIAS, *Droit civil, les biens*, préc., p. 88, n°111.
[963] G. GOLDSTEIN, *La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, préc., p. 511.

un sens nouveau : la propriété n'est plus d'origine divine, mais elle « conserve l'aura sacrée qu'elle a hérité du modèle théologique »[964].

L'absolutisme en philosophie. La philosophie du droit naturel postule la supériorité du droit naturel sur le droit positif, et la possibilité d'invoquer le droit naturel contre le droit positif. C'est un danger pour la paix sociale. Plusieurs conceptions s'opposent alors quant à l'absolutisme de la propriété.

Grotius défend l'idée d'un droit de propriété concédé par l'Etat : la propriété est absolue mais le propriétaire doit respecter la loi qui l'organise. Pour Hobbes, l'homme est naturellement égoïste et il est nécessaire qu'il se soumette à une autorité collective : par un contrat social, cette autorité lui attribue un droit de propriété, mais celui-ci ne peut être absolu, puisqu'il doit respecter la liberté des autres[965].

Au contraire, Locke défend le libéralisme. Le droit de propriété trouve son origine non pas dans la nature de l'homme : c'est la propriété de son corps et de son travail qui justifie la propriété des choses qui l'entourent. L'homme est maître de son corps, et en conséquence propriétaire de son corps et de ce qu'il produit. La propriété de son corps reflète l'état de nature, c'est donc un droit naturel. Le contrat social n'intervient qu'*a posteriori*, pour organiser cette propriété naturelle et éviter le gaspillage des ressources.

La philosophie libérale moderne, quant à elle, insiste sur la corrélation entre propriété et liberté : l'homme a naturellement tendance à s'approprier et contrôler les choses qui l'entourent. Or, le principe dans la société moderne étant la liberté, il est inconcevable de l'en empêcher. La société crée donc le droit de propriété afin d'encadrer cette appropriation tout en respectant la liberté de chacun. La limite à la propriété est la liberté des autres. C'est ce qu'exprime la déclaration des droits de l'homme à l'article 17.

Enfin, la philosophie utilitaire imprime au droit de propriété un caractère forcément limité, avec Bentham et Mill. Le législateur a pour but de maximiser le bonheur du plus grand nombre, ce qui implique l'organisation de la société et l'instauration de règles et d'institutions comme le droit de propriété. Le droit de propriété existe donc dans la mesure où il est utile, et les limites éventuelles ou au contraire l'absolutisme qu'on peut lui conférer poursuivent ce même but. Les limites varient donc en fonction de la finalité sociale que s'assigne l'Etat qui les fixe.

---

[964] G. GOLDSTEIN, *La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, préc., p. 512.

[965] G. GOLDSTEIN, *La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, préc., p. 513.

L'esprit du Code en 1804. Tous ces courants philosophiques se mêlent pour inspirer ensemble le Code civil et son interprétation. Tous admettent le principe d'un droit de propriété potentiellement absolu, et tous postulent des limites à cet absolutisme, tous en font en pratique un droit relatif. Leur influence conjuguée réalise un compromis : « mise à part la version théologique du droit naturel, chacune des doctrines examinées jusqu'à présent permet de justifier une conception relative, limitée du droit de propriété. Toutes permettent également de justifier l'existence d'un droit de propriété comprenant une certaine dose d'exclusivité et accordant le plus grand usage potentiel que la loi décide d'accorder au titulaire »[966].

La rédaction de l'article 544 traduit cette analyse toute en demi-teintes. D'un côté, l'absolutisme est proclamé. « En énonçant que la propriété est un droit absolu, l'article 544 l'investit d'une souveraineté que ne possède aucun autre droit subjectif. (…) Parce qu'il est absolu, le droit de propriété permet à son titulaire tous les actes juridiques et matériels qui ne lui sont pas interdits spécialement. De ce principe découle une méthode : il n'y a pas à décrire les prérogatives du propriétaire, il suffit d'en rechercher les limites »[967].

Mais dans le même temps, les limites sont posées. La première tient au fait que le droit de propriété s'insère dans le système juridique : le propriétaire doit respecter le droit des tiers, et engage sa responsabilité s'il leur cause un dommage. C'est la théorie des troubles de voisinage. La seconde tient au fait que le droit de propriété est un droit subjectif, susceptible d'abus. Le propriétaire doit comme tout un chacun réparer le dommage qu'il cause. La troisième est prévue par l'article 544. La loi pose ainsi des restrictions au pouvoir du propriétaire. D'exceptionnelles, elles sont devenues de plus en plus nombreuses, surtout en matière immobilière[968].

Ainsi, « (l)e prétendu absolutisme classique du droit de propriété n'était qu'un leurre issu d'une lecture déformée de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et de l'article 544 du Code civil, si l'on songe aux limitations qui y étaient déjà évoquées en germes et que l'on fit longtemps mine d'ignorer »[969]. Vers la fin du 19e siècle, la doctrine tente de restaurer l'absolutisme de la propriété, mais le droit positif reste fidèle à la conception plus mesurée de 1804.

---

[966] G. GOLDSTEIN, *La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, préc., p. 519.
[967] P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 131, n°454.
[968] P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 132, n°457 et s.
[969] J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 220.

→ Argument technique

264. Outre l'esprit, c'est donc également la lettre des textes qui pose deux limites. La première est grammaticale : la propriété est le droit de jouir des choses « de la manière la plus absolue », mais ce superlatif est « une négation de l'absolu (que serait un absolu qui aurait des degrés, sinon une chose relative ?) »[970]. La seconde se trouve dans le texte : la fin de la phrase pose des limites à cet absolutisme.

→ Preuve par les faits

265. Le droit positif traduit bien cette conception nuancée de l'absolutisme.

Droit absolu de faire. Dans l'exercice positif de son droit, le propriétaire a en principe le pouvoir de faire ce qu'il veut de sa chose. En réalité, il doit composer avec la théorie de l'abus de droit, qui interdit de voir dans son droit une faculté discrétionnaire[971]. Cela n'est d'ailleurs pas nouveau, puisque le droit romain sanctionnait déjà le propriétaire qui avait causé un dommage à autrui en abusant de son droit[972].

Egalement, des restrictions d'intérêt public ou privé[973] dictent le degré et les formes de sa jouissance économique. Il n'est pas libre de ses actes lorsque l'objet est un souvenir de famille, ou un bien imprégné de personnalité tel le logement familial. Il ne peut librement surélever sa maison, encore moins la construire sans permis. Il peut être privé de l'usage de son bien, lorsque c'est un véhicule gravement accidenté que l'on retire de la circulation. Le mineur ne peut librement disposer de ses biens. Le propriétaire d'un terrain doit supporter les servitudes d'intérêt public ou au profit d'un fonds voisin. Les exemples ne manquent pas.

Droit absolu de ne pas faire. Dans l'exercice négatif de son droit, le propriétaire est en principe protégé par l'imprescriptibilité qui l'autorise à se désintéresser de son bien : la propriété ne se perd pas par le non-usage, elle est perpétuelle. « (L)a conception individualiste de la propriété privée (…) repose sur un lien très fort entre propriété et puissance, qui se traduit dans la possibilité reconnue au propriétaire de ne pas faire usage de son droit. C'est à ce propos, et non dans ses prérogatives, que s'illustre la puissance maximale qu'un propriétaire exerce sur son droit. Cette possibilité lui est offerte par le Code civil, en vertu duquel il est libre de faire de sa chose l'usage qu'il en aura choisi, ce qui pourra se manifester dans le fait de n'en faire aucun. Mais pour que le propriétaire soit véritablement libre, le droit doit pouvoir subsister, malgré le non-usage de la chose. Cela suppose que l'on reconnaisse au

[970] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 71, n°29.
[971] C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, préc., p. 95, n°173.
[972] C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, préc., p. 113, n°212.
[973] F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 127, n°121.

droit de propriété les caractères d'un droit imprescriptible, cette dernière qualité supposant que la prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du Code civile ne puisse jouer. Le contraire ne serait pas acceptable au regard de la conception absolutiste de la propriété. Ainsi, il apparaît que la Révolution française imposa la théorie absolue de la propriété, et avec elle, l'imprescriptibilité de la propriété ordinaire »[974].

Pourtant, il faut nuancer ceci sur plusieurs points. D'une part[975], le non-usage peut conduire à la perte du droit. Certes, le seul non-usage ne fait pas perdre la propriété, mais le propriétaire inactif est à la merci du tiers qui décide d'occuper son bien : l'usucapion peut entraîner la perte de la propriété, sanctionnant ainsi l'abstention du propriétaire. La prescription acquisitive d'un immeuble est moins probable que celle d'un meuble, parce que les conditions de l'article 2276 du Code civil sont plus souples. Mais l'idée reste la même : le désintérêt du propriétaire est sanctionné par le Droit qui récompense l'intérêt d'un tiers pour le bien. Et ici, le propriétaire corporel est dans une situation bien plus sévère que le créateur, car il est généralement admis que la possession des créations est impossible – nous l'avons vu, c'est discutable –, et plus précisément que la prescription acquisitive n'a pas cours en la matière – c'est effectivement la solution du droit positif.

D'autre part, et de manière plus prosaïque et ponctuelle[976], l'inaction du propriétaire n'est pas toujours tolérée. Ainsi, le propriétaire d'un immeuble est tenu de ravaler la façade, le bailleur doit effectuer les travaux importants, le propriétaire du fonds servant doit rendre l'usage de la servitude de désenclavement possible, le propriétaire d'un chien dangereux doit lui faire porter une muselière, etc.

Par ailleurs, le propriétaire se voit parfois imposer l'exploitation par la puissance publique. Ainsi, en situation de pénurie, elle peut réquisitionner les « locaux d'habitation vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés »[977]. Cette faculté offerte à la puissance publique concerne tous les biens meubles et immeubles. Lorsqu'il est meuble, tantôt l'Administration reçoit la propriété du bien requis, tantôt seulement le droit d'en user. Les immeubles peuvent seulement faire l'objet d'une réquisition d'usage. Dans tous les cas, la réquisition donne lieu à indemnité au profit du prestataire.

Enfin, le propriétaire est parfois tenu d'exploiter. C'est le cas de celui qui possède une mine (loi du 21 avril 1810). C'est surtout de manière générale le cas du propriétaire terrien : aux termes des articles L. 125-1 et suivants du Code rural, toute personne physique ou morale

[974] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 84, n°168.
[975] Voir F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, préc., p. 387, n°493.
[976] Pour un inventaire à la Prévert, S. DRUFFIN-BRICCA, *La mauvaise volonté en droit des biens*, préc. p. 299.
[977] F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 128, n°121.

peut demander à l'autorité administrative « l'autorisation d'exploiter une parcelle susceptible d'une mise en valeur agricole ou pastorale et inculte ou manifestement sous-exploitée depuis au moins trois ans… »[978]. Si la terre est effectivement inculte, le préfet peut mettre le propriétaire en demeure d'exploiter. Et à défaut, le tribunal paritaire des baux ruraux peut autoriser un tiers à exploiter à sa place. Il s'agit donc bien ici d'une véritable obligation d'exploiter, qui s'accompagne éventuellement d'une forme de licence obligatoire. Toutefois, le propriétaire n'encourt pas la perte de son droit.

Il faut cependant terminer en rappelant que les limites ont des limites : l'article 545 du Code civil interdit l'expropriation sans indemnité, la loi ne peut donc obliger librement le propriétaire à céder sa propriété. De plus, la propriété est aujourd'hui efficacement protégée par la Constitution, le droit de propriété étant un droit fondamental[979].

266. Bilan. Il reste qu'au final, la liberté du propriétaire classique n'est pas totale, et sa jouissance économique est dans une certaine mesure dirigée. « Si « Absolu » est entendu comme « sans limite », « sans restriction aucune », cette prétention folle – cette vanité – est, en droit positif, une illusion dérisoire. La propriété privée souffre d'innombrables restrictions »[980]. Ce constat autorise la doctrine[981] à rapprocher les propriétés intellectuelles de la propriété traditionnelle : aucune n'est réellement absolue, et si la relativité de la seconde n'entame pas sa nature, rien ne s'oppose à ce que les premières soient analysées en de véritables propriétés.

D'ailleurs, on peut relever que cette lecture relative de la propriété n'est ni nouvelle ni originale. De Vareilles-Sommières ne dit finalement pas autre chose : « (c)'est le droit en vertu duquel une personne peut *en principe* tirer d'une chose tous ses services. Ou encore : c'est le droit en vertu duquel une personne peut *en principe* faire d'une chose ce qu'elle veut ». « (L)a propriété n'est pas le droit de tirer d'une chose tous ses services *sans exception* ; elle n'est pas le droit de faire d'une chose *absolument* tout ce qu'on veut ». « Le droit de faire d'une chose absolument tout ce qu'on veut n'existe pas, ne peut pas exister, car les lois naturelles, qui sont immuables, défendent ou ordonnent, comme nous le verrons, un certain nombre d'actes sur toutes les choses que l'on peut avoir légitimement sous sa

[978] F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 298, n°362.
[979] F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 136, n°142.
[980] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 71, n°29. Dans le même sens, P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 119, n°432.
[981] Par exemple, L. JOSSERAND, note sous Seine, 15 nov. 1927, D. 1928.2.89.

puissance ». « *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* »[982].

β. Propriété absolue maintenue

267. En doctrine contemporaine ou plus ancienne, on reconnaît donc que le droit de propriété n'est pas réellement absolu. « Le prétendu pouvoir absolu du propriétaire est un excès manifeste, une nostalgie de souveraineté, un rêve de maître charbonnier »[983]. Pourtant, et paradoxalement, toutes ces preuves de la relativité de la propriété pèsent bien peu de choses face au postulat examiné. L'absolutisme de la propriété est ancré dans les mentalités[984].
Cet acharnement général provoque l'incrédulité d'un auteur : « Pourquoi (…) la croyance en l'absolutisme du droit de propriété n'a-t-elle pas été abandonnée ? Et pourquoi ceux qui n'y croyaient pas, ou pas entièrement, éprouvent tant de mal à exprimer une rupture théorique nette par rapport à cette assertion ? »[985]. La réponse qu'il apporte est complexe, et il doit suffire ici d'évoquer le juridisme de la doctrine qui s'enferme – consciemment ou pas – dans une dogmatique complètement détachée des réalités, et marginalise les démentis qui obligeraient si elle les entendait à une remise en cause fondamentale du modèle sur lequel repose tout notre système juridique, celui du propriétaire-souverain, au pouvoir absolu, exclusif, individuel et unitaire. Ainsi, le caractère absolu de la jouissance du propriétaire demeure, envers et contre tout, un pilier fondamental de la théorie de la propriété, et les auteurs trouvent de multiples manières de passer outre l'évidence pour rendre au postulat une part de vérité.
268. Entorses minimisées. D'abord, on justifie les entorses du droit positif à l'absolutisme de la propriété corporelle, de la même manière que l'on a su trouver des fondements légitimant les atteintes à l'absolutisme du pouvoir du créateur. Ainsi, on argue que les contraintes de la vie en société imposent des limites dont la légitimité (elles protègent l'intérêt général) et la nécessité (elles sont commandées par la complexité de la vie en société) ne font aucun doute[986].

---

[982] *Ibidem*.
[983] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13e éd., préc., p. 71, n°29.
[984] Dans ce sens, J.-P. CHAZAL, *La propriété : dogme ou instrument politique ?*, RTDCiv. 2014, p. 763.
[985] J.-P. CHAZAL, *La propriété : dogme ou instrument politique ?*, RTDCiv. 2014, p. 764.
[986] Dans ce sens, M. PORTALIS, *Présentation au corps législatif et exposé des motifs du titre II du projet de Code civil, De la propriété*, Recueil complet des travaux préparatoiresdu Code civil, P.A. FENET, t. 11, éd. Otto Zeller 1968, p. 124.

269. Absolutisme réaffirmé. Ensuite, on ne renonce pas complètement à l'absolutisme, et on lui affecte des définitions qui autorisent à lui conserver une place dans la définition de la propriété.

D'abord, il est possible de qualifier la propriété d'absolue « si l'on y lit l'affirmation – en 1804 – que la propriété – ancien domaine utile – est désormais absolue (*absoluta*), déliée du domaine éminent, autre façon d'exprimer qu'elle est exclusive »[987]. Dans ce sens, « (l)'*absolutisme* du droit de propriété illustre (…) le rejet de la division féodale du domaine éminent et du domaine utile, et en quelque sorte une libération du titulaire de celui-ci, jusque-là entravé par des survivances d'une époque désormais révolue »[988].

Ensuite, si la propriété n'est ni inviolable ni sacrée, « elle a vocation à être reconnue comme une liberté. L'article 544 permet, au moins, d'ériger en principe d'interprétation que tout ce qui n'est pas défendu est autorisé. Tout ce que la loi n'interdit pas au propriétaire lui est permis. La liberté est de principe ; les restrictions de droit étroit »[989]. A la lecture de l'article 544, « l'on comprend que le propriétaire puisse faire ce qu'il veut de son bien, que sa maîtrise soit illimitée, tandis que le titulaire de tout autre droit n'a sur la chose qui en est l'objet que des prérogatives nécessairement limitées par la nature même du droit. En ce sens, il n'y a pas de limites inhérentes au droit de propriété »[990]. Et ici, liberté et absolutisme sont considérés comme synonymes : dire que le propriétaire est libre de tout faire, c'est dire qu'il a un pouvoir absolu. On voit combien l'idéalisme et le romantisme sont profondément ancrés dans les esprits.

Par ailleurs, « la propriété est absolue en ce qu'elle est le régime normal, l'état d'équilibre juridique des biens. Tout bien qui en est écarté tend à y revenir de lui-même. La propriété échappe à la prescription extinctive qui s'applique à tous les démembrements de la propriété. Elle a vocation à absorber ses démembrements éventuels pour se reconstituer et renaître »[991].

Enfin, « (l)e caractère absolu qu'évoque l'article 544 du Code civil a encore un corollaire. La propriété est une notion générale, globale : sa définition n'est pas fonction des circonstances ; elle ne varie pas d'un sujet à l'autre, d'un objet à l'autre. Le droit de propriété s'applique en principe de même façon à toutes les choses et à toutes les personnes. La propriété peut avoir

---

[987] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13e éd., préc., p. 71, n°29.
[988] F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7e éd., préc., p. 135, n°141. Dans le même sens, C. ATIAS, *Droit civil, les biens*, 9e éd., préc., p. 94, n°115 et suiv.
[989] G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13e éd., préc., p. 71, n°29. Dans le même sens, C. ATIAS, *Droit civil, les biens*, 9e éd., préc., p. 75, n°95.
[990] F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7e éd., préc., p. 135, n°141. Dans le même sens, C. ATIAS, *Droit civil, les biens*, 9e éd., préc., p. 94, n°115 et suiv ; F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Les biens*, 3e éd., préc., p. 265, n°167.
[991] C. ATIAS, *Droit civil, les biens*, 9e éd., préc., p. 94, n°115 et suiv.

toute chose pour objet : un bien incorporel ou un bien corporel, un bien meuble ou un bien immeuble, un bien durable ou fugitif, un bien indispensable ou futile, un bien somptueux ou sans valeur pécuniaire. Surtout, elle est conçue comme toujours identique à elle-même : elle conserve, en principe, le même contenu. (…) La nature, les caractéristiques physiques ou la valeur des biens sont indifférentes »[992].

270. Conséquence. En multipliant ainsi les acceptions du terme « absolu », il est possible, dans une certaine mesure, de maintenir le postulat d'absolutisme de la propriété traditionnelle. En bref, on peut dire que la vision idéalisée de la propriété a encore de beaux jours devant elle.

Parallèlement, c'est également le droit du créateur auquel certains auteurs continuent de prêter un contenu aussi absolu qu'exclusif, en dépit de toutes les limites que nous avons recensées. En conséquence, ils qualifient le droit du créateur de véritable propriété, absolue et exclusive : « l'expression « propriété intellectuelle » n'est nullement usurpée ; elle est encore aujourd'hui nécessaire et utile parce qu'elle indique, sans doute mieux que d'autres dénominations, qu'en ce qui concerne les produits de l'esprit humain (…), des droits peuvent naître qui s'exercent de manière aussi exclusive et absolue que la propriété civile sur des objets corporels »[993].

D'autres pourtant renoncent à la propriété classique du Code civil, et préfèrent proposer une définition moderne de celle-ci, qui accueille alors aussi bien les choses corporelles que les créations.

b. Tentative de légitimation et propriété finalisée

271. Résumé et renvoi[994]. Pour dépasser les limites au pouvoir du créateur, et asseoir l'analyse de son droit en propriété, l'analyse en termes de droit naturel n'est pas concluante, on l'a vu. C'est la difficulté que rencontre la doctrine française : elle a toujours une vision plus ou moins idéalisée du droit du créateur, et surtout du droit d'auteur. Elle est imprégnée de la théorie du droit naturel et se désintéresse des considérations matérielles et économiques. Mais cet état d'esprit est en opposition complète avec l'évolution contemporaine du droit du créateur et les limites qu'on lui impose. Il est impossible de trouver dans l'analyse

[992] *Ibidem*.
[993] F. GOTZEN, *Juridische systematiek en functie van de intellectuele rechten*, in M. Van Hoecke (ed.), *De Sociaal-economische Rol van de Intellectuele Rechten*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 54, cité par A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, préc., p. 136, n°106.
[994] Voir version intégrale n°833 à 852.

traditionnelle de la propriété de droit naturel un fondement et une justification du droit du créateur tel que le droit positif le dessine aujourd'hui.
Des auteurs proposent donc une nouvelle approche de la propriété : ils renoncent à voir en elle un droit naturel qui s'imposerait de lui-même et ne souffrirait pas, ou peu, de limites. Ils choisissent de poser que ni les propriétés intellectuelles ni la propriété traditionnelle ne sont des droits gratuits, mais qu'au contraire, le droit de propriété est finalisé. On peut alors distinguer selon que l'on conçoit la propriété comme un droit-fonction, une propriété utile, ou une propriété de marché. Toutes ces conceptions, que nous avons déjà abordées lors de notre examen de l'exclusivisme du créateur, tentent de dépasser les limites à l'absolutisme du droit du créateur, pour asseoir sa nature de propriété, sans que le résultat soit toujours convaincant.

272. La propriété, droit-fonction. Lorsque l'on assigne à la propriété une fonction qui dicte son contenu, cela permet sans doute de justifier les entorses à l'absolutisme du droit du créateur : on argue que le Droit ne réserve la création que dans les limites des intérêts de la société (dissémination des œuvres, des techniques, du savoir, du progrès, etc.). Mais cette conception de la propriété nous paraît bien malléable : si le contenu de ce droit dépend entièrement de sa fonction, et s'il existe autant de fonctions que de choses appropriées, alors reste-t-il un tronc commun de la propriété ? Qu'est-ce que cette propriété si sa fonction autorise à revenir sur son exclusivisme, son absolutisme, sa perpétuité ? Quelle est l'utilité d'une catégorie juridique à laquelle il est impossible d'attacher un contenu précis, puisque celui-ci varie au gré des biens auxquels on l'applique ?

273. La propriété utile. On prolonge cette première analyse en posant que toute propriété se doit d'être utile : elle est un outil au service d'une fin. L'allocation des droits de propriété et leur contenu vise à atteindre un équilibre en termes économiques. Et pourvu que la propriété soit économiquement efficace, ses limites sont justifiées. Elles ne sont pas arbitraires puisqu'elles résultent mécaniquement de ce calcul de la meilleure répartition des richesses et qu'elles tendent vers la plus grande efficacité de la répartition des forces économiques. L'utilitarisme atteint son paroxysme en *common law*, et trouve un certain écho en droit français. Mais ici encore, de quelle propriété s'agit-il ? Ainsi instrumentalisée, elle en sort singulièrement muselée, bien loin de l'idéal révolutionnaire qui résonne dans le discours de Portalis comme dans ceux de Lakanal, Le Chapelier ou Boufflers.

274. La propriété de marché. Lorsqu'il adopte cette démarche qui consiste à mettre en lumière les finalités du droit examiné, et à trouver dans celles-ci les fondements de ses contours, un auteur[995] aboutit à une analyse qui, entre toutes, nous paraît épouser le plus fidèlement le droit du créateur.

Pour lui, la propriété intellectuelle est une propriété de marché, c'est-à-dire qu'elle a une fonction économique, elle se fixe pour but non seulement de réserver les utilités économiques de la chose, mais également de favoriser la circulation de cette chose sur le marché. C'est donc la circulation de la création sur un marché qui dicte le contenu de cette propriété et qui explique les limites à son absolutisme. « Une opposition fondamentale peut être perçue entre la conception absolue et la conception économique de la propriété, la première reposant essentiellement sur la liberté du non-usage du droit de propriété et la seconde proscrivant au contraire l'absence d'utilisation de ce droit »[996]. « Une telle conception de la propriété met au cœur de la propriété la notion de jouissance qui sous-tend celle de tirer profit de son bien. La définition est donc économique en ce sens qu'elle repose sur l'utilité des objets et l'usage que l'on veut avoir de la chose. L'idée d'utilité va impliquer un régime que la propriété ordinaire n'exige pas, par exemple l'interdiction de l'absence d'usage du droit. Il faut ici distinguer entre le droit d'auteur d'une part – le droit moral étant en tout état de cause perpétuel et imprescriptible – et le droit des brevets et des marques d'autre part, car l'obligation d'exploiter se situe à des degrés divers et ne se manifeste pas de la même façon. Le propriétaire d'un droit de brevet ou de marque est réellement contraint d'exploiter, faute de quoi, il peut se trouver contraint de concéder une licence obligatoire en matière de brevet tandis qu'il pourrait simplement être déchu de son droit de marque. En droit d'auteur au contraire, il n'existe pas d'obligation d'exploiter, le titulaire du droit pouvant néanmoins se trouver, dans certaines circonstances exceptionnelles, contraint d'exploiter de telle ou telle façon. Il pourrait aussi, dans l'hypothèse d'un comportement anti-concurrentiel de sa part, se trouver exceptionnellement contrait de concéder une licence. En un sens et bien que certaines contraintes existent, les droits d'auteur révèleraient une propriété plus personnaliste que le droit des brevets ou des marques qui mettent à jour une propriété plus utile »[997].

Quant à nous, nous retrouvons effectivement dans cette analyse un reflet fidèle du droit du créateur. Il est indéniable que le droit positif vise non seulement la récompense du créateur mais également, et de plus en plus, la mise en valeur de la création et sa dissémination. C'est

[995] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc.
[996] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 119, n°239.
[997] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 120, n°241.

pourquoi, logiquement, le *fructus* se trouve au cœur du droit du créateur, en tant que vecteur par excellence de l'exploitation et de la circulation de la création. C'est aussi ce qui explique les entorses à la liberté absolue et à l'exclusivisme du créateur : les exceptions et limites, les licences obligatoires, les formalités – pour ne citer que ces quelques exemples – visent toutes à encourager la circulation et la mise en valeur de la création, et à empêcher sa mise au secret. En bref, la propriété intellectuelle est une propriété de marché, dans le sens où c'est un droit privatif tourné non vers la jouissance privative du créateur, mais vers la mise en valeur économique de la création. Le contenu du droit du créateur est tout entier tourné vers cet objectif, cette finalité qui dicte ses contours.

Toutefois, pour cet auteur, la propriété de marché n'est rien d'autre qu'une forme de propriété. Simplement, « la propriété n'est plus le droit absolu permettant de se soustraire aux autres et de les exclure. L'absolutisme ne correspond plus à la propriété telle qu'elle peut être conçue aujourd'hui »[998]. Pour nous cependant, l'absolutisme fait partie du droit de propriété. Sans lui, et sans l'exclusivisme qui constitue l'autre face de la médaille, ce terme de propriété n'a presque plus rien de commun avec la conception que nous en retenons.

275. Bilan. Ces trois conceptions de la propriété parviennent sans doute à établir un parallèle entre la propriété corporelle et la propriété intellectuelle. Leurs analyses du droit du créateur sont éclairantes. Mais précisément selon nous, elles mettent en lumière ce qui distingue ce droit d'une propriété au sens classique, ce qui en fait un droit irréconciliable avec les canons de 1804. Lorsqu'elles prétendent trouver la véritable nature de la propriété en général, elles nous paraissent en tout cas en rupture avec la propriété traditionnelle. Ainsi, même si nous y trouvons effectivement un reflet pertinent du droit du créateur, nous n'y trouvons plus l'essence de cette propriété dont nous voulons mesurer l'hospitalité à travers le triptyque. C'est encore un échec sur le plan du rapprochement avec la propriété telle que nous la concevons, mais c'est un progrès sur le plan de la nature – originale – du droit du créateur.

B. L'impasse de l'a-propriété

276. Le droit du créateur, savant mélange de droit naturel, de privilège, de monopole, n'est pas nécessairement une forme de propriété. La lecture des textes peut renforcer ce doute[999]. Et

[998] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 120, n°243.
[999] Pour le détail, voir version intégrale n°853. Dans ce sens, P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, préc., p. 277.

certains auteurs en sont convaincus : « c'est par abus de langage que, sous l'influence de courants où le sentiment tenait plus de place que la pensée, l'expression propriété littéraire et artistique était jadis d'un usage courant »[1000]. La propriété intellectuelle n'est pas une propriété, et il ne faut pas « être dupe des mots »[1001]. La création est différente des choses corporelles, et son particularisme conduit certains auteurs à proposer des analyses qui épousent ses contours originaux. C'est la notion d'exploitation qui les guide (1), mais nous lui préférons celle d'activité (2). Pourtant, aucune des deux ne nous conduit à la nature du droit du créateur, elles se bornent à nous en révéler une dimension originale.

Ici, il ne s'agit plus ici de sonder le droit du créateur pour tenter d'y débusquer le triptyque de la propriété. Nous avons conclu que le premier n'abritait pas l'*usus-fructus* absolu, composante du second. A cette occasion, nous avons découvert un aspect des propriétés intellectuelles qui les démarque de la propriété corporelle : cette jouissance, discrétionnaire et secondaire en droit commun, est ici au contraire obligatoire et centrale. Ici encore, le triptyque ne trouve pas d'écho dans le droit du créateur. Parce que cette dimension originale tient une place essentielle dans le droit du créateur, elle conduit certains auteurs à y trouver la nature de celui-ci. Mais si notre démarche première consiste à chercher le triptyque – et ici la jouissance absolue – dans le droit du créateur, nous avons déjà notre réponse, et les prolongements que nous voulons lui donner peuvent être résumés, et traités en détail dans la version intégrale.

1. Exploitation et nature du droit du créateur

277. Résumé et renvoi[1002]. Des auteurs s'arrêtent, comme nous, sur la place de l'exploitation dans le droit du créateur et y cherchent sa nature juridique. Ils insèrent pour l'occasion la catégorie des propriétés intellectuelles (littéraires et artistiques, et industrielles) dans la catégorie plus large des biens incorporels, qui englobe alors les biens-clientèles (clientèles civiles, commerciales, artisanales), mais sans aller jusqu'aux créances.

Ils partent d'un double constat – celui-là même que nous avons fait lorsque nous avons mesuré la place de la jouissance absolue dans le droit du créateur –. D'une part, l'exploitation est consubstantielle à la chose qu'elle touche. De manière générale, les choses incorporelles n'ont de valeur qu'à la condition d'être exploitées (il en va ainsi des œuvres, inventions brevetées, marques, dessins et modèles, et clientèles). De manière plus particulière, certains

[1000] DESBOIS, éd. 1950, p. 273.
[1001] M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, 2e éd., LGDJ, 1952, p. 566.
[1002] Pour le détail, voir version intégrale n°854 à 872.

de ces biens ne viennent à existence que par l'exploitation, qui les fait naître (c'est le cas des clientèles et des marques). Certains ne sont protégés par un droit privatif qu'à la condition d'une exploitation continue (les inventions brevetées, les marques). En bref, ce sont des « biens d'exploitation »[1003]. D'autre part, et corrélativement, l'exploitation est consubstantielle au droit qui l'organise : tout le contenu du droit, ou presque, se rattache de près ou de loin à la faculté d'exploiter la chose.

P. Roubier tente de traduire juridiquement cet état de fait. Il refuse d'analyser ce droit en droit de propriété, en droit réel ou en droit personnel. Il rejette également les analyses qui proposent une nouvelle catégorie, alternative aux catégories classiques. Il propose la théorie des droits de clientèle : les droits examinés sont des monopoles d'exploitation qui « tendent tous à la conquête de la clientèle, soit pour un bien immatériel (invention, œuvre d'art), soit à l'aide d'un bien immatériel (marque, nom, enseigne) »[1004]. Nous entrons dans le détail de sa démonstration dans la version intégrale.

De manière générale, cette analyse est bien accueillie en doctrine, et force le respect[1005]. Mais elle n'emporte pas l'adhésion, et les critiques sont nombreuses. Pour résumer, il n'est pas admissible de trouver la nature d'un droit dans la finalité qu'il poursuit. Pour nous, l'analyse en droit de clientèle est donc insuffisante : elle insiste sur la clientèle comme finalité du droit, mais elle reste confuse sur son rôle exact (objet, contenu, finalité ?). Elle n'est de plus pas assortie de conséquences particulières, ou d'un régime précis. Elle a sans doute le mérite de mettre en évidence la place centrale de la jouissance économique dans le droit du créateur, le caractère nécessaire et obligatoire de l'exploitation dans l'existence matérielle et juridique des créations. Mais elle ne peut porter davantage.

2. Activité et nature du droit du créateur

277. Résumé et renvoi[1006]. Nous reprenons le constat que nous avons fait en section 1 : l'exploitation par le créateur n'est qu'une des formes que prend l'activité qu'il met en œuvre de manière plus générale. Pour nous, l'activité est consubstantielle à la création dans toutes ses dimensions, juridique comme matérielle, et à tous les stades de sa vie : « les biens fondés

[1003] C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préc., p. 251, n°314 ; dans le même sens, P. ROUBIER, *Unité et synthèse des droits de propriété industrielle*, préc., p. 162.
[1004] P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, préc., p. 291.
[1005] Par exemple J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 7e éd., 1998, n°205 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 7e éd., n°182 ; H. DESBOIS, *Propriété littéraire et artistique*, Encyclopédie Dalloz, 1974, p. 2, n°2.
[1006] Voir version intégrale n°873 à 882.

sur l'activité de l'homme (…) ont besoin de cette activité pour subsister tout autant que pour naître »[1007]. Le créateur n'est jamais celui qui se contente de recueillir et de conserver passivement un bien qu'il cantonne à un usage personnel minimal. Son dynamisme et son travail sont indissociables de la propriété intellectuelle, contrairement à la propriété corporelle qui peut se satisfaire du travail de la nature et de l'attentisme du propriétaire[1008]. Les propriétés incorporelles sont tributaires de l'activité de leur créateur. Cette activité peut prendre des formes très diverses (voir la version intégrale), qu'il s'agisse de l'activité « créatrice » qui donne naissance à la création (éclair de génie de l'inventeur ou inspiration de l'artiste), ou de celle qui entretient son existence de fait (travail du praticien qui entretient sa patientèle, ou du titulaire d'une marque qui l'exploite), ou encore de celle qui maintient son existence en droit (renouvellement des formalités).

Il ne peut suffire de relever cet état de fait. Il faut mesurer la portée juridique de ce constat. A l'examen (dont le détail se trouve dans la version intégrale), il trouve plusieurs traductions juridiques, que l'on peut rapidement résumer.

Premièrement, l'activité est l'élément fédérateur d'une catégorie originale de biens, celle des « biens nouveaux »[1009], c'est-à-dire les biens qui n'existaient pas auparavant et qui ne viendraient pas à existence sans activité humaine. Ceci vaut pour les créations de l'esprit, comme pour les choses corporelles nouvelles, qui résultent du mélange d'une chose préexistante et du travail de l'homme. Mieux : l'activité humaine peut assumer un rôle encore plus fondamental. Il ne s'agit plus pour elle de donner naissance à un bien ou de le maintenir en vie, mais tout bonnement de constituer *en elle-même* un bien. Jusqu'à présent, nous avons vu que la naissance d'un bien nouveau implique que l'homme mêle son travail ou son génie à une chose corporelle existante ou qu'il extériorise son effort intellectuel dans une forme plus ou moins définitive. Autrement dit, l'activité était toujours, jusqu'à présent, la source, le moyen, l'outil. Elle devait toujours, pour être prise en compte par le Droit, se prolonger dans une chose autonome, fut-elle corporelle ou incorporelle, qui s'en distinguait et qui revêtait une forme appréhendable en elle-même. Désormais, il s'agit pour le Droit de prendre en compte l'activité en elle-même, non plus comme un moyen mais comme un résultat, comme une chose appréhendable en soi. C'est l'activité faite chose. On la désigne alors sous le terme

[1007] P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, préc., p. 203, n°22. Dans le même sens, P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., préc., p. 107, n°412.
[1008] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 56, n°44 et s.
[1009] P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, préc., p. 203, n°22.

de clientèle, mal à propos sans aucun doute[1010]. Nous renvoyons à la version intégrale pour nos développements sur ce point.

Deuxièmement, l'activité est le fondement du droit qui réserve la valeur qu'elle crée. Sans activité, la valeur n'existerait pas. Sa réservation récompense l'activité qui lui donne naissance, l'activité légitime sa réservation. Il faut renvoyer à J. Locke, Sieyès, Le Chapelier, Acollas, ou encore Pouillet pour les anciens, T. Revet ou F. Zénati pour les contemporains, et renvoyer à la version intégrale pour le détail.

Troisièmement, l'activité est l'élément fédérateur d'une autre catégorie de biens, celle des « nouveaux biens ». Il ne s'agit pas ici des biens nouveaux – qui n'existeraient pas sans activité – mais des nouveaux biens – qui n'existaient pas il y a deux siècles, « un nouveau modèle de biens, (…) émanations de l'activité humaine qui ne s'identifieraient plus au *donné* mais au *construit* »[1011]. Ces nouveaux biens, parce que dépourvus de *corpus*, sont appréhendés à travers leur valeur marchande. Ceci a pour effet de mettre en relief ce qui, contrairement à l'activité, réunit finalement les nouveaux et les anciens biens : la valeur.

Quatrièmement, l'activité peut-elle révéler la nature juridique du droit ? Il nous paraît raisonnable de trouver dans l'activité humaine le fondement, la légitimité de la réservation. Mais les auteurs en tirent généralement une conclusion plus fondamentale : le droit qui réserve le fruit de cette activité doit être une propriété, car si les choses qui ne résultent pas de l'activité humaine sont des propriétés, alors *a fortiori* celles qui en résultent méritent encore davantage d'être des propriétés. L'activité conduit donc à la propriété : on le voit, il s'agit d'un postulat qui n'a rien de juridique, et nous voulons encore examiner le contenu de ce droit dont tous ces auteurs voudraient tant qu'il reçoive l'onction de la propriété. D'ailleurs, nous ne sommes pas seule à douter que l'activité humaine produise nécessairement un droit de propriété. Un auteur[1012] considère au contraire que l'activité humaine produit nécessairement des biens *sui generis*, et par suite un droit lui aussi *sui generis*. Il faut donc prendre acte de ce que, comme la notion d'exploitation, celle d'activité, bien que consubstantielle au droit du créateur, est incapable de fournir les éléments d'une véritable catégorie juridique.

278. Conclusion du Chapitre. L'exploitation est apparue comme un aspect essentiel du droit du créateur. L'activité s'est révélée indissociable de la vie matérielle et juridique de la création (Section 1). Des auteurs ont tenté de trouver dans cette dimension les éléments d'une

[1010] Voir P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, préc., p. 203, n°22.
[1011] J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 214. Voir également S. BECQUET, *Le bien industriel*, préc.
[1012] J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 214.

analyse de la nature du droit du créateur, mais cette démarche s'est, à notre sens, soldée par un échec relatif. Le droit examiné est sans doute à la fois une forme de monopole et un privilège par certains aspects, mais la recherche d'une clientèle n'en constitue que la finalité, et l'activité créatrice seulement la source (Section 2). Aucune proposition pour l'instant ne suffit à rendre compte de la nature complexe et du régime particulier des créations.

279. Conclusion du Titre. L'examen de la jouissance personnelle (Chapitre 1) et de la jouissance économique (Chapitre 2) du créateur nous ont montré combien son pouvoir se distingue de celui d'un propriétaire traditionnel. Il n'est pas exclusif mais, quoiqu'en dise la doctrine, partagé entre le créateur et le public. Il n'est pas absolu mais dirigé, loin d'une liberté, plus proche de la contrainte dans son principe et dans ses formes.

280. Conclusion de la Partie 1. Notre perception de la nature très particulièrement des créations sort affinée de cet examen. Mais quant au droit du créateur, il semble s'éloigner inexorablement de la propriété telle que nous la définissons traditionnellement, sans pour autant qu'une alternative satisfaisante s'offre à nous. Pour autant, nous l'avions dit, l'*usus* et le *fructus* sont importants, mais ils ne sont pas indispensables à la qualification d'un droit de propriété. C'est surtout l'*abusus* qui est tenu pour révélateur d'une véritable propriété en doctrine. Reste ainsi à déterminer si l'examen de l'*abusus* des créations, dans la mesure où il nous conduit à insister non seulement sur leur patrimonialité poussée, mais également sur la dualité des œuvres littéraires et artistiques et particulièrement leur dimension morale, permettront de mettre à jour la véritable nature de ce droit du créateur (Partie 2).

Partie 2. La disposition de la création : la place de l'*abusus* dans les droits de propriété intellectuelle

281. En droit commun des biens, les notions d'*abusus*, et encore davantage celle de disposition, sont susceptibles de différentes acceptions, qui leur assignent un contenu et une place variables dans la théorie de la propriété. Nous l'avons vu en partie préliminaire dans la version intégrale, et nous allons y revenir au cours de cette dernière partie. Mais toujours, il faut convenir qu'*abusus* et disposition occupent une place centrale dans le droit de propriété. De manière plus ou moins marquée sans doute, le pouvoir de disposer de la chose reste considéré par tous comme la condition nécessaire de la propriété.

→ Place de l'*abusus* dans l'analyse traditionnelle

282. Dans l'analyse traditionnelle, l'*abusus* est l'un des trois attributs du propriétaire. *Abusus* et disposition sont tenus pour équivalents, et le droit de propriété confère le pouvoir de disposer de la chose.

283. Contenu. « Le droit de disposer a d'abord une dimension négative : le droit de conserver ses biens, de ne pas les céder à d'autres, même contre de l'argent »[1013]. Il a ensuite une dimension positive. Les actes qu'il autorise sont plus ou moins graves : il inclut « le droit de faire sur le bien dont on est propriétaire tout acte de conservation, d'administration ou de disposition qui semble bon. Ce droit culmine dans la faculté que détient le propriétaire de céder son bien à autrui, avec ou sans contrepartie économique, médiate ou immédiate, ainsi que de l'abandonner purement et simplement »[1014]. Tous ces actes de disposition peuvent être classés dans deux catégories, selon qu'ils sont matériels ou juridiques[1015]. Les premiers portent sur la chose elle-même, ce sont des actes de jouissance ou de consommation, comme par exemple le fait de détruire la chose, de l'abandonner, de la transformer. Les seconds portent sur le droit, il s'agit alors d'anéantir le droit sur la chose en le cédant, ou de le restreindre par exemple par la constitution d'une hypothèque ou d'une servitude.

[1013] A. SERIAUX, *Propriété*, préc., p. 11, n°59.
[1014] A. SERIAUX, *Propriété*, préc., p. 13, n°73.
[1015] Voir par exemple F. FRENETTE, *Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues*, préc., p. 445.

284. Hiérarchie interne. Parmi les trois types de prérogatives qui ressortissent au droit de disposer (ne pas disposer, disposer matériellement et disposer juridiquement), la première retient peu l'attention de la doctrine. En revanche, les deux autres divisent les auteurs.

Pour certains[1016], c'est dans la dimension matérielle du droit de disposer que l'on trouve l'élément essentiel de la propriété. « L'*abusus* consistant en l'accomplissement d'actes matériels pouvant entraîner la destruction ou l'altération de la chose est le caractère le plus marquant du droit de propriété. On peut considérer que cet *abusus* matériel fait partie de l'essence même du droit de propriété et, par conséquent, en fait ressortir la plénitude. En effet, on ne retrouve pas de telles prérogatives en ce qui concerne d'autres droits patrimoniaux. Certes, on peut toujours ne jamais faire valoir un droit de créance, ce dont il résultera que le droit sera éteint par l'accomplissement de la prescription extinctive, mais il est difficile d'envisager la destruction d'une créance. Il en va de même en ce qui concerne les autres droits réels que le droit de propriété. Ainsi, l'usufruitier ne peut détruire la chose et ne peut la modifier car, justement dans l'intérêt du propriétaire, il doit en conserver la substance »[1017]. Contrairement à tous les autres titulaires de droits réels, tenus de conserver la substance de la chose, le propriétaire est le seul à pouvoir la modifier, la transformer, la détruire, bref toucher à sa substance. C'est donc là le cœur de son pouvoir, le critère qui distingue le propriétaire du *titulaire* de tout autre droit.

Pour d'autres[1018] au contraire, c'est la dimension juridique du droit de disposer qui caractérise le véritable propriétaire. Tandis que la disposition matérielle n'est qu'un émolument de la propriété, dont l'absence importe peu, la disposition juridique constitue le cœur de la propriété. « (L)es actes de pure disposition montrent la souveraineté de qui les pose sur les biens dont il dispose ainsi, à titre onéreux comme à titre gratuit, au profit d'autrui. (…) Le droit de disposer apparaît ainsi comme consubstantiel au droit de propriété »[1019]. *A priori*, les actes de disposition peuvent être plus ou moins graves, ils peuvent simplement grever la chose de droits réels (usufruit, hypothèque), ou au contraire la faire sortir du patrimoine du propriétaire (aliénation à titre onéreux ou gratuit). Certains auteurs[1020] vont plus loin et

[1016] Par exemple Ch. CARON, *Propriété*, préc., p. 9, n°31 ; P. CATALA, *L'immatériel et la propriété*, préc., p. 62 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, préc., p. 129, n°244 ; F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 2006, préc., p. 124, n°124 et s. Pour les exégètes du Code civil, voir M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 115 et s., qui renvoie à C. Demolombe, et C. Aubry et C. Rau.

[1017] C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, préc., p. 130, n°247. Dans le même sens, P. CATALA, *L'immatériel et la propriété*, préc., p. 62.

[1018] Par exemple A. SERIAUX, *Propriété*, préc., p. 10, n°54 et s. ; G. CORNU, *Les biens*, préc., p. 68, n°27.

[1019] A. SERIAUX, *Propriété*, préc., p. 10, n°54 et s.

[1020] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, 2000, préc., p. 129.

associent propriété et pleine patrimonialité. Le propriétaire est celui qui peut aliéner sa chose, et c'est donc la disposition translative qui symbolise la propriété.
En résumé, l'*abusus* typique du propriétaire de droit commun lui confère un pouvoir de vie ou de mort sur sa chose, aussi bien dans le monde des Faits que dans celui du Droit, peu important à ce stade la dimension que l'on choisisse de placer devant l'autre. Il faut donc au minimum se demander si le droit du créateur confère également un tel pouvoir, tout comme nous avons recherché si le créateur avait la faculté d'user et de jouir de sa création à l'image d'un propriétaire. Mais à propos de l'*abusus*, l'examen de s'arrête pas là.

285. Hiérarchie des attributs. Si l'analyse classique voit dans le droit de disposer un simple attribut conféré par le droit de propriété[1021], elle lui reconnaît cependant une valeur particulière : parmi les trois attributs, elle établit une hiérarchie et place celui-ci au sommet. Le droit de disposer n'est pas l'égal de l'*usus*, et encore moins du *fructus*, il est la prérogative principale du triptyque. Il est donc particulièrement important, pour la qualification du droit du créateur, de déterminer l'étendue du pouvoir de disposer du créateur.

286. Valeur de l'*abusus*. Surtout, la doctrine considère que seul l'*abusus* est indispensable à la propriété. « Cette prérogative touche à l'essence du droit de propriété. Qu'elle échappe définitivement à son titulaire et c'est le droit de propriété lui-même qui s'éteint, alors que l'*usus* ou le *fructus* peuvent être consentis à des tiers (preneur, usufruitier…) sans que disparaisse le droit du propriétaire »[1022]. « Le droit de disposer apparaît ainsi comme consubstantiel au droit de propriété. Dépouillé de toute autre prérogative, dans la jouissance comme dans la gestion, le propriétaire demeure encore tel s'il lui reste le droit de disposer »[1023].
Et à ce stade, une seule des trois composantes du droit de disposer reste finalement en lice. D'une part, le propriétaire peut être privé du pouvoir de ne pas disposer : l'expropriation est prévue par le Code civil, sans que la qualité de propriétaire de celui qu'on exproprie soit remise en cause. Les nationalisations sont également admises, comme la vente forcée d'un bien délaissé.
D'autre part, il peut également être impossible de disposer matériellement de la chose. C'est le cas lorsque sa nature l'interdit : comment détruire un fonds de terre ? La volonté

[1021] F. ZENATI, sous Civ. 1e, 4 janv. 1995, préc., p. 933.
[1022] Ch. CARON, *Propriété*, préc., p. 9, n°28.
[1023] A. SERIAUX, *Propriété*, préc., p. 10, n°54 et s.

individuelle peut aussi faire obstacle à la disposition matérielle, lorsque le bien est l'objet d'un bail ou d'une servitude. Le législateur peut enfin s'y opposer ponctuellement : la législation des monuments historiques encadre strictement la faculté pour le propriétaire non seulement de détruire, mais aussi de modifier son immeuble, tout comme les règles de l'urbanisme ou les dispositions du Code relatives aux servitudes de vue, de jour, de passage, d'écoulement des eaux, etc… . Que dire du Code de la propriété littéraire et artistique quant aux restrictions qu'il apporte au pouvoir matériel du propriétaire d'un bien constituant le support d'une œuvre d'art ? Le droit du propriétaire n'est pourtant pas non plus disqualifié.

Globalement, on ne s'émeut pas en doctrine de ce qu'un propriétaire soit privé de ces deux premières branches de son *abusus* : sans doute sa propriété s'en trouve-t-elle amoindrie, mais elle n'est pas dénaturée. En revanche, le pouvoir de disposer juridiquement de la chose semble revêtir une véritable normativité. La faculté de transmettre la chose n'est pas seulement importante, elle est indispensable dans l'esprit de nombreux auteurs[1024]. Le droit de disposer juridiquement de la chose cristallise les exigences de la doctrine, l'*abusus* juridique fait – et défait – le propriétaire. Un droit qui n'autorise pas son titulaire à transmettre la chose qui en forme l'objet n'est pas une propriété, puisque la chose n'est pas soumise à son entière souveraineté. « La nécessité de reconnaître la plénitude du droit dans la personne du propriétaire ne permet pas de lui refuser le droit d'échange, de vente, de donation. Il n'aurait pas toute-puissance sur la chose dont il lui serait interdit d'user, et sur laquelle il ne lui serait pas loisible de transmettre à autrui tous ses droits »[1025].

A priori donc, à lire la doctrine, il semble bien que toute entorse à la libre disposition juridique des biens soit inconciliable avec l'idée même de propriété. Logiquement, dès qu'une atteinte est constatée, les auteurs devraient refuser de voir dans le droit examiné un droit de propriété. Pourtant, la position de la doctrine n'est pas si tranchée, et la disqualification du droit examiné dépend du degré de gravité de l'atteinte réalisée à la disponibilité du bien. A ce stade, il faut être précis. La disposition juridique est susceptible de degrés, que nous avons détaillés dans notre partie préliminaire. Le pouvoir de disposer autorise son titulaire à accomplir toutes sortes d'actes juridiques dont la portée est très variable. Les atteintes au pouvoir de disposer peuvent donc être classées en fonction de leur gravité : la moins grave (mais elle peut aussi être considérée comme la plus grave) consiste dans l'inaliénabilité à titre

[1024] Par exemple, C. CARON, *Propriété*, préc., p. 10, n°36 ; A. SERIAUX, *Propriété*, préc., p. 10, n°54 ; P. CATALA, *L'immatériel et la propriété*, préc., p. 62.

[1025] Par exemple, A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, préc., p. 446 : « La nécessité de reconnaître la plénitude du droit dans la personne du propriétaire ne permet pas de lui refuser le droit d'échange, de vente, de donation. Il n'aurait pas toute-puissance sur la chose dont il lui serait interdit d'user, et sur laquelle il ne lui serait pas loisible de transmettre à autrui tous ses droits ».

onéreux, qui interdit seulement les actes translatifs à titre onéreux comme la vente, mais autorise tous les actes translatifs à titre gratuit (legs, donations), et les actes non translatifs. Le titulaire perd donc seulement le pouvoir de monnayer la transmission de son bien. Ensuite, l'inaliénabilité générale interdit tout acte translatif, et laisse au titulaire la faculté d'accomplir des actes juridiques non translatifs. Le titulaire est ici incapable de transmettre son bien à un tiers. Enfin, le bien peut encore être indisponible, de sorte qu'aucun acte juridique n'est envisageable. Le titulaire du droit ne peut ni le transmettre, ni même en faire l'objet de conventions d'exploitation.

Ainsi, lorsque le bien est complètement indisponible, au point qu'il est hors du commerce juridique, la propriété est exclue. Il s'agit des choses communes comme l'eau, l'air, etc…. Mais souvent, la chose reste partiellement disponible, et seule sa transmissibilité est encadrée par la loi : l'aliénabilité de certains biens est réduite en raison de leur fonction (le logement familial, les souvenirs de famille, les biens affectés à l'activité professionnelle), de leur nature (les biens dangereux, les éléments et produits du corps humain, les tombeaux et sépultures), ou simplement de la volonté de leur propriétaire (la clause d'inaliénabilité, le pacte de préférence). Ces hypothèses sont certes envisagées avec réticence et ressenties comme de véritables atteintes à l'essence même de la propriété. Pour autant, les auteurs ne tirent pas les conséquences de leur postulat de départ. Au contraire, ils continuent d'appeler propriété une telle configuration, tout en précisant alors qu'il s'agit d'une « forme de » propriété, d'une propriété diminuée, amoindrie, entamée, etc…. L'on constate que, pour la doctrine quasiment unanime[1026], la propriété survit, quelle que soit l'atteinte au droit de disposer, pourvu que le propriétaire ne soit pas totalement et définitivement privé de son *abusus*. Ainsi, une propriété qui se réduit, à peu de choses près, à l'*usus* et au *fructus*, reste une propriété, même si, « (d)e manière assez générale, cette situation surprend »[1027].

En résumé, le seul fait que le bien examiné présente un caractère personnel, qui se répercute sur son régime juridique, ne suffit pas en droit commun pour en disqualifier la propriété[1028]. C'est précisément ce trait que partagent également, à des degrés variables, les propriétés

[1026] Voir notamment F. FRENETTE, *Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues*, préc., p. 441, citant S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, préc., p. 30, et M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd., T.I, Paris, Cotillon, 1904, p. 749 ; S. NORMAND, *La propriété spatio-temporelle*, préc., p. 272 ; P. MALAURIE & L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, 2005, préc., p. 120, n°433 ; G. LOISEAU, *Typologie des choses hors du commerce*, préc., p. 54 ; Ch. CARON, *Propriété*, préc., p. 10, n°36 ; A. SERIAUX, *Propriété*, préc., p. 11, n°59 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, préc., p. 131, n°249 ; F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7e éd., préc., p. 125, n°126 ; G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, p. 47, n°18.

[1027] F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7e éd., préc., p. 126, n°127.

[1028] Voir par exemple J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, LGDJ, 1979, BDP t. 159.

intellectuelles. Cependant, le degré de gravité de l'atteinte à la disponibilité détermine tout de même le degré de tolérance de la doctrine. Il est donc essentiel de déterminer le degré exact de disponibilité des créations, puisque la qualification de propriété, au sens retenu par la définition classique, dépend directement du résultat de cet examen.

→ Place de l'*abusus* dans l'analyse moderne

287. Pour certains auteurs[1029], l'*abusus* et la disposition tiennent une toute autre place. Pour les plus modérés, l'*abusus*, en tant qu'attribut du triptyque, ne consiste que dans le pouvoir de disposer matériellement de la chose. S'il constitue hiérarchiquement la prérogative la plus importante du propriétaire, précisément parce que seul un propriétaire peut se targuer d'un tel pouvoir sur l'objet de son droit, il n'est cependant pas indispensable à la qualification du droit, car les attributs du triptyque ne sont justement que cela : des prérogatives qui caractérisent la propriété sans pour autant la conditionner. En revanche, le pouvoir de disposer juridiquement n'entre pas dans l'*abusus*, ni dans les pouvoirs conférés spécifiquement par la propriété. Au contraire, il est extérieur à celle-ci. Il n'est pas spécifique à la propriété, puisqu'il est détenu par tout titulaire d'un droit patrimonial. Pour autant, il est indispensable à la qualification de propriété, puisqu'au contraire, son absence condamne non seulement cette qualification particulière, mais plus généralement interdit de voir dans le droit examiné un droit patrimonial. Autrement dit, les droits patrimoniaux, réels ou personnels, sont tous disponibles, en vertu de l'article 537 du Code civil qui pose le principe de la libre disposition des biens. Le droit dont on ne peut disposer juridiquement est donc tout simplement exclu du patrimoine. Ici aussi donc, il importe que le créateur puisse disposer juridiquement de sa création, pas forcément pour prétendre à la propriété, mais en tout cas pour prétendre à la patrimonialité.

D'autres auteurs[1030] poussent encore le raisonnement. Ils considèrent que la propriété n'est pas un droit patrimonial, mais la relation qui unit les personnes aux biens, les biens pouvant être des choses ou des droits, et ceux-ci extrapatrimoniaux ou patrimoniaux. Ainsi, peu importe que l'on puisse disposer de sa chose, ou de son droit, ou pas. La propriété se caractérise par la jouissance et la disposition, mais leur absence ne la condamne pas, car c'est l'exclusivisme qui forme son noyau. La propriété existe, nonobstant la disponibilité ou

[1029] Par exemple, C. LARROUMET, *Les biens*, préc., p. 129, n°245 ; F.TERRE et p. SIMLER, *Les biens*, 7e éd., préc., p. 124, n°124.
[1030] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 622, n°451.

l'indisponibilité. Ici, il est sans doute encore pertinent de déterminer le degré de disponibilité du droit du créateur, mais la conclusion qu'il faut alors en tirer ne peut nous satisfaire, puisqu'il s'agira de toute façon d'une propriété bien trop éloignée de la conception classique du Code civil.

→ Problématique et plan

288. Problématique. En résumé, eu égard à la valeur à la fois descriptive et normative de l'*abusus* dans la propriété, il nous faut tout d'abord prendre la mesure du pouvoir de disposer du créateur. Il faut donc examiner le pouvoir du créateur de ne pas disposer de sa création, puis celui d'en disposer matériellement, et enfin juridiquement.

Ici comme à propos de l'*usus* et du *fructus*, le droit positif offre un tableau contrasté, dont les auteurs retiennent des lectures variables. Pour l'un d'eux, « (f)orce est de constater que la « jouissance » de l'article 544 s'applique incontestablement aux meubles incorporels, dont une des finalités principales réside dans l'exploitation. Il en est de même pour le pouvoir de disposer : les différents biens immatériels du Code de la propriété intellectuelle sont tous susceptibles d'être cédés »[1031]. Nous venons de le voir, la première partie de cette assertion doit être nuancée. La jouissance du propriétaire n'a pas grand-chose à voir avec celle du créateur, ni dans son contenu – le propriétaire a la jouissance personnelle autant qu'économique de sa chose, tandis que seule la seconde échoit au créateur –, ni dans son esprit – la souveraineté du propriétaire l'autorise à exclure autant qu'à jouir librement de sa chose, quand on impose au créateur l'usage gratuit des tiers et l'exploitation obligatoire. Que faut-il alors penser de la seconde partie de l'assertion ?

Il faut également tirer les conséquences du tableau révélé par notre examen. La doctrine ne retient pas une définition unique de l'*abusus*, et lui réserve en outre une place variable dans la qualification de la propriété. Ces analyses ont un écho direct en matière de propriétés intellectuelles : les auteurs trouvent dans le degré de disponibilité des créations un argument majeur pour asseoir leurs analyses de la nature du droit du créateur. Ici, la réflexion doctrinale prend un tour plus fondamental. La disponibilité des créations, ou leur éventuelle indisponibilité, permettent sans doute, de manière immédiate, de comparer le contenu du pouvoir du créateur et celui d'un propriétaire. Mais au-delà, le degré de disposition des créations ne peut faire l'objet d'un constat objectif, ni d'une analyse consensuelle. L'examen

[1031] Ch. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, préc., n° 3.

du droit positif ne conduit pas à une conclusion unique et indiscutable. Au contraire, le degré postulé de disponibilité des créations dépend tout entier de deux facteurs conjugués : la nature que l'on prête aux prérogatives morales du créateur, et surtout de l'auteur, et leur place par rapport à la propriété, d'une part ; et d'autre part la conception que l'on retient du droit de propriété, de simple droit réel parmi d'autres à droit patrimonial sur les choses et les droits, voire relation entre la personne et les biens. Les deux aspects se rejoignent pour mettre en cause la définition de la propriété. Ainsi, la parenté éventuelle entre l'*abusus* du créateur et celui du propriétaire dépend de la conception de la propriété, et de la patrimonialité, que l'on choisit de retenir. En conséquence, l'examen du pouvoir de disposer du créateur ne renseigne pas simplement sur le contenu du pouvoir du créateur, il révèle plus fondamentalement la nature du droit du créateur. Surtout c'est la nature du droit de propriété, les rapports qu'elle entretient avec le patrimoine, et la dimension personnelle qu'elle abrite peut-être, qui sont mis en lumière.

289. Plan. Parmi les trois types de prérogatives que l'on peut rattacher au pouvoir de disposer, la faculté de ne pas disposer et celle de disposer matériellement de la chose sont sans doute importantes, mais elles restent secondaires par rapport au pouvoir de disposer juridiquement. En droit commun, on a vu que la suppression des deux premières n'empêchait pas la qualification de propriété, tandis que la suppression totale de la troisième y faisait obstacle. En droit des créations, il importe donc de déterminer si le créateur peut effectivement se targuer d'être titulaire de ces trois types de pouvoirs. Il convient d'envisager d'abord, et plus rapidement, ces deux premiers pouvoirs dont le créateur peut se passer sans que cela ait une véritable incidence sur la recherche de la nature de son droit (Titre 1). Il faudra ensuite examiner plus en détail les modalités et les limites de l'exercice du pouvoir de disposer juridiquement, puisque les conséquences qu'on lui attache sont fondamentales (Titre 2).

Titre 1. La disponibilité a-normative des créations

290. Nous nous bornons dans cette version abrégée à rappeler rapidement les conclusions auxquelles nous arrivons dans la version intégrale, sans entrer ici dans le détail de l'examen. Nous choisissons un découpage linéaire : le créateur a-t-il le pouvoir de ne pas disposer de sa création (Sous-titre 1) ? Peut-il en disposer matériellement (Sous-titre 2) ?

Sous-titre 1. La faculté de ne pas disposer de la création

291. Le pouvoir de ne pas disposer de la création représente la dimension négative de l'*abusus*. Il s'agit d'un pouvoir d'abstention, de refus. La question est de savoir si le créateur est libre de s'opposer à la dimension positive de l'*abusus*, et donc si l'on peut lui imposer – ou s'il peut refuser de consentir à – des actes matériels (Chapitre 1) et juridiques (Chapitre 2) de disposition.

Chapitre 1. La liberté de ne pas disposer matériellement

292. Résumé et renvoi[1032]. Rappelons-le, la disposition matérielle consiste dans la modification, l'altération, voire la destruction de la chose. Il s'agit donc de déterminer si le créateur peut refuser de détruire sa création, de la supprimer, ou encore de la modifier. C'est ici la création en tant que chose dépourvue de *corpus* qui est visée, et non le support dans lequel elle peut éventuellement s'incorporer.

Le créateur peut sans doute refuser de détruire sa création, mais en réalité, il faut surtout remarquer qu'il est impossible pour lui comme pour qui que ce soit de détruire la création elle-même, car son expression formalisée a forcément pénétré la conscience de ceux qui en ont pris connaissance, de sorte que toute disparition véritable est impossible. Nous y reviendrons en Sous-titre 2. Quant à la modifier, il reste également libre de s'y refuser, mais cette faculté se mue en obligation pour le créateur en propriété industrielle. Au total, sa liberté d'abstention sur ce point égale donc celle d'un propriétaire.

[1032] Voir version intégrale n°893 à 898.

Chapitre 2. La liberté de ne pas disposer juridiquement

293. Il s'agit de la liberté de ne pas transmettre son bien, ainsi que de celle de ne pas en faire l'objet de conventions non translatives. C'est la faculté de s'abstenir de tout acte juridique sur la création. On distingue entre l'auteur (Section 1) et les autres créateurs (Section 2).

Section 1. La liberté de l'auteur

294. Résumé et renvoi[1033]. L'auteur est libre de rester le maître juridique de son œuvre. D'une part, personne ne peut l'obliger à aliéner ses droits moraux, puisqu'ils sont inaliénables, nous y reviendrons dans le Titre 2. D'autre part, il n'est pas davantage possible de l'obliger à aliéner la totalité de son droit patrimonial, à la manière d'une expropriation de droit commun. En revanche, les atteintes ponctuelles et partielles au pouvoir de ne pas disposer de ses droits patrimoniaux sont légion.

Certaines sont dites indirectes : les licences obligatoires obligent seulement l'auteur à consentir un droit personnel, de sorte qu'on peut hésiter sur l'existence d'une atteinte à sa faculté de ne pas disposer. Les exceptions sont censées se résumer précisément à cela – de simples autorisations ponctuelles –, et pourtant, entre servitudes, expropriations, véritables droits subjectifs, la question de leur nature reste débattue. Au total, et pour nous, c'est tout de même l'*abusus* de l'auteur qui est atteint : celui-ci est privé du pouvoir de refuser un grand nombre d'actes sur son œuvre. Peu importe qu'il s'agisse de simples usages le plus souvent privés, ce sont des actes juridiques dont la faible gravité ne suffit pas à effacer la portée : même non translatifs de propriété, ni constitutifs de droits réels, ni même d'ailleurs constitutifs de droits, ils restent privatifs de liberté, et souvent privatifs de rémunération, ce en quoi ils font peser une charge sur le patrimoine de l'auteur.

D'autres atteintes sont dites directes : le pouvoir de ne pas disposer est effectivement confisqué. Parmi elles, il faut encore distinguer. Certaines sont ostensibles : ce sont les présomptions de cession instituées par le législateur, elles constituent de véritables exceptions « déclarées » au pouvoir de ne pas disposer de l'auteur. Elles tiennent parfois à la nature de l'œuvre : la présomption de cession de l'œuvre dans le contrat de commande de publicité (art. L. 132-31 CPI), la présomption de cession des droits d'exploitation dans le contrat de production d'une œuvre audiovisuelle (art. L. 132-24 CPI), et la cession du droit de

[1033] Voir version intégrale n°900 à 939.

reproduction par reprographie à une société de gestion collective (art. L. 122-10 CPI). Elles peuvent également tenir au statut de l'auteur : sont visés l'auteur d'une œuvre collective (art. L. 113-2 CPI) et l'auteur journaliste salarié (art. L. 121-8 CPI).

D'autres atteintes directes sont insidieuses : sans que le législateur ait posé de présomption de cession, l'auteur se trouve effectivement contraint d'investir un tiers de son pouvoir de disposer. C'est d'abord l'hypothèse des sociétés de gestion collective. *A priori*, elles n'atteignent pas l'*abusus* de l'auteur, et pourtant, elles soulèvent deux types de difficultés : premièrement, que reste-t-il aujourd'hui de la liberté – en droit ou en fait – pour l'auteur de ne pas souscrire à une société de gestion collective ? Deuxièmement, jusqu'à quel point la société de gestion confisque-t-elle son pouvoir de ne pas disposer à l'auteur, autrement dit quelle est la nature du contrat qui lie l'auteur et la société de gestion ? Cette hypothèse fait l'objet d'un examen approfondi dans la version intégrale, à l'occasion duquel nous abordons notamment le thème de la cession fiduciaire, riche d'enseignements.

C'est enfin l'hypothèse de l'auteur salarié qui illustre encore ces atteintes directes : malgré les termes explicites de la Cour de cassation et de l'article L. 111-1 du CPI, la lettre du règlement communautaire et les décisions des juges du fond sèment le doute – et le trouble. La cession implicite de ses droits par l'auteur salarié dans le domaine des arts appliqués et des logiciels est-elle vraiment exclue ? Rien n'est moins sûr. L'on s'interroge également sur un assouplissement éventuel de la solution pour les œuvres classiques. Nous nous attardons sur ces questions dans la version intégrale.

Pour conclure, le propriétaire traditionnel a le pouvoir de ne pas se séparer de sa chose, de se la réserver aussi longtemps qu'il le souhaite. Au total, on pourrait être tenté de minimiser les atteintes au pouvoir de l'auteur : il n'est pas victime d'une expropriation totale de son œuvre. Les hypothèses d'expropriation restent somme toute ponctuelles : les cessions explicites ne visent jamais le droit patrimonial pris dans sa globalité mais seulement un droit d'exploitation isolé, les autres hypothèses visent tout le droit patrimonial mais seulement certains auteurs. Ce serait cependant se voiler la face. Mises bout à bout, elles concernent un très – très – grand nombre de situations et finissent par rétrécir sérieusement le champ de la liberté de l'auteur. Ce n'est pas encourageant dans la perspective de notre recherche. Il faut toutefois reconnaître que l'expropriation en droit commun n'a jamais fait douter de la propriété.

Section 2. La liberté des autres créateurs

295. Résumé et renvoi[1034]. Les autres créateurs sont dans la même situation que l'auteur. Pour l'examen de la situation de l'auteur d'un logiciel ou de l'artiste-interprète, ou encore de l'auteur d'un dessin ou modèle, nous renvoyons à la version intégrale.
Quant au breveté, il est en principe libre de ne pas aliéner son droit de brevet. Mais comme en droit d'auteur, les exceptions sont nombreuses (expropriation, licences, statut – peu enviable – de l'inventeur salarié). Le titulaire de la marque est placé dans une situation sensiblement identique à celle du breveté, sauf à remarquer qu'il n'y a pas de statut légal spécifique à la « marque salariée »[1035]. Au total, la contrainte qui caractérise la jouissance du créateur en propriété industrielle freine également sa faculté de ne pas disposer juridiquement de son invention.

296. Conclusion du Chapitre et du Sous-titre. Pour le créateur, les hypothèses de confiscation de la liberté de ne pas disposer sont nombreuses. Elles touchent essentiellement à la disposition juridique, et concernent surtout l'auteur d'une œuvre de l'esprit. Et si l'on retient une définition élargie de la disposition (translative et non- translative), reflet de la situation économique réelle du créateur, alors il faut reconnaître que les atteintes sont légion.
Sans doute le propriétaire traditionnel n'est-il pas complètement libre. On sait qu'il peut être exproprié, son bien peut faire l'objet d'une nationalisation, de sorte qu'il ne peut pas toujours s'opposer à l'aliénation. Quant aux conventions non translatives, on peut lui imposer contre son gré la location de son immeuble vacant, ou de l'immeuble qui abrite le logement familial. Le créateur n'est donc pas dans une position complètement originale. L'expropriation reste cependant exceptionnelle en droit commun. En droit des créations, elle est seulement partielle, mais lorsque les textes la prévoient, elle a un caractère véritablement systématique, qui tend à en faire, ponctuellement, non plus l'exception mais le principe. On peut légitimement s'interroger sur la faculté du créateur de soustraire sa création au commerce juridique. L'*abusus* négatif du créateur est compromis et le rapprochement avec celui d'un propriétaire traditionnel nous paraît difficile.

[1034] Voir version intégrale n°940 à 946.
[1035] M. VIVANT, *Les créations intellectuelles et le droit*, *Le droit en questions,* Ellipses 1997, p. 103.

Sous-titre 2. Le pouvoir de disposer matériellement de la création

297. Le pouvoir de disposer matériellement peut viser la disparition de la chose, ou seulement son altération. La création s'avère insusceptible d'une suppression matérielle définitive (Chapitre 1). Elle n'est pourtant pas complètement réfractaire à toute forme de disposition matérielle (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'impossible disposition matérielle de la création

298. Résumé et renvoi[1036]. « L'œuvre existe tant qu'elle est présente dans la mémoire des hommes. C'est l'oubli qui la fait disparaître. Or, l'auteur d'une œuvre a-t-il le pouvoir de provoquer l'oubli ? »[1037]. Le droit du créateur ne lui confère donc pas l'*abusus* matériel, non parce que l'on déciderait arbitrairement de l'en priver, mais simplement parce que la nature de la création, ubiquitaire et évanescente, y fait obstacle. Au demeurant, cela n'est pas dû à l'incorporalité de la création, puisqu'au contraire certaines choses incorporelles peuvent être matériellement supprimées (la créance dont le créancier détruit le titre et laisse passer l'échéance), tandis que certaines choses corporelles ne peuvent pas l'être (le fonds de terre).

Chapitre 2. La disposition matérielle résiduelle de la création

299. Résumé et renvoi[1038]. La plupart des créations sont incarnées dans un support, mais pas toutes. Le droit d'auteur protège ainsi les discours, les interprétations, et dans ces hypothèses marginales, l'*abusus* matériel fait réellement défaut. Mais lorsque le support existe, son titulaire peut éventuellement exercer sur lui son *abusus* matériel. Indirectement, cela ne revient-il pas à disposer matériellement de la création elle-même ?
En droit d'auteur, l'inventaire des multiples situations envisageables (avant/après divulgation, avant/après décès de l'auteur, support détenu par l'auteur/par un tiers, etc…) et des solutions retenues en droit positif nous conduit à distinguer. L'*abusus* matériel des héritiers est bien en-deçà de celui d'un propriétaire ordinaire. Celui de l'auteur apparaît paradoxal : on consacre à son profit un pouvoir qui va au-delà de celui d'un propriétaire classique (l'article L 121-4 du CPI) mais il est en même temps impossible de toucher à la substance même de la création.

[1036] Voir version intégrale n°948.
[1037] C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 91, n°103.
[1038] Voir version intégrale n°949 à 962.

En droit de brevet, il est évident que la destruction ou la modification d'un ou plusieurs supports incarnant l'invention laissent cette dernière intacte en tant que conception intellectuelle. Seule la modification des revendications formulées lors du dépôt touche à la substance même de l'invention. Même dans ce cas, le breveté peut-il faire oublier l'invention telle qu'il l'avait conçue à l'origine ? Pour la marque et le dessin ou modèle, nous renvoyons à la version intégrale.

300. Conclusion du sous-titre. Finalement, il s'agit toujours de mettre fin – ou de ne pas donner le jour, si c'est le droit de divulgation qui joue – à la vie juridique de la création. Il faut garder à l'esprit que la création est avant tout une conception intellectuelle, et que la suppression de sa formalisation n'empêche pas que l'on s'en souvienne lorsque l'on a eu l'occasion de l'appréhender avant sa disparition. Ainsi, le créateur est sans doute libre de mettre un terme à l'existence matérielle de sa création, mais il ne peut rien contre le souvenir qu'en conservent ceux qui y ont eu accès. Il ne peut jamais matériellement détruire cette conception de l'esprit qu'il a enfantée. La création perdure dans son esprit comme dans celui de tous ceux qui y ont eu accès. Il ne s'agit pas ici de savoir si elle perdure en tant que bien, mais en tant que chose. Au plan matériel, la création est éternelle, sauf à admettre qu'elle sombre définitivement dans l'oubli. Il ne s'agit donc pas tant de se demander si le droit du créateur compte notamment le droit de supprimer la création, mais plus fondamentalement de relever qu'un tel acte est impossible. Au demeurant, on a vu que la destruction de certaines choses corporelles est également impossible.

301. Conclusion du titre. Il faut conclure sur la place de ces dimensions a-normatives de l'*abusus* dans le droit du créateur. Si elles ne sont pas jugées indispensables à la qualification de propriété, elles constituent tout de même des formes traditionnelles de la souveraineté d'un propriétaire, de sorte que leur présence ou leur absence, ajoutée à celle des autres attributs non-normatifs du triptyque (*usus* et *fructus*), ne peut être passée sous silence.
Quant au pouvoir de disposer matériellement de la création, il n'existe pas réellement, puisque le créateur n'a pas le pouvoir de faire disparaître sa production intellectuelle, de l'effacer de la conscience collective. Il est vrai que, pour beaucoup d'auteurs, la faculté d'anéantir complètement l'objet de son droit caractérise le propriétaire. Sans être la condition *sine qua none* de la propriété, ce pouvoir est néanmoins central, et son absence affaiblit sans doute les prétentions propriétairistes du créateur. Pour autant, et selon nous, cette circonstance n'est pas de nature à interdire la qualification de propriété. Si le créateur est privé du pouvoir

de vie ou de mort sur sa création, c'est en raison de la nature physique particulière de celle-ci, et les fonds de terre placent le propriétaire dans une situation identique sans que l'on s'en émeuve. Le créateur a d'ailleurs un pouvoir de maîtrise matérielle bien supérieur à celui d'un propriétaire corporel : s'il ne peut mettre un terme à l'existence factuelle de la création, il est en revanche investi du pouvoir souverain de lui donner naissance. Sans lui, la création n'existe pas, et dans cette mesure, le créateur est le maître incontesté de l'existence matérielle de sa création. Ce n'est donc pas ici, à notre sens, que l'on rencontre un obstacle dirimant sur le chemin de l'*abusus* d'un propriétaire.

Quant à la faculté de ne pas disposer de la création, elle n'est pas non plus jugée indispensable, mais elle exprime elle aussi la souveraineté de la propriété. Lorsqu'il peut discrétionnairement refuser de se séparer de sa chose, le propriétaire affirme qu'il en est le maître. Le créateur semble particulièrement mal loti face à cet attribut de la propriété. Les hypothèses où la loi confisque sa liberté sont en effet légion. Surtout, il faut souligner que, tandis que l'entorse à la disposition matérielle n'est finalement qu'une conséquence inévitable de la nature particulière de la création, la disposition forcée de la création n'a rien d'inéluctable. On la justifie tantôt par la nécessité d'une exploitation efficace (cession du droit au producteur d'une œuvre audiovisuelle), les exigences du commerce, la protection de l'auteur (gestion collective obligatoire), la fonction sociale du droit (les exceptions et licences), etc. Reste que c'est la loi qui décide d'imposer la circulation de la création. Les hypothèses où l'on force la main du créateur au profit d'un tiers se multiplient sans que leur légitimité soit toujours certaine. A notre sens, si cette dimension de l'*abusus* n'est pas fondamentale, elle subit des assauts qui ne peuvent cependant être sans conséquences. Nous ne pouvons les ignorer, et pour nous, le pouvoir du créateur s'éloigne ici singulièrement de celui d'un propriétaire.

Reste à examiner le pouvoir de disposer juridiquement de la chose : c'est une prérogative jugée fondamentale pour le propriétaire, et il faut que le créateur le compte parmi les attributs de son droit.

Titre 2. La disponibilité normative des créations

302. Il s'agit d'abord de mesurer objectivement le pouvoir du créateur dans la disposition juridique de sa création, aux fins de rapprocher – ou de distinguer – le contenu du droit du créateur de l'*abusus* juridique d'un propriétaire traditionnel (Sous-titre 1). Mais ici encore, il existe un décalage entre la réalité du droit positif, et le sens que choisit de lui donner la doctrine. Il faudra donc ensuite examiner la valeur – subjective, cette fois – de la disponibilité juridique avérée des créations, c'est-à-dire la corrélation établie en doctrine entre le pouvoir de disposer et la qualification de propriété (Sous-titre 2).

Sous-titre 1. La mesure de la disponibilité juridique de la création

303. Le pouvoir de disposition juridique entretient des liens particulièrement étroits avec la notion de patrimoine. *A priori*, les droits patrimoniaux sont, à des degrés divers, disponibles, tandis que les droits extrapatrimoniaux sont indisponibles. Parce que le droit d'auteur comporte une dimension morale dont la nature prête à discussion, il convient de s'interroger séparément sur le degré de disponibilité des prérogatives morales (Chapitre 1) et patrimoniales (Chapitre 2) des créateurs. La doctrine postule une opposition entre l'indisponibilité des premières et la libre disposition des secondes[1039]. Il nous faut le vérifier.

Chapitre 1. L'indisponibilité des prérogatives morales du créateur

304. C'est à propos de l'auteur que la question se pose essentiellement (Section 1), car les autres créateurs ont un droit moral presque inexistant (Section 2).

Section 1. La disponibilité du droit moral de l'auteur

Il faut exposer le postulat de l'indisponibilité des prérogatives morales[1040] (§ 1) pour en mesurer la pertinence (§ 2).

[1039] Par exemple, le titre « Indisponibilité vs disponibilité », chez M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 367, n°428.
[1040] Sur toute la question, voir par exemple A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité, Etude de droit comparé français et allemand*, Thèse, PU Aix-Marseille, 2002.

§ 1. Le postulat de l'indisponibilité

Il faut préciser son contenu (A) et se défier de ses écueils (B).

A. Son contenu

305. Les termes du postulat : indisponibilité ou inaliénabilité[1041] ? Le postulat d'une indisponibilité globale – celle de toutes les prérogatives morales et impliquant la prohibition de toute espèce de convention les prenant pour objet – n'est pas sérieusement soutenu, il est d'ailleurs manifestement inexact. Il ne fait pas de doute que le droit moral soit partiellement disponible.

A l'inverse, le postulat d'une disponibilité complète du droit moral n'est pas davantage défendu. Le droit positif l'exclut certainement : une cession totale du droit moral, par laquelle le cessionnaire serait investi de toutes les prérogatives morales sur l'œuvre, n'est pas envisageable[1042]. L'auteur ne peut se dépouiller de la totalité de ses attributs moraux au profit d'un tiers qui les exercerait à sa place[1043]. Il semble également admis que la cession entre vifs à titre onéreux d'une prérogative morale prise individuellement doive être exclue.

Plus raisonnablement, la doctrine[1044] pose donc en principe l'inaliénabilité du droit moral de l'auteur : « on ne conçoit pas que l'auteur puisse en céder par contrat le bénéfice à un tiers »[1045]. Certains auteurs préfèrent parler d'incessibilité, réservant l'inaliénabilité aux seules choses corporelles, mais « il n'en résulte aucune conséquence juridique »[1046]. En tout cas, le fondement se trouve à l'article L. 121-1 du CPI, qui dispose « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de

---

[1041] Sur la distinction, voir par exemple F. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théorie du droit*, Thèse, Lille II, 2004, p. 19.

[1042] CA Paris, 20 janv. 1971, D. 1971.307, et Civ. 1e, 5 mai 1993, RIDA 1993, n°158, 205. Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 2009, préc., p. 283, n°404, note 3.

[1043] Dans ce sens, A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, Dalloz 1976, chr. p. 56.

[1044] Notamment F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 387, n°578 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1e éd., préc., p. 282, n°404 ; P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985, p. 212, et s. ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2007, préc., p. 238, n°196 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 206, n°252. Contra P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 281 et s.

[1045] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 56.

[1046] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 276, n°303 bis.

l'auteur ». La règle est d'ordre public[1047]. Mais que recouvre exactement ce postulat ?

306. L'objet du postulat : quelles prérogatives ? L'article L. 121-1 du CPI pose le principe de l'inaliénabilité à l'alinéa 3, mais son aliéna 1er ne vise, parmi les prérogatives morales reconnues à l'auteur par la loi de 1957, que le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. L'inaliénabilité consacrée par cet article ne concerne donc expressément que ces dernières. En revanche, ni l'article L. 121-2 qui consacre le droit de divulgation, ni l'article L. 121-4 qui consacre le droit de retrait et de repentir, ne prévoient leur inaliénabilité. Face au silence du législateur, qu'est-ce qui autorise à étendre l'inaliénabilité au droit de divulgation, et au droit de repentir et de retrait ?

Cet argument textuel ne fait pas recette. « La doctrine ne s'en émeut guère et parle de l'inaliénabilité du droit moral dans sa globalité »[1048]. Cette interprétation extensive s'explique par l'analyse unitaire du droit moral retenue en doctrine[1049]. Puisque les attributs moraux de l'auteur forment une unité au plan conceptuel, leurs régimes respectifs doivent converger sur ce point essentiel. Ainsi, « en dépit de leur silence sur ce point, tout le monde admet que la solution qui figure à l'art. 6 (de la loi de 1957) 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 »[1050].

Le débat est clos, il n'y a pas de demi-mesure. Si inaliénabilité il y a, elle vise aussi bien les prérogatives visées à l'article L. 121-1 du CPI que les autres. Les auteurs qui croient à l'inaliénabilité des prérogatives morales prennent pour acquise sa portée générale, qui dépasse les seules prérogatives expressément visées pour englober tout le droit moral. Ceux qui contestent cette inaliénabilité le démontrent à travers l'analyse de chacune des prérogatives morales sans se limiter aux termes de la loi. Nous ne pouvons donc nous contenter d'examiner l'éventuelle inaliénabilité des seules prérogatives expressément visées par l'article L. 121-1 du CPI, il faut étendre notre examen à toutes les prérogatives morales reconnues par la loi.

[1047] Notamment Civ. 1e, 28 janv. 2003, Bull. Civ. I, n°28, p. 23. Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 387, n°578, note 5.

[1048] J. Raynard renvoie à Desbois, Colombet, Françon, R. Plaisant, P. Sirinelli, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 276, n°303 bis, note 301. On peut ajouter dans le même sens F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 324, n°489.

[1049] Voir sur ce point S. JOLY, *L'ordre public et le droit d'auteur*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 351. Et dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 439, n°504.

[1050] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 56.

307. Le domaine du postulat : quelle définition de l'inaliénabilité ? Faut-il limiter notre examen à l'inaliénabilité au sens étroit, c'est-à-dire la seule inaliénabilité à titre onéreux ? Premièrement, il est permis de rappeler la définition du terme d'inaliénabilité : « le cédant, titulaire initial du droit, perd le pouvoir d'exercer celui-ci, alors que le cessionnaire acquiert simultanément cette aptitude »[1051]. Ainsi, lorsque le législateur pose l'inaliénabilité des prérogatives morales, il faut admettre que celles-ci ne peuvent faire l'objet d'un transfert de l'auteur à un tiers. Puisque le texte ne précise pas s'il s'agit seulement de l'inaliénabilité au sens le plus étroit, c'est-à-dire à titre onéreux, il faut également inclure dans la prohibition les aliénations à titre gratuit.

Deuxièmement, « (l)'inaliénabilité des prérogatives morales ne signifie pas que la qualité d'auteur, le respect de l'œuvre, la divulgation de l'œuvre, son retrait du marché constituent des choses hors du commerce au sens littéral de l'article 1128 du Code civil. Au contraire, l'exercice de ces droits peut s'exprimer contractuellement. Le champ de la liberté contractuelle diffère cependant de l'exercice d'une prérogative morale à une autre. Autrement dit, l'ordre public contractuel ne se manifeste pas à l'identique selon que le contrat porte sur l'exercice du droit de divulgation, l'exercice du droit au respect ou celui du droit de retrait et de repentir »[1052]. Ainsi, il faut, par raisonnement *a contrario*, déduire des termes de l'article L. 121-1 du CPI, qui vise l'inaliénabilité, que, à défaut d'être aliénables, les prérogatives morales sont en revanche disponibles, c'est-à-dire susceptibles d'actes juridiques non translatifs. Mais on ne peut alors présumer que, sur ce point au moins, le droit d'auteur est soumis au droit commun, et que le pouvoir de disposition de l'auteur est dans cette limite classique. Il n'est pas possible d'évincer cette catégorie d'actes juridiques de disposition de notre examen : la lecture du droit positif montre que les actes juridiques non translatifs ayant pour objet les prérogatives morales sont loin de connaître le même sort que ceux d'un propriétaire.

Au surplus, si nous devons examiner tous les actes de disposition, translatifs ou pas, il faut encore décider si l'on s'arrête à la disposition entre vifs ou si l'on inclut la disposition à cause de mort. En effet, l'article L. 121-1 du CPI précise que les attributs moraux sont « transmissibles à cause de mort ». *A priori*, cela place l'auteur dans la situation d'un propriétaire classique, qui peut librement désigner celui qui recevra la propriété de son bien à son décès. Pourtant ici encore, il n'en n'est rien. La transmission des prérogatives morales

[1051] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 277, n°303 bis.
[1052] S. JOLY, *L'ordre public et le droit d'auteur*, préc., p. 356.

n'est pas libre, l'auteur ne peut désigner celui qui deviendra titulaire de celles-ci à son décès. La loi règle la dévolution du droit moral de manière impérative. Il faut donc ici aussi évaluer dans quelle mesure la loi encadre la liberté pour l'auteur de disposer de son droit moral à cause de mort.

Finalement, nous sommes obligée d'examiner tous les actes juridiques, translatifs ou pas, entre vifs ou à cause de mort, pour déterminer si le pouvoir de l'auteur sur son droit moral peut être ramené à l'*abusus* juridique d'un propriétaire. La disposition doit ici être entendue au sens le plus large : avec ou sans transfert, et entre vifs ou à cause de mort. Et c'est chacune des prérogatives morales consacrées par la loi dont il nous faut examiner le degré de disponibilité.

B. Ses écueils

308. La question de la disposition du droit moral n'est pas résolue, et une certaine confusion règne dans les débats. Plusieurs raisons expliquent la difficulté.

D'une part, « (q)uand les fanatiques du droit dit moral en parlent, ils prennent l'attitude du croyant parlant de choses sacrées ou celle d'un Girondin lisant la Déclaration des Droits de l'Homme »[1053]. Et on peut en dire autant des « fanatiques de la propriété »[1054]… . En conséquence, le principe d'inaliénabilité est très vigoureusement contesté en doctrine. « L'inaliénabilité n'a jamais existé que dans les nuages, car l'artiste en dispose fréquemment par contrat »[1055]. Qualifié de « verbalisme »[1056], réduit à « une mystique toute faite et trop répandue (…), un slogan sympathique mais vide de sens »[1057], le principe serait démenti par la jurisprudence. La mesure cède la place à la passion.

D'autre part, c'est la terminologie incertaine de beaucoup d'auteurs qui explique leurs opinions divergentes, et la confusion qui en résulte quant aux tableaux irréconciliables qu'ils dressent du droit positif. Beaucoup contestent l'inaliénabilité du droit moral, mais ils entendent seulement par-là contester son indisponibilité non translative, arguant que les conventions renonciatives sont valables mais reconnaissant que les transferts sont

[1053] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, Thèse, LGDJ 1969, p. 281.
[1054] Sans vouloir les nommer.
[1055] R. SAVATIER, *La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique et les problèmes du notariat*, JCP 1957.I.1398, n° 9.
[1056] *Ibidem*.
[1057] R. SAVATIER, *La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique et les problèmes du notariat*, préc., n°43.

prohibés[1058]. Il en va de même de ceux qui proclament l'inaliénabilité du droit moral, alors qu'ils se bornent à revendiquer son intransmissibilité tout en admettant qu'il soit l'objet de conventions non translatives. Il faut donc, pour notre examen, nous en tenir aux définitions précises des termes employés, et distinguer l'aliénation (translative par définition) de la disposition non translative (renonciation ou abdication).

Enfin, c'est également l'imprécision de la jurisprudence qui explique les opinions contradictoires. A propos du droit de divulgation, le juge ne se prononce jamais expressément sur sa disponibilité, et ce sont les auteurs qui lisent entre les lignes, de manière nécessairement divinatoire. A propos des autres prérogatives, la jurisprudence n'est pas toujours uniforme, et pour arrêter leur choix quant au sens qu'il convient de lui prêter, il arrive que les auteurs se laissent influencer par leur conception préétablie de la nature – patrimoniale ou extrapatrimoniale – du droit moral.

309. Bilan. Il faut donc examiner la jurisprudence en gardant tout ceci à l'esprit. Il est cependant possible de s'accorder sur un préalable objectif : il est admis par tous que le droit moral, et les droits moraux pris individuellement, sont intransmissibles entre vifs. L'aliénabilité à titre onéreux semble bien exclue, et c'est surtout la validité des « conventions par lesquelles un auteur se bornerait à renoncer à certaines prérogatives du droit moral en s'engageant à ne pas opposer telle ou telle d'entre elles à tel ou tel cocontractant »[1059] qui retient notre attention. La plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que le droit moral est dans une certaine mesure disponible. « Sans doute, étant étranger au patrimoine, le droit moral n'est pas patrimonialement cessible. Mais il ne s'ensuit nullement que la volonté de l'auteur ne puisse l'abdiquer plus ou moins complètement »[1060]. Précisément, c'est cette mesure qu'il nous faut déterminer.

Concrètement, la question se pose le plus souvent ainsi : l'auteur peut-il valablement revenir sur sa renonciation ? Cela permet de déterminer si celle-ci est valable ou contraire à l'ordre public, et donc si la prérogative qu'elle vise est disponible ou pas. Il faut donc passer en revue chaque attribut du droit moral et déterminer dans quelle mesure le droit positif valide les conventions dont elle est l'objet.

[1058] Dans ce sens par exemple, R. SAVATIER, *La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique et les problèmes du notariat*, préc., n°4, à propos du droit au respect et du droit de paternité.

[1059] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 56.

[1060] R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui, 2e série : l'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, Dalloz, 1959, p. 98.

§ 2. La réalité de l'indisponibilité

310. Disponibilité indirecte. Avant d'examiner la disponibilité directe des attributs du droit moral, il faut examiner rapidement leur éventuelle disponibilité indirecte. A cet égard, il faut préciser que le droit moral est imprescriptible, en vertu de l'article L. 121-1 du CPI. Cela signifie que, même si l'auteur s'abstient d'invoquer son droit moral pendant plus de trente ans, il n'est pas pour autant déchu de son droit[1061]. L'abstention n'opère pas renonciation. En conséquence, le tiers qui se comporte en auteur ne peut jamais usucaper ce droit. Quel que soit le temps pendant lequel il a gardé le silence, l'auteur peut toujours invoquer son droit de paternité ou son droit au respect, puisque ceux-ci sont expressément visés par le texte, et bien que la tolérance prolongée de l'auteur conduise sans doute le juge à une certaine circonspection. Quant au droit de divulgation, on ne conçoit pas que l'auteur puisse en perdre la titularité puisque, de son vivant, il est le seul à pouvoir l'exercer. C'est aussi le cas du droit de retrait et de repentir, en tant que prérogative exorbitante de droit commun.

Même lorsque, très ponctuellement, l'article L. 714-3 al 3 du CPI prévoit que l'abstention de l'auteur conduit à la forclusion de son action, cela n'opère pas pour autant renonciation même indirecte à ses prérogatives d'auteur, qui restent intactes : lorsque le « créateur » d'une marque l'enregistre alors que ce signe est par ailleurs et antérieurement déposé en tant qu'œuvre, dessin ou modèle, l'auteur de l'œuvre dispose d'une action en nullité de ce dépôt postérieur. S'il s'abstient de l'exercer, son abstention pendant 5 ans signe sa forclusion. Pour autant, l'auteur ne renonce pas ici à son droit d'auteur sur son œuvre, puisque le « créateur » de la marque ne prétend nullement être auteur mais seulement propriétaire de la marque. L'auteur est seulement contraint de supporter que le propriétaire de la marque partage avec lui la maîtrise du signe, sans pour autant qu'il perde une quelconque partie de sa propriété. En effet, l'auteur reste seul titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre, et concurremment, le créateur de la marque en est propriétaire, mais sans qu'aucun des deux prétende être titulaire des droits de l'autre[1062].

311. Disponibilité globale. Avant d'examiner la disponibilité particulière de chaque prérogative morale de l'auteur, il faut s'arrêter sur celle du droit moral pris dans son entier.

[1061] P. TAFFOREAU, *Possession et propriété intellectuelle*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 120.
[1062] P. TAFFOREAU, *Possession et propriété intellectuelle*, préc., p. 122.

En doctrine, les auteurs[1063] qui se posent la question y répondent par la négative : pas plus qu'il ne peut le céder, l'auteur ne peut renoncer par avance et de manière générale à son droit moral. L'inaliénabilité « doit être entendue largement. Elle interdit, au-delà des cessions, les renonciations »[1064]. Seules les conventions non translatives et non abdicatives échappent à la prohibition : ce sont celles qui se bornent à aménager l'exercice du droit moral sans le supprimer.

Faute de fondement explicite pour justifier cette interprétation extensive de la prohibition, H. Desbois invoque l'intention du législateur : l'article L. 121-1 du CPI, lorsqu'il vise l'inaliénabilité, prohiberait non seulement les transferts mais également les renonciations. Ainsi, l'inaliénabilité s'entend « en deux sens d'ailleurs solidaires l'un de l'autre ; le législateur a prohibé les conventions translatives, par lesquelles l'écrivain, le compositeur, l'artiste autoriserait un tiers à usurper la qualité d'auteur de l'une de ses œuvres, et les conventions abdicatives, en vertu desquelles il renoncerait « en blanc », à l'avance, à élever toutes protestations contre les initiatives « dénaturantes » que, par exemple, un adaptateur s'aviserait de prendre »[1065]. Pour nous cependant, ce fondement doit être contesté : lorsque le législateur vise l'inaliénabilité, il faut présumer qu'il utilise le terme approprié. Il prohibe donc les conventions translatives, mais ne se prononce pas sur celles qui se contentent de priver l'auteur de son droit moral sans en investir un tiers.

Un autre auteur ajoute pourtant un argument de raison : si le législateur dans ce texte prohibait par le terme « inaliénabilité » le seul transfert, il aurait « parlé pour ne rien dire puisque aussi bien cette qualité découlait obligatoirement de la nature de ce droit et de son analyse en droit de la personnalité »[1066]. Pourtant, il faut ici rappeler que l'analyse du droit moral de l'auteur en un droit de la personnalité, et plus largement du droit d'auteur en un droit dualiste, ne fait pas l'unanimité en doctrine. De nombreux arguments sont avancés pour contester son rattachement à ladite catégorie. Plus radicalement, c'est l'existence même de la catégorie des droits de la personnalité qui a pu être remise en cause. D'ailleurs, le législateur n'affirme rien de tel : ni ici ni ailleurs, il ne consacre la catégorie des droits de la personnalité, pas plus qu'il ne propose une définition de ce type postulé de droits en référence à une supposée inaliénabilité. En définitive, il nous semble qu'il est effectivement nécessaire que le

[1063] Par exemple, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., préc., p. 367, n°428 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd., p. 440, n°508 ; P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, préc., p. 218 et s.

[1064] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd., préc., p. 440, n°508.

[1065] H. DESBOIS, *La conception française du droit moral de l'auteur*, dans Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 523.

[1066] P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, préc., p. 219.

législateur consacre expressément l'inaliénabilité du droit moral, parce que rien n'autorise *a priori* cette conclusion. Au contraire, le législateur qualifie le droit de l'auteur de propriété, et y inclut les prérogatives morales. Une définition traditionnelle de la propriété devrait donc conduire à présumer l'aliénabilité de celles-ci, et c'est seulement la décision contraire, et expresse, du législateur qui pose la solution inverse. En conséquence, si l'inaliénabilité du droit moral fait figure d'exception, expressément consacrée, elle doit logiquement être interprétée strictement : elle n'inclut pas les hypothèses de renonciation, seulement celles de transfert. Ici encore donc, nous ne sommes donc pas convaincue par l'argument.

En revanche, c'est l'opportunité de l'extension qui emporte notre conviction. Le résultat de cette analyse nous paraît effectivement conforme à l'esprit de la loi de 1957. Quelle serait en effet l'utilité de proclamer un principe d'inaliénabilité pour ensuite autoriser les conventions non translatives qui pourraient, indirectement, aboutir au même résultat qu'un principe d'aliénabilité ? Si l'auteur peut valablement se priver de l'exercice de son droit moral, il renonce à contester qu'un tiers puisse faussement s'attribuer la paternité de l'œuvre, ou procède librement à des modifications. Sa renonciation conduit à ce que ce tiers puisse valablement se comporter comme l'auteur, le maître de l'œuvre, l'investissant de manière détournée des prérogatives morales d'auteur.

D'ailleurs, la jurisprudence est globalement favorable à cette interprétation extensive[1067]. Un arrêt de 1950 énonce clairement la solution : « les auteurs ne sauraient par avance renoncer en bloc et par blanc-seing à l'exercice du droit moral qui, incessible et insaisissable, s'impose à tous, aux cocontractants comme aux tiers »[1068].

Pour autant, c'est seulement une renonciation globale et par avance que la jurisprudence interdit. Mais si cet argument vaut pour la renonciation par avance au droit global, il vaut également pour la renonciation par avance à l'une seulement des prérogatives morales. Qu'en est-il en jurisprudence ? Et que penser de la renonciation effectuée après la naissance de l'œuvre, avant ou au moment de l'entorse postulée ?

Nous examinons en détail le droit de divulgation, puis nous renvoyons à la version intégrale pour le droit de paternité, le droit au respect, et enfin le droit de retrait et de repentir, en nous contentant ici de rappeler les conclusions auxquelles nous arrivons après examen.

[1067] TGI Paris, 30 mars 1984, RIDA oct. 1984, p. 220. Voir B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, préc., p. 54, n°31, note 168, qui cite aussi une décision en sens inverse.

[1068] Paris, 14 juin 1950, D. 1951, p. 9. Dans le même sens, Cass. Civ. 1e, 4 avril 1991, RIDA oct. 1991, Cass. Civ. 1e, 28 janv. 2003, D. 2003, p. 559, Cass. Civ. 1e, 6 mai 2003, Bull. civ. I, n°110 ; Cass. Civ. 1e, 2 avril 2009, Propr. intell. 2009, n°32, p.264.

312. Disponibilité du droit de divulgation. Le droit de divulgation est consacré par l'article L. 121-2 du CPI. Il consiste dans le droit pour l'auteur de divulguer son œuvre de la manière qu'il juge appropriée ou au contraire de ne pas la divulguer[1069]. Seul l'auteur peut décider du moment et de la forme de la divulgation, à l'exclusion de toute autre personne. L'indisponibilité signifie que l'auteur ne peut transférer volontairement cette faculté à un tiers, ni y renoncer ou en être privé. Jusqu'à quel point est-il réellement indisponible ? Il faut distinguer la disponibilité translative (A) et non-translative (B).

A. L'aliénabilité – la transmissibilité entre vifs – du droit de divulgation

313. Si l'on s'en tient au principe proclamé en doctrine, et nonobstant le silence du législateur, le droit de divulgation est inaliénable. Cela signifie que l'auteur ne peut transférer son droit de divulgation, s'en défaire et en investir un tiers à sa place. Ce principe se vérifie-t-il en droit positif ? Des auteurs postulent l'aliénabilité tantôt ponctuelle (1) tantôt générale (2) du droit de divulgation.

1. Consécrations ponctuelles de l'aliénabilité du droit de divulgation

314. Hypothèses. Premièrement, on recense plusieurs hypothèses dans lesquelles la loi ou la jurisprudence posent des limites au libre exercice du droit de divulgation, qui peuvent être interprétées comme des aliénations.

C'est le cas de la loi du 11 mars 1957 lorsqu'elle organise le régime des œuvres plurales ou des œuvres cinématographiques et audiovisuelles[1070]. C'est aussi le cas de la jurisprudence lorsqu'elle décide que le droit moral des auteurs d'une contribution à une œuvre collective « se trouve limité par la nature collective de l'œuvre »[1071]. C'est encore le cas de la loi du 3 juillet 1985 lorsqu'elle organise le régime des œuvres à caractère publicitaire, des productions audiovisuelles et des logiciels[1072].

[1069] Voir pour la définition notamment Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 211, n°260.
aux articles 10 relatif au régime de l'œuvere de collaboration, 13 relatif à celui de l'œuvre collective, et 15 al. 1 relatif à l'œuvre cinématographique, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 279, n°306, note 312.

[1071] Civ. 8 octobre 1980, D. 1981, I.R. 85.

[1072] J. Raynard renvoie aux articles 14 relatif aux œuvres à caractère publicitaire, 16 al. 5 et 63-1 de la loi de 1957 modifiée par celle de 1985 relatifs aux productions audiovisuelles, 45 relatif aux logiciels, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 279, n°306, note 314, 315 et 316.

315. Analyses. Certains auteurs refusent d'y lire l'aliénabilité du droit de divulgation[1073]. Pour eux, il n'y a pas dans ces cas transfert du droit mais seulement des limites légales à son exercice. Cette analyse nous séduit, et nous voulons ajouter que l'aliénation d'un droit consiste dans son transfert d'une personne qui en est titulaire à une autre qui, en en devenant titulaire, prive le premier de cette prérogative. Lorsque le droit de divulgation est dès l'origine amoindri par une définition légale ou jurisprudentielle ponctuellement restrictive, son titulaire n'a jamais été pourvu de la totalité des pouvoirs classiquement attachés à ce droit. Par suite, il ne peut pas plus les transmettre qu'en être privé. Il ne peut aliéner des pouvoirs qu'il n'a jamais eus (*Nemo censitur*…). En conséquence, on peut considérer que ces exemples ne figurent pas des hypothèses d'aliénation et ne peuvent illustrer la démonstration de l'aliénabilité du droit de divulgation.

Pourtant, d'autres auteurs voient dans toutes ces hypothèses de véritables aliénations[1074]. L'un d'eux argumente : il s'agit vraiment d'hypothèses de transfert car « de simples limitations au droit pour l'auteur « de ne pas divulguer » sa création investissent naturellement autrui – plus précisément le titulaire du monopole – de cette faculté »[1075]. Il reconnaît que le transfert n'est pas libre, mais il considère que, puisqu'un tiers reçoit les pouvoirs classiquement détenus par l'auteur, il y a bien transfert : « s'il y a alors « transfert imposé » du droit de divulguer l'œuvre, à tout le moins faut-il retenir le principe de ce transfert »[1076]. Il en déduit l'aliénabilité du droit de divulgation dans ces hypothèses légales. Certes, il admet qu'elles puissent ne constituer que des exceptions à un principe général d'inaliénabilité dudit droit, mais il maintient son analyse en une forme d'aliénation.

Pour nous cependant, il n'est pas possible de passer outre l'argument exposé plus haut, à savoir que l'aliénation ou le transfert d'un droit implique au préalable d'en avoir été titulaire. Ce n'est pas le cas ici. La loi n'organise pas, dans ces exemples, et à notre sens, l'aliénation du droit de divulgation. Elle se borne à limiter ponctuellement le contenu de ce droit pour l'auteur, et à investir originairement et exceptionnellement des tiers de certains attributs qui classiquement reviennent à l'auteur. Elle n'admet pas l'aliénabilité du droit de divulgation, ne

---

[1073] O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, préc., p. 244 n°76, et P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, préc., p. 249, note 1. Voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 279, n°306, note 317.

[1074] R. Savativer, A. Huguet, B. Parisot et R. Plaisant pour cette lecture de la loi de 1957, et J. Raynard pour cette lecture de la jurisprudence ainsi que de la loi de 1985. Voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 279, n°306, notes 312 et 313.

[1075] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 279, n°306.

[1076] *Ibidem.*

serait-ce que de manière exceptionnelle.

2. Consécration générale de l'aliénabilité du droit de divulgation

316. Hypothèse. Deuxièmement, au détour d'un article, on a pu lire dans la loi la reconnaissance explicite d'une aliénabilité générale du droit de divulgation. Autrement dit, le droit de divulgation serait tout simplement exclu du domaine de l'inaliénabilité prévue par l'article L. 121-1du CPI. Cette interprétation est sujette à controverse, et le débat est loin d'être clos en doctrine[1077]. L'enjeu est de taille, et il faut en prendre la mesure.

Il s'agit de l'article 25 de la loi de 1957 qui dispose : « Dans 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, d'en défendre l'intégrité reste propre à l'époux auteur ou à celui des époux à qui de tels droits ont été transmis ». A lire ce texte, le droit de divulguer l'œuvre peut avoir été transmis. Comment faut-il l'interpréter ?

317. Analyses. On peut tout simplement reprocher au législateur de s'être mal exprimé. Un auteur[1078] considère que les droits « transmis » se résument au droit de fixer les conditions d'exploitation de l'œuvre, c'est-à-dire le droit de nature patrimonial dont l'aliénabilité ne fait aucun doute. Au contraire, le droit de divulguer l'œuvre et celui d'en défendre l'intégrité, de nature morale, ne sont pas aliénables, et le législateur n'a pas pu envisager leur transmission. Pour nous, il est cependant délicat d'imputer au législateur un tel manque de rigueur, d'autant que les termes utilisés nous paraissent parfaitement clairs : « transmis » désigne tous les droits susmentionnés[1079]. De toute façon, cela n'est pas nécessaire.

Une autre lecture permet d'aboutir au même résultat : ne pas voir dans cet article l'aliénabilité du droit de divulgation. Certes, si l'on s'en tient aux seuls termes employés par le législateur et si l'on se cantonne à l'analyse isolée de cet article, alors une solution encore plus radicale s'impose : le droit de divulgation est transmissible. Et là où le législateur ne distingue pas, il ne faut pas distinguer : la transmission est possible aussi bien entre vifs qu'à cause de mort, autant à titre gratuit qu'onéreux. Le principe de l'inaliénabilité du droit moral ne concerne pas le droit de divulgation, qui connaît le principe inverse : il est pleinement aliénable.

[1077] Sur cette question, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 280, n°306, note 320.

[1078] M. Le Tarnec, cité par J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 280, n°306, note 320.

[1079] Dans ce sens, J. Raynard, et M. Crionnet, cités par J. Raynard, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 280, n°306, note 320.

En revanche, si l'on replace cet article dans son contexte, et si l'on introduit une certaine perspective dans notre lecture, alors il faut relever que la loi, lorsqu'elle traite des prérogatives morales de l'auteur, commence par énoncer le principe : l'article L. 121-1 CPI (article 6 de la loi de 1957) est le premier du chapitre relatif aux droits moraux et pose le principe de leur inaliénabilité. Loin derrière, l'article L. 121-9 (article 25 de la loi de 1957) est le dernier de ce chapitre et vient clore l'exposé du régime de ces prérogatives. Au détour d'un dernier membre de phrase, il utilise le terme de transmission à propos notamment du droit de divulgation.

Peut-on d'un tel ordonnancement déduire raisonnablement que le second article prendrait le contre-pied du premier ? Qu'il poserait le principe d'une aliénabilité du droit de divulgation dans l'ombre du principe d'inaliénabilité du droit moral ? Nous ne le pensons pas. A l'inverse, il faut se fier à la logique du législateur : s'il pose un principe en tête de chapitre, il semble peu probable qu'il attende les derniers mots de ce chapitre pour poser un principe inverse, et ce d'une manière pour le moins incidente.

Nous ne voulons pas prêter au terme « transmis » un sens global, large et indifférencié, qui ferait dire à cet article que tous les droits visés par l'article (« droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation, d'en défendre l'intégrité »), qu'ils soient de nature morale ou patrimoniale, sont librement et complètement transmissibles entre vifs comme à cause de mort. D'ailleurs, une telle lecture conduirait à une impasse : si l'on peut à la rigueur considérer que l'article L. 121-1 CPI en posant le principe de l'inaliénabilité ne vise pas expressément le droit de divulgation, bien que l'on ait vu que la doctrine unanime admet que cet article désigne implicitement toutes les prérogatives morales, que dire alors du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, dont cette fois l'article L. 121-1 CPI prévoit expressément l'inaliénabilité tandis que dans le même temps l'article L. 121-9 prévoirait son aliénabilité ?

Un auteur propose de prêter à ce terme un sens restreint : tous les droits désignés dans cet article sont transmissibles, mais uniquement à cause de mort[1080]. Pour nous, cela revient à proposer une nouvelle définition du terme « transmettre ». Au lieu d'y ranger les transferts entre vifs et à cause de mort, ce dont il résulte classiquement que la transmissibilité est synonyme de disponibilité, et plus large que la simple aliénabilité qui ne couvre que les transferts entre vifs, on choisit ici de cantonner la transmissibilité aux transferts à cause de mort, ce qui revient à subdiviser la catégorie des choses disponibles en deux : d'une part, les choses transmissibles sont transférables à cause de mort, et d'autre part les choses aliénables

[1080] M. Crionnet, cité par J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 280, n°306, note 320.

sont transférables entre vifs.

En faveur de cette analyse, il nous faut reconnaître que c'est, semble-t-il, la définition retenue par le législateur. A l'article L. 121-1 CPI, il énonce dans le même souffle l'inaliénabilité et la transmissibilité à cause de mort des prérogatives morales. Il ne les présente pas comme un principe suivi de son exception, mais plutôt comme deux règles aux domaines différents : l'aliénabilité vise le transfert entre vifs, tandis que la transmissibilité vise le transfert à cause de mort.

Pourtant, cette acception n'emporte pas notre conviction : pour nous, la transmission d'un droit s'entend d'un transfert entre vifs ou à cause de mort, et englobe donc, notamment, l'aliénation. Au surplus, une telle interprétation conduirait elle aussi à une impasse : limiter de manière globale le sens du texte à la transmission à cause de mort implique de voir dans le droit de fixer les conditions de l'exploitation de l'œuvre un droit inaliénable entre vifs, ce qui est contraire au principe de l'aliénabilité des prérogatives patrimoniales énoncé par l'article L. 122-7 CPI.

Il nous semble plus raisonnable de lui prêter un sens relatif, variable en fonction de la prérogative envisagée[1081] : le législateur utilise le terme générique de « transmission » mais le sens qu'il faut lui donner doit être précisé. Le « droit de divulguer l'œuvre » peut être transmis, dans l'exacte limite de ce que prévoit l'article L. 121-1 CPI à propos des prérogatives morales : elles sont inaliénables, mais elles sont transmissibles à cause de mort. Il en va de même pour « le droit d'en défendre l'intégrité ». A l'inverse, le « droit de fixer les conditions de son exploitation », de nature patrimoniale, est transmissible à cause de mort et entre vifs à titre onéreux ou gratuit, au sens de l'article L. 122-7 CPI qui prévoit que « le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux ».

Un auteur rejette cette analyse sélective, car « (l)à où le législateur n'a manifestement pas distingué, cela paraît peu crédible »[1082]. Pour lui, le droit de divulguer l'œuvre, comme celui de fixer les conditions de son exploitation, peut être transmis : cela signifie qu'il est aliénable. Pourtant, cela ne résout pas la question du sort du droit à l'intégrité de l'œuvre, que nous avons évoquée plus haut. Pour cette raison notamment, nous maintenons notre choix d'une interprétation plus raisonnable. En conséquence, nous pensons que cet article 25 ne peut pas être lu comme consacrant l'aliénabilité du droit de divulgation.

[1081] Dans ce sens, M. Crionnet, cité par J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 280, n°306, n°320.

[1082] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 280, n°306, n°320.

318. Bilan. Globalement donc, il nous semble que l'on ne puisse trouver dans la loi ni des hypothèses ponctuelles ni une reconnaissance générale de l'aliénabilité du droit de divulgation. L'inaliénabilité postulée du droit de divulgation semble confirmée.

B. La disponibilité non-translative – les conventions abdicatives

319. Termes du débat. Pour ceux qui, malgré tout, retiendraient l'aliénabilité du droit de divulgation, il faut rappeler que la disponibilité ne se résume pas à l'aliénabilité au sens strict. Il faut donc encore déterminer si le droit de divulgation est effectivement susceptible d'actes juridiques non translatifs. Nonobstant son éventuelle faculté de transférer son droit moral à un tiers, l'auteur peut encore imaginer d'en disposer de nombreuses autres manières. Quels actes juridiques peut-il valablement effectuer sur son droit de divulgation ? A défaut de le transmettre, la question se pose de savoir s'il peut y renoncer, ou même seulement l'aménager (ce qui revient à une renonciation partielle).

Concrètement, la jurisprudence est le plus souvent confrontée à la situation de l'auteur qui aménage ou renonce à telle ou telle prérogative morale par contrat, et veut ensuite revenir sur sa parole. Le juge doit alors se prononcer sur la validité d'une telle convention, ou au contraire sur son caractère contraire à l'ordre public. Refuser que l'auteur reprenne sa parole revient à valider la convention, donc à rendre la prérogative disponible[1083]. Autoriser l'auteur à reprendre sa parole revient à lui reconnaître une faculté indisponible.

Encore faut-il préciser les formes que peut prendre cette renonciation. On peut imaginer que les parties fassent ouvertement du droit de divulgation l'objet d'une convention abdicative. Mais il n'y a pas d'exemple en droit positif, de sorte que la jurisprudence ne s'est jamais prononcée explicitement sur cette question.

Plutôt que d'aménager directement l'exercice ou l'existence du droit de divulgation, les parties peuvent arriver à ce résultat de manière indirecte. Ce sont les hypothèses dans lesquelles l'auteur a passé un contrat de commande par lequel il s'est engagé contre rémunération à réaliser une œuvre d'art au profit d'un acquéreur, ou un contrat de mécénat qui l'astreint à produire des œuvres à un rythme déterminé. Puisque la question n'est pas clairement posée au juge, il ne donne pas de réponse univoque. C'est la doctrine qui, lisant entre les lignes des arrêts, trouve une, ou plutôt trois réponses.

[1083] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 278, n°303 bis.

1. Réponse attendue : le degré de disponibilité du droit de divulgation

320. Pour beaucoup, à l'examen de ces conventions, le juge statue implicitement sur la disponibilité du droit de divulgation. Mais parce qu'elle est implicite, sa réponse fait l'objet d'interprétations différentes.

321. Disponibilité. Certaines décisions admettent la validité générale de ces contrats, mais sans aborder la question du droit de divulgation[1084]. Pourtant, une doctrine lit dans ces contrats la renonciation implicite par l'auteur à son droit de divulgation, et dans ces arrêts la validation implicite d'une telle convention abdicative. Elle en déduit la disponibilité (elle utilise le terme d'aliénabilité mais il est selon nous inexact puisqu'il n'y a pas transfert au profit d'un tiers) du droit de divulgation[1085].

322. Indisponibilité. Pourtant, lorsque par la suite, l'auteur refuse d'exécuter son obligation et donc de livrer l'œuvre, le juge[1086] autorise cette inexécution. Il l'assortit parfois de dommages et intérêts à sa charge.
Une autre doctrine[1087] analyse ces mêmes contrats comme obligeant l'artiste à créer, et y voit une atteinte à son droit moral. Elle justifie donc leur inexécution par l'exercice du droit de divulgation, et prête au juge d'autoriser le refus de l'auteur sur ce fondement implicite[1088]. Autrement dit dans cette lecture, l'existence de ce contrat laisse intact le droit de divulgation, qui ne fait pas l'objet d'une quelconque renonciation, même implicite. En effet, au moment de sa conclusion, l'auteur n'a pas encore créé et son droit de divulgation, qui naît avec l'œuvre, n'existe pas encore, si bien que l'auteur ne peut par ce contrat renoncer à un droit qu'il ne détient pas encore. Dès la création de l'œuvre, le droit de divulgation naît entre les mains de l'auteur, mais puisqu'il n'a pas pu l'aliéner lorsqu'il n'existait pas encore, et parce qu'une fois né, ce droit est par nature inaliénable et ne peut faire l'objet d'une renonciation, il paralyse

[1084] Notamment C.A. Nîmes, 4 juillet 1966, J.C.P. 1967.II.14961 ; C.A. Paris 15 novembre 1966, D. 1967.284. Voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 281, n°308, note 324.
[1085] Dans ce sens, B. Parisot et R. Lindon, cités par J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 281, n°308, note 322.
[1086] Paris, 19 mars 1947, D. 1949, p. 20. Voir B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, préc., p. 71, n°53, note 270.
[1087] J. Raynard renvoie à Desbois, dans J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 281, n°308, note 325 et 327. Dans ce sens aussi, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 408, n°619.
[1088] Sauf à préciser que Desbois ne tranche pas clairement entre le fondement du droit de divulgation et celui du droit de repentir ou de retrait, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 281, n°308, note 326, renvoyant à Desbois, p. 497, n°406.

valablement le jeu du contrat.

En d'autres termes, si le juge valide l'inexécution du contrat, c'est forcément par respect de son droit de divulgation, et si ce droit de divulgation peut être exercé, c'est parce qu'il n'a pas pu être abdiqué tant qu'il n'était pas né, ni même une fois né. L'autorisation faite à l'auteur de ne pas exécuter prouve l'indisponibilité du droit de divulgation. Or, on le voit, les arrêts ne prennent pas expressément position sur la question du droit de divulgation, pas plus d'ailleurs que les parties au contrat. C'est la doctrine qui débusque le droit de divulgation derrière les stipulations contractuelles, ou qui reconnaît son exercice à travers le refus d'exécuter de l'auteur. Il s'agit donc d'une analyse habile, qui trouve dans ces arrêts la réponse à une question qu'ils ne posent même pas. Le droit de divulgation est nécessairement indisponible, aux termes de l'interprétation extensive retenue de l'article L. 121-1 du CPI, et ces arrêts ne peuvent donc dire que cela : « la nullité des conventions (renonciatives ou abdicatives du droit de divulgation) – à supposer qu'elles existent – ne fait pas de doute »[1089]. Il est permis d'hésiter à reconnaître le jeu du droit de divulgation à travers ces arrêts.

D'ailleurs, même si l'on croit vraiment que le droit de divulgation est sous-jacent à cette jurisprudence, il n'est pas pour autant acquis qu'ils établissent son indisponibilité. Ainsi, un autre auteur[1090] adopte une approche différente, qui repose sur le même postulat du recours implicite au droit de divulgation pour paralyser le contrat, sans toutefois répondre à la question de la disponibilité de ce dernier : en réalité, le contrat oblige seulement à livrer la propriété corporelle de l'œuvre, il n'oblige pas à divulguer et ne prend pas le droit de divulgation pour objet, même implicite. Ainsi, le refus d'exécuter de l'auteur conduit logiquement à l'exécution forcée de cette obligation de donner la chose corporelle, mais le jeu du droit de divulgation, resté extérieur à la convention, vient paralyser cette dernière. L'allocation de dommages et intérêts répare son inexécution. Et puisque le droit de divulgation reste extérieur aux engagements des contractants, la solution des juges ne permet pas de tirer une quelconque conclusion quant à sa disponibilité.

En tout état de cause, l'indisponibilité du droit de divulgation est sans doute une solution non seulement opportune – une renonciation produit concrètement les mêmes effets qu'une aliénation : en privant l'auteur de sa faculté de ne pas divulguer, elle laisse le cocontractant libre de choisir le moment de la divulgation – mais également bien fondée – si le législateur de 1957 décide de rendre le droit moral inaliénable, il est probable que sa logique le conduise

[1089] P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, préc., p. 292.
[1090] O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, préc., p. 242.

à inclure dans sa prohibition toutes les formes de conventions qui aboutiraient indirectement au même résultat que l'aliénabilité au sens strict –. Pour autant, il n'est pas possible d'ignorer que cette solution est également bien fragile.

2. Réponse inattendue : le degré d'utilité du droit de divulgation

323. Postulat. Pour certains d'ailleurs, la solution du juge ne fait pas implicitement référence au droit de divulgation, de sorte qu'il est impossible d'en déduire une quelconque réponse quant au degré de disponibilité de cette prérogative.

En effet, l'examen de cette jurisprudence qui autorise l'auteur à ne pas livrer son œuvre les amène à une conclusion radicalement différente : au lieu de déceler dans le silence du juge la consécration d'un droit de divulgation inaliénable, les auteurs trouvent le fondement de ces décisions dans d'autres dispositions, qui permettent d'expliquer tout aussi bien la position de la jurisprudence, et rendent le recours au droit de divulgation surabondant.

En réalité, avant de s'interroger sur la disponibilité du droit de divulgation, ces auteurs mettent en doute en amont son existence même en tant que véritable prérogative juridique, composante du droit moral de l'auteur[1091]. Ils se demandent à propos de l'article L. 121-2 du CPI qui le consacre : « s'agit-il d'une proclamation de principe sans intérêt réel, ou cette prérogative remplit-elle une fonction certaine et utile à côté de toutes les prérogatives spécialisées, notamment le *droit de repentir*, dont le législateur, dans un but protecteur évident, a assorti les créateurs intellectuels ? »[1092]. Pour asseoir son utilité, ils exigent d'établir que le droit de divulgation apporte une solution dans des hypothèses où aucune autre règle ne permet de dégager la même solution : « ce dernier droit, affirmé en des termes généraux par le législateur, ne saurait être utilement analysé qu'à partir des conflits concrets auxquels sa reconnaissance législative apporte une solution qui ne résulte ni du droit commun ni des prérogatives spécialisées du droit d'auteur. S'il est impossible de trouver des conflits remplissant ces critères, l'institution d'un « droit de divulgation » général et relevant du droit moral de l'auteur se révèle une simple clause de style (au moins du vivant de l'auteur) »[1093].

C'est seulement chemin faisant, en répondant à la question de savoir si le droit de divulgation

[1091] Voir sur cette question O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1983, p. 34, n°5, renvoyant au doyen Strömholm, à P. Recht, P. Roubier et P. Kayser.

[1092] S. STROMHOLM, *Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement, Etude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957*, dans *Hommage à Desbois*, Dalloz, 1974, p. 74.

[1093] S. STROMHOLM, *Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement, Etude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957*, préc., p. 74.

existe et joue dans telle ou telle hypothèse d'école, qu'ils répondent incidemment à celle de savoir s'il est disponible, puisqu'il ne peut jouer que s'il n'est pas abdiqué par la convention examinée. Ils distinguent ainsi trois hypothèses classiques.

324. Hypothèse : lorsque l'auteur cède son œuvre avant même de l'avoir créée, avant d'avoir effectué le moindre acte créatif, cette œuvre n'existe pas. Le droit de divulgation, qui naît en même temps qu'elle, n'existe pas non plus. L'auteur n'est pas encore titulaire d'un quelconque droit et ne peut de ce fait y renoncer. Le fondement de la jurisprudence qui l'autorise, à ce stade, à refuser d'exécuter, ne peut se trouver dans un droit de divulgation qui n'est pas encore né. Il se trouve donc pour certains[1094] dans le droit commun des contrats qui proscrit les engagements perpétuels ou manifestement excessifs, et pour d'autres dans « un « droit de créer », qui interviendrait (…) pour modifier les principes du droit commun en ce qui concerne les obligations contractuelles des créateurs intellectuels liés par une convention relative à une œuvre qui reste encore à créer »[1095].

325. Hypothèse : lorsque l'auteur cède une œuvre dont il a seulement commencé la réalisation, mais dont il n'est pas encore satisfait au point de vouloir s'en séparer, l'œuvre existe et le droit de divulgation aussi. L'arrêt Whistler[1096] pose la solution à propos d'un artiste qui refuse de livrer un portrait au client qui le lui a commandé : l'auteur a contracté une obligation « *sui generis* » dont l'inexécution se résout en dommages et intérêts.
Autrement dit, l'auteur peut refuser de livrer l'œuvre, mais ce faisant, il n'exerce pas un droit, au contraire il se borne à violer son engagement contractuel. Parce que cet engagement est d'une nature particulière, *sui generis*, la sanction de son non-respect consiste dans l'allocation de dommages et intérêts. Le juge qui prononce cette sanction se borne à appliquer le droit des contrats en cas d'inexécution d'une obligation, il ne consacre pas un quelconque droit de divulgation, et le recours à cette notion est inutile pour fonder la décision, voire non pertinent. D'ailleurs, la preuve en est que le refus de livrer l'œuvre est effectivement sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts, ce qui marque bien le caractère fautif de ce refus et la nature sanctionnatrice de la décision, alors que voir dans ce refus l'exercice valable d'un droit de divulgation ne permet pas de justifier l'obligation faite à l'auteur de réparer.

[1094] J. Raynard renvoie au doyen Strömholm, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 282, n°308.
[1095] S. STROMHOLM, *Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement, Etude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957*, préc., p. 74.
[1096] Trib. civ. Seine, 20 mars 1895, D., 1898.2.465 ; Cass. Civ. 14 mars 1900, DP 1900, 1, p. 497.

326. Hypothèse : lorsque l'auteur a achevé l'œuvre, et qu'il refuse cependant de la livrer, ou lorsqu'il l'a livré et souhaite la reprendre, la loi autorise expressément cette faculté à l'article L. 121-4 CPI qui consacre un droit de repentir et de retrait. En présence d'un contrat d'exploitation de l'œuvre, ce fondement ne fait aucune difficulté, et le droit de divulgation est alors inutile. Mais la doctrine[1097] exclut le jeu de cette faculté de repentir ou de retrait pour les contrats de commande d'œuvre d'art, si bien qu'il reste alors à trouver le fondement du refus de l'auteur dans cette hypothèse.

Pour admettre malgré tout l'exercice valable d'un tel retrait, certains refusent tout simplement de cantonner le droit de retrait aux seuls contrats d'exploitation, arguant que « si l'on admet que le cessionnaire du support acquiert également le droit de présentation publique, la compétence de l'article 32 est parfaitement admissible en cette hypothèse »[1098].

D'autres[1099] en reviennent à l'article L. 121-2 du CPI qui consacre le droit de divulgation. Le raisonnement est alors ni plus ni moins que celui qu'avancent ceux qui postulent la réalité du droit de divulgation et lisent dans la jurisprudence qui admet le refus de livrer de l'auteur la consécration de son exercice et donc son indisponibilité. En effet, pour ces derniers, et par extension ponctuelle pour ceux qui s'y opposent par ailleurs, le droit de divulgation consiste dans la somme de deux facteurs, la volonté de divulguer et le fait de divulguer. Tant que l'auteur n'a pas livré son œuvre, il n'a fait qu'exprimer la volonté de la divulguer. Le fait de conclure un contrat de commande ne constitue pas le fait matériel de la divulgation, et c'est la livraison qui parachève la divulgation en ajoutant l'acte à la simple volonté. Dès lors, le refus de livrer consomme également le refus de divulguer. Il ne peut y avoir retrait ou repentir, puisqu'en amont, il n'y a pas encore eu divulgation. Lorsque la jurisprudence autorise le refus, elle autorise le jeu du droit de divulgation.

Mais cette dernière analyse est quelque peu paradoxale : les auteurs refusent *a priori* que l'exercice du droit de divulgation vienne expliquer le droit pour l'auteur de ne pas livrer, et trouvent dans l'exercice du droit de retrait le fondement de ce refus, mais lorsque l'argument tombe à l'eau parce que le droit de retrait n'est pas aussi général que le droit de divulgation, ils en reviennent à l'exercice de ce droit de divulgation comme fondement suffisant du refus de livrer, alors qu'ils s'étaient précisément fixé comme but de l'invalider.

Un auteur propose une analyse originale, qui, au-delà de l'éventuelle indisponibilité du droit

---

[1097] J. Raynard cite dans ce sens A. Françon, P. Kayser, A. Huguet, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 283, n°308, note 335.

[1098] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 283, n°308.

[1099] Desbois, et C. Colombet, cités par J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 283, n°308, note 337.

de divulgation, tend à démontrer non seulement l'inexistence de cette prérogative en tant qu'attribut du droit moral, en établissant que c'est le droit commun des contrats, et non plus le droit spécial de repentir et de retrait, qui suffit à justifier la solution, mais également et incidemment l'inutilité du droit de retrait et de repentir. Il s'agit en effet de relever que l'auteur, comme tout individu débiteur d'une obligation de faire personnelle, ne peut y être contraint. Cette règle de droit commun suffit. « L'impossibilité de fixer des astreintes ne résulte pas d'un prétendu droit moral propre à l'auteur, mais de la nature même de la prestation à laquelle il s'est engagé. L'inspiration ne peut être considérée comme une condition purement potestative de la part de l'artiste ; elle est sous-entendue dans la commande d'un portrait et le contrat est donc valable sans une telle condition. (…) le cas de mauvaise foi mis à part, l'artiste et l'écrivain sont les souverains de l'œuvre qui est leur propriété et décident seuls si et quand elle doit être livrée dans le cadre d'un contrat de commande. Qu'est-ce que le prétendu droit moral a à voir dans l'interprétation d'un tel contrat ? »[1100].

327. Bilan. Ainsi, de manière certaine pour les contrats d'exploitation, et de manière probable pour les contrats de commandes d'œuvres d'art, le refus par l'auteur de livrer son œuvre trouve son fondement ailleurs que dans le droit de divulgation, auquel un recours – qui plus est divinatoire – est rendu inutile. Par suite, puisque l'on ne peut déceler ici le jeu de cette faculté, on ne peut pas non plus en déduire un quelconque caractère d'inaliénabilité de celle-ci. Autrement dit, l'examen de cette jurisprudence censée consacrer l'inaliénabilité du droit de divulgation se révèle impuissante à justifier une telle conclusion. Cela ne signifie pas que le droit de divulgation soit aliénable, mais seulement que la jurisprudence susmentionnée n'établit en rien son inaliénabilité, puisqu'il ne constitue pas son fondement. La question qui nous occupe, celle de savoir si l'auteur peut valablement renoncer à son droit de divulgation par convention, reste donc entière.

3. Réponse inattendue : le degré de pertinence du droit de divulgation

328. Pertinence du droit de divulgation. Pourtant, c'est très précisément dans cette impuissance, dans l'incapacité du droit positif à répondre à notre question que certains trouvent une réponse, mais elle est loin de celle que nous attendions.

[1100] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 302.

En effet, la jurisprudence ci-dessus exposée peut raisonnablement conduire à la conclusion que, lorsque l'auteur refuse de transférer son œuvre, il ne le fait pas au titre de l'exercice de son droit de divulgation. Or, on prête traditionnellement au droit de divulgation de consister dans la faculté pour l'auteur de choisir librement le moment et la manière de rendre l'œuvre publique, de s'en séparer. Donc il apparaît que, dans toutes les hypothèses où le droit de divulgation devrait naturellement trouver à s'appliquer, il est en réalité surabondant parce que la même solution peut être obtenue par le recours à d'autres dispositions qui fournissent un fondement concurrent et suffisant. Par suite, si le droit de divulgation est inutile justement là où il a vocation à être utile, peut-être faut-il en déduire qu'il est tout simplement non pertinent.

329. Nature du droit de divulgation. Des auteurs vont jusqu'au bout de ce raisonnement, et en tirent deux conclusions possibles.

Pour les premiers, l'examen des trois conflits-type montre que le droit de divulgation n'existe pas en tant que tel. Son inutilité générale trahit sa véritable nature. Il n'est pas un véritable droit au sens technique, une prérogative juridique assortie d'un régime particulier et de conséquences spécifiques. Il existe certes, mais il est seulement un concept qui réunit sous un terme générique plusieurs situations qui ont en commun de mettre en jeu la liberté de l'auteur qui refuse de se séparer de son œuvre malgré les engagements qu'il a pu prendre, et pour lesquelles le droit apporte des solutions ponctuelles.

Le doyen Strömholm considère ainsi que, si « il n'est pas inutile de désigner par un tel terme toutes les règles qui garantissent au créateur intellectuel la possibilité d'échapper, sous certaines conditions, aux principes qui régissent les contrats de droit commun et leur exécution ainsi que la jouissance des droits patrimoniaux (…), il n'en est pas nécessairement de même de l'introduction de ce terme dans la législation, où la notion de « droit » doit avoir un sens précis et s'appliquer à une prérogative ou à un ensemble de prérogatives bien définies »[1101]. Par suite, cette nature particulière le rend inaliénable : parce qu'il n'est pas une véritable prérogative juridique à l'égale des prérogatives morales classiques de l'auteur, il est techniquement inapte à faire l'objet d'une cession[1102].

Pour le second, le droit de divulgation n'est certes pas une des prérogatives morales de l'auteur tel que le conçoit la doctrine classique, mais il n'est pas moins que cela – comme

[1101] S. STROMHOLM, cité par J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 283, n°309, note 338.

[1102] Dans ce sens, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 284, n°309.

pour les auteurs ci-dessus –, il est au contraire plus que cela. Il est un véritable droit subjectif qui substitue « à des protections ponctuelles, procédant de règles éparses et particulières, une protection unique et générale (…) »[1103].

Pour nous, ces deux conclusions, pour opposées qu'elles soient, en amènent une autre, commune, qui a le mérite de clore le débat : si le droit de divulgation n'est pas l'une des prérogatives morales de l'auteur au sens strict – s'il est moins que cela, ou s'il est plus que cela – il devient alors inutile d'examiner son éventuelle inaliénabilité, puisqu'il ne fait pas partie de ce droit d'auteur dont nous voulons mesurer la parenté avec le droit de propriété.

330. Bilan. Pour autant, nous hésitons à nous rallier à l'une ou l'autre de ces thèses trop radicales. Nous préférons nous en tenir à la lecture de la jurisprudence que propose la doctrine moderne – celle qui souligne que cette dernière trouve son fondement dans des dispositions rendant le droit de divulgation surabondant –, mais sans lui faire produire les conséquences radicales ci-dessus exposées.

Nous préférons relever que le législateur fait du droit de divulgation l'une des prérogatives morales qu'il classe parmi les droits moraux de l'auteur. Peu nous importe qu'il fasse double emploi et que d'autres dispositions suffisent à le remplacer. Il est consacré par la loi. Même si le juge n'y fait pas une référence explicite lorsqu'il autorise l'auteur à ne pas se séparer de son œuvre, toutes ces hypothèses montrent bien que l'auteur reste libre, quel que soit l'engagement qu'il a contracté, de ne pas divulguer son œuvre.

Finalement, beaucoup d'auteurs se satisfont du constat que la jurisprudence trouve son fondement à la fois dans le droit des contrats et dans le droit de divulgation, sans vouloir tirer des conclusions drastiques d'un prétendu double emploi. D'ailleurs, on peut rejoindre certains auteurs[1104] qui proposent, pour mettre un terme à l'idée que le droit des contrats seul suffirait à la sanction et que le droit de divulgation serait surabondant, de considérer désormais que le refus de livrer une œuvre commandée constitue à la fois l'inexécution d'une obligation contractuelle et l'exercice légitime d'une prérogative légale. Par suite, il conviendrait selon ces auteurs de limiter l'allocation de dommages et intérêts à la seule réparation des frais et avances que le commanditaire a exposées, et de ne plus sanctionner l'auteur par une forme de dommages et intérêts punitifs.

Quoi qu'il en soit, le droit de divulgation existe sans aucun doute, et la jurisprudence illustre –

[1103] O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, préc., p. 573 à 591.
[1104] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 410, n°621, renvoyant à P.-Y. Gautier.

implicitement, nous en convenons – son inaliénabilité. Nous voulons encore une fois rappeler que nous préférons le qualifier d'indisponible, puisqu'il ne s'agit pas pour l'auteur de le transmettre à un tiers mais seulement d'y renoncer. En tout état de cause, on peut effectivement éprouver des difficultés à le réconcilier avec l'aliénabilité du droit de propriété.

331. *Addendum*. Transmission à cause de mort. Au titre de la disponibilité, il faut enfin envisager la question de la transmission du droit de divulgation à cause de mort[1105].

Le principe de la transmission du droit de divulgation au décès de l'auteur ne fait pas de doute. Outre l'article L. 121-1 al.3 du CPI qui dispose que le droit moral « est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur » et dont la doctrine adopte une interprétation large, c'est surtout l'article L. 121-2 al.2 et 3 du CPI qui pose clairement le principe de transmission du droit de divulgation.

L'auteur peut-il, comme un véritable propriétaire, librement désigner celui qui l'exercera ? Il apparaît que, au regard de son droit de divulgation, l'auteur jouit d'une liberté à l'égal de n'importe quel propriétaire corporel. L'alinéa 2 dispose : « Après sa mort, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur ». Sa liberté est d'ailleurs plus grande à l'égard de la transmission de cet attribut que des autres, puisque c'est la loi qui règle la dévolution successorale du droit au respect et droit de paternité.

Ainsi, non seulement la loi autorise-t-elle l'auteur à transmettre librement son droit, un auteur[1106] souligne même qu'elle l'y encourage. Prenant en compte la dimension personnelle de l'acte de divulgation, le législateur reconnaît que l'auteur est le mieux placé pour désigner la personne qui saura rester fidèle à sa mémoire[1107]. Si néanmoins l'auteur ne désigne pas expressément cette personne de son choix (personne physique, musée, fondation, etc.), la loi règle alors la dévolution du droit de divulgation de manière particulière, ici encore de façon à respecter au mieux la volonté présumée de l'auteur. Mais en tout état de cause, le droit de divulgation est transmis au décès de l'auteur, à l'image d'un droit de propriété.

332. Conclusion sur la disponibilité du droit de divulgation. Pour conclure sur le droit de divulgation, il faut reconnaître que la controverse est loin d'être éteinte, et que les arguments

[1105] A. FAVREAU, *Le droit d'auteur et le droit des successions*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 192.
[1106] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 222, n°275.
[1107] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 321 ; J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, préc., p. 178.

invoqués de part et d'autre ne peuvent être aisément écartés. Il faut cependant trancher, et nous penchons globalement pour l'indisponibilité. Plus précisément, il est certain que le droit de divulgation ne peut être aliéné par l'auteur. Nous pensons que les hypothèses d'aliénation légale, ponctuelles ou générale, n'en sont pas, ou en tout cas ne peuvent constituer que des exceptions confirmant la règle de l'inaliénabilité. Quant aux hypothèses d'abdication, le jeu effectif du droit de divulgation nous semble souvent divinatoire, de sorte que non seulement nous tendons à rejoindre ceux qui pensent que d'autres mécanismes permettent parfaitement d'arriver aux solutions dégagées, mais de plus nous doutons que le droit de divulgation soit une véritable prérogative juridique à l'égal des autres prérogatives morales consacrées par la loi. Il nous semble se rapprocher davantage d'une liberté, mais faute d'une étude plus approfondie, nous n'avons pas de certitude quant à sa nature véritable. En conséquence, faute d'être un véritable droit subjectif, il nous semble qu'il est de toute façon exclu d'y voir un objet possible de conventions, translatives ou pas. En bref, le droit de divulgation paraît bien être indisponible, en plus d'inaliénable, mais sa nature particulière prive cette conclusion de véritable portée au regard de notre recherche : peu importe finalement que l'*abusus* juridique du droit de divulgation soit possible ou pas, puisque telle qu'elle apparait désormais, cette prérogative paraît de toute façon bien éloignée de celles que confère le droit de propriété traditionnel.

333. Résumé et renvoi. Le droit de paternité[1108]. Il consiste (art. L. 121-1 CPI) pour l'auteur dans la faculté positive d'obtenir la reconnaissance de sa qualité d'auteur, si besoin en contestant une paternité infondée, et dans la faculté négative de dissimuler cette qualité par un pseudonyme ou l'anonymat. C'est à son propos que la question de la disponibilité des prérogatives morales se pose le plus souvent, parce qu'il est très fréquent que l'auteur renonce au droit de revendiquer la paternité de son œuvre ou qu'il transfère ce droit à autrui. Et l'enjeu est de taille : le droit de paternité commande tous les droits moraux.

L'article L. 121-1 al. 3 du CPI pose le principe de son inaliénabilité : la convention translative n'est pas valable, mais l'auteur qui revient sur sa parole doit apporter la preuve – diabolique – de sa paternité, et sa dénonciation n'a d'effet que pour l'avenir. En revanche, les conventions non plus translatives mais simplement abdicatives – celles qui consistent pour l'auteur à renoncer à se prévaloir de sa qualité ou à choisir un pseudonyme – sont validées par la jurisprudence, et plus particulièrement par l'article L. 132-11 al. 3 en matière de contrat

[1108] Pour le détail, voir version intégrale n°995 à 1004.

d'édition. Cependant, le juge autorise le repentir de l'auteur pour l'avenir.

Pour nous, et globalement, il n'est pas possible de conclure que le droit de paternité est partiellement disponible. Que signifie de dire que les conventions non-translatives sont valables, puisque le juge les prive d'effet en autorisant leur révocation ? Et pourquoi dans ce cas dire que les conventions translatives ne sont pas valables, puisque le juge ne les annule que pour l'avenir ? Si la lettre de l'article L. 121-1 pose seulement un principe d'inaliénabilité, son esprit dicte les solutions de la jurisprudence : parce que les conventions abdicatives produisent en pratique les effets d'une convention translative, le juge les entoure de conditions sévères, de manière à éviter qu'elles ne soient le moyen de contourner le principe. Les clauses relatives au droit de paternité sont toutes dépourvues d'effet. C'est ce qui autorise un auteur à dire que le droit de paternité « ne se prête ni aux renonciations ni aux cessions »[1109].

334. Résumé et renvoi. Le droit au respect de l'œuvre[1110]. C'est le droit pour l'auteur de s'opposer à toute modification de son œuvre. Le rendre aliénable revient à valider les conventions translatives autorisant les tiers à modifier l'œuvre sans contrôle possible de l'auteur, le rendre simplement disponible consiste à autoriser l'auteur à renoncer par avance à contester les modifications de son œuvre par les tiers.

Par principe, le droit au respect est inaliénable, aux termes de l'article L. 121-1 du CPI. Mais lorsque l'auteur cède le droit d'exploiter son œuvre, certaines modifications sont nécessaires à l'exploitation, et l'indisponibilité totale autoriserait l'auteur à paralyser cette dernière. En conséquence, la doctrine et le juge valident certaines conventions non translatives, dont il faut souligner qu'elles produisent un effet proche de celui d'une aliénation.

335. Résumé et renvoi. Le droit de repentir ou de retrait[1111]. Il autorise l'auteur (art. L. 121-4 CPI) à reprendre son œuvre alors même qu'il en cédé les droits d'exploitation. Cette prérogative exorbitante du droit commun semble bien échapper à toute forme de disponibilité.

336. Conclusion sur la disponibilité du droit moral de l'auteur. L'examen du traitement en jurisprudence de chacune des prérogatives morales de l'auteur révèle un tableau contrasté, dont il est difficile de tirer un enseignement univoque. Le résultat est par ailleurs incomplet,

[1109] H. DESBOIS, n°438 et 439, cité par R. PLAISANT, *Les conventions relatives au droit moral de l'auteur*, préc., p. 65.
[1110] Pour le détail, voir version intégrale n°1005 à 1015.
[1111] Pour le détail, voir version intégrale n°1016 et 1017.

faute pour le juge d'avoir statué sur chacune des hypothèses envisageables. Il y a donc des certitudes, mais surtout des postulats[1112].

D'une part, il est certain que le droit au respect et le droit de paternité ne peuvent être aliénés. Les textes l'affirment. En revanche, c'est la doctrine qui, dans le silence du législateur et du juge, en déduit d'une part l'inaliénabilité du droit de divulgation et du droit de retrait et de repentir, et d'autre part du droit moral en tant qu'unité. Mais cela n'a rien d'évident, lorsque l'on sait par exemple que le droit de paternité était complètement aliénable jusque 1957, ce qui revenait à admettre l'aliénation du droit moral dans son entier, sans que personne ne s'en offusque.

D'autre part, il est certain que le droit de paternité peut faire l'objet de conventions non translatives, tout comme le droit au respect de l'œuvre. Mais le juge les entoure de conditions telles que l'on peut parfois douter de leur efficacité, donc de leur véritable validité. Et c'est ici encore la doctrine qui veut étendre la règle au droit moral conçu de façon unitaire. Mais la validité d'une convention relative au droit de divulgation ou au droit de retrait et de repentir est incertaine.

Globalement donc, et objectivement, l'indisponibilité « n'a pas un caractère absolu »[1113], elle n'est que relative, mais elle reste cependant potente. Et si tous les auteurs[1114] reconnaissent qu'il s'agit là d'un tableau en demi-teintes, ils ne s'accordent pas sur le poids qu'il convient de donner à ces entorses au principe, si bien que les lectures qu'ils proposent de la disponibilité du droit moral varient fortement.

Ceci n'est pas sans conséquences : le degré de disponibilité du droit moral détermine sa parenté éventuelle avec un droit patrimonial. Mieux, l'inaliénabilité résume presque à elle seule la spécificité du droit moral. C'est elle qui autorise à dire que le droit moral a une nature particulière. C'est ce caractère du droit moral que l'on expose en premier et qui « constitue finalement l'élément décisif qui fonde le particularisme du droit moral. Cette caractéristique apparaît en effet comme la traduction technique principale du lien d'attachement de ce droit à l'auteur, et contraste spectaculairement avec l'affirmation légale de la cessibilité des prérogatives patrimoniales »[1115]. Cette différence de régime justifie la différence de nature, le dualisme du droit d'auteur.

[1112] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd., préc., p. 444, n°512.

[1113] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd., préc., p. 440, n°508.

[1114] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, préc., n°382 ; C. Colombet, A. et H.-J. Lucas, A. Françon, cités par S. JOLY, *L'ordre public et le droit d'auteur*, préc., p. 352.

[1115] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 276, n°303 bis.

D'ailleurs, il est possible de suggérer que l'interprétation du droit positif retenue par les auteurs n'est pas complètement objective : aux fins d'asseoir une analyse tantôt propriétairiste, tantôt dualiste du droit d'auteur, ils renvoient de la jurisprudence une image très différente. Les auteurs[1116] qui analysent le droit d'auteur dans son entier comme une forme de propriété considèrent que le droit positif fait du droit moral une prérogative disponible, et l'on ne sait plus très bien, en les lisant, si c'est le constat objectif de la disponibilité qui conduit à l'analyse en propriété ou le choix de la propriété qui oblige à une telle conclusion. La même remarque vaut, en sens inverse, pour les tenants de l'analyse dualiste. Parce que l'analyse en droit de la personnalité reflète la noblesse des finalités qu'il poursuit et assure à l'auteur une protection inégalée, il n'est pas exclu que ses tenants choisissent délibérément de lire dans la jurisprudence une inaliénabilité, voir même une indisponibilité qui relève davantage du vœu pieux que de la réalité.

En faveur d'une lecture « pro-disponibilité », on peut sans doute invoquer un argument textuel, à savoir les termes de l'article L. 121-1 du CPI qui prohibe seulement les aliénations, ainsi que les termes non moins explicites des juges qui valident certaines conventions non translatives. On peut encore invoquer un argument de raison : « Faut-il donc toujours considérer les auteurs comme des enfants de la maternelle ? Je demande, avec M. Lyon-Caen : « Pourquoi traiter les auteurs comme des mineurs et leur défendre des actes permis à toute personne sur toute espèce de biens et toute espèce de droits »[1117]. Et à propos du droit au respect de l'œuvre, « (a)dmettre les renonciations à ce droit c'est d'abord accepter que l'auteur ne soit pas nécessairement assimilé à un véritable incapable, insusceptible de prendre la mesure de son engagement. S'il s'oblige à laisser son cessionnaire libre de pouvoir modifier son œuvre, c'est bien parce qu'il a préalablement pris en compte que ce dernier pouvait en dénaturer certains aspects »[1118].

Pourtant, nous ne sommes pas convaincue. Quant à ce dernier argument, il faut être honnête : quel auteur a la force d'imposer un refus ? Si la validité des renonciations était admise, quel exploitant accepterait de s'en passer ? Cela deviendrait automatique. Quant aux solutions du juge, nous avons déjà souligné que la validation, au demeurant ponctuelle, des conventions non translatives pouvait apparaître, eu égard aux restrictions dont elle est assortie, comme une forme déguisée de prohibition. Enfin, l'argument de la lettre de l'article L. 121-1 du CPI peut tout simplement trouver son pendant dans l'esprit qui préside à la loi de 1957 : peut-on prêter

[1116] J. Raynard par exemple.
[1117] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 291, citant LYON-CAEN, Bulletin de la Société d'études législatives, 1908, p. 147.
[1118] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, préc., p. 56, n°33.

au législateur une démarche aussi absurde, consistant à interdire la cession mais à autoriser la renonciation alors que cette dernière produit les effets de la première ?

Globalement, et sans prétendre davantage à l'objectivité dont nous hésitons par ailleurs à créditer les auteurs mentionnés, nous voulons donc proposer notre lecture, fut-elle tout aussi partiale. Pour nous, davantage que sa mise en œuvre effective, c'est surtout le principe de l'inaliénabilité qui nous semble « vigoureux »[1119]. Il continue de marquer les esprits, et les entorses qu'il subit constituent plutôt des aménagements que de véritables remises en cause. Il s'agit finalement de concilier les impératifs du commerce juridique et la nécessaire exploitation de l'œuvre, avec le respect de sa dimension personnelle. Il n'est donc pas possible de dire que le droit moral de l'auteur est aliénable, mais il n'est pas non plus possible de dire qu'il est disponible à titre non translatif : la validité des conventions non-translatives n'est pas générale, loin s'en faut. Si, concrètement, certaines conventions peuvent conduire à une quasi-aliénabilité de fait, il ne s'agit que d'entorses ponctuelles, auxquelles il ne faut pas faire dire ce qu'elles ne disent pas. En résumé, il nous paraît tout aussi inexact de dire que le droit moral est disponible, que de dire qu'il est indisponible. Eu égard à l'esprit qui préside à son régime, nous préférons donc postuler que le droit moral de l'auteur est, et demeure, essentiellement indisponible, le pragmatisme dictant toutefois certains aménagements marginaux. L'*abusus* juridique du droit moral ne fait pas partie des attributs de l'auteur. Mais nous en convenons, c'est une lecture qui nous est personnelle, et beaucoup choisissent un angle d'approche diamétralement opposé.

Nous voulons ajouter un mot sur la question de la transmission des prérogatives morales à cause de mort. En droit commun, la transmission du bien est libre, sauf les règles impératives de la dévolution légale. En droit d'auteur, l'article L. 121-1 du CPI nous dit que le droit moral est transmissible, et d'autres textes reconnaissent à l'auteur une certaine liberté dans le choix de celui à qui il est transmis. Le pouvoir de l'auteur est donc sur ce point identique à celui d'un propriétaire[1120]. Comme en droit commun des successions, la liberté du *de cujus* n'est pas totale, mais elle existe. Cet aspect du droit moral ne présente donc pas d'originalité par rapport au droit commun des biens corporels. Dans le cadre de notre problématique, il est donc non pertinent : le pouvoir de l'auteur quant à la transmission de son droit moral n'est pas différent de celui d'un propriétaire classique, si tant est bien entendu que l'on admette de rapprocher le droit moral d'une prérogative de propriétaire. Mais c'est une question que nous

[1119] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 287, n°313.

[1120] Dans ce sens, B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 136 et s., n°291 et s.

envisagerons en Sous-titre 2. Pour l'instant, il suffit de relever que la disponibilité du droit moral à cause de mort ne constitue pas un obstacle à une éventuelle analyse en propriété.

Section 2. La disponibilité du droit moral des autres créateurs

337. Ceux qui se rattachent, de près ou de loin, au droit d'auteur sont mieux protégés que les autres. Sauf pour le brevet, il faut ici renvoyer à la version intégrale.

Renvoi. L'auteur d'un logiciel[1121]. Le droit moral de l'auteur d'un logiciel n'est sans doute pas aussi indisponible que celui d'un auteur classique, tout simplement parce que « logiciel est plus protégé pour la fonction qu'il remplit qu'en tant qu'émanation d'une personnalité »[1122].

Renvoi. L'auteur d'un dessin ou modèle[1123]. Le droit spécifique des dessins et modèles, tel qu'il résulte du Livre V du CPI, ne prévoit pas de droit moral particulier. Il faut donc ici renvoyer au régime du droit d'auteur, lorsque l'auteur du dessin ou modèle en bénéficie, tout en observant qu'ici, « la jurisprudence (est) parfois bien accommodante »[1124].

Renvoi. L'artiste-interprète[1125]. L'indisponibilité de son droit moral semble suivre celle de celui de l'auteur, tempérée par le juge comme pour les autres satellites.

Renvoi. Le créateur d'une marque[1126]. Le titulaire de la marque n'a pas de droit moral, sauf à admettre avec P. Recht que tout droit de propriété compte implicitement parmi ses attributs un droit de paternité, que la loi se bornerait à rendre explicite en d'autres domaines de propriété intellectuelle.

338. Disponibilité du droit moral du breveté. L'inventeur, au titre de son brevet, reçoit, outre son droit exclusif d'exploitation, un droit de paternité. L'article L. 611-9 du CPI dispose que « l'inventeur, salarié ou non, est mentionné comme tel dans le brevet ; il peut également s'opposer à cette mention ». Il « semble plutôt ressortir à l'idée de récompense et d'encouragement à la recherche qu'à celle de droit moral »[1127].

L'article L. 613-8 du CPI pose le principe de la disponibilité sans distinguer : « Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie.

[1121] Voir version intégrale n°1020.
[1122] F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Les biens*, 3e éd., préc., p. 124, n°75.
[1123] Voir version intégrale n°1021.
[1124] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd., préc., p. 467, n°535, citant plusieurs arrêts.
[1125] Voir version intégrale n°1022.
[1126] Voir version intégrale n°1024.
[1127] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, 1999, préc., p. 144, n°294.

Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive ». *A priori*, il faudrait donc considérer que le droit de paternité peut être abdiqué ou même aliéné.

Pourtant, la doctrine unanime adopte une analyse dualiste du droit de propriété industrielle. « Ce droit doit (…) être nettement distingué du droit matériel donné par le brevet »[1128]. Le droit moral de l'inventeur est autonome par rapport au droit patrimonial qui découle du titre de brevet : la preuve en est que tous deux n'ont pas forcément le même titulaire, puisque le droit d'exploiter appartient au breveté qui n'est pas forcément l'inventeur. Ainsi, le droit moral ne fait pas partie intégrante du droit de propriété de l'inventeur et « n'est pas cédé avec lui[1129]. La cession par l'inventeur de son droit patrimonial « n'emporte jamais transfert du droit moral de l'inventeur ; celui-ci conserve donc le droit au nom et le droit aux récompenses industrielles »[1130].

Pour autant, si la cession du droit patrimonial laisse intact le droit moral de l'inventeur, cette solution s'explique par la nature dualiste du droit de brevet, mais n'implique pas obligatoirement que le droit moral pris isolément soit indisponible. Si l'on admet que le droit au nom de l'inventeur a une nature morale, il est possible qu'il faille en déduire son inaliénabilité. L'inventeur ne pourrait donc pas autoriser un tiers à se déclarer inventeur à sa place. Pourtant, il faut se rappeler qu'en droit d'auteur, ce type d'accord était parfaitement valable jusque 1957 : c'est la « convention de nègre ». Et l'esprit du droit des brevets est bien moins personnaliste que celui du droit d'auteur. Le doute est donc permis et la question reste entière.

Il en va de même de la disponibilité non translative de ce droit au nom : *a fortiori*, il nous semble que le véritable inventeur qui renonce à son droit au nom ne perd rien d'autre que son « heure de gloire », puisque cette mention est dépourvue de toute conséquence juridique.

D'ailleurs, il est acquis que l'inventeur peut renoncer à ce droit de paternité de manière indirecte. C'est l'hypothèse de l'invention déposée par un autre que le véritable inventeur ou que l'employeur titulaire légitime. Si ce véritable inventeur s'abstient de se manifester, son action en revendication se prescrit par trois ans à compter de la publication de la délivrance du brevet lorsque le déposant est de bonne foi (art. L. 611-8 al 1 et 2 du CPI). S'il est de

[1128] J.-M. Mousseron cite l'article 5 d'un projet soumis par sa commission compétente au Conseil Supérieur de la Recherche Scientifique, disposant : « la reconnaissance de cette qualité (d'inventeur) est indépendante de tout droit patrimonial ayant l'invention pour objet ». Voir J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 165, n°138.

[1129] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 177, n°128.

[1130] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 341, n°538, renvoyant à Com. 23 nov. 1964 pour le droit au nom et Req. 18 mars 1902 pour le droit aux récompenses industrielles.

mauvaise foi, parce qu'il avait par exemple soustrait l'invention à l'inventeur ou violé une obligation légale ou conventionnelle comme une clause de confidentialité, le véritable inventeur peut revendiquer jusqu'à l'expiration du brevet (art. L. 611-8 al 3 du CPI). En d'autres termes, l'inventeur perd son droit par abstention prolongée, la prescription extinctive joue et l'inventeur peut, indirectement, renoncer définitivement à sa qualité[1131]. C'est bien la preuve que le droit au nom de l'inventeur n'est pas conçu comme véritablement intangible.

339. Conclusion du chapitre. Parce qu'elles ont une nature extrapatrimoniale, on constate que les prérogatives morales du créateur demeurent en grande partie indisponibles. Ou peut-être est-ce l'inverse : parce qu'elles sont essentiellement indisponibles, il faut conclure que les prérogatives morales du créateur ont une nature extrapatrimoniale. En tout état de cause, les aménagements au principe de l'indisponibilité ne suffisent pas à l'invalider.

[1131] P. TAFFOREAU, *Possession et propriété intellectuelle*, préc., p. 121.

Chapitre 2. La disponibilité des prérogatives patrimoniales du créateur

340. Dans la théorie classique, le propriétaire d'un bien détient l'*abusus* juridique. A ce titre, il peut d'abord transmettre ce bien à cause de mort. Il peut ensuite le céder, l'aliéner de son vivant, et donc disposer de son droit de propriété. Il peut aussi conserver la propriété de son bien et constituer sur lui un droit réel, dans la limite des droits réels connus[1132]. Il peut encore concéder des droits personnels mais ils n'auront pas son bien pour objet, et pour cette raison, ce type d'acte n'est pas assimilé à un acte de disposition juridique. En tout état de cause, le véritable propriétaire doit normalement pouvoir faire toutes ces choses.

Pour mesurer le pouvoir d'*abusus* du créateur sur ses prérogatives patrimoniales, il faut donc déterminer si celui-ci peut aliéner la totalité de son droit patrimonial au profit d'autrui, et s'il peut en transférer certaines parties seulement, tout en restant maître de la création. Marginalement, il faut se demander s'il est libre de transmettre ses droits patrimoniaux à cause de mort.

Bien entendu, le constat de l'inaliénabilité des prérogatives morales n'est pas engageant, mais il n'est pas pour l'instant acquis que le droit moral, et surtout celui de l'auteur, fasse nécessairement partie du droit dont nous recherchons la parenté avec la propriété. Quelle que soit la thèse finalement retenue, moniste ou dualiste, il faut en tout cas examiner le degré de disponibilité des prérogatives patrimoniales, nonobstant celui des prérogatives morales.

Egalement, il est constant que le propriétaire d'une chose corporelle n'a pas systématiquement le pouvoir de disposer complètement de sa chose. Certaines sont affectées d'une clause d'inaliénabilité, d'autres sont placées hors d'atteinte de la volonté de leur propriétaire en raison de leur rôle (le logement familial, les souvenirs de famille). Mais toujours, cette entorse à la disponibilité reste limitée dans le temps, et prend fin lorsque les circonstances changent. Ce n'est pas la nature immuable de la chose corporelle qui dicte son indisponibilité, mais des considérations ponctuelles et exogènes. En revanche, la création reste telle qu'elle est tant qu'elle existe, et si indisponibilité il y a, elle est appelée à perdurer autant que son objet. Il faut donc relever dès à présent que, si notre examen révèle des entorses à la disponibilité patrimoniale des créations, il n'est pas possible de les minimiser en arguant que la disponibilité des choses corporelles connait pareillement des limites. L'indisponibilité patrimoniale éventuelle des créations nous paraît constituer un obstacle plus grave, parce que touchant à la nature de celles-ci.

[1132] Sous réserve des conséquences qu'il faut tirer de l'arrêt Maison de la Poésie. Voir sur ce point *infra* n°572.

En tout état de cause, il convient ici encore de distinguer entre le droit d'auteur et les autres droits de propriété intellectuelle. C'est la disposition des prérogatives patrimoniales de l'auteur qui cristallise les difficultés principales (Section 1), et appelle les conclusions fondamentales que nous proposons en Sous-titre 2. La situation des autres créateurs suscite beaucoup moins de controverses (Section 2).

Section 1. La disponibilité des prérogatives patrimoniales de l'auteur

341. L'article L. 111-1 du CPI attribue à l'auteur « un droit de propriété incorporelle » qui « comporte des attributs (…) d'ordre patrimonial ». Le Titre II « droits des auteurs » contient un chapitre 2 intitulé « droits patrimoniaux ». C'est donc ici que se trouvent détaillés les droits patrimoniaux de l'auteur. Le premier article du chapitre (art. L. 122-1) dispose « Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ». L'article L. 122-8 du CPI ajoute « Les auteurs d'œuvres originales graphiques et plastiques (…) bénéficient d'un droit de suite ». L'article L. 122-8 du CPI pose en principe l'inaliénabilité du droit de suite, tandis que l'article L. 122-7 du CPI pose le principe inverse : « Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux ».
En résumé, l'auteur a, au titre de son droit patrimonial, un droit de représentation, un droit de reproduction et un droit de suite. Il faut y ajouter un droit de destination, dont nous avons vu qu'il constitue le prolongement implicite du droit de reproduction. Si les deux premiers sont aliénables, le troisième est au contraire inaliénable. Mais ces affirmations ne suffisent pas, et il faut donc examiner, comme à propos du droit moral, le degré exact de disponibilité de chacune des prérogatives patrimoniales de l'auteur. On peut distinguer l'inaliénabilité du droit de suite (§ 1) de l'aliénabilité des droits de représentation et de reproduction (§ 2).

§ 1. La disponibilité du droit de suite

342. Résumé et renvoi[1133]. Les auteurs d'œuvres graphiques et plastiques ont un droit de participation au produit de toute vente d'une telle œuvre faite aux enchères publiques ou par l'intermédiaire d'un commerçant (art. L. 122-8 CPI). Inaliénable, le droit de suite reste toutefois marginalement disponible. Son inaliénabilité interdit-elle de voir dans le droit

[1133] Voir version intégrale n°1028 à 1032.

d'auteur un droit de propriété ? Tout dépend d'une part de la place que l'on assigne au droit de suite parmi les prérogatives de l'auteur (accessoire, centrale, ou extérieure), d'autre part et corrélativement de la nature qu'on lui prête (personnelle ou patrimoniale). Nous renvoyons à la version intégrale pour le détail de nos développements.

§ 2. La disponibilité des droits de représentation et de reproduction

343. La question n'est pas de savoir si l'auteur peut disposer de ses droits d'exploitation : « que le droit patrimonial soit disponible, qu'il puisse faire l'objet de contrats de toutes sortes, (…) voilà qui ne fait pas de doute et n'appelle pas vraiment de développements »[1134]. En revanche, il est intéressant de se demander de quelle manière l'auteur peut exercer cette faculté : « la liberté contractuelle – qui est la règle du droit français – autorise-t-elle toute figure contractuelle ? »[1135].

Le propriétaire du Code civil peut aliéner sa chose, ou constituer sur elle des droits réels, ou encore concéder des droits personnels, bien que cela ne ressortisse pas réellement à son pouvoir de disposition. L'auteur qui se prétend propriétaire doit donc être investi de tous ces pouvoirs. « L'auteur dispose de prérogatives s'apparentant au droit réel de propriété. Ce droit, il peut le transférer à autrui par une *cession*, il peut aussi le démembrer en constituant un *usufruit* conventionnel ou testamentaire, ou encore se contenter de permettre à un tiers de jouir momentanément de l'œuvre, par voie d'une *concession*, qui s'apparente au louage, la constituer en *gage*, etc. (…) En vérité, tout comme pour le droit de propriété classique, les formules sont nombreuses et rarement épuisées par les praticiens »[1136]. Il nous faut vérifier cette assertion, en distinguant la cession à titre onéreux (A) des autres formes de disponibilité (B).

A. La cession à titre onéreux

344. Aux termes de l'article L. 122-7 du CPI, « Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux ». L'article L. 131-4 du CPI précise : « La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle ».

A priori donc, la liberté de l'auteur est totale : il peut céder ses droits patrimoniaux, en totalité

[1134] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 368, n°429.
[1135] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 535, n°640.
[1136] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 256, n°241.

ou en partie, comme un véritable propriétaire. La doctrine voit dans cette cessibilité « une expression du pouvoir du propriétaire et de son *abusus* »[1137], ou encore « l'expression précieuse de son pouvoir de propriétaire qui lui permet de disposer de ses œuvres comme il l'entend »[1138].

A ce stade, le principe de la cessibilité des droits patrimoniaux de l'auteur n'est pas en cause. Toutefois, l'examen de son domaine conduit à tempérer cet enthousiasme. D'une part, le législateur entoure cette faculté de conditions nombreuses, qui freinent l'aliénabilité (1). D'autre part, même lorsque les conditions sont réunies, il n'est pas certain que l'on soit toujours en présence d'une véritable cession (2). Au total, l'aliénation est ralentie *a priori*, et cantonnée *a posteriori*.

1. Les limites extrinsèques à l'aliénabilité des droits patrimoniaux : les conditions des conventions

345. Si la cession est admise dans son principe, les textes indiquent que le législateur la conçoit toujours de manière étroite, voir restrictive. Il faut donc déterminer si les conditions de la cession en droit d'auteur – totale (b) ou partielle (a) – prolongent vraiment cette aliénabilité proclamée.

a. La cession partielle, une faculté strictement encadrée

346. En droit commun, l'aliénation à titre onéreux n'implique pas systématiquement le respect d'un formalisme particulier, mais dans de nombreuses hypothèses, le législateur prévoit des conditions de forme qui conditionnent tantôt la preuve tantôt la validité de la vente. Les raisons qui poussent le législateur à faire exception au principe du consensualisme touchent souvent à l'objet de la convention, qui nécessite un traitement particulier. Il n'est que de citer la vente d'un immeuble. On peut encore penser à la cession de créance, dont l'objet – la créance – conduit la loi à prévoir un formalisme destiné à compenser son incorporalité. Mais la loi peut également s'attacher à la qualité de l'une des parties, dont la fragilité appelle une protection accrue. C'est l'hypothèse de la vente à un consommateur, encadrée aux fins de restaurer l'équilibre présumé naturellement rompu en faveur du vendeur.

En droit d'auteur, ces deux types de considérations se cumulent. D'une part, la question n'est

[1137] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 245, n°297.
[1138] *Ibidem*.

pas résolue en doctrine de savoir si l'objet de la réservation consiste dans l'œuvre elle-même ou dans les droits sur l'œuvre. Nous y reviendrons plus tard, mais à ce stade peu importe, car l'œuvre est incorporelle tout comme les droits patrimoniaux qui permettent son exploitation, de sorte que la difficulté rencontrée à propos de la cession de créance se manifeste ici aussi : l'absence de *corpus* rend nécessaire un certain formalisme que la cession d'une chose corporelle peut faire apparaître comme superflue. D'autre part, l'auteur est considéré comme la partie faible du contrat, et la loi entoure son engagement de conditions propres à le protéger, contre son cocontractant, et aussi contre lui-même parce qu'il peut se trouver dans une situation financière qui le conduit à accepter des termes contractuels inéquitables.

La cession en droit d'auteur est donc entourée de formalités qui l'alourdissent considérablement[1139]. Mais celles-ci ne sont *a priori* rien d'autre que la réponse du Droit à la spécificité de l'objet. Pas plus qu'à propos de la vente d'immeuble ou de l'achat par un consommateur, il ne paraît pertinent d'y trouver matière à remettre en cause le principe de l'aliénabilité des droits patrimoniaux de l'auteur. Il faut seulement reconnaître que, comme souvent en droit commun, les conventions translatives des droits d'auteur sont empreintes d'une certaine lourdeur qui ne peut que freiner leur circulation et – peut-être – réduire leur rentabilité par les coûts de transaction qu'elle implique.

Pour un auteur, les dérogations au droit commun des contrats et à la liberté contractuelle ont « (t)outes (…) en commun la volonté de limiter les initiatives des créateurs et de leurs cocontractants. La liberté contractuelle apparaît pour eux comme une « liberté surveillée » »[1140]. Pour autant, s'il faut faire la part des choses, il convient de distinguer les formalités qui se bornent à faire écho au droit commun (α), de celles qui, à force de protéger, finissent par infantiliser l'auteur, au point de faire parfois douter de l'aliénabilité de ses droits patrimoniaux (β).

α. Le formalisme protecteur de l'auteur

347. En principe, c'est le droit commun des contrats qui régit les contrats d'auteur, et par extension, le droit spécial de certains contrats telle la vente lorsque cette qualification est retenue. Par exception, certaines règles spécifiques au droit d'auteur y dérogent, dans l'intérêt de l'auteur. Ce droit spécial du contrat d'auteur est particulièrement marqué par l'ordre public et les restrictions à la liberté contractuelle. De nombreuses conditions de forme freinent la

[1139] Sur la question, voir A. BORIES, *Le formalisme dans les contrats d'auteur*, Thèse, PU Aix-Marseille 2010.
[1140] P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985, p. 22.

formation du contrat de cession[1141]. Nous examinons seulement deux points particuliers, parce qu'ils font l'objet d'une controverse dont l'issue n'est pas certaine, ni en doctrine, ni en jurisprudence.

→ La question du consentement personnel de l'auteur

348. Renvoi[1142]. Le consentement personnel de l'auteur est-il seulement obligatoire pour le contrat d'édition, ou l'article L. 132-7 du CPI doit-il être étendu à tous les contrats d'auteur ? Nous renvoyons à la version intégrale.

→ La question de l'écrit

349. Question. L'article L. 131-2 du CPI dispose « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit ». L'article L. 131-3 al. 3 du CPI prévoit « Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée ». Ici encore, les textes semblent clairs : l'écrit est expressément exigé pour la conclusion de ces quatre types de contrats. *A contrario*, il faut en déduire qu'il n'est pas nécessaire pour les autres. Le silence des textes va dans ce sens, et puisque l'exigence d'un écrit pose exception au principe du consensualisme, la règle de l'interprétation stricte des exceptions également. Ainsi, en dehors de ces quatre contrats, il reste de nombreux contrats qui organisent la cession des droits d'auteur et qui échappent à ce formalisme. On peut citer le contrat par lequel l'auteur consent à l'élaboration d'une œuvre dérivée, la cession pure et simple, « et plus généralement pour tous les contrats non visés dans l'article L. 131-2 alinéa 1er »[1143]. Malgré les textes, la doctrine s'interroge : « La rédaction des articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI limite l'obligation d'un écrit à quatre contrats limitativement énumérés. Mais, comme c'est le cas pour l'article L. 131-3 relatif au consentement, cette obligation ne concerne-t-elle pas en réalité l'ensemble des contrats relatifs aux droits d'auteur ? »[1144].

[1141] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 59. Voir pour le détail par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 562 et s.
[1142] Voir version intégrale n°1038 et 1039.
[1143] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 563, n°634.
[1144] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 368, n°112.23.

349-1. Enjeu. *A priori*, on peut être tenté de relativiser la rigueur de cette exigence. En effet, la règle est d'ordre public, mais elle ne conditionne pas la validité du contrat, elle a seulement une fonction probatoire. En dehors de ces exigences particulières, l'article L. 131-2 al. 2 du CPI renvoie aux articles 1341 à 1348 du Code civil : le droit commun exige seulement un écrit pour les contrats portant sur une somme supérieure à 1500 euros mais la preuve peut également être rapportée par des attestations produites à l'encontre de tiers. Par ailleurs, lorsque le législateur exclut le recours aux articles 1341 à 1348 du Code civil pour ces contrats particuliers, il ne condamne alors par ces articles que la preuve par témoignages ou présomptions, et laisse en revanche subsister la preuve par aveu ou serment, prévus par d'autres textes du Code civil[1145].

Pourtant, en réalité, l'enjeu est décisif : si l'écrit est seulement exigé *ad probationem*, il s'avère concrètement impossible pour le cessionnaire de prouver la cession de tel ou tel droit sans écrit. Cela conduit d'une part à faire de l'écrit une condition de validité (faute de pouvoir prouver autrement, le droit non mentionné n'est pas transmis), et d'autre part – et corrélativement – à placer ceux qui y échappent dans une situation d'insécurité juridique qui s'explique mal.

349-2. Hésitation du droit positif. « C'est probablement ce qui explique (sans le justifier) que des arrêts de plus en plus nombreux n'hésitent pas à généraliser l'exigence »[1146]. Cette extension peut d'ailleurs trouver un fondement dans les articles L. 122-7 et 131-3 du CPI, qui quant à eux exigent un écrit pour la validité de la cession. Pour le premier, la cession même totale est limitée « aux modes d'exploitation prévus au contrat », ce qui implique bien un écrit. Pour le second, la transmission des droits nécessite que « chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession ». Or, ces deux textes ne se limitent pas aux quatre fameux contrats, mais visent toute cession de droit d'auteur. « On peut donc déduire de ces deux articles qu'un écrit est également exigé pour toutes les « cessions de droits d'auteur » »[1147].

Pourtant, la jurisprudence[1148] et la doctrine[1149] traditionnelles retiennent une interprétation stricte des textes, et cantonnent l'exigence d'un écrit aux seuls quatre contrats mentionnés. Il

[1145] Dans ce sens, P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985, p. 161 et s.
[1146] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 563, n°634.
[1147] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 369, n°112.25.
[1148] Civ. 1e, 21 nov. 2006, n°05-19.294, NP.
[1149] Par exemple, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, préc., p. 630.

se trouve même certains auteurs pour défendre une interprétation encore plus étroite de cette exigence : « les alinéas 1 et 2 de l'article L. 131-2 visent dans son texte d'origine le titre III de la loi de 1957 donc (…) exclusivement la matière théâtrale (contrat de représentation) ou littéraire (contrat d'édition) et (…) la nécessité d'un écrit ne peut en conséquence concerner les arts appliqués » »[1150].

349-3. Bilan. Pour conclure, il faut reconnaître que les textes ne semblent pas conciliables. « Il en résulte donc une certaine incohérence, pour ne pas dire une contradiction qui se traduit dans la jurisprudence »[1151]. La doctrine est également incertaine. Finalement, l'issue du conflit entre le domaine étroit (quatre contrats) des articles L. 131-2 et 131-3 et le domaine élargi (toutes les cessions) des articles L. 122-7 et 131-3 du CPI reste inconnue.

En revanche, un point paraît acquis en doctrine : seuls les contrats portant cession d'un droit d'auteur peuvent éventuellement se voir imposer l'exigence d'un écrit, tandis que les contrats de licence ne sont pas concernés par cette exigence. En effet, « la totalité des dispositions du CPI qui concernent directement ou indirectement un écrit (CPI, art. L. 122-7, L. 131-2, L. 131-3), vise, en dehors du cas particulier du droit ou des autorisations de représentation, la « cession » ou la « transmission » des droits de l'auteur, c'est-à-dire des situations où l'auteur se départit de ses droits. Dès lors que l'auteur conserve la pleine propriété de ses droits et qu'il n'en concède qu'un droit d'usage, exclusif ou non, notamment par « un contrat de licence », il se trouve en dehors du champ des dispositions du CPI. Une licence d'utilisation n'est donc soumise à aucun formalisme particulier et peut être générale dans sa portée, de manière à viser tous les modes d'exploitations connus ou inconnus sans limitation dans le temps ou dans l'espace ! »[1152].

Pourtant, même cette certitude peut être remise en cause : distinguer entre les cessions, soumises au formalisme, et les licences, soustraites à celui-ci, implique d'admettre au préalable deux postulats sur lesquels nous allons justement revenir plus bas. Il s'agit de présumer d'une part que le CPI admet les licences de droit d'auteur alors qu'il n'en dit mot, et de renoncer d'autre part à s'interroger sur la pertinence du législateur qui qualifie tous les contrats nommés d'auteur en termes de cessions. Car la remise en cause de ces deux postulats autoriserait à trancher la question du domaine de l'écrit : si les articles L. 131-2 et 131-3 imposent sans contestation possible un écrit pour les quatre contrats mentionnés nonobstant

[1150] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 368, n°112.24, citant P. et F. GREFFE, *La publicité et la loi,* 6e éd., Litec, p. 82 et un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1980 au JCP 1981 p. 42.
[1151] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 369, n°112.25.
[1152] *Ibidem.*

leur qualité éventuelle de véritable cession, il faudrait en revanche procéder à la requalification exacte de tous les autres contrats, fussent-ils nommés ou innommés, et en l'occurrence nonobstant leur éventuelle qualification de cession par le législateur lui-même, au risque de grossir les rangs de la licence, libre de formalisme, et de ramener l'exigence d'un écrit à un domaine peut-être proche d'une interprétation étroite. La qualification de ces contrats sera entreprise plus bas.

Pour conclure, l'exercice de l'*abusus* de l'auteur est sans doute ici ralenti, mais cela n'est pas propre aux œuvres littéraires et artistiques, ni même aux créations. Le législateur prévoit également un formalisme qui alourdit la circulation de nombreuses choses corporelles. Sans doute la jurisprudence et la doctrine ont-elles tendance à étendre ce formalisme au-delà des textes, mais les exigences relatives au consentement ou à l'écrit restent somme toute classiques. En revanche, d'autres exigences s'ajoutent à ces premières, qui poussent la protection de l'auteur à son paroxysme.

β. Le formalisme incapacitant de l'auteur

350. Le principe de l'interprétation stricte des conventions constitue un pilier du droit des contrats d'auteur. Par son contenu comme par sa portée, il infantilise l'auteur en cantonnant sa liberté au strict minimum.

→ Le contenu du principe de l'interprétation stricte

. Présentation du principe de l'interprétation stricte

351. Rappelons-le, la liberté contractuelle et le consensualisme sont de principe en droit des contrats. Les formalités ne sont que l'exception, et leur domaine doit donc être interprété de manière étroite. En droit d'auteur en revanche, la cession des droits d'exploitation est sans doute autorisée, mais c'est la règle de l'interprétation stricte des conventions qui préside à son régime. « On est en présence d'un véritable principe général du droit d'auteur. Il s'applique donc à tous les contrats : édition, production audiovisuelle, etc. »[1153]. Il « peut être considéré comme un principe fondamental du droit d'auteur français »[1154].

[1153] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 553, n°535.
[1154] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 593, n°705.

Contenu. Les contrats d'auteur sont interprétés à la lumière de ce principe. La cession consentie par l'auteur est toujours interprétée de la manière la plus étroite : « l'auteur est supposé s'être réservé tout droit ou mode d'exploitation non expressément inclus dans un contrat de cession »[1155]. Un auteur résume ainsi le contenu du principe : « les lignes de force de la méthode sont claires : d'une part, tout ce qui n'est pas expressément cédé (à titre gratuit ou onéreux) est automatiquement conservé par l'auteur, d'autre part, la destination de ce qui est effectivement cédé s'entend strictement »[1156]. Un autre propose l'adage « tout ce qui n'est pas expressément concédé est automatiquement retenu »[1157]. Corrélativement, dans la recherche de la volonté des parties, le juge développe « des méthodes d'interprétation des contrats qui servent les intérêts de l'auteur. Ainsi, les stipulations sont toujours interprétées *in favorem auctoris* »[1158]. Cela fait dire à la doctrine que « Le droit d'auteur est un droit *retenu* »[1159].

Fondement. La liberté de l'auteur est encadrée par le juge dès avant 1957, mais la loi de 1957 ne pose pas le principe de manière formelle. En revanche, « C'est tout l'esprit de la loi du 11 mars 1957 qui conduit à cette méthode d'interprétation finalisée, ce que confirme un faisceau de dispositions légales convergentes du Code de la Propriété intellectuelle »[1160]. Et principalement, la règle de l'interprétation stricte est « posée, avec toute la lumière possible, par l'art. L. 131-3. Cette règle vient écarter le droit commun de l'art. 1602 C.civ. »[1161]. Le texte dispose : « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

Pour autant, le droit commun n'est pas en reste, dans lequel le juge peut puiser pour asseoir son interprétation étroite et favorable à l'auteur : « la règle d'interprétation s'inférant de l'art. L. 131-3 peut être *complétée* et affinée par les art. 1156 et s. C. civ., sur les obligations en général et qui ont parfaite vocation à s'appliquer à la propriété littéraire et artistique »[1162]. En

[1155] Par exemple, CA Versailles, 13 févr. 1992, D. 1993, jurisp. p. 402.
[1156] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 263, n°249.
[1157] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 553, n°535.
[1158] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 593, n°705.
[1159] Par exemple P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 256, n°241.
[1160] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 583, n°950. Voir A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 58.
[1161] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 483, n°466.
[1162] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 553, n°535. Dans le même sens, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 339, n°401.

effet, l'article 1156 du Code civil réfère le juge à la commune intention des parties, les articles 1159 et 1160 renvoient aux usages. En revanche, l'article 1162 doit être ignoré, qui propose une interprétation du contrat contre le vendeur, présumant qu'en tant que professionnel, il connaît mieux l'objet vendu. Enfin et surtout, l'article 1163 exprime mieux que tout autre cette règle de l'interprétation stricte : « quelques généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter ». Il faut encore rappeler l'obligation de bonne foi de l'article 1134, et d'équité de l'article 1135.

. Consécrations du principe de l'interprétation stricte

352. Le principe est illustré par de nombreux articles, qui touchent à l'objet de la cession, à savoir les droits d'exploitation de l'auteur. La jurisprudence complète le tableau.

Le fond de la cession : un objet *a minima*. D'une part, la règle de l'interprétation stricte détermine l'objet du contrat de manière négative, en limitant systématiquement la portée de la cession consentie par l'auteur. D'abord, la propriété du support est indépendante de la propriété des droits d'exploitation, de sorte que la cession du support par l'auteur n'emporte pas cession des droits sur l'œuvre (art. L. 111-3 CPI). Ensuite, quant aux droits de représentation et de reproduction, la cession de l'un ne laisse jamais présumer la cession de l'autre (art. L. 122-7 al. 2 et 3 CPI). Même lorsque le contrat prévoit la cession complète de l'un de ces deux droits, la portée est néanmoins limitée aux seuls « modes d'exploitation prévus au contrat » (art. L. 122-7 al. 4 CPI). Notamment, bien que les droits d'adaptation et de traduction ne soient pas consacrés de manière autonome par rapport aux droits de représentation et de reproduction, leur cession ne peut pas résulter de la seule cession de ces derniers, mais doit faire l'objet d'une mention expresse[1163]. D'ailleurs, lorsque c'est le droit d'adaptation audiovisuelle qui est en jeu, l'exigence légale se fait encore plus draconienne : « Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée » (art. L. 131-3 al. 3 CPI).

Pour résumer, la portée de la cession est toujours réduite au strict minimum, interprétée de manière à la limiter aux seuls droits expressément et précisément prévus par les stipulations

[1163] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 586, n°663, citant plusieurs arrêts.

contractuelles : « tout ce que n'abandonne pas l'auteur et, plus précisément encore, tout ce qu'il ne dit pas expressément souhaiter abandonner, doit être considéré comme lui étant toujours conservé »[1164]. Pour autant, à ce stade, on peut rappeler que le droit commun des contrats exige également à l'article 1129 du Code civil que « l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée ». Le pouvoir de disposer de l'auteur n'est donc pas particulièrement restreint sur ce point. Mais le législateur va plus loin en droit d'auteur.

La forme de la cession : des mentions *a maxima*. D'autre part, la règle de l'interprétation stricte détermine l'objet du contrat de manière positive, en dictant le contenu des stipulations contractuelles. Ainsi, aux termes de l'article L. 131-3 du CPI, la « transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Si le droit commun de l'article 1129 du Code civil exige également que l'objet du contrat soit déterminé, le législateur se montre ici particulièrement exigeant. Il « reprend la directive du Code civil en lui donnant un tour singulier et une force particulière. (...) Ce texte est *central* dans l'économie des contrats d'auteur »[1165].

La sanction est sans appel. De manière générale, la clause du type « tous droits compris » ou celle qui poserait une présomption de cession est invalidée par le juge[1166]. De manière particulière, les mentions conditionnent la validité de la cession, puisque le fait de ne pas mentionner telle ou telle prérogative interdit tout simplement sa cession, de même que le fait de ne pas apporter les précisions exigées par la loi pour chacun des droits mentionnés invalide sa cession[1167].

Il faut donc commencer par mentionner, évidemment, l'œuvre concernée, mais également chacun des droits cédés, de manière individuelle et précise. Pour chacun d'eux ensuite, il faut apporter des précisions. Premièrement, il faut délimiter le domaine d'exploitation du droit cédé quant à son étendue. Cela renvoie au nombre d'exemplaires ou de diffusions prévu. Deuxièmement, c'est la destination qu'il faut déterminer. Par exemple, si l'œuvre fait l'objet d'une exploitation publicitaire, il faut le mentionner. Ainsi, le juge considère que la reproduction d'un cliché dans une encyclopédie papier ne vaut pas pour une encyclopédie sur

[1164] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 581.
[1165] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 555, n°659.
[1166] Par exemple Cass., Civ. 1e, 9 oct. 1991, D. 1993, somm. p. 91.
[1167] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 60.

CD-Rom[1168], ou encore que la reproduction d'une photographie sur une pochette de disque ne vaut pas pour une jaquette de disquette[1169]. Cela contraint l'auteur à prévoir tous les modes d'exploitation de son œuvre de manière très détaillée. Troisièmement, il faut encore déterminer le lieu de l'exploitation. Enfin quatrièmement, il faut fixer la durée de l'exploitation. Le contrat peut ainsi être conclu pour une durée inférieure ou égale à la durée du monopole. Au total, les contrats d'auteur s'apparentent presque à des romans-fleuve.

→ La portée du principe de l'interprétation stricte

353. Lorsque l'auteur veut céder ses droits d'exploitation, il lui faut donc se plier à un formalisme dont les vertus protectrices n'effacent pas la dimension contraignante : « le droit spécial de la propriété intellectuelle renoue avec le formalisme des Romains. Il porte également au paroxysme l'exigence de détermination de l'objet »[1170]. Tout est fait pour protéger l'auteur, mais ces règles de forme ralentissent la disponibilité des droits patrimoniaux. Au sens propre, la cession des droits d'auteur n'est ni facile ni rapide. Au sens figuré, le cessionnaire reçoit presque toujours moins que ce à quoi il s'attendait. L'aliénabilité est sans doute le principe, mais il n'a assurément pas la même valeur qu'en droit commun des contrats.

Au-delà de sa portée concrète, ce texte « exprime une philosophie »[1171], il « prouve (…) l'hostilité du droit d'auteur à l'égard des cessions générales »[1172]. La règle de l'interprétation stricte « est aux antipodes des principes d'un droit libéral, puisqu'on pourrait la formuler en termes sans doutes brutaux mais exacts comme quoi, en notre matière, tout ce qui n'est pas permis est interdit »[1173]. Si l'auteur est protégé, il n'est pas certain qu'il en sorte grandi : on doute systématiquement de sa volonté de céder telle ou telle prérogative, on remet en cause sa capacité à mesurer les conséquences de ses actes. Finalement, en matière de contrats d'auteurs, le dirigisme n'est pas seulement protecteur, il est également infantilisant.

Il faut toutefois nuancer ce constat. Par ailleurs, le formalisme des contrats d'auteur connait des limites.

[1168] Paris, 12 déc. 2001, Propr. Intell. 2002, n°5, p. 43.
[1169] Civ. 1e, 29 juin 1982, D. 1983.33.
[1170] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 483, n°466.
[1171] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 581, n°692.
[1172] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 344, n°407.
[1173] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 581, n°692.

. Les nuances

354. Nuance tenant au raisonnable. L'auteur ne doit pas trouver dans le dirigisme légal les moyens d'abuser de sa situation protégée. Le juge ne s'en tient donc pas à la rigueur du principe spécial du droit d'auteur, mais garde à l'esprit les principes du droit commun des contrats. Notamment, l'auteur ne peut pas invoquer les règles spécifiques protectrices et la règle d'interprétation stricte de manière à en détourner le sens. « La bonne foi préside à la conclusion et à l'exécution des conventions » et par exemple, « il ne saurait être question de s'en tenir à une lecture littérale du contrat d'édition qui, comme tout autre, est soumis à l'article 1135 C.civ. qui renvoie aux suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »[1174]. Ainsi, et par exemple, le cessionnaire du droit de reproduire une photographie sur la couverture d'un magazine peut également, sans que cela soit mentionné au contrat, utiliser cette photographie pour une campagne publicitaire, qui constitue une exploitation accessoire[1175].

Nuance tenant à la pratique. Au plan pratique, un auteur relève que, lorsque l'auteur et son contractant passent par un professionnel pour la rédaction du contrat, ces contraintes perdent beaucoup de leur effet restrictif, car le professionnel inclut dans le contrat toutes les précisions nécessaires à sa validité. Finalement, « quand ceux-ci ont un métier suffisant, l'auteur se retrouve bien souvent dans la situation où il cède tout »[1176].

. Les limites

355. Limites tenant à la nature de la convention

L'article L. 131-3 du CPI s'applique traditionnellement à tous les contrats d'auteur, que la cession soit à titre gratuit ou onéreux, et qu'il fasse l'objet d'un écrit requis par l'article L. 131-2 du CPI ou pas. C'est d'ailleurs pour cette raison que la jurisprudence récente étend l'exigence d'un écrit à tous les contrats au-delà de la lettre de l'article L. 131-2 du CPI. La portée du principe est donc *a priori* maximale.

Les licences. La question divise les auteurs, de savoir s'il faut exclure de ce formalisme les conventions non translatives. Cette première limite peut paraître marginale, lorsque l'on relève que le CPI ne conçoit les contrats d'auteur qu'en termes de cession, et que l'existence

[1174] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 539, n°641.
[1175] Voir CA Paris, 17 janv. 2007, JCP E 2007.2065.
[1176] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 581, n°692.

même des licences est discutée : toutes les conventions nommées sont qualifiées de cession, et elles couvrent en pratique une très grande partie des figures contractuelles concevables. Si l'on admet cependant que la licence de droit d'auteur est admissible (nous allons y revenir), ou si l'on dispute au législateur la qualification systématique de cession qu'il retient (nous allons également y revenir), alors le domaine du formalisme se trouve remis en cause. Il faut ainsi distinguer deux situations.

En ce qui concerne les licences qui pourraient éventuellement exister à côté des contrats nommés du CPI[1177], certains s'en tiennent aux termes de la loi. « Une simple licence d'exploitation, n'emportant pas transmission des droits d'auteur mais un simple droit d'usage sur ceux-ci, n'entre pas (…) dans le champ du formalisme strict exigé par l'article L. 131-3 du CPI »[1178]. Effectivement, le texte vise la « transmission des droits », ce que n'opère pas, en principe, une licence. Pourtant, « si le formalisme légal est un formalisme de protection, on ne voit pas pourquoi la licence devrait y échapper »[1179].

En ce qui concerne les licences qui pourraient se cacher sous les traits de certains contrats nommés du CPI, il serait facile pour le cessionnaire d'œuvrer pour la disqualification de son contrat afin d'échapper au formalisme. Il faut donc maintenir la généralité de l'article L. 131-3 du CPI : pour le législateur, dans tous les contrats d'auteur nommés du CPI, les droits d'auteur sont « cédés », il y a donc toujours transmission. Et même s'il s'avère finalement (nous y reviendrons) que certains sont en réalité des licences, il reste que, dans les termes du législateur, ils emportent toujours cession et sont donc tous visés par l'article L. 131-3.

Les cessions. Par ailleurs, il n'est même plus certain aujourd'hui que toutes les cessions soient concernées par ce formalisme. En effet, la Cour de cassation[1180] a récemment décidé d'en limiter l'application aux seuls contrats visés à l'article L. 131-2 du CPI, à savoir le contrat d'édition, le contrat de représentation, et le contrat de production audiovisuelle. Et l'on peut admettre que la solution n'est pas dépourvue de logique : d'une part, l'article L. 131-3 suit l'article L. 131-2, et d'autre part il vise les « actes de cession », ce qui implique l'existence d'un acte, c'est-à-dire d'un écrit (or, *a priori*, seuls les contrats visés à l'article L. 131-2 impliquent un écrit).

Pour autant, on peut arguer en sens inverse que « L'article L. 131-3 al. 1er ne comporte aucun renvoi à l'article précédent qui pose l'exigence d'écrit. Sa formule d'entame : « La

[1177] Voir *infra*.
[1178] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 375, n°112.33.
[1179] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 673, n°823. Dans le même sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 485, n°467.
[1180] Cass., Civ. 1e, 21 nov. 2006, Propr. Intell. 2007, n°22, p. 93.

transmission des droits de l'auteur… », ne distingue nullement entre les contrats. Surtout, le formalisme de l'article L. 131-3 al. 1er est indépendant des règles de preuve de l'article L. 131-2 (même si les deux préoccupations se rejoignent souvent). Autrement dit, même si l'écrit n'est exigé que pour des raisons de preuve, dans la logique du législateur la cession ne va pouvoir *produire des effets* qu'à la condition de respecter le formalisme propre de l'article L. 131-3 (et réciproquement) »[1181]. En conséquence, l'auteur dénonce cette jurisprudence.

Au demeurant, on peut relever que, malgré cette récente restriction, l'article L. 131-3 du CPI conserve une grande portée, puisqu'il vise effectivement les trois principaux contrats d'exploitation. Et la solution de la Cour de cassation n'est peut-être pas étrangère aux circonstances de l'espèce : il s'agissait de la cession des droits d'exploitation de modèles créés par un directeur artistique dans le cadre de son contrat de travail.

Incidemment, on peut s'interroger sur le cas du livre numérique : la loi du 26 mai 2011 pose les règles relatives au contrat qui le prend pour objet, mais les parties sont libres de conclure d'autres conventions. Si néanmoins elles choisissent cette forme de convention, la question se pose de savoir s'il s'agit d'une extension du contrat d'édition classique ou pas. Pour certains[1182], c'est un contrat innomé qui régit cette forme d'œuvre, mais d'autres[1183] y voient une simple application du contrat d'édition classique. La solution est importante car, au vu de la jurisprudence récente, il faut déterminer si l'auteur doit se conformer, comme contractant de l'article L. 131-2, aux conditions strictes de l'article L. 131-3, ou s'il est complètement libre des termes d'une éventuelle cession. Elle ne semble pas résolue pour l'instant.

356. Limites tenant à la nature de l'œuvre

Elles sont tantôt légales tantôt prétoriennes.

Limites légales. Il s'agit des hypothèses où la loi fait exception au formalisme requis pour la cession d'un droit d'auteur en posant « des présomptions de cession qui font échec au carcan du formalisme de l'article L. 131-3 al. 1er»[1184]. Ce sont cependant des hypothèses qui restent marginales, et que nous avons examinées au titre des exceptions au pouvoir de ne pas disposer de l'auteur. On peut en citer quelques- unes.

Le législateur « prévoit pour les enregistrements éphémères un régime de licence obligatoire, régime qui constitue la négation même du principe d'interprétation stricte des cessions »[1185].

[1181] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 584, n°694.
[1182] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 361, n°427.
[1183] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 629, n°752.
[1184] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 582, n°693.
[1185] *Ibidem*.

En plus de faire échec au formalisme, ce texte s'affranchit également de la règle de l'interprétation stricte : il attache à « l'autorisation de radiodiffuser l'œuvre ou de la communiquer publiquement selon tout autre mode de diffusion sans fil, des signes, des sons ou des images » une interprétation non pas stricte mais au contraire extensive puisque cette dernière est réputée, sauf clause contraire, couvrir « l'ensemble des communications faites par l'organisme bénéficiaire de la cession »[1186].

C'est aussi l'article L. 132-24 du CPI qui fait exception au formalisme : lorsque l'auteur contracte avec un producteur pour la réalisation d'un film, la loi pose une présomption simple de cession par l'auteur au producteur du droit d'exploitation cinématographique.

Limite prétorienne. La jurisprudence[1187] s'attache parfois à la nature des œuvres des arts appliqués, créations modestes et à vocation utilitaire, pour justifier une entorse au principe. Dans ce domaine, « le souci de protection des auteurs se révèle difficile à concilier avec les nécessités de la vie des affaires »[1188]. Les règles protectrices de l'auteur peuvent apparaître trop contraignantes pour la vie des affaires, et corrélativement la protection de l'auteur et de l'empreinte de sa personnalité dans sa création peut être jugée plus secondaire.

Dans le silence du législateur, le juge peut alors parfois décider de contourner les règles protectrices, et de se satisfaire de mentions peu conformes aux exigences légales, comme la mention « cession de tous les droits économiques » à propos de photographies[1189], ou la référence à un contrat type qui prévoit la cession automatique de tous les droits de reproduction à propos de créations publicitaires[1190]. Un arrêt a ainsi pu décider que, si « le but de l'acquéreur (d'un graphisme) est de le reproduire sur ses autocars, le droit de reproduction est nécessairement cédé, car s'il n'en était pas ainsi, l'acquéreur ne pourrait faire aucun usage du droit acquis »[1191]. A l'occasion, le juge peut même admettre une présomption de cession : c'est le cas en matière de contrat de commande, où contrairement au principe, les juges se satisfont parfois de la seule commande, de la facturation ou des usages, ou encore des circonstances[1192]. Il faut enfin citer l'arrêt de la Cour de cassation qui confirme la solution d'une Cour d'appel, lequel avait posé en principe que les dispositions de l'article L. 131-3 ne

---

[1186] *Ibidem*.
[1187] Par exemple, Civ. 1e, 4 févr. 1986, RIDA 1986/3, p. 128.
[1188] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 573, n°647.
[1189] Civ. 1e, 27 mai 1986, RIDA 2/1987, p.62.
[1190] Com. 4 juin 1991, JurisDate n°1991-002524.
[1191] CA Angers, 10 sept. 2001, Comm. com. électr. 2003, comm. 1. Voir Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 341, n°404.
[1192] Voir les arrêts cités par A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 574, n°647.

s'appliquent qu'aux contrats visés par l'article L. 131-2 al. 1er, ce qui exclut par exemple ce formalisme pour la cession des droits d'exploitation de modèles créés par un directeur artistique dans le cadre de son contrat de travail.

Toutefois, si la Cour de cassation[1193] admet parfois ce type de raisonnement, qui consiste finalement à retenir une règle d'interprétation extensive, par exception, des termes du contrat d'auteur, et si les auteurs considèrent qu'il s'agit, dans ce domaine, d'une « interprétation raisonnable »[1194], il y a bien ici une exception à la règle de l'interprétation *in favorem auctoris*. D'autres relèvent que cette jurisprudence « accommodante » revient finalement à « établir une hiérarchie au sein des œuvres de l'esprit, et à ne protéger efficacement que celles considérées comme les plus nobles, au mépris de l'article L. 112-1 du CPI »[1195] qui exclut tout prise en compte du mérite de l'œuvre. D'ailleurs, la solution reste exceptionnelle et la Cour de cassation[1196] ne manque pas de rappeler régulièrement le principe, et de sanctionner à l'occasion l'admission d'une cession implicite par les juges du fond. Au surplus, ces assouplissements apparaissent plus ou moins acceptables selon qu'ils touchent certaines exigences – secondaires – plutôt que d'autres – fondamentales : « si les précisions relatives à l'étendue et à la durée peuvent effectivement être tenues pour substantielles, on est enclin à penser que les tribunaux hésiteraient à priver d'effet la cession au seul motif qu'elle ne comporterait aucune délimitation quant au lieu ou quant à la destination, spécialement pour les œuvres des arts appliqués »[1197].

357. Limites tenant à la personne de l'auteur

Le législateur considère que la qualité de fonctionnaire[1198] de l'auteur justifie de faire exception au formalisme de la cession, et plus généralement au pouvoir de l'auteur de se réserver la titularité de ses droits patrimoniaux. C'est également le cas des journalistes qui, lorsqu'ils répondent aux conditions posées par l'article L. 132-36 du CPI, se voient imposer une présomption de cession qui implique leur soustraction au formalisme des contrats d'auteur. Il faut enfin rappeler le cas général de la création salariée : malgré la rigueur du principe posé par l'article L. 111-1 du CPI, certains auteurs et certains juges optent pour la

[1193] Par exemple, Cass., Civ. 1e, 27 mai 1986, D. 1987, somm. p. 154.
[1194] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 594, n°707.
[1195] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* Thèse, Dalloz, NBT, 2010, p. 395, n°449.
[1196] Par exemple, Cass., Civ. 1e, 24 oct. 2000, Comm. com. électr. 2000, comm. 123.
[1197] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 575, n°647.
[1198] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 178 et s.

validité des cessions implicites de droits d'exploitation résultant de la seule signature du contrat de travail[1199]. Sur tous ces points, il suffit de renvoyer à l'examen des exceptions au pouvoir de ne pas disposer de l'auteur.

. L'exception au principe / La négation du principe ?

358. Parmi les nombreuses dispositions du CPI qui encadrent et cantonnent la liberté de l'auteur, un texte fait exception. Il s'agit de l'article L. 131-6 qui dispose « La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation ». Il est donc possible de céder un droit d'exploitation alors même que l'objet de ce droit – la forme de l'exploitation – est indéterminé et indéterminable.

Il faut mesurer sa portée potentielle. A l'origine, il est conçu pour permettre l'adaptation du contrat aux évolutions technologiques. Entendu de manière raisonnable et conforme à l'esprit de ses rédacteurs, il permet d'inclure au contrat les formes d'exploitation que les technologies encore inconnues au moment de sa formation permettront seulement ensuite de déterminer. Peut-on alors s'autoriser une lecture plus large, et y trouver la faculté pour l'auteur d'inclure virtuellement tous les modes d'exploitation concevables, existants ou pas au moment de la formation du contrat ? Cela permettrait sans doute de combler les éventuelles lacunes qu'une rédaction pourtant souvent fort détaillée du contrat auraient pu laisser. Cela aboutirait surtout à priver d'effet le formalisme et la règle de l'interprétation stricte qui président à la cession. En effet, tandis que la règle de l'interprétation stricte impose de n'inclure dans les droits cédés que ceux prévus de manière expresse au contrat, ce texte impose au contraire d'y inclure tout droit non prévu ou non prévisible, pourvu que l'on en ait prévu le principe.

Ce texte conduit donc à s'interroger sur les véritables intentions du législateur. Il « n'est pas clair »[1200] et laisse la doctrine perplexe[1201]. Pour certains, mesurés, il « ouvre une brèche dans le formalisme de protection »[1202] du CPI. Mais il convient de lui réserver une interprétation étroite, sous peine de vider « le principe d'interprétation étroite de sa substance »[1203]. Une interprétation plus large reviendrait pour « le législateur (à) reprendre d'une main ce qu'il

[1199] Voir sur la question par exemple M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 281 et s.
[1200] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 58.
[1201] Par exemple, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 588, n°699 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., n°967.
[1202] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 588, n°699.
[1203] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 589, n°966.

(vient) de donner de l'autre »[1204]. Une solution de compromis est souhaitable.
Pour d'autres[1205], plus téméraires, il invalide le postulat d'une disponibilité freinée par un formalisme d'ordre public, et rétablit au contraire la libre cessibilité des droits d'exploitation. C'est alors la question d'une cession totale qui se pose.

359. Bilan. On peut s'interroger : faut-il donc conclure à un principe de liberté assorti de limites ou à un principe d'interprétation stricte assorti de nuances ? La seconde analyse nous paraît exacte : malgré toutes les limites, le principe de l'interprétation stricte reste applicable dans la très grande majorité des cas. Face à lui, ce sont les principes de liberté contractuelle et de consensualisme qui font presque figure d'exceptions.

b. La cession totale, une faculté marginalisée

360. L'article L. 131-4 du CPI prévoit « La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle ». Le principe est donc posé : l'auteur a la faculté de céder tous ses droits d'exploitation sur son œuvre. L'auteur « n'est plus du tout concerné par ce qu'il advient du bien cédé »[1206]. Il se défait complètement de son droit d'exploitation, qu'il transmet entièrement à un tiers. La solution paraît simple, et pourtant, à propos de la cession totale, tout est sujet à contestation : son principe (α), son formalisme (β), ses modalités (γ).

α. Le principe de la cession totale

361. C'est d'abord le principe même d'une cession totale qui est doublement contesté : la notion de cession « totale » peut s'entendre de deux manières, qu'il faut distinguer. Elle a une dimension temporelle et une dimension matérielle.

→ La dimension temporelle de la cession totale

362. La prohibition. La cession totale désigne ici la cession des œuvres présentes et futures. Les auteurs citent l'article L. 131-1 du CPI, aux termes duquel « La cession globale des œuvres futures est nulle ». Ils en déduisent que la cession totale, au sens de cession de tous les

[1204] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 572, n°646.
[1205] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, préc., p. 204.
[1206] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 245, n°297.

droits sur toutes les œuvres futures, est prohibée. Ils ont certainement raison, mais personne ne met en doute cette solution. En posant le principe de la validité d'une « cession totale ou partielle » à l'article L. 131-4 du CPI, le législateur n'a certainement pas voulu contredire la prohibition posée à l'article L. 131-1 du CPI.

En revanche, la conciliation de cette prohibition générale et de cette validité non moins générale implique de déterminer leurs domaines respectifs. S'il est exclu de céder toutes les œuvres actuelles et futures, cet article L. 131-1 du CPI pose exception au droit commun de l'article 1130 du Code civil qui admet la vente d'une chose future. Il doit donc être interprété strictement. Combien d'œuvres futures peut-on alors valablement céder sans encourir la prohibition ?

363. Domaine réduit. Une première lecture doit être écartée. On pourrait en effet tirer argument de la lettre de ce texte pour le reformuler ainsi : c'est la cession de tous ses droits sur toutes ses œuvres qui est seule interdite à l'auteur. En effet, le texte vise bien « la cession… des œuvres », et non pas seulement la cession du droit d'exploitation, ce qui peut laisser penser que c'est la cession des droits d'exploitation, mais également du droit de suite et du droit moral, en bref de tous les droits sur l'œuvre, qui est prohibée. A l'inverse, la cession de tous les droits d'exploitation, mais d'eux seulement, sur toutes les œuvres futures, serait admise. Pourtant, ce n'est évidemment pas le sens de ce texte, car le législateur a par ailleurs interdit la cession des droits moraux et du droit de suite, de sorte qu'il vise forcément ici – sauf à le taxer d'incohérence – uniquement les droits d'exploitation, d'autant que le texte figure au Chapitre relatif au droit d'exploitation.

Une seconde lecture peut alors être envisagée : c'est la cession par l'auteur de tous ses droits d'exploitation sur toutes ses œuvres futures qui est nulle. On voit que cela laisse encore à l'auteur un large champ de liberté : par raisonnement *a contrario*, il peut céder ses droits d'exploitation sur une ou plusieurs œuvres futures, pourvu qu'il ne s'agisse pas de « toutes » ses œuvres futures. *A fortiori*, il peut évidemment céder ses droits sur une œuvre présente, voir même sur plusieurs, ou sur « toutes » ses œuvres présentes, puisque le texte vise les œuvres futures. *A priori* donc, ce texte semble poser une exception très réduite au principe de la cession des droits d'exploitation[1207]. Il suffirait pour l'auteur de ne pas viser « toutes ses œuvres futures », donc d'en exclure au moins une, pour que la cession soit valable. La portée de la prohibition serait alors très réduite.

[1207] Dans ce sens, A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p.57.

On pourrait trouver une confirmation de ce domaine très étroit dans certaines dispositions qui autorisent au contraire la cession d'œuvres futures. Il s'agit par exemple de l'article L. 132-6 du CPI, qui prévoit le paiement au forfait de l'auteur ayant passé un contrat avec des journaux ou périodiques : le paiement au forfait implique nécessairement la cession actuelle d'œuvres futures. On peut aussi citer l'article L. 132-36 issu de la loi du 12 juin 2009, qui dispose que le contrat de travail emporte cession par le journaliste des droits d'exploitation de ses œuvres à son employeur. Ou encore l'article L. 132-31 du CPI, qui décide qu'en matière de publicité, le contrat de commande conclu entre un auteur et un producteur emporte cession des droits d'exploitation de l'œuvre, à la condition du respect de certaines mentions[1208]. On peut ajouter l'apport de ses droits par l'auteur à une société de gestion collective, qui vise les œuvres futures (encore que le caractère fiduciaire récemment mis en lumière puisse également expliquer la validité d'une convention qui n'est peut-être tout simplement pas une véritable cession). L'argument consisterait à dire que, puisque le législateur prévoit des hypothèses de cession obligatoire totale des droits d'exploitation afférant à une œuvre, c'est bien la preuve de la validité de la cession d'œuvres futures, et celle-ci reste donc possible lorsque la loi de l'impose pas.

364. Domaine élargi. Pourtant, il n'est pas raisonnable de chercher dans ces exemples une preuve que le domaine de la prohibition doit être réduit à la seule cession de toutes les œuvres futures, et qu'*a contrario* toute autre cession d'œuvres futures, pourvu qu'elle ne soit pas globale, est valable. En effet, l'article L. 131-1 du CPI est formulé comme un principe à valeur générale, et le législateur lui accorde une place de choix : c'est le premier article du Chapitre 1 « Dispositions générales » du Titre 3 « Exploitation des droits ». En revanche, ces exemples restent ponctuels et clairsemés, et ils font justement l'objet d'une autorisation spéciale de la loi.

Surtout, des arguments de textes obligent à reconnaître que le domaine de la prohibition n'est pas aussi étroit. Premièrement, l'article L. 132-4 du CPI valide, à certaines conditions, les pactes de préférence en matière de contrat d'édition. Le pacte de préférence consiste pour l'auteur à s'engager, au cas où il créerait à nouveau, à proposer ses droits en priorité à l'éditeur. L'auteur prend donc un engagement sur ses œuvres futures. Et malgré la prohibition, la loi valide celui-ci lorsque certaines conditions sont réunies : il faut déterminer le genre de l'œuvre et le pacte doit viser soit cinq œuvres d'un même genre, soit les œuvres

[1208] Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 172, n°213.

d'un même genre produites pendant les cinq ans qui suivent la conclusion du contrat[1209]. Il s'agit donc, aux termes de cet article, de poser une exception au principe de la prohibition. Deuxièmement, l'article L. 132-18 du CPI pose le contrat général de représentation comme dérogation à l'article L. 131-1 du CPI. Par ce contrat, l'auteur ou son représentant, en contrepartie d'un forfait, autorise un usager à puiser dans son répertoire présent et à venir. L'auteur cède son droit de représentation sur ses œuvres présentes et à venir, ce que le texte valide en le présentant comme une exception[1210]. Globalement, en se présentant comme des exceptions à l'article L. 131-1, ces deux articles confèrent *a contrario* à celui-ci une généralité qui dépasse l'acception étroite de ses termes. Il est permis d'en déduire que la prohibition qu'il pose n'implique pas nécessairement la cession cumulative de tous les droits afférant à toutes les œuvres de l'auteur.

Mais la question reste presque entière de savoir quelles cessions sont prohibées. On dispose de quelques certitudes : on peut déduire de l'article L. 131-18 al. 2 *a contrario* que « toute cession d'un droit patrimonial démembré est susceptible d'encourir les rigueurs de la prohibition »[1211]. La cession d'un droit particulier d'exploitation, fut-il de représentation, de reproduction, ou seulement l'un de ses corollaires, est prohibée dès lors qu'elle vise toutes les œuvres futures. Il est également acquis, aux termes de l'article L. 132-4 *a contrario*, que la cession de cinq œuvres d'un même genre ou de toutes les œuvres d'un même genre produites pendant cinq ans est prohibée. On sait enfin qu'en visant la cession des œuvres, l'article L. 131-1 désigne les droits d'exploitation et non de le support. Il est donc loisible à l'auteur de céder le support matériel de ses œuvres futures. C'est d'ailleurs ce qu'admet classiquement la jurisprudence à travers le contrat de commande d'œuvre d'art.

Au-delà, les auteurs sont loin d'être unanimes. Certains auteurs s'attachent simplement au nombre d'œuvres cédées, et fixent un seuil – très variable. Ainsi, tous admettent que la cession des droits sur une seule œuvre future est possible, que ce soit dans le cadre d'une commande ou au titre d'une promesse unilatérale de vente[1212]. Mais au-delà, aucun accord n'est possible. H. Desbois[1213] prête au texte de condamner toute cession qui porterait sur deux œuvres futures ou plus, dès lors que le contrat ne les identifie pas au moins par leur titre,

[1209] Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 635, n°1054 et s.
[1210] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 650, n°1080.
[1211] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 583, n°658. Dans le même sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 558, n°662 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 591, n°970.
[1212] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 520, n°504 ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 200, n°105.45.
[1213] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, préc., p. 391 et s., n°537 bis et 538.

tandis que d'autres admettent la cession de deux œuvres[1214], et d'autres encore « même plusieurs œuvres, et pas seulement deux »[1215]. En tout cas, on déduit de l'article L. 132-4 *a contrario* que la cession de cinq œuvres est assurément prohibée.

D'autres auteurs s'attachent, en plus du nombre, aux circonstances qui entourent la cession. Certains admettent la cession de plusieurs œuvres futures dans un délai proche et court[1216]. C'est aussi la solution de la jurisprudence. Un autre propose que soit valable la cession des œuvres futures pour une période déterminée, puisque cela n'est pas global : « la globalité pourrait être interprétée comme incluant cumulativement un nombre d'œuvres et d'années indéterminées, ce qui rejoint la prohibition du contrat perpétuel dont cette disposition constitue une application »[1217]. M. Stromhölm est plus téméraire, qui juge prohibées « seulement les cessions d'œuvres futures dont, en raison de la période ou du nombre d'œuvres sur lesquels elles portent, il est impossible de prévoir le déroulement et la signification économique future »[1218]. En tout cas, l'article L. 132-4 *a contrario* permet d'affirmer que la cession de toutes les œuvres d'un même genre pour une période de cinq ans est prohibée.

A défaut de précisions dans les textes, il faut relever que la jurisprudence quant à elle « fait preuve d'indulgence »[1219]. Plus particulièrement dans le domaine des contrats entre annonceurs et agents de publicité, elle valide la cession d'œuvres futures lorsque celles-ci sont individualisables, identifiables, peu important qu'elles ne soient ni réalisées, ni même individualisées. Un auteur[1220] rappelle que cette jurisprudence est *contra legem*, d'autant qu'elle aboutit finalement à généraliser l'exception du pacte de préférence prévue pour le contrat d'édition, voir même à en retenir une version assouplie. Le juge est encore moins sévère lorsque l'auteur est libre de mettre fin au contrat en cours d'exécution.

Pour résumer, les frontières de la prohibition légale restent aléatoires. La question de la cession des œuvres futures réduit en tout cas la disponibilité des droits de l'auteur, mais la mesure de cette entorse n'est pas certaine.

[1214] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 584, n°659.
[1215] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 348, n°413.
[1216] Par exemple, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 520, n°504.
[1217] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 268, n°253.
[1218] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 57, renvoyant à M. Stromholm, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, t. 2, vol. 1, p. 181 et s.
[1219] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 583, n°659.
[1220] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 584, n°659.

→ La dimension matérielle de la cession totale

365. Le domaine de la cession totale : quels sont les droits cédés ? La cession totale désigne ici la cession de tous les droits, sans exception, portant sur une œuvre. Le principe de la validité d'une cession totale des droits sur une œuvre, fut-elle unique, actuelle et parfaitement identifiée, trouve lui aussi des opposants. Peu important le nombre d'œuvres concernées par cette cession totale, c'est l'idée que l'ensemble des droits afférant à une œuvre puisse faire l'objet d'un transfert complet au profit d'un tiers qui arrête certains auteurs.

Bien entendu, il est impossible de donner à ce terme « total » un domaine absolument général. Il est admis de tous, en législation comme en doctrine ou en jurisprudence, que certains droits de l'auteur sont inaliénables, de sorte qu'aucune cession n'est concevable. C'est le cas des droits moraux de l'auteur, nous l'avons vu. Mais au titre de ses droits patrimoniaux, il faut également exclure le droit de suite, lui aussi inaliénable. Ces droits restent à l'auteur nonobstant toute forme de cession.

Il faut s'arrêter sur le sort des droits à rémunération instaurés par la loi en échange d'une privation de l'*abusus* ou du *fructus* (cession forcée ou licence forcée). L'article L. 133-1 du CPI issu de la loi du 18 juin 2003 instaure une licence légale qui prive l'auteur du pouvoir de s'opposer au droit de prêt public contre rémunération, le considérant n°15 de la directive du 19 novembre 1992[1221] précise que ce droit à rémunération ne peut faire l'objet d'une renonciation. L'article 5.2 de la directive du 12 décembre 2006 prévoit que le droit d'obtenir une rémunération équitable en cas de cession du droit de location ne peut pas faire l'objet d'une renonciation de la part de l'auteur ou de l'artiste-interprète.

Un auteur[1222] étend cette indisponibilité : ce sont tous les droits à rémunération qui sont indisponibles, et cela implique que leur titulaire ne peut ni y renoncer, ni les céder par avance. Pourtant, à propos de la rémunération pour copie privée, d'autres auteurs[1223] contestent cette indisponibilité : « on ne voit pas très bien quelle serait, en l'état, sa base juridique. Si le droit à rémunération pour copie privée n'est qu'un droit de créance, il ne peut être déclaré incessible qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi. S'il participe de la nature du droit d'auteur, il doit, comme lui, pouvoir être cédé. C'est bien sur la base de ce postulat que la SACEM verse aux producteurs américains la part de rémunération pour copie privée des

[1221] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 526, n°831.
[1222] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 578, n°941.
[1223] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 380, n°408 ; B. EDELMAN, *Droit d'auteur, Droits voisins, Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993, n°308 ; C. CARON et N. BINCTIN, Jurisclasseur, *Propriété littéraire et artistique,* Fasc. 1510, 2008, n°12.

vidéogrammes revenant aux auteurs, par application des accords conclus entre eux »[1224].
Quant à nous, il nous semble qu'il faut distinguer : la cession des droits à rémunération à l'occasion de la cession totale des droits patrimoniaux sur l'œuvre semble aller de soi, car l'auteur ne se départit pas complètement de tous ses droits sur l'œuvre s'il conserve ces droits à rémunération. Quant à la cession par avance et surtout autonome d'un droit à rémunération, sa validité peut être discutée, mais quant à nous, elle doit être admise. En effet, le droit à rémunération se substitue dans le patrimoine de l'auteur au droit d'exploitation dont la loi le prive. Il s'agit donc d'une utilité parmi d'autres de l'œuvre, et si toutes les formes d'exploitation de l'œuvre sont par principe cessibles sous la forme de droits d'exploitation, il n'est pas logique que cette forme d'exploitation (fut-elle dérivée et non directe) ne le soit pas. D'ailleurs, si le législateur proscrit expressément la renonciation à propos de certains droits à rémunération, il peut en être déduit qu'ils sont, *a contrario* et par principe disponibles. En tout état de cause, ils doivent être inclus dans la cession pure et simple.
Restent les droits d'exploitation de l'auteur, à savoir le droit de représentation, le droit de reproduction, et le droit de destination, avec ses corollaires. C'est à propos de cet agrégat particulier que se pose la question de la cession totale. L'article L. 131-4 du CPI est clair, qui admet la cession totale des droits d'exploitation. Pourtant, la contestation peut se faire à trois niveaux.

366. L'admissibilité de la cession totale. Le CPI ne vise nulle part la cession totale des droits d'exploitation, sauf à l'article L. 131-4. Il prévoit de nombreuses formes de cessions, qu'il organise dans un grand nombre de contrats nommés, mais il ne prévoit pas un contrat nommé par lequel l'auteur cèderait la totalité de ses droits d'exploitation. Tous les contrats nommés d'auteur opèrent une cession partielle. On ne peut déduire de ce silence que la loi interdit la cession totale, puisqu'elle est admise à l'article L. 131-4. Et le principe étant la liberté contractuelle, les parties sont libres de dessiner une convention par laquelle l'auteur cède la totalité de ses droits d'exploitation, en dehors des schémas connus du CPI.

β. Le formalisme de la cession totale

367. Lorsque le principe est admis, ce sont alors les formalités de la cession qui sont discutées. En effet, l'idée même d'une cession totale est en opposition complète avec le

[1224] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 380, n°408.

principe qui irrigue la cession en droit d'auteur : les dispositions du CPI visent toujours à réduire les droits cédés au minimum et à laisser l'auteur titulaire du maximum de prérogatives. Le formalisme et la règle de l'interprétation stricte trouvent donc d'autant plus à s'appliquer ici. Deux points posent alors problème.

Premièrement, quant à la preuve de la cession, que faire de l'arrêt de la Cour de cassation qui circonscrit l'exigence d'un écrit aux seuls contrats visés par l'article L. 131-2 ? La cession totale ne rentre assurément pas dans les schémas de ces contrats particuliers. Deuxièmement, quant à la validité de la cession, comment concilier les articles L. 131-3 et L. 131-6 du CPI, lorsque le second pourrait faciliter la cession totale du droit patrimonial de l'auteur, en faisant l'économie des formalités prescrites par le premier ? Le conflit entre ces textes est encore plus aigu ici, parce que l'enjeu est capital. En résumé, la cession de tout le droit d'exploitation de l'auteur se passerait-elle et d'un écrit (art. L. 131-2) et des mentions classiques (art. L. 131-3) ? L'auteur serait-il privé de toute protection lorsqu'il cède tout son droit d'exploitation, alors qu'il vacille sous le poids du formalisme lorsqu'il veut en céder seulement une partie ?

D'une part, quant à la nécessité d'un écrit, elle semble acquise pour un auteur[1225] qui propose une typologie des contrats et du formalisme y-associé. Il distingue à ce titre d'un côté les contrats qualifiés de cession par le CPI, parmi lesquels les contrats nommés et les cessions « totales ou partielles » ; et de l'autre les licences et contrats non translatifs de droits d'auteur. Seuls les premiers impliquent la rédaction d'un écrit, tandis que les seconds échappent au formalisme.

La rédaction d'un écrit nous paraît effectivement, bien qu'indirectement, imposée par les textes. En effet, même si la Cour de cassation ne l'exige désormais (avec les nuances relatives aux circonstances de l'espèce, que nous avons déjà mentionnées) que pour les contrats visés par l'article L. 131-2 du CPI, il faut en revanche compter avec les mentions exigées par les articles L. 131-3 et 131-6 du CPI. Peu important à ce stade que l'on choisisse de faire prévaloir le premier ou le second, tous deux exigent des mentions expresses et renvoient à des « clauses » qui obligent, en fait, les contractants à la rédaction d'un écrit. Et tous les contrats d'auteur tombent sous le coup de ces articles, sauf à admettre que la cession totale, par exception, y échapperait. Mais ce n'est pas la lecture que nous retenons.

D'autre part en effet, et quant au contenu de cet écrit, l'article L. 131-3 al. 1er du CPI pose des mentions obligatoires pour « La transmission des droits de l'auteur ». Il n'est donc pas possible que la cession pure et simple y échappe. Tout au plus peut-on proposer d'assouplir

[1225] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 372, n°112.29.

les exigences de cet article en renvoyant à l'article L. 131-6 qui autorise la cession des droits portant sur des formes d'exploitation non prévisibles au moment du contrat. Au demeurant, et pour que la cession soit véritablement totale, au sens de complète et définitive, il faut nécessairement que l'auteur insère dans le contrat une clause incluant les modes d'exploitation inconnus au moment du contrat, puisque la cession totale consiste précisément pour l'auteur à se défaire de la totalité de ses droits patrimoniaux sur l'œuvre. Vraisemblablement, l'auteur doit respecter les prescriptions de l'article L. 131-3 pour les modes d'exploitation déjà connus[1226], mais également celles de l'article L. 131-6 pour ceux qui ne le sont pas encore, en gardant à l'esprit que la jurisprudence valide la cession lorsqu'elle est claire et précise.

Pour conclure sur ce point, les formalités de la cession totale ne sont pas différentes de celles des autres cessions, et ce n'est que logique : cette aliénation met l'auteur en danger bien davantage que les autres formes de cession, de sorte que sa protection s'impose également. En validant les cessions totales, le droit positif affirme la disponibilité des droits patrimoniaux de l'auteur. Mais il ne se départit pas de sa préoccupation principale : il protège l'auteur grâce à la prohibition de la cession des œuvres futures et grâce au formalisme qui entoure la cession totale. Comme à propos des cessions partielles, la libre disposition de ses droits par l'auteur apparaît plutôt muselée. « En définitive, la cessibilité que le droit français attribue en principe au droit d'auteur se trouve sensiblement tempérée par les prohibitions de cession qu'il édicte. Elle l'est également beaucoup par la règle de l'interprétation stricte des cessions »[1227].

γ. Les modalités de la cession totale : la question connexe de la cession pure et simple

368. Il faut enfin s'interroger sur les modalités de cette cession totale. En effet, la question de la cession totale et celle de la cession pure et simple sont toujours examinées de concert en doctrine. Les deux expressions sont prises pour synonymes, alors qu'au contraire, il faut distinguer. La question de la cession totale (ou partielle) renvoie à la détermination des droits cédés (leur nombre – domaine matériel, et leur actualité – domaine temporel), tandis que la question de la cession pure et simple renvoie aux modalités qui assortissent cette cession (non pas au formalisme, mais au régime du contrat). La cession pure et simple est celle qui s'affranchit des obligations traditionnellement imposées au cessionnaire par le droit spécial des contrats d'auteur, par retour au droit commun des contrats. Ainsi, et *a priori*, la cession

[1226] Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 587, n°698.
[1227] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 58.

totale peut être pure et simple, ou pas ; et la cession pure et simple peut viser une cession totale, ou partielle.

On sait que la cession totale est admise, tout comme la cession partielle. La question se pose de savoir quelles formes elle peut prendre, au sens de quels effets elle peut produire. Le législateur admet que la cession soit partielle ou totale, mais il se contente ensuite de prévoir ponctuellement plusieurs contrats nommés organisant des cessions partielles, et plus généralement à l'article L. 131-4 d'obliger le cessionnaire à verser une rémunération proportionnelle peu important que la cession soit totale ou partielle. Il est donc permis d'hésiter d'une part ponctuellement à propos des cessions partielles, sur la question de savoir si elles sont possible en tant que cessions pures et simples en dehors des contrats nommés ; et d'autre part généralement à propos de toutes les cessions, sur celle de savoir si elles sont possibles en dehors de la rémunération proportionnelle.

369. Cession pure et simple et rémunération proportionnelle. On peut tirer une première conclusion des termes de l'article L. 131-4 du CPI : quelle que soit l'étendue de la cession, partielle ou totale, elle emporte pour le cessionnaire l'obligation d'une rémunération proportionnelle à l'auteur, sauf dans les cas limitativement énumérés à l'alinéa 2. Ainsi, si l'on admet que la cession pure et simple se définit comme celle qui échappe à toute obligation légale posée par le droit spécial des contrats d'auteur, en ce compris la rémunération proportionnelle, alors sauf exception prévue par l'alinéa 2, la cession totale n'est pas par principe une cession pure et simple mais une cession assortie d'une rémunération proportionnelle[1228]. Incidemment, on peut en dire autant de la cession partielle.

Mais déjà à ce premier stade, il faut faire deux remarques. D'une part, au plan simplement terminologique, les auteurs[1229] qui posent que la cession totale s'accompagne nécessairement d'une rémunération proportionnelle n'en déduisent pas pour autant que la cession pure et simple soit impossible, car au contraire ils qualifient la cession totale de pure et simple nonobstant cette obligation dont ils s'accommodent parfaitement. La clarté du débat n'est pas améliorée.

D'autre part, et indépendamment de la terminologie retenue, la portée de la solution fait débat : aux termes de la loi, la cession pure et simple (qui échappe à la rémunération proportionnelle) est l'exception. Pourtant, certains auteurs soulignent qu'en pratique, la

[1228] Dans ce sens, H. Desbois, *Le droit d'auteur en France,* préc., p. 668 et n°492.

[1229] Par exemple, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 349, n°416 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 594, n°673.

cession pure et simple constitue la règle, à peu de choses près le principe. En effet, « le droit d'auteur englobe une variété de créations, dont seulement une petite partie fait l'objet d'une exploitation directe, c'est-à-dire donnant lieu à rémunération proportionnelle. La majorité des créations sont exploitées d'une manière « accessoire » par rapport à l'objet commercialisé (cas d'un dessin illustrant des boîtes de bonbons, cas d'un dessin et/ou d'une photo illustrant la couverture d'un livre, cas du logo ou du slogan d'une entreprise…) et la formulation de l'article L. 131-4, comme des articles suivants, permettent à l'évidence une cession pure et simple des droits de l'auteur, car on imagine mal, sous prétexte de défaut d'exploitation qu'un auteur puisse réutiliser un logo ou un slogan qui aurait été abandonné par une entreprise ! »[1230]. Ceci explique que certains admettent la cession pure et simple du bout des lèvres tandis que d'autres proclament sa validité : assorties d'une rémunération forfaitaire, « les cessions pures et simples (…) sont parfaitement licites (…) de manière générale selon nous en matière de propriété littéraire et artistique »[1231].

Incidemment, il faut rappeler que c'est la loi de 1957 qui introduit le principe de la rémunération proportionnelle. Avant cela, il était donc parfaitement possible de conclure une cession pure et simple sans pour autant devoir respecter les conditions strictes de l'article L. 131-4 al. 2. En d'autres termes, la cession pure et simple était le principe. C'est ce qui explique que les auteurs anciens[1232] l'admettent parfaitement.

370. Cession pure et simple et obligation d'exploiter. A cette première controverse s'en ajoute une seconde. *A priori*, la cession totale, ou partielle, est donc admissible en dehors des contrats nommés du CPI, à la condition d'une rémunération proportionnelle. Mais puisque les parties rédigent alors une convention innommée, les autres obligations que le législateur impose aux parties dans les contrats nommés n'ont pas vocation à s'imposer ici. Notamment, le cessionnaire n'a pas, dans une cession totale ou partielle en dehors des contrats nommés, d'obligation d'exploiter, puisqu'aucune disposition légale ne l'impose à tous les contrats d'auteur mais seulement à certains contrats particuliers, à savoir le contrat d'édition (art. L. 132-12) et le contrat de production audiovisuelle (art. L. 132-27).

Pourtant, une partie de la doctrine associe traditionnellement rémunération proportionnelle et obligation d'exploiter (nous allons revenir plus bas sur la validité de ce postulat). Il faudrait

[1230] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21. Dans ce sens également, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 126, n°183.
[1231] Voir sur la question A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 703, n°841.
[1232] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 126, n°183, renvoyant à E. Pouillet, n°287.

donc en déduire que la cession totale, ou partielle, dans la mesure où nous avons admis qu'elle implique une rémunération proportionnelle, implique également une obligation d'exploiter[1233] : la cession totale, ou partielle, s'éloigne de plus en plus de la cession pure et simple !

Sur ce point, il est permis de douter : l'existence d'une obligation d'exploiter généralisée à tous les contrats d'auteur est discutable, et si l'on peut à la rigueur en admettre son extension des contrats ponctuellement concernés à tous les contrats nommés (encore que…), il semble improbable de l'étendre aux contrats innommés que le législateur n'entend pas soumettre au régime des contrats spéciaux du droit d'auteur. D'ailleurs, son fondement classique, à savoir qu'elle serait le corollaire implicite mais nécessaire de la rémunération proportionnelle dont elle assurerait l'efficacité (la loi pose l'obligation d'une rémunération proportionnelle pour associer l'auteur au succès de l'œuvre, mais si l'exploitant néglige d'exploiter, l'auteur n'est associé qu'à cette négligence), est contesté par beaucoup d'auteurs[1234]. Ce sont ceux qui admettent la notion de cession totale pure et simple nonobstant la rémunération proportionnelle. Ils refusent que cette cession pure et simple puisse obliger le cessionnaire à exploiter, et arguent que la jurisprudence[1235] est en ce sens.

En tout état de cause, même à ce stade, certains auteurs rappellent que la cession totale pure et simple, au sens de dégagée de toute forme d'obligation spéciale, est possible. Et lorsque la rémunération proportionnelle est écartée, l'obligation d'exploiter ne s'impose plus.

371. Bilan sur la cession pure et simple. Il faut reconnaître que les textes autorisent la cession totale sous la forme d'une cession pure et simple. Il est logique qu'ils permettent également la cession partielle pure et simple, car les contrats nommés d'auteur laissent l'auteur libre de choisir la forme de son engagement. Toutefois, la cession pure et simple, totale ou partielle, peut s'entendre à des degrés divers, et la polysémie aggrave la confusion. Il semble acquis que la cession totale, et partielle donc, puisse échapper à l'obligation d'exploiter, mais doive se conformer à celle d'une rémunération proportionnelle. Peut-on cependant la qualifier de pure et simple ? Et si l'on se place dans l'hypothèse – étroite ou large selon la lecture des auteurs – de la cession qui échappe à la rémunération

[1233] Par exemple H. Desbois, *Le droit d'auteur en France,* préc., p. 668 et n°492.

[1234] Par exemple, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 349, n°416 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 594, n°673, renvoyant également à A. Huguet, P. Sirinelli, J. Raynard. ; P. GREFFE et F. GREFFE, *Traité des dessins et des modèles*, préc., p. 309, n°809 ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 121, n°174.

[1235] Voir les arrêts cités par A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 595, n°673.

proportionnelle en application de l'article L. 131-4 al. 2, les auteurs que la rémunération proportionnelle rebutait et qui voient dans cette seule hypothèse de l'alinéa 2 la véritable cession pure et simple sont précisément ceux qui, finalement, concluent que la cession pure et simple ne peut jamais exister : « la notion de cession pure et simple doit en matière de droit d'auteur être pondérée dès lors que l'auteur conserve toujours un lien avec son œuvre grâce au droit moral »[1236]. Si le cessionnaire peut échapper à l'obligation d'exploiter, et même à la rémunération proportionnelle, il n'échappe en revanche jamais au droit moral de l'auteur, qui interdit de voir dans les cessions même pures et simples de véritables aliénations au sens classique. Pour cet auteur, c'est plus largement toute forme de cession, totale ou partielle, qui doit être requalifiée. Nous y reviendrons.

En effet, et pour conclure sur ce point, la question de la cession pure et simple rejoint celle, plus générale, de la nature – translative ou pas – des contrats d'auteur, sur laquelle nous reviendrons plus bas. Il faut seulement retenir ici que, si l'on s'en tient aux termes de la loi, alors la cession totale des droits de l'auteur sur son œuvre s'accompagne nécessairement d'une rémunération proportionnelle, sans parler de l'obligation de respecter le droit moral de l'auteur. Il est donc permis de s'interroger sur la pertinence de la terminologie retenue en doctrine, qui fait de la cession pure et simple un synonyme de la cession totale. Telle qu'elle est admise en droit positif, la cession totale, comme la cession partielle d'ailleurs, n'est jamais pure et simple, puisque même lorsque la rémunération proportionnelle est écartée, le droit moral pèse sur le cessionnaire.

372. Bilan sur les limites extrinsèques à l'aliénabilité des droits patrimoniaux. A ce stade, la question des cessions de droit d'auteur peut déjà faire hésiter quant au pouvoir d'*abusus* de l'auteur. Le législateur admet que l'auteur cède son droit d'exploitation de manière globale ou de manière partielle. Les termes de la loi sont clairs, elle parle de cession et l'admet sans réserve. Les contrats d'auteur, qui organisent cette transmission, sont validés par la jurisprudence, pourvu que les conditions légales soient respectées. Les prérogatives patrimoniales de l'auteur semblent donc parfaitement disponibles, et l'*abusus* juridique de celles-ci semble faire partie des pouvoirs de l'auteur. Pourtant, malgré l'admission de principe des cessions, leur formation dirigée entrave fortement la liberté de l'auteur. Celui-ci ne remet pas en cause la faculté pour l'auteur de céder ses droits patrimoniaux. Il s'agit seulement de montrer que cette disponibilité n'est pas absolue, et que le législateur et le juge la valident

[1236] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21.

tout en adaptant ses modalités de manière à la ralentir. Jusqu'ici, le principe de la cession n'est pas en cause, c'est seulement sa – difficile – mise en œuvre qui nous arrête.

2. Les limites intrinsèques à l'aliénabilité des droits patrimoniaux : la nature des conventions

373. Le CPI organise la cession des droits d'exploitation de l'auteur. Il en admet la validité de principe, et se borne à l'assortir de conditions qui la ralentissent sans l'interdire. Nous concluons donc pour l'instant à l'aliénabilité des droits d'exploitation de l'auteur.

Pourtant, il faut préciser le degré de cette aliénabilité. En effet, la disponibilité d'un bien ne se ramène pas à son aliénation. Le propriétaire peut également consentir des droits réels sur son bien, le transférer à cause de mort ou de son vivant à titre gratuit. Ces modes de disposition seront envisagés plus bas. Mais ici, nous voulons souligner que, à côté de l'aliénation, qui prive définitivement le propriétaire de son bien, existe un autre mode de valorisation : c'est le louage, concession d'un droit personnel. Parce qu'il n'a pas pour objet direct la chose, il n'est pas classé parmi les actes de disposition. Par suite, un bien qui ne pourrait être aliéné mais serait seulement l'objet de telles conventions non translatives, devrait être qualifié d'indisponible.

Or, le postulat de l'aliénabilité des droits patrimoniaux de l'auteur résulte directement des termes de la loi, qui qualifie tous les contrats d'auteur de cessions. On en retire l'impression que non seulement les droits de l'auteur sont aliénables, mais surtout cette aliénabilité ne connait aucune borne. Une fois que la convention remplit les conditions de validité ci-dessus examinées, elle réalise nécessairement une aliénation, puisque toutes les formes de conventions envisagées par le CPI sont des cessions.

Malgré les termes sans équivoque du législateur en matière de droit d'auteur, l'examen du régime des contrats d'auteur peut conduire à se demander si l'on est en présence d'une véritable cession, et à mettre en doute la qualification légale. Il n'est pas certain que le terme « cession » du CPI soit toujours ou réellement synonyme d'« aliénation ». C'est alors la place de la licence en droit d'auteur qu'il convient de mesurer. L'omnipotence de la cession doit être remise en cause. Si la cession n'est plus seule en lice, alors c'est l'aliénabilité des droits de l'auteur qui perd de sa superbe. Parce que « la frontière entre acte d'administration et acte de disposition est claquée, en propriété intellectuelle, sur la distinction entre cession et

licence »[1237], l'admission de cette dernière à côté, ou même en lieu et place de la cession, remet effectivement en cause le degré de la disponibilité des droits patrimoniaux de l'auteur.
Rappelons-le, il ne s'agit pas à ce stade de contester le principe de l'aliénabilité des droits d'exploitation de l'auteur, mais seulement de faire descendre la cession de son piédestal, en rendant à la licence ce qui lui est dû. Ces développements relatifs aux rapports entre cession et licence permettent donc, de manière directe, de préciser la portée de la disponibilité des droits patrimoniaux de l'auteur. Mais ils ont également un écho plus fondamental : discuter de l'admissibilité de la licence de droit d'auteur conduit à s'arrêter sur la qualification des contrats d'auteur, et finalement à s'interroger sur l'admissibilité de la cession de droit d'auteur. Nous arrivons donc à une remise en cause bien plus radicale que celle de la seule omnipotence de la cession : c'est le principe même de l'aliénabilité des droits patrimoniaux de l'auteur qui peut être interrogé. Mais ces développements trouvent leur place dans le Sous-titre 2, relatif à la portée de l'aliénabilité des droits du créateur.
Ainsi, les développements qui suivent ici débouchent à notre sens sur des conclusions d'une portée telle qu'il n'est pas possible d'en faire l'économie. Il nous faut donc examiner la question de la place de la licence en droit d'auteur. Si tous les auteurs s'accordent sur les termes du débat, les conclusions auxquelles ils arrivent varient du tout au tout. Nous voulons, pour plus de clarté, présenter d'abord les outils du cantonnement de l'aliénabilité (a), communs à tous les auteurs, pour ensuite examiner la manière dont chacun les interprète pour asseoir son analyse des cessions (b).

a. Les outils du cantonnement de l'aliénabilité

374. Pour remettre en cause l'omnipotence de la cession en droit d'auteur, les auteurs ont naturellement recours à son pendant, la licence (α). Pour redistribuer les cartes au sein de cette dichotomie, ils isolent des critères de distinction dont la présence ou l'absence dans le régime de tel ou tel contrat d'auteur est censée révéler sa nature véritable (β).

α. Le cadre de la déchéance de la cession : la dichotomie des cessions et des licences

375. Rappelons-le, il s'agit à ce stade de mesurer le degré ou le domaine de l'aliénabilité des droits patrimoniaux de l'auteur. Les termes de la loi sont clairs, qui ne parlent que de cession.

[1237] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 199, n°440.

Le législateur prévoit de nombreuses conventions, qui sont autant de manières d'exploiter l'œuvre, et qui ont pour objet le droit patrimonial de l'auteur fractionné en autant de droits que d'utilités concevables. En posant que ces conventions réalisent toute une cession, le législateur nous dit que le droit d'exploitation de l'auteur est aliénable dans toutes ses dimensions. Il donne le sentiment que l'aliénabilité des droits patrimoniaux de l'auteur est non seulement admise, mais qu'elle est surtout sans bornes, comme si aucune autre forme de convention n'existait en droit d'auteur.

Or, les catégories juridiques sont rarement omnipotentes. Au contraire, elles fonctionnent le plus souvent par paires. D'ailleurs, c'est bien le propre d'une catégorie juridique, que d'associer à telle situation déterminée tel régime juridique particulier : c'est dans la distinction avec une autre situation que la catégorie trouve son identité. Chaque catégorie juridique constitue le pendant d'une autre catégorie : le droit réel et le droit personnel, les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux, les choses corporelles et les choses incorporelles, les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit, etc. Il arrive qu'une catégorie ne trouve pas son pendant, parce qu'aucune catégorie concurrente et équivalente n'existe : le risque est alors que, sans les bornes d'une catégorie concurrente, la catégorie seule en lice absorbe tous les cas de figure sans distinction, de sorte que son régime, de singulier, se perd dans la généralité. On pense au droit de propriété, qui ne connait pas de compétiteur, et dont l'extension à toute forme de valeur n'est pas sans conséquences.

En droit commun, la cession n'est pas une catégorie omnipotente. Elle a pour pendant la licence. En d'autres termes, la vente s'oppose au louage, si l'on s'en tient au langage des choses corporelles. La cession opère le transfert d'un droit par une personne, le cédant, à une autre personne, le cessionnaire. Le cédant se trouve privé de ce droit, qui quitte son patrimoine. Le cessionnaire en est investi à sa place. L'objet cédé change de maître, mais il ne connaît toujours qu'un seul maître. Au contraire, la licence opère création d'un droit qui n'existait pas auparavant. Le donneur de licence ne se défait pas d'un droit au profit du licencié, lequel ne reçoit rien du donneur de licence. Le donneur de licence s'oblige envers le licencié à autoriser tel ou tel comportement à propos de la chose, le licencié est donc créancier de cette tolérance, en même temps qu'il est débiteur d'obligations envers le donneur de licence. L'objet que le donneur de licence autorise le licencié à utiliser reste sous la maîtrise du donneur de licence, et le licencié n'a pas de droit direct sur lui. Il peut néanmoins exiger du donneur de licence qu'il le laisse l'utiliser, de sorte qu'il détient une maîtrise indirecte et concurrente. En résumé, le « contrat de licence se distingue (…) du contrat de cession : le premier confère une simple autorisation temporaire d'exploitation de l'objet de la licence,

tandis que la cession suppose une transmission définitive de droits »[1238].

On le voit, la cession s'oppose en tous points à la licence : quant à la relation du cédant-donneur de licence avec l'objet, quant à la relation du cessionnaire-licencié avec l'objet, quant à la relation de ces deux personnes. Lorsque le législateur se concentre sur la cession des droits d'auteur, et fait comme si seule cette forme de convention existait, il faut donc s'interroger sur la place de la licence en droit d'auteur. Il faut se demander si le silence du législateur condamne toute licence à côté des cessions qu'il organise, mais également si certaines « cessions officielles » ne sont pas des « licences officieuses ». Au demeurant, l'admission de la licence en droit d'auteur ne remet pas en cause le principe de l'aliénabilité des droits patrimoniaux. Mais, parce qu'elle met fin à l'omnipotence de la cession, elle a un effet paradoxal : en élargissant le spectre des conventions concevables à propos des droits patrimoniaux de l'auteur, elle renforce leur disponibilité tout en nuançant leur aliénabilité.

β. Les critères de la déchéance de la cession

376. La cession est le terme particulier qui désigne la vente des choses incorporelles[1239]. La cession de droits d'auteur doit donc logiquement correspondre à la définition de la vente. Celle-ci consiste dans le transfert par le vendeur du droit de propriété sur une chose à l'acquéreur. Le vendeur rompt définitivement tout lien avec la chose, et l'acquéreur, désormais seul maître de la chose, devient titulaire d'un droit équivalent à celui que le vendeur exerçait. L'acquéreur a un véritable droit direct sur l'objet de sa maîtrise, et le vendeur n'a contre lui aucune créance autre que le paiement du prix. L'acquéreur est investi d'une action réelle, en revendication, qui lui permet d'obtenir la restitution de la chose. Il est libre de transmettre cette chose à son tour, parce que le vendeur renonce par la vente à toute maîtrise de la chose vendue.

Or, l'examen des contrats d'auteur, postulés cessions, fait apparaître d'importantes divergences avec ce modèle, qui renvoient au contraire au modèle de la licence. Sur de nombreux points, les conventions examinées font en réalité échec au caractère translatif, définitif et libératoire de la cession classique. Il faut en dresser l'inventaire, parce que tous les auteurs s'y arrêtent pour proposer leur analyse des contrats d'auteur. Sans doute ne leur accordent-ils pas tous une portée identique, chacun jugeant telle objection dénaturante et telle

[1238] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 7, n°16.
[1239] F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9e éd., 2011, p. 126, n°120.

autre surmontable. Nous le verrons plus bas, cela les conduira à proposer des analyses divergentes à propos de la nature de chacun des contrats d'auteur. Néanmoins, nous pouvons dès à présent préciser la portée individuelle que leur réserve la doctrine, sachant que c'est seulement dans leur cumul et leur combinaison que l'on trouvera, plus bas, des réponses à la question de la nature véritable des cessions de droits d'auteur.

→ Critère : la rémunération proportionnelle

377. Constat du décalage. A propos du prix, vente et cession s'opposent sur deux points indissociables : la détermination du prix, et l'effet libératoire de son paiement.

D'une part, en droit commun de la vente, l'article 1591 du Code civil dispose « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Or, l'article L. 131-4 du CPI dispose « La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants (…) ».

A en croire l'article L. 131-4 du CPI, toutes les cessions de droits d'auteur, et donc tous les contrats nommés d'auteur, y compris la cession du droit d'adaptation et du droit de traduction[1240], ainsi que les cessions pures et simples, obligent le cessionnaire à verser à l'auteur une rémunération proportionnelle, sauf lorsque la loi en décide autrement. Si la cession de droits d'auteur est une vente, comment concilier la stipulation d'une rémunération proportionnelle avec l'obligation d'un prix déterminé et désigné par les parties ? Tous ces contrats contreviennent-ils donc à l'article 1591 du Code civil ?

D'autre part, en droit commun, le paiement du prix, réalisé une fois pour toutes, libère définitivement l'acquéreur. En droit d'auteur, la rémunération est proportionnelle aux recettes du cessionnaire, de sorte que son paiement n'est pas immédiat mais successif. Le cessionnaire n'est jamais libéré, aussi longtemps qu'il rémunère l'auteur. La « notion de rémunération proportionnelle (…) concrétise (l)e lien indissoluble entre l'auteur et son œuvre ». Ainsi, « l'auteur cédant doit demeurer lié aux résultats de l'exploitation de son œuvre. Il doit donc profiter du succès de son œuvre, mais aussi, malheureusement, de son insuccès »[1241]. Cela se fait aux dépens du cessionnaire, qui assume, malgré la réalisation de la cession, une obligation

[1240] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 594, n°672.
[1241] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 352, n°419.

à exécution successive envers l'auteur.

377-1. Portée. Si la vente de droit commun est par principe faite au comptant, elle peut également être faite contre une rente viagère[1242], auquel cas l'acquéreur doit payer au vendeur une rente dont le montant ne peut être déterminé *a priori*, et qui l'empêche d'être libéré puisqu'elle s'échelonne dans le temps. En dehors de cette hypothèse, les parties peuvent valablement prévoir le paiement d'un prix variable, du moment qu'il est déterminable, et que les modalités de sa détermination satisfont aux conditions de l'article 1174 du Code civil : il ne faut pas que la condition soit potestative. Ainsi, la jurisprudence[1243] valide la cession d'un cabinet d'expertise automobile dont le prix dépend de la rentabilité du bien. On est proche ici de la situation du contrat d'auteur, dont le prix dépend de la rentabilité de l'exploitation par le cessionnaire.

En résumé, l'argument de la rémunération proportionnelle ne peut conduire à disqualifier la cession, puisque le droit commun de la vente admet parfaitement des hypothèses de prix aléatoire et échelonné. Tout au plus peut-il remettre en cause sa validité au regard du droit commun, dans le cas où le prix de la cession ne serait même pas déterminable, ou potestatif. Mais cela n'a pas d'incidence sur sa nature. D'ailleurs, de l'avis de la plupart des auteurs, l'objection de la rémunération proportionnelle[1244] n'est pas dénaturante.

→ Critère : l'obligation d'exploiter

. Décalage

378. Constat du décalage. En droit commun, l'acquéreur est libre de ne pas exploiter le bien acquis, de s'en désintéresser. En revanche, « il est une particularité de la cession, en propriété littéraire, exorbitante du droit commun, qui doit être marquée (…) : ce n'est pas parce que le cessionnaire acquiert régulièrement les droits qu'il pourra en faire ce qu'il voudra, en premier en n'exploitant pas et s'assoupissant : il devra mettre l'œuvre en valeur : le contrat d'auteur est une vente (ou une entreprise) consentie *avec charge d'exploitation* pour le partenaire économique »[1245]. Certes, l'auteur n'a pas d'obligation d'exploiter, mais lorsqu'il cède ses

[1242] Voir par exemple F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, préc., p. 169 et s.
[1243] Civ. 1e, 28 juin 1988, Bull. civ. I, p. 148, n°212.
[1244] Voir sur la question C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 93, n°106 et 107.
[1245] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 490, n°473.

droits d'exploitation, le cessionnaire ne connaît pas la même liberté : il a l'obligation d'exploiter l'œuvre, de faire usage des droits cédés afin de faire fructifier l'œuvre. Cela « constitue une obligation fondamentale à sa charge »[1246].

Domaine certain du décalage. Il est acquis que certains contrats posent cette obligation de manière expresse[1247]. Il en va ainsi du contrat d'édition : aux termes de l'article L. 132-12 du CPI, « L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession ». C'est également le cas du contrat de production audiovisuelle : aux termes de l'article L. 132-27 du CPI, « Le producteur est tenu d'assurer à l'œuvre audiovisuelle une exploitation conforme aux usages de la profession ». C'est encore l'article L. 134-4 II issu de la loi du 1er mars 2012 à propos de l'exploitation numérique des livres indisponibles.

. Extension aux autres contrats nommés

379. Le CPI ne prévoit aucune obligation générale d'exploiter. Faut-il cependant l'étendre à tous les contrats nommés d'auteur (c'est-à-dire sans inclure pour l'instant les contrats innommés) ?

Les textes conduisent certains auteurs à une conclusion radicale : si la loi précise dans certains cas que la cession s'accompagne d'une obligation d'exploiter, c'est que la seconde n'est pas systématiquement associée à la première. En conséquence, faute de précision légale, le cessionnaire n'a pas l'obligation d'exploiter. Plusieurs arguments sont avancés dans ce sens. D'abord, on relève qu'en droit commun, la cession est une forme de convention qui, dans sa définition traditionnelle, exclut une telle obligation. « De façon générale, un contrat de cession n'emporte pas en lui-même une obligation d'exploiter »[1248]. Ensuite, on rappelle qu'en droit d'auteur, la cession à titre gratuit n'emporte pas obligation d'exploiter, alors pourtant qu'elle est pareillement désignée par le terme « cession ».

D'autres auteurs[1249] sont plus nuancés : « il est facile d'observer que ces dispositions sont propres à certains contrats. Il paraît difficile d'inférer de certains textes spéciaux une

[1246] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 349, n°416.
[1247] Voir S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 133, n°192.
[1248] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 48, n°51.
[1249] Par exemple A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 595, n°673 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 590, n°701.

obligation générale »[1250]. Finalement, la solution est discutée en doctrine, et les auteurs proposent plusieurs fondements susceptibles d'asseoir une généralisation de l'obligation d'exploiter à tous les contrats nommés.

380. Fondement proposé : l'obligation d'exploiter est le prolongement nécessaire de la rémunération proportionnelle. C'est l'argument[1251] principalement avancé, qui consiste à poser que l'obligation d'exploiter doit être étendue à tous les contrats posant l'obligation d'une rémunération proportionnelle. Puisque l'article L. 131-4 impose une rémunération proportionnelle pour toute « cession par l'auteur des droits sur son œuvre », tous les contrats nommés par le CPI y sont soumis.

En effet, certains auteurs[1252] estiment que l'obligation d'exploiter est la conséquence directe et nécessaire, même si implicite, de la rémunération proportionnelle : elle est à la fois opportune et conforme à l'esprit de la loi de 1957. D'une part, la stipulation d'une rémunération proportionnelle, imposée par l'article L. 131-4 du CPI à tous les contrats d'exploitation, fait encourir au contrat un risque quant à sa validité, dans la mesure où il n'est pas certain d'échapper à la prohibition des engagements potestatifs. Assortir systématiquement ces contrats d'une obligation d'exploiter permet de supprimer ce risque, parce que le montant de la rémunération découle directement de l'exploitation, laquelle ne dépend pas du bon-vouloir du cessionnaire puisqu'il y est obligé. L'obligation d'exploiter généralisée permet donc de renforcer l'efficacité juridique de l'article L. 131-4, en supprimant la menace de la potestativité de la rémunération proportionnelle[1253]. D'autre part, elle permet également d'assurer son efficacité pratique, en garantissant l'auteur contre la mauvaise foi éventuelle du cessionnaire. La rémunération proportionnelle a été pensée par la loi de 1957 pour associer l'auteur au succès de son œuvre, mais le désintérêt et l'inaction du cessionnaire rejaillissent directement sur l'auteur, dont la rémunération n'est que le reflet de l'éventuelle exploitation de son œuvre. Imposer une obligation d'exploiter ne garantit certes pas le succès commercial de l'œuvre, mais autoriser l'inaction du cessionnaire revient à reprendre d'une main ce que l'on a donné de l'autre : l'effet escompté de la rémunération proportionnelle est

[1250] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc.,p. 590, n°701.
[1251] Voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., n°643 ; POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., n°976 ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 117, n°124.
[1252] Par exemple, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, préc., n°492 ; S. RAIMOND, *La qualification d*u contrat *d'auteur*, préc., p. 127, n°186.
[1253] Sur ce point, voir A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 595, n°673.

réduit à néant[1254].

Pourtant, d'autres auteurs[1255] contestent cette corrélation, ce lien postulé entre rémunération proportionnelle et obligation d'exploiter. Ils relèvent d'une part que le forfait est autorisé même dans les contrats qui prévoient une obligation d'exploiter, laquelle ne disparaît pas lorsque les parties choisissent le paiement au forfait. D'autre part et en sens inverse, la généralité de la rémunération proportionnelle conduit à l'appliquer également au de représentation, ou au contrat d'adaptation audiovisuelle, alors que ses termes contredisent l'idée d'une obligation d'exploiter.

381. Fondement proposé : l'obligation d'exploiter est le prolongement patrimonial du droit moral. Le droit moral de l'auteur tend à faire connaitre l'œuvre au public, ce qui n'est pas possible en l'absence d'exploitation. Mais l'analyse dualiste du droit d'auteur « oblige à reconnaître que le droit moral ne peut servir de fondement à une obligation d'un contrat conclu à propos des droits patrimoniaux d'exploitation »[1256]. La doctrine contourne donc l'obstacle en recourant à la cause : « la diffusion est le but recherché par l'auteur »[1257], l'absence d'exploitation prive le contrat de cause. Cet argument ne porte pas, car il s'agit d'une référence à la cause subjective, tandis que la cause objective du contrat consiste dans le paiement du prix par le cessionnaire.

Certains auteurs dépassent cet obstacle, et trouvent dans le droit de divulgation un fondement suffisant pour « contraindre le cessionnaire à publier l'œuvre »[1258]. Pour contraindre le cessionnaire sur ce seul fondement, il faudrait cependant retenir du droit de divulgation une conception très étendue : il faudrait admettre que l'auteur n'épuise pas son droit de divulgation en portant l'œuvre à la connaissance du public, et continue de divulguer en s'assurant que cette diffusion se prolonge dans l'exploitation de l'œuvre. Or il est admis que la divulgation est un acte matériel : une fois l'œuvre portée à la connaissance du public, le droit de divulgation est consommé, épuisé.

382. Fondement proposé : l'obligation d'exploiter est la contrepartie de l'exclusivité. Il s'agit de soutenir que l'exclusivité conférée par le contrat d'auteur trouve sa cause dans

[1254] Dans ce sens, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, préc., n°492.
[1255] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 590, n°701.
[1256] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 123, n°179.
[1257] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 122, n°177, renvoyant dans ce sens à F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°976.
[1258] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 124, n°179, renvoyant dans ce sens à P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, n° 191 et 233, qui nuance cependant cette opinion.

l'obligation d'exploiter du cessionnaire, et donc de déduire que faute de cette dernière, l'exclusivité est sans cause, l'obligation de l'auteur également. Et ici encore, ce raisonnement est invalidé : la cause objective de l'exclusivité conférée par l'auteur résidant dans le prix, la cause subjective importe peu.

Il faut d'ailleurs ajouter que même la cause subjective échoue à établir ce lien postulé entre exclusivité et obligation d'exploiter : il existe en effet des hypothèses où le cessionnaire a l'obligation d'exploiter alors qu'il n'a pas de droit exclusif, ce qui montre bien que l'obligation d'exploiter n'est pas conçue comme la « compensation » d'une exclusivité consentie par l'auteur. Ainsi, d'une part, tous les contrats d'auteur ne confèrent pas une exclusivité (l'article L. 132-8 autorise la conclusion d'un contrat d'édition sans exclusivité, alors que l'obligation d'exploiter est quant à elle d'ordre public : la seconde n'est pas la contrepartie de la première), et d'autre part, le droit de la propriété industrielle montre lui aussi que l'exclusivité et l'obligation d'exploiter ne sont pas indéfectiblement liées : la cession y est par nature exclusive alors qu'aucune obligation d'exploiter ne l'assortit, et la licence, même lorsqu'elle n'est pas exclusive, implique au contraire nécessairement celle-ci[1259].

Au demeurant, faute de trouver dans l'exclusivité un véritable fondement juridique à l'obligation d'exploiter, il est envisageable de se contenter d'y trouver une justification. Il s'agit alors de relever que la « volonté du législateur apparaît limpide sur ce point »[1260]. Les dispositions du CPI visent toutes à assurer l'exploitation des droits, et lorsque l'auteur consent une exclusivité à son cocontractant, il est logique qu'en retour, celui-ci soit obligé d'exploiter, sous peine de priver le public de l'accès à l'œuvre. Mais ici, l'argument est d'opportunité, on ne peut donc s'en contenter.

383. Fondement proposé : l'obligation d'exploiter relève de la nature du droit d'auteur. Puisque le CPI parle des « droits d'exploitation », cela veut dire que, par nature, les droits d'auteur impliquent une exploitation. D'ailleurs, l'article L. 131-3 oblige à déterminer « le domaine de l'exploitation », ce qui montre bien qu'elle est incontournable.

Un auteur rejette cet argument. Il oppose d'une part que, si le législateur pose expressément cette obligation à la charge de certains cessionnaires, c'est qu'il n'a pas l'intention de l'imposer à ceux à propos desquels il garde le silence. D'autre part, le droit de la propriété

[1259] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 123, n°178.
[1260] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 114, n°122.

industrielle prévoit des mécanismes particuliers qui contraignent à l'exploitation, et l'absence de tels mécanismes en droit d'auteur semble donc indiquer l'absence de l'obligation d'exploiter. Enfin, si les termes « droits d'exploitation » impliquaient nécessairement une obligation d'exploiter, pourquoi n'incomberait-elle qu'au cessionnaire et pas à l'auteur ? « Il est donc impossible de considérer que l'obligation d'exploiter découle de la nature du droit patrimonial »[1261].

384. Bilan. Les arguments ne nous paraissent pas convaincants : « rien ne permet de conclure de manière déterminante à l'existence d'une obligation générale d'exploiter dans les contrats d'auteur »[1262]. Il nous semble que le cessionnaire partie à un contrat nommé échappe à l'obligation d'exploiter, sauf si la loi en dispose autrement. Pour autant, nous ne pouvons être catégorique, car la jurisprudence n'est d'aucun secours, qui oscille entre extension et cantonnement au gré des espèces[1263].

. Extension aux contrats innommés

385. Si l'extension aux contrats nommés laisse déjà place au doute, alors le cas des contrats innommés ne devrait pas poser problème. En effet, l'obligation d'exploiter est une charge imposée par le législateur à certains cessionnaires particuliers dans le cadre de certains contrats spéciaux. Lorsque les parties choisissent de se soustraire aux schémas spéciaux du droit des contrats d'auteur, c'est qu'ils souhaitent échapper aux obligations imposées par ces contrats spéciaux et opérer un retour au droit commun des contrats. Et puisque le législateur ne pose même pas une telle obligation qui s'imposerait à tous les contrats nommés, il est encore plus difficile de prétendre que celle-ci incombe également aux contrats innommés. Il faut pourtant distinguer deux situations.

Lorsque les parties concluent un contrat qui n'est pas un contrat nommé, et qui réalise une cession, totale ou partielle, celle-ci entre dans le cadre de l'article L. 131-4, et implique une rémunération proportionnelle. Dès lors, si l'on admet la corrélation postulée entre la rémunération proportionnelle et l'obligation d'exploiter, on est conduit à poser cette obligation à la charge du cessionnaire, même s'il contracte en dehors des contrats spéciaux. Toutefois, nous avons critiqué la validité de cette analyse, et nous pensons donc que, malgré

[1261] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 125, n°181.
[1262] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 590, n°701.
[1263] Voir les arrêts cités par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., 2013, p. 590, n°701.

la rémunération proportionnelle, le cessionnaire dans ce cas n'a pas d'obligation d'exploiter.
Lorsque les parties concluent une cession pure et simple, c'est-à-dire lorsque leur contrat entre dans les conditions de l'alinéa 2 de l'article L. 131-4, alors même la rémunération proportionnelle disparait, et l'obligation d'exploiter n'a pas lieu d'être, sauf bien entendu à se ranger aux autres arguments proposés en doctrine, qui valent aussi bien pour les contrats nommés qu'innommés. On peut sans doute craindre les conséquences d'une telle cession pour l'auteur : « la cession onéreuse pure et simple (…) dépouille l'auteur de son monopole contre une rémunération forfaitaire pouvant ne pas refléter sa valeur, sans l'assurer d'une diffusion de sa création »[1264]. Pour autant, les parties choisissent d'échapper aux contrats spécialement organisés pour eux, et l'obligation d'exploiter en fait partie. De l'avis général, en doctrine comme en jurisprudence, la cession pure et simple « permet, en toute liberté, de ne pas exploiter l'œuvre »[1265].

. Portée

386. Le véritable poids de cette obligation, qui éloigne la cession du droit commun, dépend de son degré d'originalité.
Or, le droit commun de la vente connait, lui aussi, des hypothèses similaires qui autoriseraient à relativiser ce décalage entre la cession des droits d'auteur et la cession classique : on peut citer le bail à nourriture par lequel l'acquéreur d'un immeuble s'engage à nourrir, loger et entretenir le vendeur, ou encore la vente d'un terrain à charge de le construire[1266]. La vente avec charge n'est donc pas inconnue, elle est au contraire parfaitement admise, sans que l'on songe à y voir une disqualification de l'acte de vente. Et que dire des innombrables ventes d'immeubles grevés de servitudes, qui s'imposent à l'acquéreur à la manière d'une charge ?
L'on peut penser, en dehors de la vente, à d'autres hypothèses de transfert de propriété s'accompagnant d'obligations : c'est la libéralité consentie avec charge, le prêt d'argent qui oblige à l'affecter à un certain usage, ou encore la fiducie qui oblige le fiduciaire à respecter la finalité de la fiducie[1267].

[1264] S. RAIMOND, *La qualification du* contrat d*'auteur*, préc., p. 122, n°176.
[1265] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 349, n°416. Dans le même sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 595, n°673 ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 247, n°285.
[1266] Voir C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 96, n°110.
[1267] Voir N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 247, n°286.

387. Bilan. Au total, l'obligation d'exploiter n'est pas un obstacle jugé dirimant par certains auteurs[1268], qui se contentent de s'interroger sur son éventuelle généralité sans pour autant en tirer de conséquences quant à la nature de la cession : « l'obligation d'exploitation qui incombe au cocontractant de l'auteur ne peut empêcher de reconnaître à ce dernier la qualité de propriétaire »[1269].

Ce n'est cependant pas l'avis de tous les auteurs. Certains considèrent que l'obligation d'exploiter contredit l'idée de cession : « la logique du système voudrait que le cessionnaire soit traité comme l'auteur lui-même, c'est-à-dire que le droit d'auteur soit, entre ses mains, exclusif, absolu, discrétionnaire comme il l'était entre les mains de l'auteur. D'où il devrait s'ensuivre que « le cessionnaire aura toute latitude pour exploiter le droit qu'il a acquis, au moment de son choix, selon les modalités qui lui conviendront, sous réserve du respect qu'il doit à l'intégrité de l'œuvre ou au contraire pour le tenir en réserve au lieu d'en tirer aussitôt parti » [1270]. En d'autres termes, nulle obligation d'exploiter ne devrait peser sur le cessionnaire »[1271]. Pourtant, ils se bornent alors à regretter sa présence, et renoncent à en conclure à la disqualification de la cession. Il s'agit simplement pour eux d'une version « édulcorée » de la cession classique.

D'autres sont plus francs, et jugent cette obligation dénaturante. « Si théoriquement, la cession est possible en droit français, en pratique elle en est exclue en considération de (…) l'obligation d'exploitation mise à la charge du cessionnaire exclusif (…). En effet, rien n'est plus éloigné de l'idée de transfert du pouvoir discrétionnaire de l'auteur que l'affirmation de l'existence d'une obligation à la charge du cessionnaire de ce droit »[1272].

→ Critère : la durée de la cession

388. Constat du décalage. Au titre des objections à la véritable cession, on mentionne souvent la durée limitée de la cession : « contrairement à la vente du droit commun, définitive et irrévocable, les cessions d'auteur sont généralement limitées dans le temps, de sorte que les droits d'exploitation pourront revenir un jour dans le patrimoine de l'auteur. En effet, si la cession a été consentie pour une durée déterminée (mode exorbitant du droit commun mais expressément autorisé par l'art. L. 131-3), selon la modalité du terme extinctif, le cessionnaire

[1268] C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 96, n°110.
[1269] C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 96, n°109.
[1270] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, préc., n°491 et s.
[1271] A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, préc., p. 55.
[1272] M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique. Etude de droit comparé et de droit international privé*, éd° GNL Joly 1995, n°49.

sera bien propriétaire pendant la durée prévue, mais les droits reviendront automatiquement à l'auteur, à la date indiquée au contrat »[1273].

Ainsi, de manière générale, tous les contrats d'auteur soumis à l'article L. 131-3 du CPI peuvent être assortis d'un délai, puisque ce texte dispose « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que (…) le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité (…) quant à la durée ». Les parties peuvent prévoir que la cession dure jusqu'à l'expiration du monopole, ou pour une durée inférieure. Et ponctuellement, l'article L. 131-19 du CPI prévoit à l'alinéa 1er que, par principe, « Le contrat de représentation est conclu pour une durée limitée (…) ». L'alinéa 3 ajoute que, lorsqu'il est conclu à titre exclusif, ce contrat ne peut excéder cinq ans. En droit d'auteur donc, la cession est *a priori* conçue comme temporaire, tandis qu'en droit commun de la vente, elle est par principe définitive.

389. Portée. Il faut relativiser ce décalage. D'une part, le droit d'auteur admet parfaitement, sauf le cas particulier de l'article L. 131-19 al. 3, que la durée de la cession soit identique à celle du monopole, ce qui revient à la rendre définitive. D'autre part, le droit commun de la vente admet parfaitement la vente à réméré ou sous condition résolutoire. « Le cas n'est pas extraordinaire (en droit civil : vente avec rachat, buy-back, etc.) »[1274]. Et la loi du 19 février 2007 introduit la fiducie en droit français : en opérant un transfert de propriété temporaire, elle « vient remettre en cause la vocation définitive du transfert de propriété »[1275].

Ainsi, la durée limitée de la cession des droits d'auteur n'est généralement pas jugée dénaturante. « Le principe des cessions en propriété n'est pas contesté, ce sont leurs modalités qui devront être soigneusement précisées »[1276].

→ Critère : le droit moral

390. Il faut préciser que nous examinons pour l'instant le droit moral sous un angle étroit et strictement limité à la question qui nous occupe ici : l'obligation pour le cessionnaire de respecter le droit moral de l'auteur constitue-t-elle une charge qui annule l'effet translatif de la cession et la disqualifie ? Il ne s'agit donc pas à ce stade d'aborder la question de la place du droit moral dans le droit de l'auteur, de la nature du droit d'auteur au regard de ces

[1273] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 485, n°467.
[1274] *Ibidem*.
[1275] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 245, n°283.
[1276] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2007, préc., p. 315, n°262.

prérogatives morales, ni même de la disponibilité du droit d'auteur pris dans sa globalité eu égard à l'indisponibilité de sa dimension morale. Il s'agit seulement d'envisager le respect du droit moral de l'auteur comme une obligation à la charge du cessionnaire, et dont l'auteur serait créancier, si l'on peut s'exprimer ainsi, tout comme on peut considérer qu'il est créancier de l'obligation qu'a le cessionnaire de lui verser une rémunération proportionnelle ou d'exploiter l'œuvre ou de lui retourner les droits cédés à l'expiration du délai. Dans cette acception étroite, il faut déterminer si l'obligation pour le cessionnaire de respecter les droits moraux de l'auteur interdit de trouver dans la convention une véritable cession.

391. Constat du décalage. En droit commun, l'acquéreur, par le paiement du prix, se libère de toute obligation envers le vendeur, et peut dès lors user librement du bien acquis. Il n'a pas de comptes à rendre au vendeur sur sa manière d'exercer son droit de propriété. L'acquéreur est aussi libre que le vendeur l'était, et ce dernier lui transmet tout son pouvoir sur la chose, sans en retenir une quelconque portion. La vente transfère toutes les prérogatives juridiques relatives au bien vendu, et le vendeur ne se réserve pas certaines d'entre elles. La maîtrise du bien n'est pas partagée entre vendeur et acquéreur.

Au contraire, l'auteur cédant retient son droit moral, qu'il peut continuer d'exercer quoi qu'il advienne : il n'a en effet pas le pouvoir de l'aliéner au profit d'un tiers, mais il ne peut pas non plus y renoncer puisque la jurisprudence admet qu'il puisse à tout moment revenir sur sa renonciation. Tout comme l'auteur cédant a l'obligation de respecter le droit patrimonial du cessionnaire, le cessionnaire a l'obligation de respecter le droit moral du cédant. La cession ne provoque donc pas la rupture de tout lien entre le cédant et le cessionnaire. Le cessionnaire est définitivement placé dans la dépendance du cédant, et le droit qu'il reçoit n'est jamais aussi étendu que celui que le cédant détenait. Le droit moral pèse sur le cessionnaire comme une épée de Damoclès.

Cette charge apparaît plus lourde que celles que nous avons examinées jusque-là. En effet, sans aucun doute, la rémunération proportionnelle et l'obligation d'exploiter donnent à la cession un contenu original et réduisent la liberté du cessionnaire dans l'exercice de ses prérogatives. Mais pour autant, il ne s'agit là que d'imposer au cessionnaire deux obligations positives ponctuelles, qui laissent par ailleurs intacte sa liberté d'exercer le droit qu'il a reçu de la manière qui lui convient. Quant à la durée de la cession, elle n'entrave pas l'exercice du droit cédé, mais se borne à y mettre fin, à la manière peut-être d'une expropriation.

En revanche, le respect du droit moral est une contrainte de tous les instants pour le cessionnaire, qui détermine le choix et conditionne la validité de tous ses actes. Ce sont tous

les aspects de l'exploitation de l'œuvre, dans la mesure du droit cédé bien entendu, qui sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts moraux de l'auteur. Le cessionnaire ne peut pas, comme pour les autres obligations, « accomplir son devoir », « acquitter sa dette » ou « exécuter son obligation » une fois pour toutes, et retrouver sa liberté. Il n'est jamais à l'abri d'une violation du droit moral, et ne peut jamais réellement s'en prémunir, puisque les conventions relatives aux droits moraux préservent toujours la faculté pour l'auteur de reprendre sa parole.

392. Portée. Dès lors, peut-on considérer que l'auteur « cède » un droit patrimonial ? Céder consiste à retirer à l'un pour donner à l'autre, mais surtout à transférer une chose qui se retrouve dans le patrimoine du cessionnaire telle qu'elle était dans celui du cédant. Or, l'auteur ne cède jamais le droit qu'il détenait à l'identique. La cession s'accompagne toujours d'une déperdition.

Pour autant, on trouve des situations similaires en droit commun, qui ne conduisent pas à disqualifier la vente. Ainsi, en droit commun des immeubles, cela correspond à l'hypothèse du propriétaire de deux terrains dont l'un est enclavé dans l'autre. En tant que propriétaire des deux, il détient un droit de propriété entier. Mais lorsqu'il cède le terrain enclavé, il ne peut jamais transférer autant de pouvoir qu'il en avait lorsqu'il était propriétaire des deux terrains. La cession implique nécessairement la constitution concomitante d'une servitude de désenclavement, qui grève la propriété du terrain cédé. L'on ne songe pas à y trouver le fondement d'une requalification.

Pourtant, nous voulons relever que l'analogie connaît des limites : la servitude grève le droit de l'acquéreur, mais elle se borne finalement à lui imposer le respect de telle ou telle faculté au bénéfice du propriétaire du fonds servant. Le propriétaire du bien grevé subit une entorse ponctuelle à sa liberté, il existe un certain type de comportement strictement déterminé qu'il ne peut adopter (construire pour une servitude de non-construction), ou une portion délimitée d'espace qu'il ne peut librement utiliser (pour une servitude de passage). Mais cela le laisse par ailleurs libre d'agir comme il le souhaite. La servitude nous paraît donc effectivement correspondre aux hypothèses de la rémunération proportionnelle ou de l'obligation d'exploiter. En revanche, le droit moral « grève » indistinctement tout le droit du cessionnaire, et aucune manière d'exercer le droit d'exploitation cédé n'est concevable qui échappe à son emprise. La servitude est donc une image qui ne reflète pas la réalité du droit moral.

La question est donc posée, et son domaine est défini de manière étroite : en grevant le droit d'exploitation cédé de l'obligation pour le cessionnaire de respecter son droit moral, l'auteur retire-t-il à la convention le caractère translatif nécessaire à sa qualification de cession ? En investissant le cessionnaire d'un droit auquel font défaut la liberté d'action et l'indépendance caractéristiques d'une cession, la convention encourt-elle la disqualification ?

La réponse en doctrine est difficile à trouver. Rares sont ceux qui répondent directement, et exactement, à la question que nous nous posons. Ce sont, en l'occurrence, ceux qui apportent une réponse négative. Ils analysent le droit moral, tout comme les autres charges qui pèsent sur le cessionnaire, comme une servitude, qui ne suffit pas à dénaturer la convention : « l'existence du droit moral pèse sur le contrat et n'en altère pas sa nature (rappr. en droit civil les ventes avec charges, les servitudes légales, etc.) »[1277]. Quant à nous, nous pensons qu'ils minimisent ainsi la gravité de cette « charge » particulière, en la ramenant à une simple servitude et en la rangeant avec les autres. C'est sans doute ce qui explique qu'ils s'autorisent à passer outre, et lui refusent le pouvoir de disqualifier la cession.

En revanche, tous ceux qui adoptent la position inverse, en reconnaissant au droit moral un pouvoir dénaturant, doivent pourtant être écartés de ce débat, car ils ne répondent pas à notre question. Ils constatent l'incidence du droit moral sur l'exercice du droit patrimonial par le cessionnaire, et y trouvent un obstacle dirimant. Mais au lieu d'en conclure que c'est la seule cession du droit patrimonial qui est impossible, parce que le véritable transfert entre les mains du cessionnaire est empêché par le poids du droit moral qui lui retire la liberté consubstantielle à cette qualité, ils en concluent que c'est la cession du droit d'auteur dans sa globalité qui est impossible, au motif que le droit moral est incessible. Ce faisant, ils répondent à une question qui n'est pas la nôtre, avec des arguments qui ne sont pas pertinents ici. De deux questions distinctes à propos du droit moral – celle de savoir si sa présence interdit de concevoir que les droits patrimoniaux puissent être réellement cédés, et celle de savoir si sa présence interdit de concevoir que le droit d'auteur (en ce compris les droits moraux et patrimoniaux) puisse être réellement cédé – ils ne font qu'une. Autrement dit, ils passent d'un angle d'approche particulier à un angle d'approche global, et répondent à une question que nous nous poserons plus bas. Leur réponse n'est donc pas pertinente.

[1277] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 485, n°467.

→ Critère : l'action en contrefaçon

393. Constat du décalage. L'action en contrefaçon se pose comme la transposition en droit d'auteur de l'action en revendication d'un propriétaire classique.

En droit commun, le titulaire d'un droit réel, propriété ou droit réel sur la chose d'autrui, dispose d'une action dite réelle, qui s'oppose dans sa nature à l'action personnelle. L'action réelle vise la sanction de la violation d'un droit exclusif. C'est l'action en revendication du propriétaire d'une chose corporelle par exemple. Elle est automatique, dans la mesure où la seule violation du droit exclusif suffit à la faire aboutir. Elle trouve son pendant dans l'action personnelle : détenue par le créancier d'une obligation, celle-ci implique en cas d'inexécution la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité, en application du droit commun de la responsabilité. La frontière entre droit réel et droit personnel est donc également celle qui distingue l'action réelle de l'action personnelle. Le titulaire d'un droit personnel ne peut prétendre exercer une action de type réel.

En droit d'auteur, c'est effectivement l'auteur qui, en tant que « propriétaire de l'œuvre », est investi de l'action en contrefaçon[1278]. Mais si tous les contrats d'auteur sont des cessions, alors tout cessionnaire au titre d'un contrat d'auteur quel qu'il soit doit en être investi et pouvoir exercer cette action en contrefaçon, dont l'auteur cédant est alors privé dans la mesure du droit d'exploitation qu'il cède. Or, il apparaît que tous les contrats d'auteur n'investissent pas le cessionnaire de cette action. Peut-on en déduire que seuls les contrats opérant transfert de l'action en contrefaçon sont de véritables cessions ? L'action en contrefaçon est-elle un outil de la distinction des licences et des cessions ?

394. Portée. Parallélisme apparent. Est-il possible de qualifier de cession le contrat qui transfère l'action en contrefaçon, et de licence celui qui la maintient au bénéfice du seul auteur ?

Une première lecture du droit positif pourrait donner espoir. En effet, il faut tout d'abord préciser que, de manière générale, le Code de la propriété intellectuelle est muet sur la question : il n'investit pas l'auteur de l'action en contrefaçon[1279]. Seul l'article L. 331-1 al. 3, issu de la loi du 29 octobre 2007, investit le licencié exclusif d'un droit d'exploitation appartenant à un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes, du pouvoir d'agir en

[1278] Voir A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 829, n°1028.

[1279] Voir sur la question N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 292, n°336 et s.

contrefaçon : on ne saurait en inférer une règle générale.

C'est la jurisprudence qui règle la question. Elle se réfère d'abord au droit commun : aux termes de l'article 31 du Code de procédure civile, peut agir celui qui justifie d'un intérêt légitime. Et dans la mesure où l'action en contrefaçon vise à sanctionner la violation d'un droit de propriété, seul le titulaire de ce droit a un véritable intérêt à agir. Elle s'inspire ensuite du droit de la propriété industrielle : en droit des dessins et modèles (art. L. 512-2 CPI), de brevet (art. L. 615-2) et de marque (art. L. 716-5), c'est le propriétaire du titre de propriété industrielle qui peut agir. Le juge transpose cette règle en droit d'auteur, et admet l'action de l'auteur ou de ses ayants-cause, ainsi que de celui à qui il a cédé un droit d'exploitation.

A priori, il devrait donc suffire de dresser la liste des contrats d'auteur qui, en jurisprudence, investissent le cessionnaire du droit d'agir en contrefaçon, et en privent le cédant, pour identifier les véritables cessions. « Le droit positif vient pourtant contredire cette affirmation »[1280].

395. Nuances en droit d'auteur : un critère insuffisant. Les hypothèses dans lesquelles l'exercice de l'action en contrefaçon ne permet pas de conclure à la cession obligent à nuancer ce parallélisme postulé. Il faut donc examiner la situation de ces demandeurs dont l'action est recevable alors qu'ils ne sont pas cessionnaires.

Premièrement, le licencié de l'auteur ne devrait pas *a priori* pouvoir intenter l'action en contrefaçon, puisqu'il n'est que titulaire d'un droit personnel de jouissance. Pourtant, la jurisprudence est loin d'être uniforme. Beaucoup de décisions admettent l'action du licencié, quand d'autres la rejettent. En réalité, la doctrine propose de faire le départ entre deux situations : lorsque l'action en contrefaçon est intentée en droit des dessins et modèles, le licencié est seulement recevable s'il respecte les conditions posées par l'article L. 521-2 du CPI. Lorsque l'action est intentée en droit d'auteur, le juge ne semble pas tracer la frontière entre la cession et la licence, mais plutôt entre la licence exclusive et la licence simple. Seul le titulaire d'une licence simple se voit refuser l'action en contrefaçon, tandis que le licencié exclusif est recevable comme un cessionnaire. Il faudrait donc requalifier la licence exclusive en cession, pour prétendre trouver dans l'action en contrefaçon un indice de cession. Ce n'est pas le cas en jurisprudence, où la licence exclusive se distingue parfaitement de la cession, et il n'est donc pas possible de trouver dans l'action en contrefaçon le prolongement d'une cession. Au demeurant, c'est notamment cette similitude entre la situation d'un licencié

[1280] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 209, n°461.

exclusif et celle d'un cessionnaire qui conduit certains auteurs[1281] à proposer une nouvelle lecture du CPI : tous les contrats d'auteur sont des cessions, mais pas au sens classique, de sorte que le terme générique de cession recouvre en fait toutes les formes de contrats d'exploitation, marquant ainsi leur nature réelle, et au sein desquelles la frontière ne passe pas par le transfert d'un droit, mais par l'exclusivité. Nous y reviendrons plus bas. Pour l'instant, il faut noter que l'action en contrefaçon peut être exercée par le titulaire d'un droit personnel, fut-il exclusif, ce qui interdit, par définition, d'y trouver le critère suffisant de la distinction des cessions et des licences au sens classique.

Deuxièmement, certains auteurs[1282] relèvent que le distributeur exclusif ou l'importateur peuvent parfois également intenter l'action en contrefaçon, quand d'autres soulignent qu'« à défaut d'être titulaire des droits patrimoniaux »[1283], ils n'ont pas qualité pour agir. Ici encore, la jurisprudence manque de cohérence, et l'outil perd un peu plus en crédibilité.

Troisièmement, l'action peut être intentée par une société de gestion collective or, il n'est pas non plus possible d'en déduire qu'elle est cessionnaire des droits des auteurs. Sans doute la loi (notamment la directive du 29 avril 2004 et les articles L. 321-1 et L. 331-1 CPI) leur reconnaît-elle le droit d'agir en justice, ce qui pourrait *a priori* indiquer qu'elles sont cessionnaires des droits des auteurs. Mais il faut également consulter les statuts de chacune d'elles, qui parlent tantôt de cession, tantôt de simple mandat. Et même lorsque la société agit au titre d'une cession, il n'est pas certain que ce terme soit utilisé de manière pertinente. En effet, de la même manière qu'un véritable droit réel est exclusif, une action réelle doit l'être également : « on ne peut simultanément avoir et avoir transmis »[1284]. C'est le titulaire du droit réel, et personne d'autre, qui doit être investi de l'action, et corrélativement, ce n'est que lorsque l'on est en présence d'une action exclusive que l'on est certain de sa nature réelle. Or, si les statuts des sociétés de gestion collective prévoient généralement que la société exerce l'action en contrefaçon dont l'auteur est dessaisi, un arrêt[1285] de 1998 remet en cause cette solution, en décidant que l'auteur peut encore exercer l'action en contrefaçon même s'il a cédé ses droits à une société de gestion. Comment interpréter cette décision ? Faut-il en déduire que la société de gestion n'est pas investie d'un droit réel ? Est-ce donc au titre d'un

[1281] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 831, n°1029.
[1282] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 814, n°796.
[1283] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 443, n°529, citant, Cass. Civ. 1e, 22 janv. 2009. Dans le même sens, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 438, n°114.12 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 830, n°1029 et 1030.
[1284] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 362, n°597.
[1285] Cass. Civ. 1e, 24 févr. 1998, préc.

droit personnel qu'elle peut agir en contrefaçon, ou faut-il l'expliquer par « le caractère essentiellement fiduciaire de l'apport aux sociétés de gestion collective »[1286] ? Nous avons déjà abordé la question et il faut renvoyer à nos développements. Il faut ici retenir que l'action en contrefaçon ne suffit pas à établir la qualité de cessionnaire de la société de gestion.

Quatrièmement, lorsque le demandeur à l'action en contrefaçon argue de sa seule exploitation pour appuyer sa demande, il faudrait lui répondre que seul l'auteur ou celui qu'il a investi d'un droit réel sur l'œuvre est recevable. Mais dans le domaine particulier de la recevabilité de l'action en contrefaçon, il n'est plus possible de prendre pour acquis que seul le titulaire d'un droit exclusif peut agir en contrefaçon, lorsque l'on songe à la jurisprudence Aéro[1287] et à ses suites : la personne morale ou physique[1288] peut intenter l'action en contrefaçon à la seule condition qu'elle exploite le droit violé. Son exploitation suffit à faire présumer son titre. Et même si la présomption est simple, elle ouvre tout de même l'action. Autrement dit, alors que l'action en contrefaçon est censée réservée au seul propriétaire, elle est ici ouverte à tout exploitant, peu important donc non seulement la nature – réelle ou personnelle – de son titre, mais bien plus, peu important l'existence même d'un quelconque titre. Dans ces conditions, comment poser que seul le titulaire d'un droit réel est recevable à l'action en contrefaçon ?

Cinquièmement, lorsque l'action est intentée par un éditeur au titre de son contrat d'édition, il faut, pour certains auteurs, se défier des apparences, et refuser de voir dans cette action de l'éditeur le signe d'une véritable cession, même si les termes de l'article L. 132-1 du CPI viennent conforter cette impression en usant du terme « cèdent ». En effet, il apparaît qu'en l'occurrence, le juge adopte une démarche qui fausse l'analyse : c'est justement aux fins d'accorder l'action en contrefaçon à l'éditeur qu'il qualifie le contrat d'édition de « cession du droit d'exploitation ou de reproduction à l'éditeur »[1289]. « Il aurait mieux valu reconnaître à l'éditeur le droit d'agir en contrefaçon sans pour autant qualifier le contrat d'édition de « cession » dès lors que ce contrat n'induit aucune réelle cession de droits au profit de l'éditeur »[1290]. En tout cas, pour cet auteur, il n'est donc pas possible de relever que l'éditeur est titulaire de cette action pour en conclure qu'il est un véritable cessionnaire, le raisonnement serait manifestement tronqué.

Sixièmement, et de manière plus générale, il faut rappeler que les parties sont libres d'insérer

[1286] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 816, n°798.
[1287] Cass. Civ. 1e, 24 mars 1993, Bull. civ. I, p. 84, n°126. Voir sur la question par exemple C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse Montpellier 1999, p. 373, n°582.
[1288] Cass. Civ. 1e, 16 fevr. 2005, Bull. civ. I, n°84, p. 74.
[1289] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21.
[1290] *Ibidem*.

au contrat les stipulations de leur choix. Elles peuvent donc assortir leur contrat d'une clause transférant l'action au seul bénéfice du cessionnaire, ou la conservant au seul bénéfice du cédant, ou organisant une forme de cotitularité, un partage assorti de conditions d'exercice (par exemple, le cessionnaire doit mettre le cédant en demeure d'agir, et ne peut agir lui-même qu'en cas de carence du premier ; ou alors le cessionnaire est investi à titre principal mais sa carence autorise le cédant à agir). Globalement, dès lors que la volonté des parties permet de moduler la titularité de l'action en contrefaçon, il devient impossible de s'arrêter à ce critère pour qualifier le contrat examiné. En effet, il n'est plus possible de présumer un quelconque lien obligatoire entre tel ou tel contrat, et tel ou tel titulaire de l'action, puisqu'il existe autant de situations concevables que de « concepteurs ». Surtout, la volonté des parties n'imprime pas sa marque sur la seule titularité de l'action en contrefaçon, c'est tout le contrat ou presque que les parties peuvent modeler à leur guise. Ainsi, la seule titularité de l'action ne conduit pas forcément le juge à requalifier le contrat, et ne suffit donc pas à révéler la nature du droit du « cessionnaire », parce qu'elle ne résume pas à elle seule l'économie générale du contrat.

Au total, il n'y a pas de parallélisme entre la titularité de l'action en contrefaçon et celle d'un droit de nature réelle. L'exercice de l'action en contrefaçon n'est pas un critère suffisant pour trancher sur la nature de la convention examinée. Tout au plus peut-il servir d'indice, parmi d'autres.

396. Echos en propriété industrielle. L'examen de la situation en propriété industrielle le confirme : il est impossible de lier titularité de l'action en contrefaçon et nature réelle du droit du titulaire.

En effet, dans ces domaines, le législateur admet la dichotomie des cessions et des licences. Si seul le droit réel donnait l'action en contrefaçon, nous devrions constater que seul le cessionnaire d'un droit de propriété industrielle en est investi, à l'exclusion du licencié. Or, il faut relever que ni le droit des brevets ni le droit des marques, ni celui des dessins et modèle, n'autorisent une telle conclusion. Si l'article L. 615-2 du CPI pour le brevet, l'article L. 716-5 pour la marque, et l'article L. 521-2 pour le titulaire d'un dessin ou modèle, investissent clairement le propriétaire de l'action en contrefaçon, tous trois ajoutent (al. 2, al. 1er et al. 2) que le licencié exclusif peut également exercer cette action. Sauf à mettre en doute la qualification légale, il faut reconnaître que le législateur accorde l'action en contrefaçon nonobstant la nature, réelle ou personnelle, du droit auquel elle l'attache.

Sans doute peut-on répondre à cela que l'action du licencié est entourée de conditions propres

à le démarquer d'un propriétaire (il doit établir l'inertie du titulaire du droit de propriété industrielle, ce qui signifie bien que ce dernier ne s'est départi ni de son droit exclusif ni de son action réelle). De cette différence de régime, on pourrait déduire une différence de nature : lorsque l'action est exercée à titre principal et de manière automatique (dans les limites des conditions légales), elle indique que le demandeur est titulaire d'un droit réel. Lorsqu'en revanche, l'action est exercée à titre secondaire, par un demandeur qui doit d'abord établir la carence d'un titulaire « prioritaire », alors elle révèle un droit seulement personnel. Ainsi, il serait possible de distinguer entre la titularité véritable, primaire, révélatrice d'un droit réel, et la titularité secondaire, insuffisante à la requalification d'un simple droit personnel. Pour arriver à la nature du droit du « cessionnaire, il faudrait alors non seulement se demander s'il peut exercer l'action en contrefaçon, mais également examiner les conditions de son exercice.

Il reste pourtant que le législateur ne distingue pas, pour attribuer l'action en contrefaçon, entre le titulaire d'un droit réel et le titulaire d'un droit personnel, mais entre le titulaire d'un droit exclusif – fut-il réel ou personnel – et le titulaire d'un droit non exclusif. D'ailleurs, le juge n'est pas plus fidèle au parallélisme du droit réel et de l'action réelle, puisqu'il admet parfaitement que le cédant prive le cessionnaire de l'action en contrefaçon sans pour autant requalifier le contrat. Globalement, puisque le cessionnaire peut être privé de l'action et le licencié en être investi, il faut en conclure que l'action en contrefaçon ne suffit pas à révéler la nature, réelle ou personnelle, du droit de son titulaire.

397. Doute en droit d'auteur : un critère non pertinent. Plus qu'insuffisant, l'exercice de l'action en contrefaçon peut même apparaître comme un critère non pertinent. En effet, pour associer droit réel et titularité de l'action en contrefaçon, encore faut-il admettre au préalable que l'action en contrefaçon est la transposition en droit d'auteur de l'action réelle du titulaire d'un droit réel classique.

Certains[1291] font clairement le parallèle entre l'action en revendication de droit commun et l'action en contrefaçon. Ainsi, l'action réelle de droit commun permet d'obtenir la sanction de la violation du droit exclusif sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un préjudice, ni que la bonne foi du responsable puisse l'excuser. A l'inverse, l'action personnelle requiert la preuve d'une faute et d'un préjudice. Or, en droit d'auteur, toute atteinte au droit exclusif,

[1291] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 302, n°345 et s. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2012, préc., p. 838, n°1037.

lorsqu'elle correspond aux actes énumérés par la loi, constitue une contrefaçon. La preuve d'un préjudice n'est pas nécessaire, pas plus d'ailleurs que celle d'une faute[1292], et la bonne foi n'excuse pas le contrefacteur. De ce constat, il est logique de déduire une identité de nature. Et dans cette optique, l'examen de l'action est donc pertinent, même s'il est sans doute insuffisant.

Mais d'autres auteurs au contraire remettent en cause la nature réelle de l'action en contrefaçon, de sorte que la titularité de l'action ne révèle plus rien quant à la nature du droit de celui qui l'exerce. Ils insistent sur sa « nature juridique complexe (…). Elle est tantôt contractuelle, tantôt délictuelle et parfois réelle. Puisque l'action en contrefaçon n'est pas toujours une action pétitoire sanctionnant l'atteinte à un droit réel, on ne peut pas déduire de son exercice, le caractère réel du droit de son initiateur »[1293]. Effectivement, il faut bien concéder que le titulaire d'un droit réel n'a plus aujourd'hui l'apanage de l'action en contrefaçon, loin s'en faut. Si l'on prend en compte le nombre des personnes qui peuvent désormais l'exercer, mais également son régime hybride, dans lequel faute et préjudice apparaissent tiraillés entre les modèles de la responsabilité et de la propriété, il devient difficile d'en rester au parallèle avec l'action réelle du propriétaire.

398. Bilan. L'action en contrefaçon n'apparaît pas comme le meilleur outil de la distinction des cessions et des licences, loin s'en faut. D'ailleurs, les auteurs abordent la question, mais ne s'y arrêtent pas, et n'en tirent pas de conclusions fondamentales[1294].

→ Critère : la cession de contrat

399. Constat du décalage. En droit commun[1295], l'acquéreur d'une chose peut la céder librement. Sans doute, plus largement, le titulaire d'un droit réel comme celui d'un droit personnel jouit de cette liberté. Mais les conditions de la transmission diffèrent. Quant au créancier d'un droit personnel, s'il peut transmettre à un tiers sa créance contre le débiteur de la prestation (sauf créance insaisissable ou incessible), la transmission n'est opposable au débiteur que par signification (art. 1690 Cciv). Quant au débiteur, il peut également transmettre sa dette, mais avec l'accord du créancier. Et la transmission d'un contrat implique

[1292] Civ. 1e, 10 mai 1995, Bull. civ. I, n°203.
[1293] C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 196, n°264. Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 782, n°1329 et s.
[1294] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 830, n°1029.
[1295] Voir C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 198, n°267 et s.

l'accord du cocontractant cédé[1296]. Or, le titulaire d'un droit réel de propriété peut librement le céder, sans signification ni autorisation. Il en va de même du titulaire d'un droit réel démembré (usufruitier, emphytéose, superficie, bail à construction), sauf le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation qui ne peut ni le céder ni le concéder (arts 631 et 634 Cciv), ou celui d'une servitude qui ne peut être cédée qu'avec le fonds. Corrélativement, seul le cessionnaire d'un droit réel est véritablement libéré de tout lien avec son cédant, et *a fortiori* avec le cédant de son cédant.

En droit d'auteur, le cessionnaire d'un droit d'exploitation devrait donc pouvoir le céder à son tour librement, et le sous-cessionnaire devrait être investi de la liberté qui caractérise un propriétaire. Or, le législateur pose parfois des limites à la liberté du cessionnaire postulé. Il en va ainsi du contrat d'édition : aux termes de l'article L. 132-16 du CPI, l'éditeur peut transmettre librement son droit d'exploitation lorsqu'il cède également son fonds, mais l'alinéa 2 réserve malgré tout à l'auteur la possibilité d'y faire échec en invoquant des intérêts « matériels ou moraux ». Surtout, l'éditeur doit obtenir l'autorisation de l'auteur lorsqu'il souhaite céder son droit de manière autonome[1297]. La règle est d'ordre public et les clauses qui écartent le consentement de l'auteur sont jugées illicites[1298]. C'est aussi le cas du contrat de représentation : l'entrepreneur de spectacle doit obtenir l'accord écrit de l'auteur (art. L. 132-19), et cette fois même lorsque le contrat est cédé avec le fonds de commerce[1299]. Et l'autorisation est une condition de validité de ces cessions, bien que la nullité ne soit que relative. Si la seule lecture des textes oblige déjà à admettre que l'auteur conserve une forme de maîtrise sur le droit transmis à certains cocontractants, il faut également souligner que certains auteurs retiennent une interprétation extensive du domaine de ces limites. Enfin, les parties peuvent encore, lorsque la loi n'en dit rien, soumettre le transfert de son droit par le cessionnaire à l'accord de l'auteur. La jurisprudence admet la validité de ces clauses. Au total, c'est non seulement le domaine objectif du décalage entre droit commun et droit d'auteur en matière de sous-cession, mais surtout sa portée sur la nature du droit transmis par l'auteur, qu'il convient de mesurer.

[1296] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 665, n°769 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 643, n°1066 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 679, n°665.
[1297] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 618, n°1023 et 1024.
[1298] Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 597, n°710 ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 396, n°112.71.
[1299] Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 643, n°1066 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 665, n°769.

400. Portée. La capacité pour le cessionnaire à céder son droit peut-elle donc révéler – en même temps qu'elle façonnerait – la nature du droit dont il est investi ?

L'auteur prétend céder un droit d'exploitation, s'en défaire, en investir le cessionnaire qui est ainsi libéré de tout rapport d'obligation avec le cédant. Mais en réalité, si l'auteur investit effectivement le cessionnaire d'un droit d'exploitation, il lui impose également des obligations qui sont inséparables du droit d'exploitation. L'économie générale du contrat ne se résume pas à la transmission du droit d'exploiter, mais elle est également riche d'une dimension personnelle : le cessionnaire devient titulaire d'un droit d'exploiter et débiteur d'obligations, celle de rémunération proportionnelle et celle d'exploiter, sans parler de celle de respecter le droit moral de l'auteur. Que dire de celle d'obtenir son accord pour le transmettre à son tour ?

Si la teneur du pouvoir dont le cessionnaire postulé est investi peut faire douter que le contrat soit une simple cession, c'est également – et corrélativement – la teneur du pouvoir qu'il peut à son tour transmettre qui renforce ce doute. En effet, si le cessionnaire postulé était titulaire d'un simple droit réel, droit d'exploiter l'œuvre de telle ou telle manière, sans avoir de comptes à rendre à l'auteur, il pourrait en disposer à son tour librement, pour le transmettre à un sous-cessionnaire. Ce dernier serait alors à son tour investi d'un pouvoir de maîtrise sur telle ou telle forme d'exploitation de l'œuvre, sans que le cessionnaire, ou *a fortiori* l'auteur, puisse exiger de lui le respect d'obligations qui viendraient contredire sa liberté de propriétaire. Or, à un double égard, la « sous-cession » d'un droit d'exploitation paraît mal nommée.

401. La limite du pouvoir du cessionnaire postulé : l'autorisation de l'auteur. D'une part, le cessionnaire postulé n'apparaît pas investi d'un pouvoir autonome et souverain sur le droit d'exploitation objet du contrat d'auteur. Qu'il s'agisse du droit d'éditer (contrat d'édition) ou du droit de représenter (contrat de représentation), le législateur soumet la « sous-cession » à l'accord de l'auteur. Dans les autres cas, le silence du législateur partage la doctrine. Pour certains[1300], il semble bien que l'autorisation de l'auteur soit également nécessaire. Dans ce sens, les contrats d'auteur sont souvent conclus *intuitu personae*, dans la mesure où l'auteur prend en compte la personne de celui à qui il confie la diffusion de son œuvre. Or, en droit commun, les contrats conclus *intuitu personae* ne peuvent être cédés sans accord de celui dont le consentement est imprégné de ce caractère. Au total, le cessionnaire n'a donc pas le

[1300] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 679, n°665.

pouvoir de transmettre librement ce dont l'auteur l'a investi, puisqu'il doit obtenir l'accord de l'auteur.

Or, exiger l'autorisation de l'auteur pour la transmission par le cessionnaire de ses droits conduit à s'interroger sur la nature du pouvoir que l'auteur lui a réellement cédé. Comment le considérer comme maître de son droit d'exploiter, titulaire d'un droit réel direct, s'il est soumis pour l'exercice de ce droit au bon-vouloir de l'auteur ? N'est-ce pas plutôt le propre d'un droit personnel que de ne pouvoir être cédé sans l'assentiment de son débiteur ? L'exigence légale d'une autorisation ne disqualifie-t-elle pas la cession en licence ?

Pour plusieurs auteurs[1301], c'est bien l'effet qu'elle produit sur les contrats d'édition et de représentation. « L'autorisation de l'auteur nécessaire à la validité de ces cessions empêche de reconnaître au droit qui en est l'objet une nature réelle » [1302]. L'éditeur et l'entrepreneur de spectacle ont seulement un droit personnel. Le fait que l'éditeur puisse le transmettre librement avec le fonds fait simplement écho au bail commercial, droit personnel qui peut lui aussi être cédé librement lorsqu'il accompagne la cession du fonds.

Il faut cependant nuancer, en relevant que ni législateur ni juge ne semblent s'arrêter à ce critère. D'une part, il suffit de rappeler que la jurisprudence analyse le contrat d'édition en cession, nonobstant les limites entourant sa transmission. D'autre part, il faut relever que les parties peuvent parfaitement soumettre la transmission des autres contrats à l'accord du cédant postulé, sans pour autant que la jurisprudence requalifie systématiquement le contrat. Au total, que l'autorisation soit imposée par la loi ou par les parties, le juge n'y trouve pas matière à dénaturation.

Pourtant, un auteur distingue selon que l'autorisation est imposée par la loi ou par les parties : seule la première aurait un effet dénaturant. En effet, l'auteur considère que les parties, quant à elles, ne font rien d'autre qu'insérer une clause d'inaliénabilité dans leur contrat. Il suffit alors que celle-ci respecte les conditions générales de ce type de clause : la clause d'inaliénabilité est validée en jurisprudence lorsqu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime, et limitée dans le temps. Or, les conditions sont remplies selon l'auteur : le monopole est limité dans le temps, de sorte que la clause l'est également. Et « (l)'intérêt sérieux de l'auteur à l'insertion d'une telle clause est évident, un contrat d'exploitation étant conclu *intuitu personae*. Ainsi, une clause d'un contrat d'exploitation soumettant à l'accord de l'auteur la cession par le cocontractant de ses prérogatives pourrait tout aussi bien être

[1301] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 200, n°269.
[1302] C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 200, n°269.

analysée en une clause d'inaliénabilité valable limitant le droit réel de l'exploitant »[1303].

Mais nous ne sommes pas convaincue par la distinction. Quant au premier argument, si la jurisprudence exige que la clause soit limitée dans le temps, c'est pour préserver le principe de l'aliénabilité de la propriété, et pour s'assurer que l'inaliénabilité reste exceptionnelle[1304]. Or, l'autorisation est nécessaire aussi longtemps que dure la cession postulée, et il faut remarquer que cette dernière est souvent consentie pour toute la durée du monopole. Ainsi, l'inaliénabilité connait sans doute un terme, mais elle dure aussi longtemps que la propriété, ce qui fait échec à la finalité qui sous-tend l'exigence d'une durée limitée. Quant au second argument, il peut effectivement paraître pertinent, mais c'est alors sa portée qu'il convient de mesurer : si l'on admet son principe, il faut aller au bout de sa logique. Ainsi, exiger l'accord de l'auteur pour la cession du droit d'exploitation par le cessionnaire renforce certainement la protection du premier. L'on peut admettre que le contrat d'auteur est imprégné d'*intuitu personae* et que la stipulation d'une forme d'inaliénabilité trouve une justification satisfaisante. Mais si une telle stipulation épouse tellement bien les contrats dans lesquels on l'insère – parce qu'elle fait écho à cet *intuitu personae* qui les caractérise – qu'elle ne les disqualifie pas lorsqu'elle est d'origine contractuelle, alors pourquoi aurait-elle un effet dénaturant lorsqu'elle trouve sa source dans la loi ? C'est bien le même souci qui guide le législateur et les parties, et ce sont bien des contrats d'exploitation qui sont visés. La distinction proposée par l'auteur nous paraît donc infondée, et il faut au contraire poser – ou refuser – que tout contrat d'auteur conserve sa nature propre, nonobstant l'éventuelle exigence d'une autorisation de l'auteur pour sa transmission.

Si l'on admet que celle-ci n'interdit pas au cessionnaire postulé d'être un cessionnaire avéré, elle ne peut donc constituer un critère de la distinction des cessions et des licences. Quant à nous, la sujétion du cessionnaire postulé à l'auteur, qui l'oblige à obtenir son accord, et lui interdit de se défaire de ses obligations même lorsqu'il transfère ses créances, nous paraît tout de même assez éloigné de l'idée classique d'un transfert de propriété. Et la sujétion du cessionnaire ne prend pas fin avec l'accord de l'auteur.

402. La limite du pouvoir du sous-cessionnaire postulé : les obligations envers l'auteur. D'autre part, en effet, le sous-cessionnaire postulé devrait se trouver libéré, par la cession, de toute obligation envers son cédant. *A fortiori*, il ne devrait rien devoir à l'auteur.

Pourtant, on a vu que tous les contrats nommés d'auteur imposent au cessionnaire postulé

[1303] C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 201, n°270.
[1304] Voir P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Thèse, 2007, LGDJ, BDP t. 489, p. 264, n°813 et s.

l'obligation d'une rémunération proportionnelle (art. L. 131-4 CPI). L'on a souligné que, si seuls les contrats d'édition et de production audiovisuelle imposent expressément au cessionnaire l'obligation d'exploiter, une grande partie de la doctrine considère que celle-ci doit être étendue à tous les contrats d'auteur, peu important qu'ils trouvent le fondement de cette extension dans la rémunération proportionnelle ou pas. Globalement donc, le cessionnaire quel qu'il soit a donc la double obligation de rémunération proportionnelle et d'exploiter. Si, en soi, ceci peut faire douter qu'il bénéficie réellement d'une cession du droit d'exploitation, on pourrait en revanche peut-être admettre que lui-même ait le pouvoir de céder véritablement son droit à un sous-cessionnaire, si l'on constatait que ce sous-cessionnaire n'était quant à lui pas concerné par ces fameuses obligations assumées par le cessionnaire-cédant.

Or, il n'en est rien. On relève d'abord que l'article L. 132-19 du CPI n'organise pas le transfert par l'entrepreneur de spectacle de son seul droit de représentation, mais du « bénéfice de son contrat » : il transmet donc au « sous-cessionnaire » son droit de représenter, mais également l'obligation d'une rémunération proportionnelle et celle d'exploiter. Il est vrai que le contrat de représentation n'est pas sérieusement analysé en une cession par la doctrine, qui voit dans les termes de l'article L. 132-18 (« autorisent ») le signe d'une simple concession. On pourrait donc ici, à la rigueur, poser que, si le faux cessionnaire ne peut transmettre que le contrat dans sa globalité, assorti de ses obligations, c'est en raison de sa situation particulière : il ne reçoit de l'auteur qu'un droit personnel, il ne peut transmettre plus que ce qu'il a reçu. Mais le raisonnement ne peut convaincre.

En effet, on relève ensuite qu'aux termes de l'article L. 132-16, l'éditeur est placé dans une situation identique, alors même qu'une grande partie de la doctrine voit dans le contrat d'édition une véritable cession. Ainsi, l'éditeur ne transmet pas le seul droit d'éditer, mais « le bénéfice du contrat d'édition », ce qui implique que le sous-cessionnaire est à la fois investi du droit d'exploiter de l'éditeur et des obligations assumées par lui envers l'auteur. Il doit verser une rémunération proportionnelle, et exploiter l'œuvre[1305]. En outre, il doit évidemment respecter le droit moral de l'auteur. Il reste lié à son cédant, et pas plus que lui, il n'est libre vis-à-vis de l'auteur.

Si ces remarques valent pour le contrat de représentation et le contrat d'édition, la doctrine semble également considérer que les autres contrats d'auteur suivent le même sort[1306]. Le « sous-cessionnaire » d'un droit d'exploitation est donc tenu de l'obligation d'exploiter,

[1305] Dans ce sens, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 475, n°1526.
[1306] Dans ce sens, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, préc., n°593.

comme de celle d'une rémunération proportionnelle.

On peut enfin ajouter, pour illustrer une nouvelle fois cette maîtrise indéfectible de l'auteur, que le cessionnaire – cédant ne peut semble-t-il jamais se soustraire au joug de l'auteur, puisque la doctrine considère que, faute de stipulation contractuelle, il reste tenu nonobstant la « sous-cession ». Les auteurs proposent plusieurs fondements, tantôt une délégation imparfaite[1307], tantôt l'idée que le cessionnaire-cédant ne transmettrait que « le bénéfice » de son contrat[1308], ou encore celle que le cessionnaire serait tenu comme garant[1309].

403. Bilan. En résumé, l'auteur ne lâche jamais réellement prise, et ni le cessionnaire ni le sous-cessionnaire ne sont jamais libres. Tout ceci semble bien indiquer que le droit d'exploitation n'est pas cédé par l'auteur, mais concédé[1310]. La cession du droit s'accompagne d'obligations qui donnent au contrat global une physionomie en rupture avec la cession classique.

404. Résumé. Pour faire le jour sur la nature juridique des cessions organisées par le CPI, la dichotomie des cessions et des licences semble être un cadre *a priori* favorable, qui allie simplicité et pertinence. Les multiples discordances entre le droit commun de la vente et le régime des cessions en droit d'auteur soulignent effectivement l'insuffisance d'une qualification légale unique en termes de cession. Pourtant, si les auteurs s'arrêtent tous aux mêmes obstacles, nous venons de voir qu'ils leur réservent chacun une lecture différente. Prises individuellement, les différences entre un contrat d'auteur et un contrat de droit commun ne suffisent généralement pas pour les auteurs à requalifier les premiers. Mais ajoutées les unes aux autres, elles les conduisent à proposer une redistribution des cartes parmi les contrats d'auteur. Malheureusement, la répartition des rôles entre cession et licence est loin d'être fixée, parce qu'à chaque auteur – ou presque – correspondent une combinaison et une appréciation différentes des divers critères que nous venons de recenser.

[1307] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 598, n°711.
[1308] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, préc., n°593.
[1309] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 660, n°761.
[1310] Dans ce sens, M. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éditeur, 2004, p. 170, n°265.

b. Les degrés du cantonnement de l'aliénabilité

405. Tous les auteurs s'interrogent sur la place de la licence en droit d'auteur, et sur l'incidence des charges que les contrats d'auteur font peser sur le cessionnaire quant à la nature de la convention. La question se dédouble : les conventions que le législateur appelle cessions en sont-elles vraiment ? Si la loi ne prévoit pas les licences, l'auteur peut-il néanmoins en conclure ? L'analyse des auteurs diverge, et l'aliénabilité des droits d'exploitation prend des visages tout aussi variables. Beaucoup se contentent de redistribuer les rôles au sein du couple cession/licence (α). Certains refusent de s'enfermer dans cette dichotomie (β).

α. La dichotomie dans tous ses états

406. Mettant un terme à l'autarcie de la cession, la licence oblige à redistribuer les rôles. Mais l'issue de ce rapport de forces n'a rien d'évident, et différentes combinaisons, plus ou moins radicales, sont envisagées en doctrine.

→ L'éviction d'un des termes de la dichotomie

407. Pour certains auteurs, la dichotomie des cessions et des licences n'a pas sa place en droit d'auteur, et un seul de ces deux termes doit rester en lice. Encore faut-il savoir lequel.

. Tous les contrats d'auteur sont des cessions

408. Renvoi. Pour certains[1311], le droit d'auteur ne connait que les cessions, l'aliénabilité des droits d'exploitation est à son paroxysme. Mais les arguments sont faibles et le postulat aujourd'hui dépassé. Il est examiné dans la version intégrale[1312].

. Tous les contrats d'auteur sont des licences

409. Pour d'autres, le droit d'auteur n'autorise que des licences, l'aliénabilité des droits d'exploitation est réduite à néant.

[1311] Par exemple H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, p. 608, n°492.
[1312] Voir version intégrale n°1109 et 1110.

Postulat. Il faut préciser tout de suite les termes de cette éviction : certains auteurs affirment que les cessions des droits d'exploitation ne sont jamais que des licences, mais ils en trouvent le fondement dans la nature moniste du droit d'auteur pris dans sa globalité. Parce que droit moral et droit patrimonial sont inséparables, et puisque le droit moral est incessible, c'est le droit d'auteur qui est inaliénable, et les conventions relatives aux droits patrimoniaux, fussent-elles admises par le CPI, ne peuvent être translatives. Elles ne confèrent au « cessionnaire » qu'un droit personnel.

Or, cette analyse, si elle conduit à qualifier les cessions de licences, ne peut pourtant nous convenir à ce stade : nous examinons ici les limites intrinsèques à l'aliénabilité des droits patrimoniaux. Nous recherchons ce qui, dans le régime de ces cessions, pourrait conduire à remettre en cause leur nature translative. Ce ne sont pas les facteurs externes tels l'autonomie de ces prérogatives par rapport aux prérogatives morales, ou la conception globale du droit de l'auteur, qui sont ici pris en compte. Nous voulons déterminer si, à elles seules, les modalités dont le législateur assortit la cession des droits d'exploitation annulent ou dénaturent l'effet translatif postulé.

Dans cette optique particulière, il existe effectivement certains auteurs qui répondent de manière positive, jugeant que les charges imposées au cocontractant de l'auteur lui interdisent de se prétendre cessionnaire d'un droit, et obligent à le qualifier de créancier d'une simple obligation : « la cession, même exclusive, du droit d'exploitation de l'auteur n'équivaut pas à une aliénation. Par la volonté du législateur, le cessionnaire reste tenu à l'égard de l'auteur d'obligations permanentes »[1313].

C'est dire que, mises bout à bout, l'obligation de prévoir une rémunération proportionnelle, celle d'exploiter, celle de prévoir un terme au contrat, et celle de n'user du mode d'exploitation de l'œuvre qui lui est réservé que dans le respect du droit moral, pèsent tant et tant sur le cocontractant qu'elles lui interdisent de prétendre détenir un droit direct et général sur l'œuvre, fut-il réduit à un seul mode d'exploitation. Corrélativement, ces obligations du contractant laissent à l'auteur un tel ascendant sur le droit d'exploitation qu'il est censé transmettre, et donc sur l'utilité de l'œuvre dont il est censé se défaire, qu'il est plus exact de le qualifier de titulaire d'un droit réel et direct sur l'œuvre, mais en même temps débiteur de l'obligation d'autoriser son cocontractant à user de l'œuvre de la manière définie au contrat. En résumé, l'auteur accorde à son cocontractant l'autorisation d'exploiter l'œuvre de telle ou

[1313] A. TOURNIER, *Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?*, préc., p. 19. Dans le même sens, P. GAUDRAT, *Propriété littéraire et artistique*, Rép. Civ. Dalloz, 2007, n°14 ; Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, préc., p. 324, n°6.

telle manière, voir même de toutes les manières concevables s'il s'agit d'une cession globale, mais à charge pour ce dernier de respecter certaines obligations.

410. Portée. Ici, il n'est pas possible de proposer des arguments qui invalident l'analyse, car celle-ci repose sur une appréciation purement subjective de la gravité des charges imposées au cessionnaire, de leur pouvoir dénaturant, et du seuil de tolérance admissible pour la qualification de cession. Les arguments relatifs à la nature moniste et extrapatrimoniale du droit d'auteur dans sa globalité, ou à l'incessibilité du droit moral, n'ont aucun poids ici, puisqu'ils ne répondent pas à la question.

Tout au plus peut-on penser à un argument technique qui pourrait appuyer le choix personnel de cette éviction. Il s'agit de relever que le législateur autorise l'usufruitier à passer seul les contrats d'exploitation des droits patrimoniaux d'auteur. Or, la définition classique de l'usufruit ne confère à l'usufruitier que le pouvoir d'effectuer seul les actes de conservation et d'administration, à l'exclusion des actes de disposition qui nécessitent le concours du nu-propriétaire. La cession est un acte de disposition tandis que la licence est un acte d'administration. Peut-on en déduire que les cessions de droit d'auteur ne sont que des licences, puisque l'usufruitier peut valablement y procéder seul ? Un auteur refuse cependant cette analyse des contrats d'auteur, et préfère en déduire que l'usufruit de droit d'auteur connaît un régime original et fait exception à l'usufruit de droit commun. « L'assimilation que nous avons suggérée entre cession et démembrement du monopole devrait conduire à poser que l'usufruitier ne peut conclure les contrats d'exploitation qu'avec le concours du nu-propriétaire. Mais cela réduirait à rien ses pouvoirs propres. La vérité est qu'il faut bien innover pour adapter le régime de l'usufruit à la nature spécifique du droit de propriété intellectuelle. Non seulement il n'est plus possible d'opposer ici la perpétuité de la nue-propriété à la durée limitée de l'usufruit, mais la distinction entre les fruits et les produits n'a pas de signification dès lors que les redevances n'épuisent pas la substance du monopole, et la frontière entre l'acte d'administration et l'acte de disposition n'est pas ici plus facile à tracer que celle entre droit réel et droit personnel. La solution la meilleure consiste à décider que l'usufruitier a le pouvoir de conclure seul les contrats d'exploitation, sauf abus, et sous réserve de l'exercice par le nu-propriétaire du droit moral »[1314].

Quant à nous, pour nous prononcer sur cette analyse qui évince la cession du droit d'auteur, nous voulons distinguer deux angles d'approche : au plan étroit, il nous semble – mais encore

[1314] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 577, n°651.

une fois, la question ne peut être tranchée de manière objective – que les charges qui pèsent sur le cocontractant de l'auteur suffisent, à elles seules, à dénaturer la cession. C'est surtout le respect du droit moral, qui laisse au cessionnaire une marge de manœuvre vraiment restreinte dans l'exercice du droit cédé, et tranche avec la liberté d'un cessionnaire classique. Cela suffit à nos yeux pour répudier l'assimilation avec la cession entendue au sens classique. Mais cela n'implique pas pour autant de conclure à l'inaliénabilité générale des droits patrimoniaux de l'auteur, car il s'agit pour nous simplement d'une cession édulcorée, d'une cession avec charges, qui doit être distinguée de la cession classique mais qui ne peut pour autant être ramenée à une simple licence. En revanche, au plan large, lorsque s'ajoutent à ces limites intrinsèques les éventuelles limites plus générales que nous verrons plus bas, à savoir notamment la nature moniste ou dualiste du droit d'auteur, mais pas seulement, nous n'excluons pas pour l'instant de conclure finalement à l'inaliénabilité des droits patrimoniaux, mais pas pour les raisons que nous examinons dans le cadre particulier retenu ici.

→ La cohabitation des termes de la dichotomie

411. Certains auteurs admettent la licence sans pour autant répudier la cession. Mais les termes de la conciliation sont variables.

. La licence est admissible à côté des contrats nommés d'auteur

412. L'aliénabilité des droits d'exploitation est intacte, mais l'aura de la cession est quelque peu affaiblie. Au titre des contrats innommés, l'auteur est libre de conclure des licences autant que des cessions.

Postulat. Sans aborder ici la question de la nature des contrats nommés par le législateur, la question est de savoir si le silence de la loi autorise l'auteur à sortir des schémas légaux prévus par le CPI et à conclure non seulement des cessions mais également des licences. La réponse de la grande majorité de la doctrine est positive. La licence trouve ici sa place à côté, en sus de la cession. A côté de ces contrats nommés, la liberté contractuelle reprend ses droits, et l'auteur a le choix entre la cession et la licence.

Plusieurs arguments peuvent être avancés. On pense d'abord à un argument de simple logique : qui peut le plus peut le moins. Si l'auteur a le pouvoir de céder ses droits d'exploitation, de s'en séparer définitivement et d'en investir un tiers, pourquoi ne pourrait-il

pas décider d'en conserver la titularité et de se borner à autoriser ce tiers à en user dans les limites du contrat ? Il est classique d'admettre la licence et de rejeter la cession, arguant que la seconde porte une atteinte trop définitive au patrimoine du cédant, mais il n'est pas cohérent de retenir le raisonnement inverse.

On peut ensuite trouver un fondement dans le principe de la liberté contractuelle[1315]. Le législateur n'interdit pas les licences, et son silence ne doit pas être compris ainsi : s'il avait voulu interdire à l'auteur de conclure des licences, et heurter de front le principe de la liberté contractuelle, il l'aurait certainement précisé en termes dépourvus d'équivoque, et ne se serait pas contenté de ne pas utiliser ce terme.

On peut encore relever que la licence n'est pas une figure contractuelle inconnue du droit d'auteur, c'est seulement le législateur de 1957 qui l'ignore. La loi de 1985 relative au logiciel admet parfaitement la licence de logiciel. Et rien de particulier à propos de la nature du logiciel ne justifie d'admettre cette figure contractuelle que la nature de l'œuvre littéraire ou artistique obligerait à exclure : « il suffit de se souvenir que le mot licence signifie étymologiquement autorisation pour comprendre que rien n'oblige à cantonner la licence à ce seul objet »[1316].

413. Portée. En doctrine, H. Desbois adopte une position mesurée, admettant *a priori* de concevoir « les deux figues de la cession proprement dite et de la « concession » par laquelle l'auteur n'accord à son contractant qu'un droit d'usage personnel »[1317], mais refusant finalement de passer outre le silence du législateur. D'autres auteurs en revanche n'hésitent pas à admettre que la licence est au pouvoir de l'auteur. « Elle est utilisée lorsque l'auteur, sans pour autant céder ses droits, donne une autorisation d'utilisation ou d'exploitation de son œuvre à son cocontractant. Dans ce cas, le contrat de licence n'est pas translatif de propriété et ne s'apparente pas à un contrat de vente, même s'il existe des discussions à ce sujet. Il évoque plutôt le contrat de location s'il est conclu à titre onéreux (ce qui est généralement le cas) ou un contrat de prêt s'il est essentiellement gratuit (ce qui est plus rare) »[1318].

Le droit positif confirme cette analyse : la licence est couramment pratiquée en droit d'auteur, et la distinction entre cession et licence « a les honneurs de la jurisprudence »[1319]. En effet, le

[1315] Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 535, n°640.
[1316] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 671, n°821. Dans le même sens, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 335, n°398.
[1317] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 6, n°7.
[1318] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 335, n°398. Dans le même sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 485, n°467.
[1319] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 246, n°297 et p. 336, n°398, citant Civ. 1e, 18

juge ne se contente pas d'admettre la validité de ces conventions innommées non translatives, il les assortit d'un régime juridique. Parce qu'elles sont innommées, elles « n'ont pas de statut particulier et il faudra bien leur en trouver un ». Le juge fait donc appel à « la « licence », sorte de louage de l'œuvre, en général entre professionnels (distribution de films, de musiques, etc.), sans transfert de propriété ni même parfois d'exclusivité. (Il) lui appliquera les règles du louage et du contrat de représentation. Ou le contrat de commande. Ou celui d'adaptation, etc. (Il) appliquera directement ou par analogie à ces conventions tout ou partie du régime des contrats nommés les plus proches, soit du CPI, soit du Code civil. Certains contrats innommés deviennent nommés (ex. contrats d'exploitation des films en salles : art. L. 213-14 C. ciném. : « concession des droits de représentation »)»[1320].

414. La question d'internet. Si le facteur internet peut *a priori* dérouter, en réalité la dichotomie y est parfaitement transposable, et la licence y est également admise. L'auteur peut choisir de mettre en ligne son œuvre. Pour ce faire, il peut d'une part opter pour la formule classique du contrat d'édition, postulé cession : par ce contrat de mise en ligne d'œuvre protégée, l'auteur attend de l'éditeur qu'il exploite et diffuse son œuvre sur internet. D'autre part, il peut décider de se passer d'éditeur et conclure des conventions directement avec les utilisateurs : celles-ci n'investissent l'utilisateur d'aucun droit d'exploitation, Celui-ci ne prétend à aucun moment exercer les prérogatives conférées par un droit d'exploitation de l'œuvre. Ces conventions n'opèrent pas cession mais se bornent à autoriser un certain type d'usage. Ce sont des licences.

Par exemple, l'auteur (ou son exploitant d'ailleurs) peut choisir d'autoriser le téléchargement par un utilisateur, qui ne prétend pas exploiter l'œuvre ou la retransmettre, mais seulement acheter un accès à l'œuvre via un support, le fichier. Le fichier étant à l'œuvre ce que le support matériel est à cette même œuvre, la seule différence réside dans l'immatérialité du support sur internet. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'acheter un CD ou un livre. Il faut alors bien distinguer entre les prétentions de l'utilisateur sur le fichier et sur l'œuvre. Quant au fichier, l'utilisateur prétend sans doute en être propriétaire, afin de pouvoir en user, en jouir, en disposer (destruction). La convention prenant le fichier pour objet constitue donc probablement une cession[1321], bien que la jurisprudence, guidée par le droit européen, opte pour la prestation de service. L'immatérialité du support, ajoutée à celle de l'œuvre, n'est sans

---

oct. 1994, RIDA 1995.

[1320] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 578, n°560.

[1321] Voir sur ces points S. JOLY, *L'ordre public et le droit d'auteur*, préc., p. 367 et s.

doute pas étrangère à cette confusion. En tout état de cause, peu importe la question du support, car il s'agit ici de cerner la nature de la convention prenant pour objet l'œuvre. Et à cet égard, la licence s'impose. L'auteur se borne à autoriser l'acquéreur du fichier à user de l'œuvre, sans lui transmettre un droit quelconque d'exploitation sur celle-ci. Pour nous, il s'agit simplement de la « concession d'un droit d'usage »[1322], réalisant une « restriction contractuelle d'usage de l'œuvre »[1323].

C'est également le cas de la convention par laquelle l'auteur autorise la consultation en ligne par l'utilisateur. Ici encore, il ne s'agit en aucune manière de transmettre un droit de l'auteur, puisque l'utilisateur reçoit seulement le droit de consulter l'œuvre, et rien de plus. Ce faisant, l'auteur ne dispose donc en aucune manière de son droit d'auteur, dans le sens où il ne l'aliène pas. La convention est dépourvue d'effet translatif.

415. La question des licences libres. En revanche, il faut distinguer ce que la pratique appelle les licences libres. Il s'agit d'un contrat par lequel l'auteur met gratuitement à la disposition du public l'usage de son œuvre, et autorise l'usager à la modifier, tout posant des conditions quant aux modalités de l'usage autorisé. *A priori*, la licence libre est, comme son nom l'indique, une licence, atypique sans doute, mais néanmoins non translative de propriété. Elle semble donc constituer une illustration pertinente de la faculté pour l'auteur de conclure des licences en droit d'auteur.

La nature des licences libres. Pourtant, la nature de cette convention peut être discutée. A un premier niveau, la question se pose de savoir s'il s'agit en l'occurrence d'un véritable contrat, ou simplement d'un acte juridique unilatéral. Pourtant, il semble qu'il s'agisse bien d'un acte juridique bilatéral : l'auteur propose sans doute son œuvre au public sans s'adresser à tel ou tel utilisateur déterminé, mais il assortit sa proposition de conditions que les utilisateurs potentiels doivent accepter. « La seule originalité (si l'on peut parler d'originalité) est que, dans certains cas, il se peut ici que cette acceptation ne soit pas formalisée (ce qui est certainement une erreur, et d'abord psychologique, mais ne devrait pas emporter disqualification) »[1324]. La querelle paraît dépassée, il y a bien contrat.

A un second niveau, c'est la nature du contrat qui suscite la controverse. Pour certains auteurs, peu important son caractère gratuit, la licence libre s'insère parfaitement dans la

[1322] S. JOLY, *L'ordre public et le droit d'auteur*, préc., p. 370, renvoyant à H. BITAN, *Les contrats informatiques*, Ed. du Juris-Classeur 2002, n°137, p. 88.
[1323] G. GOMIS, *Réflexions sur l'impact des mesu*res *techniques de protection des œuv*res, Juriscom.net 16 déc. 2002, cité par S. JOLY, *L'ordre public et le droit d'auteur*, préc., p. 371.
[1324] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 681.

dichotomie des cessions et des licences, et sa place ne fait aucun doute : elle n'est pas une cession, « il s'agit bien d'un contrat de licence, en d'autres mots d'un contrat portant autorisation et point davantage »[1325]. La pratique connait plusieurs formules qui se ramènent toutes plus ou moins au même schéma, avec des variantes propres à chaque type de convention, mais elles peuvent toutes être qualifiées de licences. Un auteur propose une définition générale qui insiste sur leurs traits communs : ce sont « des licences par lesquelles l'auteur autorise la copie, la modification et la diffusion de l'œuvre modifiée ou non, de façon concurrente, sans transférer les droits d'auteur qui y sont attachés et sans que l'utilisateur ne puisse réduire ces libertés tant à l'égard de l'œuvre originale que de ses dérivés »[1326].

Pourtant, d'autres refusent cette qualification, et préfèrent y voir des cessions. Mais la notion de cession à laquelle ils font référence n'est pas celle qui s'oppose à la licence dans la dichotomie que nous connaissons. « La pratique a imposé ici l'appellation « licence ». Pour la doctrine qui voit une différence de nature entre cession et licence de droit d'auteur, il s'agit d'une véritable licence et non d'une cession. Pour nous, qui récusons cette *summa divisio*, la terminologie est neutre et ces opérations peuvent très bien être regardées comme des cessions au sens très large que retient le Code de la propriété intellectuelle. Personne ne doute, en tout cas, qu'elles sont régies par les dispositions légales gouvernant les cessions »[1327]. Ces auteurs ne s'enferment donc pas dans la dichotomie et refusent d'y faire entrer ces conventions. Ils préfèrent s'en affranchir.

Effectivement, il nous semble que la licence au sens classique ne rend pas compte, pas plus d'ailleurs que la cession, de la nature très particulière de ces licences libres. Que faire en effet du pouvoir pour l'utilisateur de modifier l'œuvre, et également de celui de conclure ensuite lui-même une licence libre des tiers, mettant ainsi l'œuvre modifiée à leur disposition pour qu'eux aussi puissent la modifier, et ainsi de suite ? Cela nous paraît exclure la qualification de licence. Il n'y a pas seulement ici concession d'un droit d'usage, autorisation d'utiliser l'œuvre. Le contrat va plus loin, et le pouvoir du licencié dépasse un simple droit personnel, puisqu'il a un pouvoir direct sur la chose, qu'il peut modifier à sa guise. Les auteurs le soulignent : « il s'agit bel et bien d'un contrat d'exploitation des droits d'auteur. (…) Personne n'a jamais douté que l'auteur pouvait « mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public », par exemple en offrant des exemplaires autour de lui. La licence

[1325] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 681, n°833, citant M. CLEMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier, Ercim, 2006, n°55.
[1326] M. CLEMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, préc., n°799.
[1327] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 713, n°863.

« libre » va bien au-delà, puisque le donneur de licence confère au licencié des prérogatives d'auteur en l'autorisant à copier, à modifier et à diffuser »[1328].

Pour résumer, il faut relever que les deux analyses ne s'opposent pas réellement : la première s'insère dans la dichotomie et, exigeant d'une cession qu'elle corresponde à la définition classique, constate que ces conventions s'en démarquent et conclut que, faute d'être des cessions, elles doivent donc être des licences, fussent-elles atypiques. Les seconds n'excluent pas qu'il s'agisse de licences au sens de la dichotomie, c'est-à-dire au sens des conceptions classiques de ses deux termes, ils excluent plus largement que les conventions de droit d'auteur, et notamment celles-ci, puissent être ramenées à des figures classiques comme la cession ou la licence. S'ils optent pour la cession, ce n'est pas au sens strict par opposition avec la licence, mais au sens large : les cessions sont pour eux une catégorie qui englobe toutes les formes de conventions de droit d'auteur, nonobstant leur éventuel rapprochement (sans assimilation possible toutefois) avec la cession ou la licence au sens étroit. Ainsi, les deux analyses peuvent appuyer notre point, à savoir que la licence est au pouvoir de l'auteur : la première admet la licence à côté de la cession, et la seconde admet toute forme de convention à l'intérieur d'une catégorie globale qui n'a de la cession que le nom.

Si la licence libre ne rentre pas dans les cadres classiques de la dichotomie des cessions et des licences, elle n'entre pas non plus dans les cadres des contrats nommés du droit d'auteur[1329]. Une chose est certaine : les licences libres « portent bien sur les droits d'exploitation d'une œuvre de l'esprit »[1330], puisqu'elles organisent l'usage et surtout l'exploitation de l'œuvre par les licenciés. Pourtant, leur rattachement aux contrats nommés d'auteur échoue : les contrats de commande pour la publicité et de production audiovisuelle sont évidemment exclus, le contrat d'édition implique une obligation d'exploiter qui leur fait défaut. Le contrat de représentation et le contrat d'adaptation pourraient les accueillir par leur généralité, mais il faut alors opposer que la « finalité de la licence libre est (…) totalement étrangère à l'esprit des contrats d'exploitation du droit d'auteur. La volonté de mettre en commun les créations et les droits d'exploitation ne saurait correspondre à des conventions qui tendent au contraire à assurer une réservation juridique de l'œuvre »[1331]. Il faut donc conclure que la licence libre est un contrat innommé de droit d'auteur, que l'on ne peut pas non plus rattacher aux contrats nommés du droit civil. C'est un contrat entièrement atypique.

[1328] *Ibidem*.

[1329] Voir N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 152, n°167 et s.

[1330] *Ibidem*.

[1331] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 153, n°168.

416. Les modalités des licences libres. Si la licence est par principe au pouvoir de l'auteur, il faut s'interroger sur les modalités de la licence libre : on a vu plus haut (à propos des conditions de la cession) qu'il ne suffisait pas d'admettre la validité de principe d'une convention, et qu'il existait bien des manières de la freiner malgré tout.

D'une part, sur la forme, des auteurs soutiennent que, parce que c'est une cession de droits d'auteur, fut-elle originale et à titre gratuit, elle doit respecter le formalisme de l'article L. 131-3. Ils reconnaissent toutefois que ce n'est pas le cas en pratique[1332].

D'autre part, sur le fond, « (l)a portée de la licence « libre » dépend évidemment des stipulations du contrat. Mais la logique du système consiste à paralyser l'exclusivité du droit à travers l'engagement que prend l'auteur initial, et que prennent après lui les auteurs successifs des œuvres dérivées de l'œuvre initiale, de s'interdire d'opposer son droit exclusif à tous les participants. L'idée est d'imposer à des fins de partage un « rapport de réciprocité » excluant la possibilité pour chacun de se prévaloir d'une quelconque exclusivité »[1333]. Cela ressemble à s'y méprendre à une forme d'abdication par l'auteur. La licence libre pose donc la question de la validité des renonciations au droit d'auteur. Et si la licence libre est en principe valable, une application classique des solutions du droit d'auteur conduit cependant à la priver d'efficacité. Quant à son droit patrimonial, l'auteur est libre d'y renoncer, puisqu'il est libre de le céder. Mais encore faut-il que sa volonté soit clairement exprimée. Si le juge n'exige pas le respect des formalités de l'article L. 131-3 du CPI, on peut penser qu'il maintienne néanmoins la règle de l'interprétation stricte, et surtout celle de l'interprétation *in favorem auctoris*. En d'autres termes, faute de le mentionner clairement, il ne devrait pas être possible de déduire du seul contrat la renonciation par l'auteur à son droit patrimonial. En stipulant que la licence est gratuite, il renonce sans doute à sa rémunération. Mais la convention est alors seulement gratuite, elle n'emporte pas pour autant abdication des droits d'auteur. Au contraire, lorsque l'auteur autorise l'usage et la modification de son œuvre par les tiers, il ne fait qu'exercer son droit patrimonial, et choisir librement le mode d'exploitation qu'il préfère. Il pose d'ailleurs des conditions qui encadrent cet usage et ces modifications, conditions que les licenciés sont réputés accepter et qu'ils sont tenus de respecter. Pour un auteur, la « conclusion d'une telle licence par un auteur ne doit pas être assimilée à un abandon de propriété. L'auteur ne renonce pas ainsi à ses droits puisqu'il conserve le pouvoir de conclure des contrats d'exploitation avec des professionnels. C'est dans l'exercice de ses prérogatives de

[1332] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 717, n°873.
[1333] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 716, n°872.

propriétaire que l'auteur peut décider d'offrir gratuitement à tous, mais de façon contrôlée, l'usage de son œuvre »[1334]. En conséquence, « la violation des stipulations de la licence, non seulement pourra être sanctionnée sur le terrain contractuel, mais constituera aussi une contrefaçon. Ainsi, l'utilisateur qui ne respectera pas l'obligation qui lui est faite de diffuser selon les termes de la licence l'œuvre qu'il aura modifiée sera traité comme le cessionnaire qui est allé au-delà de la cession qui lui a été consentie »[1335]. En résumé, par le contrat de licence libre, l'auteur exerce son droit patrimonial, même si gratuitement, et en conserve toutes les prérogatives, dans la limite bien entendu des stipulations contractuelles auxquelles il a consenti et qui l'obligent à tolérer certains comportements. Pour que la licence libre emporte abandon des droits patrimoniaux, il faudrait que ses stipulations le prévoient clairement. *A priori* donc, la licence libre n'autorise sans doute pas n'importe quel type de comportement, d'usage ou d'exploitation. Mais l'auteur est libre de prévoir la portée de l'autorisation qu'il concède, et la licence libre n'est donc sur ce point pas seulement valable *a priori*, elle est également efficace.

Quant à ses droits moraux[1336] en revanche, on sait que la renonciation par l'auteur est valable, mais que le juge l'autorise toujours à revenir sur sa parole. Le licencié est donc à la merci de l'auteur qui, mécontent des modifications apportées à son œuvre, par exemple dans le cadre d'un contrat de *Creative Commons*, peut décider d'invoquer la violation de son droit moral. La difficulté n'est d'ailleurs pas propre à la licence libre, mais commune à toutes les licences, et même à tous les contrats d'auteur. Un auteur aborde la question à propos du contrat de mise en ligne d'œuvres protégées, licence par laquelle l'auteur place son œuvre sur internet et en autorise l'accès aux tiers sans aucune obligation en contrepartie. La question qui occupe alors cet auteur est la suivante : lorsque l'auteur autorise l'utilisation, renonce-t-il implicitement et valablement à son droit au respect ? Celui-ci est indisponible et une telle clause serait dépourvue de validité. Mais pragmatiquement, la mise en ligne implique que les utilisateurs puissent exercer un minimum de liberté dans leur usage. Ce qui conduit à postuler que l'auteur, par la mise en ligne, consent valablement à une renonciation partielle que le juge devrait valider s'il veut respecter l'économie de ce contrat particulier, faute de quoi le contrat ne peut exister. « S'agissant du droit moral, notre bénéficiaire doit évidemment le respecter. Mais le contexte d'une exploitation en ligne oblige à le considérer de manière raisonnable et

[1334] C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 103, n°120.
[1335] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 713, n°863.
[1336] Voir N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 153, n°169.

non point dogmatique. « Il ne s'agit pas de dire, comme certains en rêvent, que l'auteur devrait pouvoir abdiquer tout droit sur son œuvre afin de permettre à celui qui l'exploite de la traiter en libre marchandise comme il l'entend. En revanche, il est juste de penser qu'un auteur qui délivre une autorisation au titre des droits patrimoniaux pour une utilisation donnée accepte nécessairement les conséquences liées à cette utilisation et qu'il ne peut invoquer les droits moraux qui sont les siens et en particulier le droit au respect pour entraver une exploitation qu'il a autorisée. Ces droits ne doivent pas lui permettre de « reprendre d'une main » ce qu'il a accordé de l'autre » »[1337]. Cette analyse peut être étendue à la licence libre. Et en résumé, faute pour le juge d'assouplir les règles classiques, la licence libre, valable *a priori*, risque fort de se voir privée de toute efficacité. Le droit moral place le licencié, ici comme ailleurs, dans une situation très précaire.

Pour conclure sur les licences libres, ceci ne remet pas en cause leur validité mais seulement leur efficacité. Sans doute le fait que le droit moral s'impose ici encore au licencié conduit-il à s'interroger sur la nature de la convention, mais cela n'invalide pas le postulat de départ, au contraire : l'auteur a le pouvoir de conclure des conventions non translatives, et celles-ci peuvent être à titre gratuit ou onéreux. Le droit moral de l'auteur et l'économie propre à ces conventions, conduisent à y voir plutôt des licences que des cessions, et cela permet de dire que la cession au sens étroit n'est pas la seule convention admise en droit d'auteur. Il faut maintenant s'interroger sur la nature de ces cessions nommées.

. La licence est admissible à côté des contrats nommés d'auteur, en revanche les contrats nommés par le législateur sont tous des cessions

417. Renvoi. L'aliénabilité est ici presque intacte, puisque la licence vient seulement se surajouter à la cession sans empiéter sur son domaine. Il doit suffire de renvoyer à la version intégrale[1338] pour le détail, puisque nous avons déjà évoqué les arguments avancés pour d'une part admettre la licence à coté des contrats nommés, et d'autre part maintenir la qualification de cession pour les contrats nommés.

[1337] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 691, n°845, citant G. VERCKEN et M. VIVANT, *Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées*, Cah. Dr. Entr. (suppl. au JCP E) 2000, p. 18, n°14.
[1338] Voir version intégrale n°1119 et 1120.

. La licence est admissible à côté des contrats nommés d'auteur, et ces contrats nommés par le législateur ne sont pas forcément tous des cessions

418. Le domaine de l'aliénabilité est entamé, puisque ses manifestations sont réduites en nombre, tandis que les manifestations de la disponibilité non translative se multiplient.

Postulat. « Il faut souligner qu'en droit d'auteur certains termes n'ont pas le sens qu'on leur prête communément c'est-à-dire celui que leur accordent les dictionnaires. Ainsi, alors que par « cession » on entend en principe « l'action de céder » (Le Petit Robert), le verbe « céder » étant défini comme le fait « d'abandonner, de laisser à quelqu'un » ou de « transporter la propriété d'une personne à une autre personne » (Le Petit Robert), cet adjectif est très souvent utilisé pour désigner de simples concessions de droits d'utilisation, qui n'induisent aucun transfert de propriété »[1339]. Ainsi, le législateur n'est peut-être pas aussi rigoureux qu'il devrait l'être, et les termes qu'il emploie sont peut-être inexacts. Certains contrats nommés peuvent être qualifiés de licences malgré leur catégorisation légale parmi les cessions.

Il ne s'agit pas de rejeter la cession par principe, ni de douter systématiquement du législateur. *A priori*, les contrats d'auteur réalisent une cession comme la loi l'indique. « Le contrat d'auteur est généralement un contrat par lequel un auteur cède ses droits patrimoniaux à un exploitant, en contrepartie d'une rémunération, afin que ce dernier puisse exploiter l'œuvre. Dans cette hypothèse, le contrat est translatif de propriété et entraîne une cession des droits patrimoniaux sur l'œuvre. L'auteur s'en dépouille au profit de l'exploitant qui, en devenant titulaire des prérogatives cédées, peut intenter l'action en contrefaçon et délivrer des autorisations à des tiers »[1340].

Il se peut toutefois que l'économie de tel ou tel contrat se révèle finalement plus proche de la licence. Il faut donc examiner chacun des contrats nommés d'auteur pour mesurer la pertinence de la qualification légale en cession[1341].

419. Le contrat d'édition. C'est le principal contrat d'auteur. « Le contrat d'édition est au droit d'auteur ce que le contrat de vente est aux contrats spéciaux du Code civil : c'est le plus important des contrats nommés du droit de la propriété littéraire et artistique »[1342].

[1339] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21.
[1340] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 335, n°398.
[1341] Pour le détail, voir N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc.
[1342] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 360, n°427.

Définition. Aux termes de l'article L. 132-1 du CPI, « Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion ».

420. Nature. Une cession. Pour beaucoup d'auteurs[1343], les termes de la loi sont clairs : l'auteur cède le droit de fabriquer. Point n'est besoin de chercher plus avant. Il s'agit d'une cession. Le cessionnaire est « propriétaire des droits cédés sur l'œuvre. Par cet aspect, le contrat d'édition se rapproche du contrat de vente, qui comporte aussi un transfert de propriété »[1344]. Les auteurs invoquent principalement deux arguments.

Premièrement, la lecture *a contrario* des articles L. 132-2 et 132-3 conduit à cette conclusion[1345]. L'article L. 132-2 dispose « Ne constitue pas un contrat d'édition (…) le contrat dit à compte d'auteur. Par un tel contrat, l'auteur ou ses ayants droit versent à l'éditeur une rémunération convenue, à charge pour ce dernier de fabriquer (…) et d'en assurer la publication et la diffusion. Ce contrat constitue un louage d'ouvrage (…) ». Et aux termes de l'article L. 132-3, « Ne constitue pas un contrat d'édition (…) le contrat dit de compte à demi. Par un tel contrat, l'auteur ou ses ayants droit chargent un éditeur de fabriquer (…) et d'en assurer la publication et la diffusion, moyennant l'engagement réciproquement contracté de partager les bénéfices et les pertes (…). Ce contrat constitue une société en participation (…) ». Lorsque le contrat n'est pas une cession, mais un louage d'ouvrage ou une société en participation, le législateur n'utilise pas le terme « céder ». Et il oppose le contrat d'édition à ces deux formes de convention, en utilisant le terme « céder » uniquement à propos du contrat d'édition : sa nature le distingue de celle des deux autres contrats, c'est une cession.

Deuxièmement, à l'article L. 132-8 du CPI, « L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé ». Le contrat d'édition transfère donc un droit exclusif. La nature exclusive du contrat contribue à démontrer sa nature translative : sans doute une licence peut-elle exceptionnellement être exclusive, mais l'exclusivité caractérise traditionnellement la cession, et une cession exceptionnellement non exclusive est généralement disqualifiée. En effet, l'auteur détient un droit exclusif, et s'il le cède, le cessionnaire reçoit donc également un droit exclusif. La cession non exclusive n'est

[1343] Par exemple, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 361, n°427 et p. 362, n°430 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 602, n°718 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 583, n°564 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., n°162.

[1344] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 360, n°427.

[1345] Dans ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 581, n°563.

en réalité pas une cession, puisque le cessionnaire ne reçoit pas le droit tel que l'auteur le détenait. « Il nous semble qu'un droit non exclusif d'édition ne puisse être qualifié que de « licence d'exploitation » »[1346].

Par ailleurs, les auteurs favorables à la cession refusent de s'arrêter à un argument qu'ils jugent non pertinent : il s'agit de relever que l'inexécution par l'éditeur de son obligation d'exploiter entraîne la résiliation du contrat, et d'y trouver la preuve qu'il n'y a pas cession. Ils répondent que l'inexécution par l'acheteur de son obligation de payer le prix entraîne également résiliation, sans que la cession soit pour autant discutée. C'est tout simplement une vente avec charge.

Enfin, les auteurs reconnaissent que les modalités de la cession l'éloignent du droit commun, mais cela ne suffit pas selon eux à la dénaturer. Ainsi, l'un[1347] d'eux passe en revue les obstacles, sans s'y arrêter : peu lui importe l'obligation pour le cessionnaire d'exploiter posée expressément par l'article L. 132-12, l'obligation de fabriquer ou de faire fabriquer, l'obligation d'assurer la publication et la diffusion. Il ne tient pas compte non plus du caractère *intuitu personae* imprimé par l'article L. 132-16 qui oblige le cessionnaire désirant céder ses droits à obtenir l'autorisation de l'auteur. Un autre auteur adopte le même discours : « Voilà donc un contrat nommé, constitutif d'une *variété de vente*, avec la particularité que le transfert de propriété s'accompagne d'un large droit de regard du vendeur, tant pour préserver ses intérêts pécuniaires que pour conserver son droit moral, l'acheteur étant tenu pour sa part de *faire fructifier* la chose, ce qui est une nouvelle dérogation au droit commun. L'on a vu aussi que l'auteur est *intéressé* directement aux fruits de l'exploitation (rémunération proportionnelle). Le fait que l'on soit en présence d'une vente est en tout cas précieux, car l'on pourra, pour combler des lacunes éventuelles, recourir aux art. 1582 et s. C. civ »[1348].

Au total, la nature translative du contrat d'édition réunit de nombreux suffrages.

421. Nature. Une licence. En réalité, si doctrine et jurisprudence analysent le contrat d'édition comme une cession, leur démarche n'est pas analytique mais pragmatique : « (l)'origine de cette « cession », qui n'en n'est pas une, tient au fait qu'on a voulu permettre à l'éditeur d'agir en justice en cas de contrefaçon, ce qui n'est possible que si le contrat d'édition est qualifié de « cession de droits », mais en ce faisant on dénature le sens de certains termes ce qui n'est pas sans poser des problèmes additionnels. Il aurait mieux valu

[1346] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 389, n°112.57. Dans le même sens, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 65, n°64.
[1347] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 360, n°427.
[1348] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 579, n°561.

reconnaître à l'éditeur le droit d'agir en contrefaçon sans pour autant qualifier le contrat d'édition de « cession » dès lors que ce contrat n'induit aucune réelle cession de droits au profit de l'éditeur »[1349].

Au contraire, le constat des charges qui pèsent sur tout cessionnaire de manière générale (obligation d'exploiter, obligation de rendre compte, rémunération proportionnelle, respect du droit moral) conduit certains auteurs[1350] à refuser la qualification de cession. A cela s'ajoutent d'autres arguments, propres au contrat d'édition, qui achèvent d'invalider l'analyse en termes de cession : « le fait qu'il ne peut même pas céder son contrat à des tiers sans l'autorisation de l'auteur (CPI, art. L. 132-16) »[1351], le fait que le droit d'éditer soit retiré à l'éditeur pour défaut d'exploitation, le fait que l'auteur puisse parfaitement céder le droit d'éditer à plusieurs éditeurs concurrents. Ainsi, « l'édition n'est qu'un simple droit d'exploitation temporaire et précaire, qui est retiré à l'éditeur dès lors qu'il n'exploite pas l'œuvre « d'une manière permanente et suivie ». Cette précarité, prévue par le législateur, démontre à l'évidence que le contrat d'édition n'implique pas cession ou transmission partielle ou totale des droits de l'auteur au profit de l'éditeur, contrairement à la position adoptée jusqu'à ce jour par la doctrine et la jurisprudence sous prétexte que l'article L. 132-1 précise que le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur « cède à l'éditeur le droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre ». Mais il y a une grande différence entre une « cession de droits » à proprement parler et « une cession du droit de fabriquer des exemplaires », cette dernière étant beaucoup plus limitée et pouvant par ailleurs être fragmentée par l'auteur entre plusieurs éditeurs qui se verraient confer des fabrications différentes »[1352]. Cumulés, tous ces arguments apportent « la preuve que l'éditeur ne devient jamais un véritable cessionnaire des droits de l'auteur »[1353].

422. Bilan. En réalité, il nous semble que le désaccord en doctrine trouve une explication : il repose sur un double malentendu. Tous les auteurs tentent de cerner la nature du contrat d'édition d'abord en se focalisant sur la dichotomie des cessions et des licences, comme si le contrat d'édition devait forcément être l'un ou l'autre, et ensuite en partant du présupposé que le contrat d'édition constitue un schéma fixe et invariable, dont le contenu peut être déterminé

[1349] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21.
[1350] Par exemple, C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 204, n°277 ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367. Egalement Planiol et Ripert, J. Huet, et A. Kéréver, cités par B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 210, n°466.
[1351] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21. Dans le même sens, C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 199, n°269.
[1352] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 369, n°112.25.
[1353] *Ibidem*.

avec certitude, condition nécessaire à tout rapprochement d'avec un modèle de référence quel qu'il soit. Dissiper ces deux malentendus permet de cerner la nature de ce contrat[1354].

Premièrement, qualifier le contrat d'édition, et tous les autres contrats d'auteur d'ailleurs, signifie pour la doctrine avoir recours aux catégories du droit civil, et puisque le législateur utilise le terme de cession, choisir entre la cession et son pendant en droit des contrats spéciaux, la licence. Autrement dit, les auteurs s'enferment systématiquement dans cette dichotomie, comme si elle constituait le seul outil de qualification concevable des contrats d'auteur.

Or, il nous semble pertinent de relever que l'entreprise de qualification ne passe pas uniquement par le droit civil. Le droit d'auteur, dans les termes explicites du législateur, propose des catégories qui suffisent *a priori* à la qualification. Que fait-il d'autre que qualifier les contrats d'auteur lorsqu'il dresse une liste des contrats nommés du droit d'auteur, leur donne un nom et leur attache chacun un régime juridique particulier ? Partant, si qualifier consiste à donner un nom assorti d'un régime à telle ou telle forme de relation juridique objectivement constituée, pourquoi ne pas se satisfaire des outils fournis par le législateur en droit d'auteur, à savoir les catégories du contrat d'édition, du contrat de représentation, du contrat de commande pour la publicité, etc…, plutôt que de se tourner systématiquement vers les catégories du droit civil ?

Ainsi, posons que l'on se trouve face au schéma suivant : un auteur conclut une convention par laquelle il autorise son cocontractant à empiéter sur son monopole d'exploitation. Son cocontractant s'oblige quant à lui à fabriquer ou faire fabriquer des exemplaires de l'œuvre, à en assurer la publication et la diffusion. Evidemment, cette relation correspond au contrat d'édition tel que le définit l'article L. 132-1 du CPI. Et le législateur prévoit un régime juridique particulier, qui suffit pour cerner l'économie générale du contrat et répondre à la plupart des questions relatives à sa mise en œuvre. Ne peut-on pas se satisfaire du droit des contrats d'auteur, et considérer que la situation juridique est suffisamment « qualifiée » par la catégorie du contrat d'édition, au lieu de raisonner comme si celle-ci était en quelque sorte orpheline aussi longtemps qu'elle ne trouvait pas un port d'attache en droit civil ?

Il faut sans doute reconnaître que l'on rencontre des litiges dont le CPI n'a pas réglé l'issue, « le régime des contrats du droit d'auteur est profondément lacunaire »[1355], et le recours au droit commun est alors nécessaire. Mais cela n'implique pas forcément de « qualifier » tel

[1354] Voir sur la question N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 66, n°66.

[1355] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 159, n°173.

contrat d'auteur en référence à tel contrat de droit civil. Il peut suffire d'emprunter telle ou telle solution propre à un contrat de droit civil pour l'appliquer à telle ou telle difficulté laissée sans réponse par le régime du contrat d'auteur examiné. Autrement dit, un simple rapprochement de la cession ou de la licence, cantonné à un point particulier du contrat d'auteur, permet de combler les lacunes du droit spécial, sans pour autant se lancer dans une entreprise de qualification globale dont le succès apparaît plus que mitigé.

Deuxièmement, et corrélativement, nous ne songeons pas à nier que le recours aux contrats spéciaux du droit civil soit utile. Nous voulons simplement suggérer que toute tentative de rattachement du contrat d'édition à la catégorie des cessions ou des licences est vouée à l'échec, dans la mesure où elle est tentée *a priori* et de manière globale. En d'autres termes, il nous semble qu'il est impossible de prétendre que tout contrat d'édition a la nature d'une cession, ou celle d'une licence, et ce pour la raison avancée plus haut : le contrat d'édition n'est pas un invariable dont la fixité permettrait le rattachement définitif à telle ou telle catégorie de droit civil. Il est tout aussi inexact de poser que c'est le contrat d'édition dans sa globalité qui peut être qualifié de cession ou de licence, car au contraire, cette qualification ne peut être que partielle.

En effet, la prestation caractéristique du contrat d'édition est sans doute invariable, à savoir « la fabrication, publication et diffusion d'exemplaires de l'œuvre », mais elle conduit seulement au rattachement à la catégorie du contrat d'édition[1356]. La prestation caractéristique du contrat de cession (le transfert d'un droit exclusif) ou de licence (l'autorisation d'usage) ne se retrouve pas de manière permanente dans le contrat d'édition, puisqu'au contraire, l'article L. 132-8 précise que le contrat d'édition opère cession d'un droit exclusif, « sauf convention contraire ». Cela signifie bien que les parties à un contrat d'édition transfèrent parfois un droit exclusif, et se contentent d'autres fois d'en organiser le seul usage, ceci sans que la qualification de contrat d'édition soit remise en cause. Il est donc vain de prétendre trouver *a priori* et de manière générale la nature du contrat d'édition dans la cession ou la licence, puisque cet aspect du contrat d'édition dépend de la volonté des parties, et varie au gré des espèces.

Ceci explique que certains auteurs voient dans ce contrat une cession, d'autres une licence. Selon nous, il n'est pas pertinent de trouver dans cette dichotomie la nature du contrat d'édition, comme si le schéma contractuel examiné présentait intrinsèquement les caractéristiques spécifiques de l'une ou l'autre de ces catégories de droit civil. Le schéma

[1356] Voir N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 67, n°68.

contractuel examiné a bien la nature, invariable, d'un contrat d'édition, mais au-delà, il peut être rattaché tantôt à une cession, tantôt à une licence, sans toutefois que ceci ait une incidence sur sa nature propre, qui n'est rien de plus, mais rien de moins, que celle d'un contrat d'édition. C'est pourquoi il nous semble, au final, à la fois impossible et inexact de chercher dans la dichotomie des cessions et des licences la nature de ce contrat : il a sa nature propre, celle d'un contrat d'édition. Elle suffit à sa qualification. Il peut trouver dans la cession ou la licence un modèle de référence, en fonction de l'économie que les parties choisissent de donner à leur relation.

Mais on ne peut pas alors parler de la « nature » du contrat d'édition, en référence à la cession ou la licence, car il ne s'agit ici que de qualifier une dimension de ce contrat, qui d'une part ne peut suffire à le résumer (puisque toutes les cessions ne sont pas des contrats d'édition) et d'autre part ne fait même pas partie de son noyau dur (puisque tous les contrats d'édition ne sont pas des cessions). Il faut donc, lorsque l'on s'attelle à la qualification des contrats d'auteur, prendre ses distances avec la dichotomie du droit civil, et s'attacher d'abord aux éléments que le CPI nous propose, qu'il s'agisse des outils de qualification (les différents contrats d'auteur) ou des précisions relatives au régime juridique de chaque figure contractuelle.

En résumé, le contrat d'édition constitue un schéma spécifique, qui trouve sa définition dans les termes de l'article L. 132-1 du CPI. Si l'on trouve effectivement ici le terme de cession, il n'est pas possible d'en déduire que ce contrat se résume à une cession. D'une part, l'éditeur a l'obligation d'éditer (ce qui revient à lui imposer une obligation d'exploiter), celle de respecter le droit moral de l'auteur, celle de verser une rémunération proportionnelle à l'auteur, de sorte que l'économie du contrat ne constitue pas la transposition pure et simple d'une cession, mais une figure autonome qui ne peut être ramenée à aucune autre et qui est nommée par la loi : « contrat d'édition ». D'autre part, le législateur lui-même (art. L. 132-8) prévoit que la cession est exclusive sauf convention contraire : cela signifie que le contrat d'édition peut exister sans cession, puisqu'une cession au sens traditionnel est nécessairement exclusive. Ainsi, l'usage du terme de cession doit être relativisé : il ne suffit pas pour qualifier le contrat en cause, non seulement parce que le contrat ne se résume pas à une cession traditionnelle, mais aussi parce qu'il arrive qu'il s'en distingue radicalement. Et cependant, il reste un contrat d'édition, terme « qualifiant » qui suffit à la catégorisation de la relation.

423. Renvoi. Pour l'examen de la nature des autres contrats nommés, à savoir le contrat de représentation, le contrat de production audiovisuelle et le contrat de commande pour la

publicité, nous renvoyons à la version intégrale[1357].

424. Bilan. Au total, la dichotomie ne nous paraît pas être l'outil de la qualification des contrats d'auteur : les auteurs ne parviennent pas à s'entendre sur la nature de chacun d'eux, et nous avons souligné ses insuffisances à propos de chacun des contrats nommés. Il faut maintenant en finir avec l'examen des degrés de la remise en cause de l'aliénabilité.

. La licence est admissible à côté des contrats nommés d'auteur, et ces contrats sont par ailleurs tous des licences, mais la cession est également admissible, à côté de ces licences.

425. L'aliénabilité des droits d'exploitation est maintenue, mais sa place est marginale face à l'omnipotence de la licence.

Postulat. L'analyse reprend celle que nous avons exposée plus haut, à propos de l'éviction de la cession en droit d'auteur.
Simplement, il s'agit ici de remarquer que, si les cessions nommées par la loi ne sont en réalité que des licences, c'est en raison des charges qui dénaturent la convention en plaçant le « cessionnaire » dans une situation de dépendance incompatible avec la liberté qu'implique un véritable transfert de droit. Cela vaut pour les obligations communes à tous les contrats d'auteur, comme pour celles que tel ou tel contrat particulier impose en sus au cessionnaire.
En revanche, ces considérations n'excluent pas l'admission d'une véritable cession des droits patrimoniaux de l'auteur, pourvu qu'elle échappe aux obligations imposées à tous les contrats nommés d'auteur. Il faut sans doute relever que le cessionnaire n'échappe ni à la rémunération proportionnelle[1358] (toutefois certains[1359] n'admettent la véritable cession que dans les limites de l'article L. 131-4 qui autorise le paiement au forfait dans certains cas), ni au respect du droit moral de l'auteur. Nonobstant, certains auteurs considèrent qu'il y a ici un allègement de la charge imposée au « cessionnaire » qui autorise la qualification de cession. C'est surtout l'éviction de l'obligation d'exploiter qui est jugée déterminante de la qualification[1360].

[1357] Voir version intégrale n°1127 à 1131, 1132 à 1136 et 1137 à 1139.
[1358] Dans ce sens, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21.
[1359] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 474, n°1524.
[1360] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 349, n°416. Dans le même sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 595, n°673.

Il s'agit alors d'un contrat innommé, façonné par les parties, dont l'effet translatif dépend entièrement (ou presque) de leur volonté : « rien n'interdit à l'auteur d'opter pour les figures qui sont celles du Code civil et ainsi de céder *proprio censu* les droits patrimoniaux qu'il détient. Pourquoi diable ne pourrait-il pas le faire ? Il y a bel et bien place pour des il y a bel et bien place pour des cessions de droits en droit d'auteur. Le tout est que celui qui les détient veuille bien effectivement les céder… »[1361]. C'est ce que la doctrine appelle les cessions pures et simples, qui réalisent un véritable transfert de droits.
Le principe de la liberté contractuelle impose leur validité : les parties sont libres de conclure toute forme de contrat, elles ne sont pas obligées de s'en tenir à ceux que propose le droit spécial d'auteur. Elles peuvent valablement organiser une cession définitive, dans les termes qui leur conviennent et en dehors des schémas nommés. La jurisprudence en prend acte.

426. Portée. Ici, la ligne de démarcation entre la cession et la licence se déplace, et si l'aliénabilité est affaiblie, c'est surtout la clarté du débat qui en sort encore amoindrie. Le cumul de toutes les obligations imposées par le législateur dénature la convention, mais le maintien des seuls rémunération proportionnelle et droit moral n'y suffit pas : cela nous paraît contestable. C'est dans le respect du droit moral, charge de tous les instants pour le cessionnaire, que nous trouvons l'obstacle infranchissable sur le chemin de la cession au sens classique. Et pour nous, aucune des cessions de droits patrimoniaux concevables ne peut être ramenée à une cession au sens étroit, pas plus qu'à une licence. Il convient maintenant d'envisager le dépassement de cette dichotomie.

β. La dichotomie hors d'état de nuire

427. *A priori*, sans doute, le recours à la dichotomie paraît doublement salvateur. En effet, d'une part, le législateur semble ranger – consciemment ou pas – sous le terme de cession des conventions qui n'ont pas grand-chose en commun. La dichotomie permet alors de rendre compte de ces différences, et d'opérer un classement des contrats d'auteur[1362]. C'est ce qui explique que tant d'auteurs – on vient de le constater – y aient recours pour tenter de clarifier le débat. Cette démarche semble d'autant plus justifiée que c'est le législateur lui-même qui utilise cette dichotomie en matière de brevet (art. L. 613-8) et en matière de marque (art. L. 714-1).

[1361] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 2009, préc., p. 440, n°642.
[1362] Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 576, n°939.

D'autre part, le législateur nomme les contrats d'auteur (contrat d'édition, de représentation, etc…) et leur attache un régime juridique particulier. Mais celui-ci est toujours incomplet, et il est commode pour le juge, et sécurisant pour les parties, de se référer à une figure connue du droit commun. En classant les contrats d'auteur dans la dichotomie des cessions et des licences, on renvoie aux contrats de vente et de louage, et l'on comble les lacunes du droit spécial[1363]. En résumé, on trouve ainsi en doctrine de nombreux auteurs pour qui la dichotomie est non seulement un passage obligé, mais surtout un outil précieux de l'analyse des contrats d'auteur. Il a une véritable vertu clarifiante (il met de l'ordre dans la confusion des textes) et rassurante (il renvoie aux schémas connus du droit commun).

Pourtant, le fait est qu'à propos du régime des contrats d'auteur, une véritable cacophonie règne en doctrine comme en jurisprudence. Et pour certains auteurs, c'est justement le recours systématique à la dichotomie des cessions et des licences qui conduit à la confusion générale. En effet, juge et auteurs s'en tiennent à cette dichotomie et raisonnent uniquement dans le cadre étroit de ses termes. Ce faisant, ils s'enferment dans des schémas de référence qui n'ont pas été pensés pour les œuvres de l'esprit, et qui ne sont pas forcément adaptés au droit d'auteur. Et lorsqu'ils tentent de ramener tel ou tel contrat d'auteur à l'une des catégories connues, ils n'arrivent jamais à une adéquation parfaite avec les cadres de référence. Cela explique qu'ils puissent arriver à des conclusions opposées avec des arguments tout aussi – ou aussi peu – convaincants de part et d'autre.

Puisque la dichotomie des cessions et des licences échoue à fournir une grille de lecture satisfaisante du droit des contrats d'auteur, peut-être faut-il s'en passer ? Ses limites justifient son dépassement.

→ Les limites de la dichotomie

428. La dichotomie des cessions et des licences se présente un peu comme la lumière dans l'obscurité – l'obscurantisme ? – de la terminologie légale, ou comme la technique miraculeuse de la qualification des contrats d'auteur. Mais pour qu'elle puisse assumer ce rôle salvateur, encore faut-il que deux conditions soient réunies : il faut qu'on ait besoin d'elle, et aussi qu'elle soit capable d'apporter la solution. Or, pour certains auteurs, ni l'une ni l'autre de ces conditions n'est remplie. D'une part, il y a une grande différence entre ce que l'on fait dire au législateur et ce qu'il dit effectivement : quant à la nature juridique des contrats

[1363] *Ibidem*.

d'auteur, les textes sont loin d'être aussi confus et imprécis qu'on le leur reproche. Ils n'ont vraisemblablement pas besoin de cette dichotomie, c'est sa limite externe. D'autre part, la dichotomie n'est pas à la hauteur de ce que l'on attend d'elle. Elle ne suffit pas à cerner la nature des contrats d'auteur, c'est sa limite interne.

. La limite externe : la dichotomie n'est pas nécessaire

429. On présume généralement que le législateur ne connait que les cessions de droit d'auteur. On postule donc que les références légales à la « cession » sont l'expression de sa volonté de qualifier tous les contrats d'auteur de cessions. C'est surtout l'article L. 122-7 : « Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux », et l'article L. 131-3. Le législateur n'envisage à propos des droits d'exploitation que leur cession. Et toutes les formes de conventions organisées par le CPI sont soumises aux formalités de l'article L. 131-3, dont le texte précise qu'il concerne les « droits cédés ». C'est parce que l'on retient cette interprétation des textes que l'on juge la dichotomie nécessaire, pour distinguer là où le législateur confond. Mais cette lecture des textes n'est pas exempte de reproche. On peut la contester, et proposer une interprétation différente.

Ce que le législateur ne dit pas

430. Il est possible de refuser l'interprétation classique des textes : le législateur ne dit pas ce qu'on lui fait dire.

Ni explicitement. C'est vrai, le législateur utilise effectivement à de nombreuses reprises les termes « cession », « céder », « transmission ». Mais un auteur procède à l'inventaire[1364], et le résultat n'est pas aussi net qu'on le prétend généralement. On trouve la cession aux articles L. 131-1, L. 131-3, L. 131-4, 5, 6, 7, 8 pour le droit commun des contrats d'auteur. Mais on trouve également l'« autorisation » d'exploiter (art. L. 131-2, L. 132-18), la « concession » (art. 24 et 33 du Code de l'industrie cinématographique), la mise à disposition du public (art. L. 122-7-1). Si l'on décide de recenser les termes « potentiellement qualifiants », il faut alors également relever que le législateur ne s'arrête pas aux catégories du droit civil, puisqu'il façonne également des catégories de droit d'auteur, auxquelles il attache des noms particuliers

[1364] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 6, n°7, et p. 35, n°30.

(le contrat d'édition, le contrat de représentation, le contrat de production audiovisuelle, le contrat de commande pour la publicité) qui qualifient des situations juridiques tout autant que le terme « cession ».

D'ailleurs, le législateur ne dit à aucun moment que les contrats d'auteur « constituent des cessions ». On ne trouve à aucun endroit du CPI une formule générale qui poserait que « les contrats d'auteur sont des cessions », ou « les contrats d'auteur sont des ventes », alors pourtant qu'il sait parfaitement renvoyer aux catégories du droit civil en opérant une qualification explicite. On trouve ainsi par exemple à l'article L. 132-2 « (…) le contrat dit à compte d'auteur (…) constitue un louage d'ouvrage », et à l'article L. 132-3 « (…) le contrat dit de compte à demi (…) constitue une société en participation ». Et par ailleurs, il propose bien une qualification des conventions, mais l'outil est spécifique au droit d'auteur, il s'agit des contrats nommés d'auteur. Dès lors, pourquoi le législateur, qui sait par ailleurs qualifier expressément, resterait-il elliptique lorsqu'il s'agit de la qualification de cession ? Au contraire, il est permis de douter : le législateur use sans doute du terme « cession », mais au vu des termes de la loi, peut-on pour autant en conclure qu'il qualifie ainsi les contrats à propos desquels il l'utilise ? Pourquoi raisonner comme si c'était le seul terme qualifiant qu'il utilise, alors que ce n'est manifestement pas le cas ?

431. Ni implicitement. D'ailleurs, le législateur ne montre pas implicitement que les contrats d'auteur sont des cessions.

D'une part, il ne leur attache pas le régime juridique qui s'y rapporte[1365]. Au contraire, il prévoit explicitement un régime juridique propre à chaque contrat nommé, dont les traits essentiels sont en opposition avec la vente classique. En effet, la cession d'un droit, ou la vente d'une chose, consiste dans le transfert de la titularité – de la propriété – de ce droit ou de cette chose. Le cédant se trouve privé et le cessionnaire investi du droit. Or, ce n'est pas ce que le législateur prévoit. D'une part, certains contrats nommés d'auteur n'investissent tout simplement pas le « cessionnaire » d'un droit d'exploitation mais se bornent à lui en autoriser l'exercice (contrat de représentation). D'autre part, les contrats d'auteur qui cèdent effectivement un droit d'exploitation (contrat d'édition par exemple) s'accompagnent d'obligations à la charge du « cessionnaire » (rendre compte, exploiter, verser une rémunération proportionnelle) qui contredisent la notion de cession. Enfin, pour un auteur, aucun des contrats nommés d'auteur ne cède un droit d'exploitation car aucun ne prive

[1365] Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 2009, préc., p. 440, n°642 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 559, n°630.

l'auteur du droit qu'il est censé céder : il en reste toujours titulaire, puisqu'il peut toujours conclure d'autres conventions à propos de ce droit. En résumé, les contrats d'auteur sont en décalage avec la notion classique de cession. Le législateur *dit* que le contrat opère cession par l'auteur de son droit d'exploitation, mais ce n'est pas ce qu'il *fait* : lorsqu'il prévoit les effets des contrats nommés, il n'organise pas une véritable cession.

D'autre part, on pourrait chercher dans le Titre 3 « Exploitation des droits », Chapitre premier « Dispositions générales », l'ébauche d'un régime juridique unique, puisque celui-ci prévoit certaines règles communes à tous les contrats d'auteur, y trouver un tronc commun, et en déduire qu'ils peuvent, malgré leurs différences, tous être ramenés à un même type de convention. Mais d'une part, ces dispositions communes n'organisent pas un véritable régime juridique particulier. Elles se bornent à prévoir le respect de certaines conditions pour la preuve ou la validité de ces contrats, sans d'ailleurs que tous les contrats soient systématiquement visés par toutes les dispositions (l'article L. 131-2 ne vise que certains contrats, le domaine de l'article L. 131-3 est discuté, …). D'autre part, ces dispositions communes n'autorisent pas à rattacher les contrats qu'elles visent à la catégorie générale de la cession, car précisément, elles posent toutes à des degrés divers exception au régime classique de la vente, en imposant un formalisme et des techniques d'interprétation des contrats, qui prennent le contrepied direct du consensualisme et de la liberté contractuelle inhérents au droit commun de la vente.

432. Bilan. Le sens classiquement prêté aux termes du CPI est donc remis en cause. C'est l'opinion de plusieurs auteurs, qui considèrent que le législateur, lorsqu'il utilise le terme de cession, ne qualifie pas les conventions qu'il désigne. Pour beaucoup[1366], le sens de ce terme est seulement générique, et non technique. L'intention du législateur n'est pas de renvoyer au contrat de cession en tant que décalque de la vente du droit commun : « le législateur de 1957 s'est essentiellement soucié de la mise en œuvre des droits de propriété littéraire et artistique mais il n'a pas cru nécessaire de préciser quelle serait la nature du droit acquis par les cocontractants des créateurs »[1367].

Si le législateur ne dit pas que les contrats d'auteur sont des cessions, et puisque c'est l'argument principal en faveur de l'aliénabilité des droits patrimoniaux, que vaut ce postulat

[1366] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, préc., n°491 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 376, n°392 ; A et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3e éd., préc., n°566 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., n°161.

[1367] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, préc., n°492. Dans le même sens, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., n°161 et 162.

désormais ? Il en sort affaibli. Il faut alors déterminer ce que le législateur dit vraiment.

Ce que le législateur dit

433. Il est possible de lire tout autre chose dans les termes de la loi.
Position du problème. L'usage répétitif du terme de cession conduit à penser que le législateur voit dans tous les contrats d'auteur des cessions. Il faut donc en finir avec ce postulat que le législateur ne connaîtrait que la cession de droit d'auteur. Pourquoi admettrait-il parfaitement la licence en droit de brevet ou de marque, et même en matière de logiciel, alors qu'il l'ignorerait en droit d'auteur ? Pourquoi utiliserait-il les termes d'« autorisation », de « concession », de « mise à disposition », s'il ne concevait que la cession ? Pourquoi enfin le législateur ferait-il preuve d'un tel aveuglement, en qualifiant tous les contrats d'auteur de cessions, alors que leur régime juridique varie du tout au tout ? D'un bout à l'autre du spectre des contrats d'auteur, il n'est pas raisonnable de lui prêter de tous les qualifier de cessions. C'est donc qu'avec ces mots, il a entendu dire autre chose.

434. Réponses classiques de la doctrine. Pour répondre à ces questions, la doctrine classique adopte des approches variées, mais qui se concentrent toutes sur le terme de « cession ». Certains en restent malgré tout aux mots du législateur et qualifient les contrats nommés de cession nonobstant leur particularisme. D'autres dépassent les mots du législateur et se concentrent sur le régime des contrats : ils distinguent entre ceux qui sont trop éloignés d'une véritable cession, qu'ils appellent licences, et ceux qui en sont plus proches, qu'ils appellent cessions. D'autres enfin ignorent les termes légaux et considèrent que le régime des contrats nommés fait d'eux tous des licences. En résumé, la doctrine se concentre toujours sur la notion de cession, et sur le décalage entre son sens classique et le sens qu'elle prend dans le régime des contrats d'auteur. Tous les auteurs concluent, à des degrés divers, que le législateur s'est mal exprimé en parlant de la « cession des droits d'exploitation », parce que ce que les conventions qu'il désigne ainsi n'en sont pas au sens strict.
Effectivement, il n'est pas possible de nier que les contrats nommés d'auteur ne cèdent pas les droits d'exploitation de l'auteur, au sens où ils ne produisent pas la double conséquence que l'on attend d'une convention de cession : retirer le droit d'exploitation à l'auteur qui s'en trouve désormais privé, et investir le cessionnaire du droit d'exploitation de sorte qu'il peut désormais l'exercer librement sans rendre compte. Autrement dit, pour qu'il y ait cession du droit d'exploitation, il faudrait mettre fin au lien direct entre l'auteur et la prérogative

juridique qu'il cède, instaurer un lien identique entre le cessionnaire et cette même prérogative, et surtout, aucun lien d'obligation ne devrait naître de cette convention entre l'auteur et le cessionnaire.

435. Recentrage des termes du débat. Pourtant, le législateur dit bien que l'auteur « cède » tel ou tel droit. Il n'est pas possible de nier l'usage du terme « céder ». Mais plutôt que d'en contester la pertinence, en critiquant le législateur, ne peut-on s'y résoudre et trouver ailleurs une solution à la difficulté ? Si par « cession », le législateur a bien entendu dire « cession » au sens classique, alors peut-être faut-il se tourner vers l'autre terme de l'expression décriée : « cession d'un droit d'exploitation ». Si les contrats d'auteur ne « cèdent » pas au sens classique un « droit d'exploitation » au sens classique, alors qu'est-ce que l'auteur peut « céder » au sens classique et qui peut être désigné par « droit d'exploitation » sans pour autant correspondre au sens classique ? Autrement dit, au lieu de se concentrer sur la « cession » pour tantôt l'ignorer, tantôt lui donner un sens nouveau qui rend compte du régime des contrats d'auteur, pourquoi ne pas se concentrer sur le « droit d'exploitation » pour lui donner un sens qui rend compte du régime des contrats d'auteur ?

436. Réponse proposée. Pour un auteur, lorsque le législateur parle des droits d'exploitation, il en retient une double acception : « toutes les dispositions du CPI ne se réfèrent pas tous à la même signification. Dans les articles L. 122-1, L. 122-2 et L. 122-3, il s'agit de présenter les attributs du droit d'auteur : il s'agit donc évidemment d'une référence au droit de reproduire ou représenter, ou d'autoriser la reproduction ou la représentation (donc du droit de reproduction ou représentation-opération). Mais lorsque l'article L. 122-7 énonce que les droits de reproduction et de représentation sont cessibles, ce n'est plus dans la même acception que le terme doit être entendu. (…) il faut bien comprendre que la cession porte ici sur le droit de reproduction-résultat »[1368]. Ainsi, il faut distinguer le droit d'exploitation-opération et le droit d'exploitation-résultat. Et si la cession au sens classique ne peut avoir pour objet par exemple le droit de reproduction-opération, elle peut en revanche parfaitement s'appliquer au droit de reproduction-résultat. La distinction permet donc de dire que l'usage du terme « cession » par le législateur est tout à fait pertinent, tant qu'il est cantonné à un objet susceptible d'une telle convention, à savoir le droit d'exploitation-résultat.
Lorsque le législateur parle de la « cession du droit de reproduction » par exemple, « (l)a

[1368] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 329, n°477.

référence au droit de reproduction peut alors se comprendre comme une référence à l'ensemble des droits de propriété naissant sur les fruits de l'œuvre, que sont les droits sur chaque reproduction. C'est d'ailleurs en ce sens que le CPI évoque la cession « totale » ou « partielle » »[1369]. Ainsi, « lorsque l'exploitant acquiert les droits naissant sur des reproductions déterminées, il peut évidemment procéder aux opérations qui mènent aux résultats envisagés. On ne saurait objecter qu'en acquérant les droits de propriétés relatifs à chaque reproduction visée au contrat, il n'est pas devenu titulaire du droit de reproduire ou, en d'autres termes, qu'en acquérant le fruit qui résultera de chaque opération, il ne peut accomplir lui-même l'opération. L'exploitant peut indéniablement accomplir cette opération. Ce n'est cependant pas son droit de propriété des reproductions, en tant que droit de propriété sur le résultat, qui permet d'accomplir l'opération qui y conduira. Par la cession, c'est en réalité l'auteur qui exerce son droit de reproduire, de la même façon que, en cédant à un tiers la propriété des fruits, le propriétaire d'un arbre exerce son droit de propriété… Quant au bail, l'action du locataire peut être accomplie au titre du droit personnel de jouissance. En ce sens, le droit de reproduction de l'auteur s'entend bien comme un droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction. Le droit de reproduction de l'exploitant s'entend quant à lui du droit de propriété sur la reproduction, résultat de l'opération permise. Le cessionnaire peut donc procéder lui-même à l'opération qui conduira au résultat constituant le droit de propriété cédé, puisque la cession manifestera en elle-même l'exercice du droit d'autoriser la reproduction dont l'auteur est titulaire »[1370].

Autrement dit, pour cet auteur, le « cessionnaire » devient propriétaire des fruits de l'exploitation, et c'est ce que le législateur désigne par « droit de reproduction » ou « droit de représentation ». La convention opère donc transfert de la propriété du droit d'exploitation-résultat. En revanche, l'auteur ne cède jamais son droit d'exploitation-opération, parce que ce n'est pas un objet de propriété. Le droit pour l'auteur de reproduire ou de représenter l'œuvre n'est pas cessible.

Le parallèle avec le droit du propriétaire terrien est parlant : le propriétaire d'un terrain peut céder la propriété des fruits produits par l'exploitation de cette terre. Il peut d'abord procéder lui-même à cette exploitation, il exerce son droit d'exploiter personnellement. Il faut aussi exercer ce droit d'exploiter par l'intermédiaire d'un exploitant, qu'il autorise à exploiter. Et par cette convention qui autorise l'exploitant à exploiter la terre en lieu et place du propriétaire, celui-ci cède à celui-là les fruits de cette exploitation. Mais il ne cède pas son

[1369] *Ibidem.*
[1370] *Ibidem.*

droit d'exploiter la terre. La nature de cette convention par laquelle l'exploitant se trouve en mesure d'exploiter doit être discutée. Le propriétaire terrien peut choisir de concéder un droit personnel, ou de constituer un droit réel, mais il ne cède pas son droit d'exploiter, il ne fait en contractant que l'exercer. Pareillement, l'auteur ne cède pas son droit d'exploitation, il l'exerce en investissant l'exploitant de deux droits distincts : le droit de propriété sur les fruits de l'exploitation, et le droit de procéder à cette exploitation, droit dont la substance exacte varie au gré des contrats d'auteur qui organisent des maîtrises variables au profit de l'exploitant, et dont la nature doit donc être déterminée au cas par cas, mais qui n'est pas celle d'une propriété. Nous allons revenir sur cette question.

En conséquence, parce que le législateur distingue entre le droit-opération et le droit-résultat, et parce que la cession dont il parle a pour objet le second, il faut préciser le sens qu'il donne à cette « cession ». « Si le terme « cession », en droit commun, sert aussi bien à désigner l'effet d'un acte juridique unilatéral ou bilatéral que l'acte lui-même, c'est effectivement dans le premier de ces sens que la loi spéciale s'y réfère avant tout »[1371]. « En réalité, le concept de cession utilisé en droit d'auteur renvoie à un effet du contrat, et non à une qualification contractuelle »[1372]. Autrement dit, le terme « cession » en droit d'auteur ne qualifie pas la convention examinée dans sa globalité, mais se borne à qualifier l'effet produit par la convention envisagée, pour souligner que cet effet est translatif, sans pour autant que cet effet translatif se répercute nécessairement sur la nature de l'acte lui-même.

437. Bilan. En ce qui concerne la question posée ici, à savoir de déterminer le sens des termes du législateur, cet auteur propose donc, à rebours de la doctrine classique, de croire à la pertinence du vocable de cession dans le CPI, mais en lui assignant un objet cantonné aux fruits de l'exploitation de l'œuvre. Tandis que les auteurs classiques se bornent à répudier les termes légaux en reprochant au législateur son manque de rigueur terminologique, l'auteur propose au contraire de rendre une place aux termes du législateur, en leur donnant un sens et une portée qui nous paraissent cohérents.

En résumé, les références légales à la cession ne visent pas à qualifier le contrat mais à souligner l'un de ses effets. L'auteur choisit de « ne voir dans cette utilisation du vocable de « cession » qu'une référence à un effet translatif, qui pourrait s'inscrire aussi bien dans le cadre d'un contrat de cession que dans celui d'une licence[1373].

[1371] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 38, n°35 et s.
[1372] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 90, n°123.
[1373] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 6, n°7.

A ce stade donc, il ne répudie pas la dichotomie des cessions et des licences censée rendre compte de la nature des contrats d'auteur, il postule simplement que cette nature, fut-elle de cession ou de licence, ne résulte pas des termes du législateur, qui ne se prononce pas sur la question. Lorsque le contrat « cède », dans ses termes, cela signifie qu'il transfère la propriété de quelque chose, mais pas pour autant qu'il se résume à une convention de cession.
L'auteur établit donc ici simplement que « le législateur n'a pas besoin d'être secouru » par la dichotomie. La lecture proposée de ses termes met fin à l'idée qu'il analyserait tous les contrats d'auteur comme des cessions. La dichotomie était d'abord proposée pour invalider et remplacer la qualification générale de cession postulée. En établissant que le législateur ne dit rien de tel, on prive la dichotomie d'utilité.
Cependant, cette dichotomie est également proposée en doctrine pour clarifier la nature des contrats d'auteur. Indépendamment de la question de savoir si le législateur se prononce ou pas en termes de cession, il est indéniable que les différents contrats d'auteur offrent un tableau hétéroclite des manières dont l'auteur peut choisir d'exploiter son œuvre. Et la qualification de contrat d'édition, de représentation, etc…, assortie de régimes succincts, ne suffit pas à la doctrine qui fait alors appel aux figures connues, donc rassurantes, de la dichotomie. Ici, la dichotomie montre ses faiblesses.

. La limite interne : la dichotomie n'est pas suffisante

438. La dichotomie se montre doublement incapable de relever le défi de la qualification des contrats d'auteur : son contenu ne rend pas compte du leur, et son principe contredit le leur.

Un contenu insuffisant

439. Vente et louage
Les auteurs n'hésitent pas à rattacher les contrats d'auteur aux contrats du droit commun, la vente ou le louage. Ils utilisent le terme de cession comme synonyme de vente, et de licence comme synonyme de louage. La terminologie spécifique se borne à rendre compte de l'objet incorporel de la cession ou de la licence, par opposition à la vente ou au louage qui sont censés être réservés aux choses corporelles.
Pourtant, entendues au sens classique de vente ou de louage, la cession et la licence ne rendent pas compte des contrats d'auteur. Les définitions du droit commun ne peuvent absorber les contrats d'auteur, qui leur sont irréductibles. Autrement dit, celles que l'on

appelle cessions ou licences en droit d'auteur ne sont pas de simples décalques, de fidèles transpositions de la vente ou du louage, loin s'en faut. En effet, en droit commun, la vente et le louage emportent toujours les mêmes effets, ce sont des contrats relativement fixes et au contenu presque invariable. Et ces effets ne se retrouvent pas dans les cessions et les licences qui sont censées leur faire écho.

440. Confrontation de la vente et de la cession. D'abord, la vente opère transfert de la propriété du bien, et sur ce point, tout dépend de la conception que l'on retient de la propriété. On peut ainsi concevoir que les contrats d'auteur transfèrent la propriété d'un bien, mais cela implique d'admettre que chaque droit d'exploitation, aussi strictement délimité soit-il, constitue un bien autonome susceptible de propriété, ce qui signifie que l'auteur a le pouvoir de diviser son œuvre en un nombre infini de biens (il a autant de biens qu'il peut concevoir de manières d'exploiter son œuvre). On peut, moins radicalement, considérer que l'auteur transfère un droit sans pour autant fractionner son bien, l'œuvre. Dans cette hypothèse, le cocontractant reçoit un droit d'exploitation, dont il est titulaire, et dont on peut à la limite dire qu'il est propriétaire si l'on admet la thèse de la propriété des droits. Mais il faut garder à l'esprit que l'œuvre reste la propriété de l'auteur, et pour cette raison, il est peut-être plus exact de dire que l'auteur ne transfère pas un droit mais le constitue. En effet, il ne s'en sépare pas car ce droit n'existe pas en l'état dans son patrimoine avant sa naissance par l'effet du contrat. Cela n'empêche pas, au demeurant, de considérer que ce droit « constitué » et non transmis est objet de propriété pour le cocontractant. En résumé, quoique l'on décide à propos de la propriété et de la nature du droit de l'exploitant (et nous allons y revenir), il apparaît peu rigoureux de dire que le contrat d'auteur transfère la propriété d'un bien du patrimoine de l'auteur à celui de l'exploitant. C'est pourtant la caractéristique principale de la vente.

De plus, et de manière plus accessoire, la vente est un contrat à exécution instantanée, tandis que le contrat d'exploitation est à exécution successive, eu égard à l'exercice du droit moral, à l'obligation d'exploiter, et à la rémunération proportionnelle[1374]. Par ailleurs, la vente a un effet définitif, tandis que la cession pour une durée déterminée est fréquente (et la référence à la vente à réméré ou sous condition résolutoire n'est pas satisfaisante car il s'agit ici d'une vente à terme)[1375]. Egalement, la vente a un effet complet, dessaisissant complètement le vendeur, tandis que l'auteur « conserve toujours un lien juridique avec son œuvre, à travers le droit moral »[1376] : le cessionnaire est soumis au droit moral de l'auteur tandis que l'acquéreur

[1374] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 214, n°476.
[1375] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 215, n°480.
[1376] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 576, n°940.

est libre[1377]. Et encore, l'auteur conserve un lien économique avec son œuvre par le biais de la rémunération proportionnelle, tandis que le vendeur reçoit un prix forfaitaire. Enfin, contrairement à la vente, « les contrats d'exploitation, en tout cas les principaux (contrat d'édition et contrat de représentation), ont un caractère très particulier, empreints qu'ils sont d'un intérêt partagé et d'*intuitu personae*, parce que l'exploitant n'a pas toute latitude pour faire ou ne pas faire ce qu'il veut du droit qu'il a obtenu : il doit veiller aussi à la bonne exploitation de l'œuvre, faire siens les intérêts matériels et moraux de l'auteur… »[1378]. Au total, « (o)n est alors bien loin de la notion de vente du Code civil »[1379].

441. Confrontation du louage et de la licence. Quant au louage, il autorise le locataire à user de la chose. Un premier argument peut être écarté : il consiste à dire que le louage du code n'est pas adapté aux droits, or le droit positif connait la licence de fonds de commerce, de créance ou de part sociale. D'autre part, et plus pertinemment, « la licence n'est pas une simple autorisation de jouissance au profit du licencié ; elle est plus que cela »[1380]. Le locataire recherche l'usage personnel de la chose louée, tandis que le licencié recherche l'exploitation. Il vise à se comporter comme un véritable propriétaire. « Le licencié ne cherche pas à obtenir l'accès à l'œuvre (comme le locataire demande à jouir de l'immeuble), mais à en tirer lui-même un profit à travers une exploitation auprès du public. Si l'on ne pouvait vraiment se passer de la béquille du raisonnement par analogie, il faudrait dire qu'il veut sa part du *fructus* »[1381]. Enfin, si le bailleur autorise le locataire à user du bien loué, il ne lui impose pas *a priori* d'obligations telles que le licencié de droit d'auteur les connaît. Le droit commun du bail oblige-t-il le locataire à user activement de l'objet loué pour le valoriser sous peine de déchéance (à rapprocher de l'obligation d'exploiter) ? Le locataire doit-il rémunérer le bailleur en proportion des bénéfices financiers qu'il retire de son usage (la rémunération proportionnelle) ? Peut-il user librement de la chose ou bien le bailleur peut-il en toute circonstance lui reprocher de porter atteinte à la dimension personnelle de l'objet loué et indirectement à sa personnalité ? Sans doute le locataire doit-il, avec le bailleur, convenir d'un terme au louage, mais c'est bien là le seul point réellement propre à la licence et étranger à la cession – en principe. On peut certainement répondre à tout ceci que cette « sorte de louage avec charge »[1382] est concevable en droit civil, et citer à titre d'exemple

[1377] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 214, n°478 et s.
[1378] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 576, n°940.
[1379] *Ibidem*.
[1380] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 219, n°489.
[1381] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 559, n°630.
[1382] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 672, n°822.

l'article L. 411-1 du Code rural qui organise une forme de louage impliquant l'exploitation de l'objet loué : « la mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter », ou encore la location-gérance[1383]. Mais pour nous, il l'est autant – ou aussi peu d'ailleurs – que la cession avec charges. Le louage assorti d'obligations telles que le prévoit le droit d'auteur n'est pas une figure contractuelle plus évidente que ne l'était la vente avec charges.

442. Droit réel et droit personnel

Pour prolonger le parallèle, la doctrine renvoie également aux notions de droit réel et de droit personnel, censées décrire la nature du droit de l'exploitant[1384]. Nous allons revenir sur cette analyse, lorsque nous nous prononcerons sur la nature du droit de l'auteur. L'examen sera donc pour l'instant rapide.

443. Confrontation du droit réel et du droit de l'exploitant. La vente confère à l'acquéreur un droit réel, c'est-à-dire un droit direct sur la chose, qu'il peut exercer sans l'intervention du vendeur, le plaçant dans une situation d'indépendance vis-à-vis de ce dernier. En revanche, l'exploitant n'a assurément pas un droit direct sur l'œuvre, et il est difficile de concevoir « un droit direct sur un droit d'exploitation ». Par ailleurs, il n'est pas détaché de tout lien d'obligation envers le vendeur, bien au contraire.

444. Confrontation du droit personnel et du droit de l'exploitant. Le louage, quant à lui, confère un droit personnel au locataire qui reçoit l'autorisation d'utiliser la chose dans les strictes limites du contrat, et sans pouvoir prétendre à une maîtrise concurrente de celle de l'auteur sur l'œuvre. En revanche, le licencié ne se borne pas à utiliser personnellement l'œuvre, il procède à une exploitation commerciale de celle-ci, à l'image d'un véritable propriétaire. Il vise la production d'un profit, et exerce une véritable maîtrise de l'œuvre dans la limite de l'autorisation concédée.

En résumé, la dichotomie des droits réels et personnels n'est pas plus adaptée que celle de la vente et du louage : l'« exploitation de l'œuvre passe nécessairement par l'exploitation du droit, ce qui brouille la frontière entre droit réel et droit personnel »[1385].

[1383] Dans ce sens, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 269, n°311.

[1384] Par exemple, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 245, n°297.

[1385] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 559, n°630.

445. Bilan. En résumé, la dichotomie prend souvent « appui sur la *summa divisio* rassurante entre droit réel et droit personnel et sur l'analogie parlante qui en découle entre vente et louage. Malgré le confort intellectuel qu'elle procure, cette présentation est trop artificielle pour être admise »[1386]. Les catégories de droit commun ne sont d'aucun secours, puisqu'elles sont incapables de décrire les contrats d'auteur. Si l'on voit dans la cession et la licence un écho du droit commun de la vente et du louage, il est inexact de désigner ainsi les contrats d'auteur. Aucune cession postulée en doctrine n'est une cession avérée, et la remarque vaut également pour les licences. Les contrats d'auteur sont irréductibles aux catégories du droit commun. La dichotomie cantonnée à un contenu classique n'est pas à la hauteur de ce que l'on attend d'elle : elle est incapable de fournir une grille de lecture utile du droit des contrats d'auteur. Il faut donc la laisser de côté, la dépasser, l'abandonner et trouver ailleurs une grille de lecture satisfaisante, un outil de classification des contrats d'auteur.

Un principe inadapté

446. La dichotomie postule qu'une qualification nécessaire et suffisante passe par la cession ou la licence, et que cette qualification est alternative et exhaustive. Or, les contrats d'auteur peuvent être qualifiés sans le recours à la dichotomie, et lorsqu'ils y ont recours, les catégories ne sont ni alternatives ni exhaustives.

D'une part, lorsque la doctrine entreprend de qualifier les contrats d'auteur, elle raisonne uniquement dans le cadre de la dichotomie. Cela laisse à penser que c'est la seule voie autorisée sur le chemin de la qualification, comme si la dichotomie était par principe omnipotente.

Mais la dichotomie n'est pas le seul outil de la qualification des contrats d'auteur. Nous l'avons dit à propos du contrat d'édition. Le législateur propose une qualification de ces contrats, lorsqu'il définit des contrats nommés qu'il assortit d'un régime particulier. La convention passée par l'auteur pour l'exploitation de ses droits doit donc d'abord être qualifiée à l'aide de ces catégories, qui sont précisément faites pour elle. Ce n'est pas à dire que la dichotomie est inutile, mais simplement qu'elle n'est pas seule en lice. C'est pour combler les lacunes du droit spécial que les contrats de droit civil sont utiles. Mais la cession ou la licence ne suffisent pas à qualifier les contrats d'auteur, parce que leur contenu ne reflète pas exactement le-leur, tandis que les contrats nommés du droit d'auteur proposent des

[1386] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 557, n°630.

modèles qui reprennent bien plus fidèlement les conventions les plus courantes du droit d'auteur.

Ainsi, le droit civil de la cession ou de la licence n'est nécessaire que si le droit spécial des contrats d'auteur montre une insuffisance, ponctuellement. En tout état de cause, il n'est pas suffisant : même si l'on s'accordait sur la qualification définitive de tous les contrats d'auteur en cession ou en licence, encore faudrait-il distinguer parmi ces cessions ou parmi ces licences, puisque sous couvert de cette dichotomie, on trouverait en réalité des figures contractuelles très différentes (quoi de commun entre un contrat d'édition et un contrat de représentation, même si tous deux peuvent être qualifiés de licence ?). La dichotomie ne suffit pas à qualifier les contrats d'auteur, les contrats nommés du droit d'auteur sont l'outil le plus adapté.

D'autre part, lorsque la doctrine qualifie les contrats nommés d'auteur à l'aide de la dichotomie, elle choisit entre la cession et la licence le schéma qui se rapproche le plus de la convention examinée, partant du principe que chaque contrat nommé correspond soit à une cession, soit à une licence. Le principe de la dichotomie réside dans une alternative entre ses deux termes, à quoi s'ajoute une exclusion de tout autre modèle.

Mais d'abord, nous avons vu que chacun des contrats nommés peut parfaitement être rattaché tantôt à une cession tantôt à une licence, selon les stipulations des parties. Il n'est donc pas possible de qualifier *a priori* et définitivement tel contrat nommé, par exemple tout contrat d'édition, de cession. Ce n'est qu'après examen du contenu de la convention particulière que l'on peut choisir entre la cession et la licence.

Ensuite, il n'est pas non plus exact de présumer que seules la cession-synonyme de vente ou la licence-synonyme de louage peuvent constituer des modèles. On peut déjà préciser que le contrat par lequel l'auteur autorise le cocontractant à exploiter tout en restant titulaire du droit d'exploitation, qualifié de licence, renvoie tantôt au louage du droit civil lorsqu'il est consenti à titre onéreux, tantôt au prêt lorsqu'il l'est à titre gratuit. Il faut alors admettre que le contrat par lequel l'auteur transfère un droit d'exploitation peut constituer une vente s'il est consenti à titre onéreux, mais également une donation s'il l'est à titre gratuit. Mais il faut également mentionner les hypothèses dans lesquelles le contrat transfère la propriété d'un droit tout en prévoyant une contrepartie autre que monétaire : ce contrat (qui n'est pas un contrat nommé car, sauf le contrat de représentation, ils impliquent une contrepartie monétaire et un transfert de propriété) n'est alors ni une donation ni une vente, mais une convention innommée qu'un

auteur[1387] propose de rattacher à la fiducie.

En résumé, « chaque contrat d'exploitation ne saurait faire l'objet d'un rattachement unique à l'une des catégories du droit civil et apparaît, au contraire, susceptible de recevoir des qualifications différentes, fonction de la nature de l'opération portant sur les droits patrimoniaux »[1388].

447. Bilan. Pour conclure, il faut rappeler qu'il s'agissait en doctrine de remettre en cause la qualification de cession généralement prêtée au législateur. Cette remise en cause de la qualification légale est globalement un échec, dans la mesure où les auteurs n'arrivent pas à un *consensus*. Certes, la plupart s'accordent, à propos du contrat de représentation, pour admettre que la notion de cession doit être écartée. Mais quant aux autres contrats nommés d'auteur, leur rattachement à l'un ou l'autre des termes de la dichotomie continue de faire débat.

Nous tirons deux enseignements de cet examen. Premièrement, et même en l'absence de certitudes, le fait même qu'il y ait débat, et la force (selon nous) des arguments avancés pour écarter la cession au sens classique suffisent à faire reculer l'aura de l'aliénabilité des droits patrimoniaux de l'auteur, en introduisant un sérieux concurrent, sous la forme de la licence. D'ailleurs, l'examen des arguments avancés en doctrine pour requalifier certaines cessions en licences nous conduit à nous interroger plus généralement sur l'admissibilité de la cession en droit d'auteur : les obstacles postulés à certaines cessions nous paraissent en effet non pas spécifiques à celles-ci, mais généralement opposables à toute espèce de cession en droit d'auteur. Surtout, les charges qui pèsent sur le « cessionnaire » le placent dans un état de dépendance incompatible avec l'idée d'un transfert de droit, de sorte qu'il nous paraît difficile d'admettre la qualification de cession an sens classique. Nous y reviendrons en Sous-titre 2.

Deuxièmement, la recherche d'une qualification dans la dichotomie doit être abandonnée. Il faut selon nous reconnaître que toute entreprise de rattachement *a priori* d'une forme contractuelle nommée en droit d'auteur à une catégorie de la dichotomie de droit civil est impossible. Les contrats d'auteur ne sont pas intrinsèquement des cessions ou des licences, ils peuvent être l'une ou l'autre selon les stipulations contractuelles, et ils ne sont jamais seulement cela. Leur qualification passe par la dichotomie, mais elle ne s'y arrête pas. Leur nature doit être recherchée dans les cadres du droit d'auteur, parmi les figures proposées par

[1387] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 260, n°301.

[1388] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 229, n°260.

le législateur. Leur nature éventuellement translative de droits n'a pas d'incidence directe sur leur qualification.

Un auteur résume ainsi : « chaque contrat nommé a pour objet le transfert ou la mise à disposition des droits d'auteur. Cet élément, propre à définir la notion générale de contrat d'exploitation du droit d'auteur, s'avère donc insuffisant pour caractériser chaque contrat nommé. Surtout, il apparaît que ces contrats – à l'exception du contrat de représentation qui ne peut porter que sur une mise à disposition temporaire – sont neutres quant à la nature du titre de l'exploitant : selon les stipulations des parties, le contrat peut ainsi opérer une cession de droits ou une simple concession. La nature de l'opération juridique relative aux droits d'exploitation – qui s'avèrera essentielle dans le cadre du rattachement des contrats d'auteur aux qualifications du droit civil – ne permet donc pas de définir chaque convention au sein de la catégorie générale des contrats du droit d'auteur. Il est alors possible d'affirmer que chaque contrat nommé par le Code de la propriété intellectuelle a été élaboré en vue d'une certaine forme d'exploitation de l'œuvre, fonction des prérogatives conférées au partenaire économique. De cela, il résulte que c'est la chose, objet du contrat, autrement dit les droits cédés ou concédés, qui permet de caractériser chaque contrat nommé par le Code de la propriété intellectuelle »[1389].

En conséquence, la dichotomie des cessions et des licences n'est pas l'outil qui conduit à la qualification des conventions passées par l'auteur à propos de ses droits d'exploitation. C'est la liste des contrats nommés d'auteur qui doit servir de référence. Et lorsque le régime propre à tel ou tel contrat nommé montre une lacune, il faut alors s'en remettre au droit civil pour préciser la solution applicable. Mais d'une part, ce renvoi aux contrats spéciaux du droit civil n'emporte pas qualification au sens véritable, car il s'agit seulement d'établir que telle dimension de la convention peut être rapprochée d'un contrat de droit civil, de sorte qu'une même convention peut parfaitement être rattachée à plusieurs contrats de droit civil en même temps, pour des aspects différents de son économie. D'autre part, ce renvoi au droit civil ne s'enferme pas dans la dichotomie des cessions et des licences, et il est également possible que la convention de droit d'auteur se rapproche d'autres contrats spéciaux.

[1389] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 75, n°78.

→ Le dépassement de la dichotomie

448. Si la doctrine continue d'utiliser les termes de cession et de licence à propos des contrats d'auteur, elle n'ignore pourtant pas les lacunes de la dichotomie. Mais les réponses qu'elle apporte à cette insuffisance sont très variables, de timorées à téméraires.

. La dichotomie émancipée

449. Une émancipation bien timide. Beaucoup d'auteurs s'émancipent du droit commun, ils renoncent à prétendre que les contrats d'auteur sont des ventes ou des louages. Mais ils continuent de les désigner en termes de cessions et de licences, posant simplement que la « cession en droit d'auteur » n'est pas la « cession de droit commun », et pareillement pour la licence. La dichotomie perdure, mais son contenu est renouvelé.

Ainsi, la cession en droit d'auteur est une forme originale de cession, qui associe le transfert de propriété, emprunté à la cession classique, et la création d'obligations à la charge du cessionnaire, en y ajoutant une touche d'*intuitu personae*. La licence en droit d'auteur exclut, comme le droit commun, toute cession d'un droit par l'auteur, tout en renforçant la maîtrise du licencié sur l'œuvre, mais en l'astreignant tout de même à de nombreuses obligations. Les contrats d'auteur prétendent trouver leur place dans cette nouvelle structure, sous les termes de cessions ou de licences, au sens particulier du droit d'auteur.

Pourtant, il faut remarquer que l'émancipation du droit commun est ici toute relative : la frontière entre la cession et la licence « nouvelles » reprend exactement le tracé de celle qui sépare la vente et le louage, à savoir la transmission d'un droit par l'auteur à son cocontractant. Les catégories de la dichotomie sont renouvelées seulement dans la mesure où chacune ajoute à ce qui constitue son « ancêtre » classique les particularités qui l'en distinguent. Le critère fondamental de la cession de droit commun, le transfert de propriété, se retrouve dans la cession de droit d'auteur. En fait d'émancipation, la dichotomie nouvelle ne rompt pas avec son aînée, elle vient plutôt la compléter. Cela ressemble davantage à une mutation. D'ailleurs, c'est contraints et forcés que les auteurs s'émancipent de la dichotomie classique : face à l'impossibilité avérée de ramener les contrats d'auteur aux concepts classiques, ils consentent à s'en détacher, mais seulement dans la limite de ce qui est nécessaire. Les éléments des contrats d'auteur jugés incompatibles avec le droit commun viennent s'ajouter aux traits essentiels de celui-ci pour former des catégories nouvelles dont la terminologie révèle bien l'incomplétude de l'émancipation.

450. Une émancipation aboutie. Il faut toutefois reconnaître que certains auteurs savent couper les ponts avec le droit commun. Ainsi en va-t-il de cet auteur[1390] qui propose de voir dans l'usage du terme de cession par le législateur la référence à l'effet translatif de la convention et non la qualification de celle-ci. *A priori*, on pourrait penser qu'il ne s'émancipe pas de la dichotomie : d'une part il rattache son analyse à la notion classique de cession au sens de transfert de propriété et pose que l'auteur cède la propriété du droit-résultat. D'autre part, il continue d'admettre que, au-delà de cet effet translatif, les contrats d'auteur peuvent être classés en cessions et licences. Pourtant, c'est ici qu'il s'affranchit complètement de la dichotomie classique : si les contrats d'auteur peuvent être soit des cessions soit des licences, ils ont en revanche tous un effet translatif. Cela signifie donc que l'effet translatif ne fait pas automatiquement de la convention qui l'organise une cession.

Certes, le contrat de cession a nécessairement un effet translatif, si bien que la qualification d'un contrat de cession conduit nécessairement à trouver parmi ses effets la cession d'un droit. Mais l'inverse n'est pas vrai, et le fait qu'un acte juridique ait notamment un effet translatif et réalise une cession de droit n'emporte pas nécessairement sa qualification d'acte de cession : l'effet translatif ne suffit pas à déterminer la nature de cession de l'acte. « La reconnaissance d'un effet translatif ne préjuge pas de l'éviction de la qualification de contrat de licence. La lettre de la loi n'évoque qu'un effet du contrat, sans préjuger de la nature de l'acte »[1391]. La cession a toujours un effet translatif, mais la licence peut également en avoir un. Corrélativement, ce n'est pas parce qu'un acte a un effet constitutif qu'il constitue forcément une licence. Le contrat d'auteur qui juxtapose un effet translatif et un effet constitutif n'est donc pas forcément une cession, malgré son effet translatif, mais il n'est pas non plus forcément une licence, malgré son effet constitutif.

Ainsi, l'acte a un effet translatif lorsqu'il « établit une relation d'auteur à ayant cause en transmettant à un nouveau titulaire un droit existant », il a un effet constitutif lorsqu'il « fait naître un droit ou une situation juridique nouvelle, qu'il s'agisse d'un droit de créance, d'un droit réel ou, si tant est qu'il soit reconnu, d'un droit patrimonial *sui generis* »[1392]. Et les contrats d'auteur juxtaposent des deux types d'effets juridiques, sans qu'aucun ne soit *a priori* déterminant quant à leur nature juridique globale. Pour déterminer la nature des contrats d'auteur, il ne suffit donc pas de s'arrêter au constat d'un effet translatif, ou à celui d'un effet constitutif, dont la seule présence préjugerait de la nature de l'acte. Il faut encore déterminer

[1390] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 50, n°55.
[1391] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 50, n°55.
[1392] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 38, n°35.

lequel de ces effets du contrat est le principal, eu égard à l'économie générale du contrat. Selon que c'est la transmission du droit, ou l'obligation d'exploiter à charge de rémunérer, qui domine, le contrat peut être une cession ou une licence.

On voit ici l'opposition totale avec le droit commun de la vente et du louage : l'auteur appelle licence un contrat qui a un effet translatif ! Et cession celui qui a un effet constitutif ! En droit commun, l'effet translatif d'une convention conduit effectivement à sa qualification globale, et préside à la distinction entre la vente et le louage, mais il en va différemment en droit d'auteur. La licence de droit d'auteur est donc fondamentalement différente du louage, et la cession de la vente. En droit d'auteur, l'opposition entre le contrat de cession et le contrat de licence ne recouvre pas celle entre l'effet translatif du contrat et l'effet constitutif du contrat.

451. Un résultat décevant. Malgré tout, timide ou aboutie, cette émancipation nous paraît conduire à un résultat plus que mitigé. Emancipée du droit commun, la dichotomie est d'abord inutile, puisqu'elle ne renvoie plus à des notions connues et stables mais à des définitions nouvelles et incertaines. Enfermée dans les termes de cession et de licence dont elle prétend pourtant d'émanciper, la dichotomie est ensuite nuisible : faute de renvoyer au droit commun, elle pourrait au moins fournir un outil de catégorisation lisible. Ce n'est même pas le cas. Ici, le fond se mêle à la forme, et ce sont à la fois la terminologie retenue, et le contenu que la doctrine assigne à ces termes, qui appellent la critique.

En soi, la dichotomie se révèle simplement inadaptée, et puisque les contrats d'auteur ne correspondent pas aux contrats de référence, il serait logique de l'abandonner, et avec elle les termes qui la caractérisent. Mais la doctrine ne l'entend pas ainsi, qui continue de qualifier les contrats d'auteur de cessions et de licences, alors même qu'elle reconnait le décalage entre leur acception classique et leurs « manifestations » postulées entre droit d'auteur. En s'enfermant dans cette dichotomie, elle introduit une grande confusion dans le débat, parce qu'elle instaure une polysémie là où la dichotomie était censée le clarifier. Désormais en effet, il faut distinguer entre la cession de droit commun et la cession de droit d'auteur, et pareillement pour la licence. La dichotomie en droit d'auteur finit par brouiller les pistes en proposant une double acception de chacun de ses termes.

La situation s'aggrave encore : au lieu de donner à la cession de droit d'auteur et à la licence de droit d'auteur un contenu renouvelé mais défini, les auteurs ne sont pas d'accord sur ce qu'il faut entendre par ces termes. Passe encore d'utiliser les termes classiques, quitte à reconnaitre que ceux-ci ne renvoient pas au droit commun. Mais pour que cette dichotomie soit utile, encore faut-il que son contenu fasse l'objet d'un certain *consensus*, afin qu'elle

puisse effectivement servir de référence, d'invariable. Or, manifestement, il faut distinguer entre *la* cession de droit commun et *les* cessions de droit d'auteur propres à chaque auteur.

L'un posera que la cession de droit d'auteur se distingue de la cession classique en ce qu'elle emporte des obligations à la charge de l'exploitant, mais insistera sur son caractère nécessairement exclusif, tandis que l'autre admettra qu'elle puisse exister sans exclusivité (à propos du contrat d'édition). L'un posera que la licence de droit d'auteur confère au licencié une maîtrise plus importante que celle du locataire mais toujours dans les limites du droit personnel, tandis qu'un autre admettra qu'elle puisse produire un effet translatif[1393]. Combien de définitions de la cession et de la licence peut-on admettre ?

Le résultat est le suivant : si l'on tente de déterminer quels contrats d'auteur doivent être rangés parmi les cessions par exemple, la réponse varie du tout au tout en fonction de l'auteur que l'on décide de consulter. Il est impossible de dresser un inventaire des cessions, parce qu'un même contrat peut tout aussi bien être qualifié de cession que de licence selon la définition que tel ou tel auteur en retient.

La confusion est à son comble lorsque certains auteurs choisissent de réunir tous les contrats d'auteur sous le terme unique de cession ou de licence, car alors, on fait entrer dans une même catégorie des formes de contrats que pourtant tout oppose[1394]. Cela conduit nécessairement à vider ce terme de tout sens, puisque pour accueillir des formes contractuelles irréductibles, il faut abandonner tout véritable critère de sélection. Autrement dit, on peut encore admettre de retenir des cessions et licences une définition nouvelle, parce que malgré la polysémie, la dichotomie offre alors au moins deux points d'ancrage pour la catégorisation, nonobstant qu'ils ne soient pas ceux du droit commun. Mais ici, il semble que la dichotomie n'offre même plus cet ultime refuge, cet invariable qui sert de référence. En effet, sous le terme de cession, ou de licence selon l'auteur, on trouve aussi bien des cessions exclusives que non exclusives, temporaires que définitives, ou encore des licences assorties de l'action en revendication et d'autres pas, des cessions réduites à un seul mode d'exploitation pour un territoire restreint et des licences couvrant tous les modes d'exploitation pour tous les territoires, etc.

Cette polysémie conduit à une véritable cacophonie. En définitive, de ces contrats d'auteur, on sait ce qu'ils ne sont pas : ils ne sont ni des ventes ni des louages. Mais on ne sait toujours pas ce qu'ils sont. *A priori*, la dichotomie apparaît sans doute salvatrice parce qu'elle opère un renvoi rassurant au droit commun, mais c'est également dans ce renvoi qu'elle se perd et

[1393] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 6, n°7.
[1394] Dans ce sens, B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 206, n°455.

qu'elle perd son utilité. Elle trouve ses limites dans ce qui est censé faire sa force.
L'abandon du renvoi au droit commun de la vente et du louage ne suffit pas à rendre à la dichotomie son utilité. Pour qu'elle retrouve sa capacité à catégoriser, il faudrait également redonner un véritable contenu à ses termes. Or, à ce jour, la doctrine n'y est pas parvenue. Les catégories de la dichotomie ne sont pas des catégories, puisqu'elles ne répondent pas chacune à un ensemble de critères fixes qui conditionnent l'admission en leur sein, et dont la somme permet d'identifier un contrat et de le classer sans hésiter dans l'une ou l'autre des catégories, par définition opposées. Par suite, quel est l'intérêt de recourir à ces notions présumées « clarifiantes » ou « catégorisantes » puisqu'elles ne renvoient pas à un invariable mais à de multiples variations ? Si par exemple la cession ne confère même pas forcément « au partenaire une maîtrise juridique plus complète que la licence »[1395], quelle est donc la signification de cette qualification ? Quant à nous, nous ne voyons pas l'intérêt de catégories qui ne renvoient à aucun contenu déterminé. Pourquoi continuer de raisonner en termes de cession et de licence si ces termes sont vides de sens ? La dichotomie en droit d'auteur est dépourvue de toute lisibilité. Et tout l'intérêt de cet outil de catégorisation disparaît.

. La dichotomie transfigurée

452. Certains auteurs[1396] vont plus loin. Ici, la dichotomie est véritablement transfigurée. C'est d'abord son principe de fonctionnement qui est bouleversé : elle n'organise plus une opposition mais une gradation. C'est ensuite, et corrélativement, son critère de catégorisation qui est redéfini : nonobstant l'usage des termes de cession et de licence, ce n'est plus le transfert d'un droit qui commande à la classification, mais l'exclusivité du pouvoir de l'exploitant.

453. Le principe de fonctionnement de la dichotomie : d'une opposition à une gradation. Pour mettre fin à la confusion qui règne au sein des contrats d'auteur, certains auteurs redistribuent complètement les cartes. Ils redéfinissent les rapports entre les contrats d'auteur qui, d'un bout à l'autre du spectre, varient du tout au tout. Désormais, au lieu de raisonner en termes d'opposition, et de leur attribuer une nature distincte, ils raisonnent en termes de gradation, posant que tous les contrats d'auteur sont de même nature, et que leurs différences

[1395] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 559, n°630.
[1396] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 560, n°631.

ne sont que de degré. S'ils conservent la terminologie des cessions et des licences, ils n'abandonnent pas non plus toute référence aux concepts du droit commun. Pour autant, ils prennent leurs distances avec celui-ci, et il faut préciser deux points qui donnent une figure complètement nouvelle à cette dichotomie.

Premièrement, tous les contrats d'auteur sont regroupés sous le terme unique de cession : « Nous nous en tiendrons, pour notre part, aux « cessions » de droits d'auteur, conformément à la tradition française, mais en y incluant ce que la pratique dénomme parfois « licences », et qui, pour nous, participent de la même nature »[1397]. Le choix de la cession entendue au sens générique s'explique par deux raisons. D'une part, il s'agit d'une question de commodité : puisque le législateur et la plupart des acteurs du droit positif utilisent ce vocable, il est plus simple de s'y tenir. D'autre part et surtout, ces auteurs répudient non seulement l'idée que la cession constituerait une transposition fidèle de la vente et la licence du louage, mais également, et corrélativement, celle selon laquelle le droit de l'exploitant serait dans le premier cas un droit réel et dans le second un droit personnel. Pour autant, s'ils retiennent le terme de cession en lui donnant un sens générique dégagé de toute référence à la vente, ils ne s'affranchissent pas complètement de la dichotomie des droits réels et personnels, et postulent que tous les contrats d'auteur confèrent à l'exploitant un droit qui se rapproche du droit réel, bien qu'à des degrés divers. Si le terme de cession ne renvoie plus désormais à celui de vente, il continue en revanche de renvoyer, de près ou de loin, à celui de droit réel : tous les contrats d'auteur sont des cessions, non pas parce qu'ils sont des ventes, mais parce qu'ils réalisent le transfert d'un droit que l'on peut qualifier de réel.

Sur ce point donc, la dichotomie n'est plus qu'une « monotomie ». Parce que l'auteur investit toujours l'exploitant d'un droit, la cession absorbe la licence, et perd nécessairement sa définition étroite en termes d'opposition avec son ancien pendant, la licence. De la même manière, parce que la licence place l'exploitant dans une situation bien plus forte que celle d'un locataire, le droit réel de l'exploitant absorbe le droit personnel et reste seul en lice pour caractériser la nature de la relation de l'exploitant avec l'auteur. Mais dans la mesure où elle prétend absorber toutes les formes de contrats d'auteur, la catégorie renonce forcément à ses particularités, elle ne correspond plus à la définition classique qu'en donne le droit commun.

Deuxièmement, face à la variété des contrats d'auteur, et malgré leur regroupement sous le terme unique de cession, les auteurs continuent d'y discerner des cessions et des licences. Seulement, au lieu d'assigner à ces termes le sens classique qui consiste à opposer leur nature

[1397] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 559, n°630.

juridique, au lieu d'isoler dans chacune de ces catégorie une caractéristique propre qui fait forcément défaut à l'autre (la cession cède, la licence autorise par exemple), les auteurs identifient un trait commun à tous les contrats d'auteur, et sur une échelle graduée, ils situent la cession à une extrémité et la licence à l'autre, sans dessiner de frontière. Ils placent alors les contrats d'auteur d'un bout à l'autre de l'échelle, en fonction de la présence plus ou moins accusée de ce trait commun dans tel ou tel contrat.

Sur ce point donc, la dichotomie n'est plus non plus une dichotomie : si elle confronte tout de même deux notions aux deux extrémités du spectre des contrats d'auteur, elle renonce en revanche à les opposer, et se contente plutôt de les juxtaposer, sans arrêter de frontière définitive entre elles. Pour les auteurs, il faut cesser de « focaliser l'attention sur l'introuvable frontière entre cession et licence »[1398], « la ligne de démarcation entre la cession et la licence d'un droit de propriété intellectuelle (est) particulièrement floue en matière de propriété littéraire et artistique, et (…) la différence, de degré »[1399].

454. Le critère de catégorisation de la dichotomie : d'un transfert à une exclusivité. Les auteurs commencent par examiner les contrats d'auteur à la recherche de signes qui pourraient les opposer ou les rapprocher, pour ensuite en tirer des conclusions quant à la nature du droit de l'exploitant.

En s'émancipant de la vente et du louage du droit commun, ils renoncent à s'attacher à l'éventuel transfert d'un droit par l'auteur pour caractériser certains contrats par rapport à d'autres. Ils relèvent alors que, peu important que certains contrats cèdent tandis que d'autres autorisent, tous concourent à une même finalité : aménager une maîtrise partielle de l'œuvre au profit de l'exploitant, l'investir d'un pouvoir d'exploiter l'œuvre, lui réserver une partie des profits générés par l'œuvre. Ils proposent de classer les contrats non plus en fonction de la technique utilisée pour organiser cette maîtrise (la cession ou la licence au sens de vente ou de louage), mais en fonction du résultat, en fonction de l'économie générale de l'opération. Les contrats aménagent tous un pouvoir de l'exploitant, et ils se distinguent seulement dans la portée de ce pouvoir, plus ou moins affirmée.

Les auteurs continuent d'user des termes de cession et de licence pour classer les contrats, mais la différence entre la cession et la licence « (tient) à l'ampleur de la maîtrise que le

[1398] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 560, n°631.
[1399] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 621, n°710.

cédant (veut) conserver sur l'exploitation de l'œuvre »[1400]. « Plus qu'entre la cession d'un droit réel et la concession d'un droit personnel, la ligne de partage passe entre le caractère exclusif ou non exclusif du droit conféré »[1401].

Tous les exploitants ont une maîtrise exclusive, mais c'est à l'examen de l'objet de cette maîtrise que l'on peut mesurer le véritable pouvoir de chaque exploitant. Ainsi, la maîtrise d'un mode d'exploitation particulier, cantonné à un lieu étroit, limité à une durée courte, consenti à l'exploitant mais également à d'autres dans le même temps, n'a pas grand-chose à voir avec la maîtrise de l'exploitant sur tous les modes d'exploitation, ou sur tout le droit de reproduction par exemple, pour la durée du monopole, dans le monde entier, et sans qu'aucun tiers ne puisse lui faire concurrence. Pourtant, tous deux maîtrisent une forme d'exploitation de l'œuvre, de sorte qu'il est justifié de les réunir autour de ce critère commun. Ils se situent simplement aux deux extrémités de l'échelle des contrats d'auteur. Et il n'est pas interdit de les qualifier en termes de cessions et de licences, si l'on pose que ces deux termes se bornent à exprimer les degrés de cette maîtrise commune.

Si ce critère commun, qui réunit les contrats d'auteur autour de cette maîtrise qu'exerce l'exploitant sur l'œuvre, ne conduit pas à un contrat connu, il conduit en revanche ces mêmes auteurs à une notion connue : celle du droit réel. En désignant tous ces contrats en termes de cession, c'est bien au droit réel que les auteurs renvoient : les contrats d'auteur investissent l'exploitant d'un droit direct sur l'œuvre, droit de l'exploiter d'une manière particulière définie au contrat, droit détenu par l'auteur et transféré à l'exploitant, droit qui ressemble à s'y méprendre au droit réel. En d'autres termes, « tous les (…) contrats d'exploitation des droits d'auteur (permettent) de réaliser un véritable démembrement des prérogatives patrimoniales. Que ce démembrement soit (parfois) regardé comme une cession (…) n'a rien que de naturel, à la condition de ne pas en déduire une différence de nature avec une licence qui ne concéderait qu'un droit personnel »[1402].

Pour conclure sur cette analyse, il faut reconnaître qu'elle a le mérite de dépasser le débat inextricable des cessions et des licences, et qu'elle propose une lecture des contrats d'auteur originale. Mais en abandonnent le principe de la classification par l'opposition, elle renonce également à la vertu clarifiante des catégories juridiques. Si la perception du droit de l'exploitant, et des formes variables que lui donnent les contrats d'auteur, en sort améliorée, le

[1400] *Ibidem*.
[1401] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 559, n°630.
[1402] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 621, n°710. Dans le même sens, C. Delebecque, citée par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 2009, préc., p. 441, n°642, note 2.

concept unique d'exclusivité ou de maîtrise ne suffit pas à cerner la nature de ces contrats, ni celle du droit qui en forme l'objet.

. La dichotomie répudiée

455. Certains auteurs sont à la fois plus et moins téméraires. Ils osent abandonner complètement la dichotomie, même dans sa terminologie. Mais ils ne proposent pas d'autre grille de lecture. Ils renoncent à qualifier les contrats d'auteur, et donc le droit de l'exploitant. Ainsi, puisqu'ils ne peuvent être ramenés à des figures connues du droit commun, les contrats d'auteur ne sont finalement rien d'autre que des contrats spéciaux d'auteur, figures contractuelles particulières tantôt dessinées et nommées par le législateur, tantôt fruit innommé de l'inventivité des parties.

Ils choisissent alors de les qualifier de contrats *sui generis*. Certains restent mesurés dans leur rejet de la dichotomie : « (i)l nous semble que les contrats d'exploitation des droits d'auteur constituent des contrats *sui generis*, que l'on ne peut assimiler purement et simplement à des conventions nommées. (…) Aussi l'emploi du terme de cession est-il au fond assez indifférent (il est parfois remplacé par le mot « autorisation »), car déconnecté du concept de vente : il recouvre toutes les formes d'autorisation d'exploiter, dont l'étendue peut être extrêmement variable, de sorte que, dépassant la terminologie employée, il faut plutôt y voir une catégorie de contrats *sui generis*, à notre sens »[1403]. D'autres sont plus francs : « Qualifier de cession un tel contrat relève de l'artifice juridique, sans nul doute utilisé pour masquer la véritable nature du droit d'auteur (qui n'est pas un droit réel, et qui ne peut donc en épouser le régime : l'objet de la protection n'est point, selon nous, une chose, mais une personne, l'auteur). Le contrat en droit d'auteur est un contrat *sui generis*, comme l'est le contrat autorisant l'exploitation du nom ou de l'image d'un individu. Il s'apparente toutefois à un mandat et à une « concession-licence », mais certainement pas à une simple vente »[1404].

Finalement, cette analyse en contrat *sui generis*, dont beaucoup pensent justement qu'elle n'en est pas une, a au moins le mérite d'en finir avec le forçage de la cession.

456. Bilan. On ne peut pas considérer que la réflexion doctrinale relative à la nature des contrats d'auteur aboutisse. Les auteurs parviennent à des conclusions incompatibles et aucune ne s'impose réellement davantage que les autres.

[1403] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 576, n°940.
[1404] P. CHERET, note sous Cass. Civ. 1e, 24 févr. 1998, JCP 1999, éd. E, 1485.

457. Conclusion sur la cession à titre onéreux des droits patrimoniaux de l'auteur. En revanche, l'examen du degré de disponibilité des droits patrimoniaux de l'auteur, et donc de son pouvoir d'*abusus* juridique, trouve ici une réponse. Les droits de reproduction et de représentation de l'auteur sont aliénables. L'auteur a le pouvoir d'accomplir des actes juridiques de disposition, des actes qui transfèrent tel ou tel droit d'exploitation et investissent le cocontractant du pouvoir d'exploiter l'œuvre. Le principe de la disponibilité translative des droits patrimoniaux de l'auteur est-il donc acquis ?

Les limites extrinsèques (les modalités des conventions) à l'aliénabilité se bornent à en ralentir la mise en œuvre, sans en entamer le principe. Il faut seulement concéder qu'en droit d'auteur, ces limites sont particulièrement contraignantes, mais elles n'en sont pas pour autant dénaturantes.

Les limites intrinsèques (la nature des conventions) à l'aliénabilité ne conduisent pas non plus, *a priori*, à sa remise en cause. La plupart des auteurs s'opposent sur la répartition des contrats d'auteur entre cession et licence, mais ils ne nient pas que certains au moins soient des cessions. Même ceux qui voient dans tous ces contrats nommés des licences sont contraints de reconnaître que la cession pure et simple est autorisée par le CPI. La controverse touche au domaine de l'aliénabilité, plus qu'à son principe, autrement dit à l'omnipotence éventuelle de la cession en droit d'auteur.

Au total, l'*abusus* de l'auteur sur ses droits de représentation et de reproduction atteint le stade ultime, puisque l'aliénation à titre onéreux est possible. Il a ici autant de pouvoir qu'un propriétaire. Ou alors faut-il revenir sur cette assertion en Sous-titre 2 ?

B. Les autres formes de disposition en droit d'auteur

458. Le propriétaire dispose de son bien lorsqu'il l'aliène, lorsqu'il constitue sur lui des droits réels principaux et accessoires, et lorsqu'il le transmet à cause de mort. A côté de l'aliénation à titre onéreux, il faut envisager la faculté pour l'auteur de disposer de ses droits patrimoniaux à titre gratuit, entre vifs (1) ou à cause de mort (2), ainsi que les éventuels droits réels qu'il peut constituer sur eux (3).

1. La disponibilité à titre gratuit

459. L'aliénation (ou cession) n'est pas la seule manière de disposer : indirectement, la renonciation produit le même effet et la licence s'en approche.

460. La cession à titre gratuit. Résumé et renvoi[1405]. Comme un propriétaire, l'auteur est libre de céder ses droits à titre gratuit autant qu'onéreux. L'article L. 122-7 du CPI l'affirme, et la précision apportée par l'article L. 122-7-1 est inutile. La cession à titre gratuit représente un acte encore plus grave que l'aliénation à titre onéreux, de sorte que le formalisme – variable selon que la cession est assortie d'une intention libérale ou pas – vient ici encore freiner la disponibilité de l'œuvre. Par ailleurs, qui peut le plus peut le moins : si l'auteur est libre d'investir gratuitement un tiers de ses droits patrimoniaux, peut-il également y renoncer, ou transiger ?

461. La licence gratuite. Parce qu'elle est « au cœur de l'actualité », nous maintenons ici nos développements.

Formes. Au sens strict, il ne s'agit pas ici d'une forme d'aliénation, ni de disposition, puisque la licence investit le créancier d'un droit personnel. Cependant, en raison de la controverse relative à la frontière des cessions et des licences, et plus largement la question discutée de leur nature, il faut l'examiner. De manière générale, l'admissibilité de la licence consentie à titre gratuit doit être déduite de celle de la licence consentie à titre onéreux. Il faut donc distinguer entre les licences conclues à côté des contrats nommés d'auteur, et celles qui se cachent sous leurs traits.

Quant à la licence qui se cacherait sous les traits d'une cession, peu importe ici de savoir si ce sont toutes les cessions du CPI ou seulement certains contrats nommés d'auteur qu'il faut requalifier. Il faut seulement relever que, quelle que soit l'analyse retenue en doctrine, aux yeux du législateur, ces contrats d'auteur opèrent cession d'un droit d'exploitation de l'auteur. Et l'article L. 122-7 pose en principe que la cession du droit de représentation ou de reproduction peut être consentie à titre gratuit. Il s'ensuit que, si licence il y a sous les traits d'une cession, celle-ci peut être gratuite.

Quant à la licence consentie en dehors du cadre des conventions du CPI, nous avons conclu qu'il fallait l'admettre, puisque rien ne permet de l'interdire. Elle se pratique d'ailleurs couramment à titre onéreux. Peut-on l'admettre à titre gratuit ? Aucun argument ne conduit à l'exclure. Et ici aussi, il semble que le droit positif consacre sa validité : ce sont les licences libres. Pour autant, nous avons dit que nous doutions de la nature de ces licences libres, en raison du pouvoir du licencié de modifier l'œuvre, et que nous les rattachions plutôt aux cessions du CPI. Néanmoins, la licence libre, entendue comme ce type de convention

[1405] Voir version intégrale n°1174 à 1180.

particulier qui emporte pour le licencié le pouvoir non seulement d'utiliser l'œuvre, mais surtout de la modifier, n'est pas la seule forme de licence à titre gratuit concevable. La pratique est libre de concevoir tout type de licence gratuite, en dehors du schéma connu de la licence libre. D'ailleurs, il en existe des exemples, comme l'autorisation de diffusion gratuite, ou la mise en ligne pour consultation gratuite. Il faut donc conclure que la licence à titre gratuit est parfaitement admise par la pratique et par le juge.

A cet égard, on peut s'interroger sur la portée qu'il convient de reconnaître à l'article L. 122-7-1 du CPI : pourquoi le législateur estime-t-il nécessaire de préciser que l'auteur peut mettre gratuitement ses œuvres à la disposition du public, alors qu'il vient de dire à l'article L. 122-7 que l'auteur peut céder à titre gratuit ses droits de représentation et de reproduction ? Si il autorise dans les deux cas, mais en le formulant différemment, la cession à titre gratuit, il est étrange qu'il se répète de manière aussi évidente. C'est pourtant la lecture que retiennent des auteurs, qui reprochent au législateur de se répéter et de poser à l'article L. 122-7-1 un principe déjà posé à l'article précédent. Il faut peut-être attribuer un sens différent à ces deux textes : le premier autorise effectivement et clairement la cession à titre gratuit. Mais le second parle de mettre gratuitement à la disposition du public, sans user du fameux terme « cession ». Le législateur n'est-il pas en train de nous dire que c'est la licence gratuite qu'il autorise ici ? Mettre une œuvre à la disposition du public n'a rien à voir avec céder ses droits sur cette œuvre à un cocontractant. Dans le premier cas, il s'agit d'autoriser l'usage du public sans se départir de son droit, et de renoncer à en demander rémunération. Dans le second, il s'agit de transmettre son droit gratuitement, et d'investir le cocontractant d'un véritable droit d'exploitation de l'œuvre. L'article L. 122-7-1 n'est-il pas tout simplement – et comme le postule une lecture sans *a priori* de ses termes – une consécration de la licence gratuite en droit d'auteur[1406] ? Pour pousser le raisonnement jusqu'au bout, si le législateur décide en 2006 de consacrer la licence gratuite parmi les conventions d'auteur, aux côtés des contrats d'auteur classiques, n'est-il pas logique d'en déduire que la licence concédée à titre onéreux doit elle aussi être admise à leurs côtés ? Nous n'en doutions pas, mais ce texte n'en est-il pas la consécration législative attendue ? Si son extension aux licences à titre onéreux peut faire hésiter, sa portée quant aux licences à titre gratuit nous paraît convaincante : il y a bien ici reconnaissance légale de la faculté pour l'auteur de consentir une licence à titre gratuit.

462. Formalités. Quant aux formalités de ces licences, il faut également distinguer. Si l'on choisit d'appeler « licence gratuite » un contrat d'auteur conclu à titre gratuit, il reste que le

[1406] Dans ce sens, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 98 et s., n°138 et s.

législateur, lui, y voit une cession et exige le respect du formalisme y-attaché pour sa validité. En revanche, lorsque la licence est élaborée en dehors des schémas connus, elle échappe par principe, comme la licence à titre onéreux, aux conditions de l'article L. 131-3 puisque celui-ci vise la « transmission » des droits. Toutefois, « il est clair que l'auteur y renonce au moins pour partie à l'exercice de ses droits, de sorte que les conditions de la renonciation du droit civil (conscience, volonté) doivent être respectées »[1407].
Et il faut enfin préciser que les conditions de validité des licences dites libres, parce qu'elles se rattachent en réalité à des cessions, ont déjà été examinées plus haut.

463. Bilan. Pour conclure sur la disponibilité à titre gratuit des droits patrimoniaux de l'auteur, elle reprend de manière générale les solutions dégagées à propos de la cession à titre onéreux. La cession gratuite est admise à condition de respecter des formalités plutôt sévères. Et la licence gratuite semble s'imposer avec plus d'évidence que la licence onéreuse.

2. La transmissibilité à cause de mort

464. Renvoi[1408]. En résumé, l'auteur peut disposer de ses droits patrimoniaux à cause de mort comme il l'entend, mais la présence du droit moral pèse sur l'héritier. L'*abusus* de l'auteur est donc à cet égard incomplet. Nous renvoyons à la version intégrale pour le détail.

3. La constitution de droits réels

465. Dans la théorie classique[1409], le propriétaire est titulaire d'un droit de propriété sur la chose. C'est un droit réel principal, et il s'oppose aux autres droits réels principaux en ce que ceux-ci portent forcément sur la chose d'autrui. Les droits réels sont en nombre limité, leur liste est considérée comme dressée de manière exhaustive par le Code civil. On dit de ces droits réels qu'ils démembrent la propriété, c'est-à-dire qu'ils enlèvent au propriétaire une utilité de sa chose, utilité qu'ils transfèrent à un tiers. Le titulaire du droit réel a donc, comme le propriétaire, un droit direct sur la chose, et pour cette raison, la constitution de droits réels sur la chose d'autrui est classée parmi les actes de disposition. C'est le propriétaire d'une chose qui consent à la constitution d'un droit réel au profit d'un tiers. Un véritable

[1407] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2012, préc., p. 550, n°532.
[1408] Voir version intégrale n°1184 à 1189.
[1409] Voir par exemple F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, préc., 2002, p. 57, n°50.

propriétaire doit donc avoir le pouvoir, non seulement d'aliéner sa chose en totalité, c'est-à-dire de transmettre son droit de propriété, mais également et plus modestement de démembrer sa propriété en constituant un droit réel sur sa chose au profit d'un tiers.

Il faut donc déterminer si l'auteur peut constituer des droits réels démembrés de son droit patrimonial. Il faut préciser que nous excluons de cet examen tous les droits transmis par les contrats d'auteur. Ils sont sans doute très souvent appelés démembrements du droit d'auteur par la doctrine : ils constituent des droits portant sur des utilités particulières de l'œuvre, sur des modes d'exploitation délimités, et ils sont consentis par l'auteur à un tiers qui est investi d'un droit direct sur l'œuvre, droit d'exploitation dont il est dit propriétaire. Le schéma semble donc effectivement correspondre au démembrement. L'on pourrait en déduire que l'auteur est un véritable propriétaire, puisqu'il peut démembrer. Mais ce serait faire peu de cas de la liste close des droits réels. Plus fondamentalement, nous ne pensons pas que les droits conférés par l'auteur puissent être ramenés à des démembrements de sa propriété. Nous allons revenir sur cette question un peu plus bas, à propos de la nature du droit d'auteur. Pour l'instant, il suffit de relever que nous nous cantonnons à l'étude des pouvoirs d'*abusus* entendu au sens classique. Nous avons examiné, dans cette perspective étroite, dans quelle mesure l'auteur peut aliéner son droit patrimonial en totalité, à la manière du transfert de la propriété d'un bien. Nous voulons maintenant voir si l'auteur peut démembrer sa propriété, en constituant sur son droit patrimonial l'un des droits réels que connait le droit commun. Il nous faut également nous demander si l'auteur peut constituer des droits réels accessoires sur son droit patrimonial, comme le peut un propriétaire ordinaire. Nous ne voulons pas pour l'instant nous prononcer sur la « cession partielle » admise par l'article L. 131-4, puisqu'elle n'est ni une cession de la totalité du bien (le droit patrimonial) ni la constitution d'un droit réel connu du Code civil.

Renvoi[1410]. En résumé, l'auteur peut démembrer son droit patrimonial (droit réel principal : l'usufruit) et le constituer en garantie (droit réel accessoire : le nantissement). Il a ici l'*abusus* d'un propriétaire. Il faut renvoyer à la version intégrale pour le détail.

Section 2. La disponibilité du droit patrimonial des autres créateurs

466. Renvoi[1411]. Parmi les créateurs à qui la loi reconnaît un droit qu'elle appelle propriété et dont nous explorons la nature véritable, on peut distinguer les satellites du droit d'auteur

[1410] Voir version intégrale n°1191 à 1195.
[1411] Voir version intégrale n°1198 à 1254.

(l'auteur d'un logiciel, l'artiste-interprète, le producteur de phonogrammes, le producteur de vidéogrammes, le producteur d'une base de données) des droits de propriété industrielle (l'auteur d'un dessin ou modèle, le breveté, le titulaire d'un COV, le titulaire d'une marque). Il est à ce stade intéressant de s'arrêter un instant sur le pouvoir de disposer juridiquement des créations dont la loi n'organise pas – pas encore ? – la réservation privative (la dénomination sociale, l'enseigne, le nom commercial, le nom patronymique, le nom de domaine, les clientèles, les attributs de la personnalité).

Pour l'étude détaillée de la disponibilité du droit patrimonial qui les réserve, nous renvoyons à la version intégrale. Nous nous bornons ici à examiner le pouvoir de disposer du breveté, et à rappeler les conclusions générales auxquelles nous arrivons.

La disponibilité du droit patrimonial du breveté

467. Préalable. L'objet des actes de disposition du breveté

La question que nous nous posons n'est pas de savoir si l'inventeur peut disposer juridiquement de son invention, mais si le titulaire d'un brevet détient ce pouvoir au titre de son droit de brevet. C'est en effet le droit conféré par le brevet dont nous examinons le degré de parenté avec la propriété, et cela nous conduit plus précisément ici à rechercher si le droit de brevet compte parmi ses attributs l'*abusus* juridique. Ce sont donc les actes juridiques de disposition relatifs à l'invention et accomplis en vertu du droit de brevet que nous examinons.

Ainsi, dans la querelle classique relative à l'objet du droit de propriété – est-ce le brevet ou l'invention ? –, nous ne tranchons pas. Pour nous, et nous nous rangeons ici à l'analyse d'un auteur, que nous jugeons pertinente, et dont la clarté – inhabituelle dans ce débat souvent confus en doctrine – achève de nous convaincre, les deux conceptions ne se contredisent pas mais au contraire se complètent. Le droit conféré par la loi au titulaire du brevet a pour objet l'invention, et c'est ce droit de brevet, comme le droit d'auteur sur l'œuvre, dont nous étudions la nature. Nous voulons déterminer si la loi accorde au breveté un pouvoir à l'image de celui d'un propriétaire classique sur sa chose corporelle. Mais ce droit de brevet est quant à lui un élément du patrimoine. A ce titre, si l'on retient que la propriété est le lien juridique qui unit la personne et ses biens – à savoir ses droits, alors nous admettons de concevoir que le droit de brevet est lui-même un bien, objet de propriété. Simplement, cette forme de propriété n'est pas celle, étroite et précisément définie par la loi, qui nous sert de référence. Et corrélativement, cette relation entre la personne et ses biens, qui se nomme propriété tout en rappelant singulièrement la notion de titularité, n'est pas non plus celle dont nous explorons le

contenu. En résumé, et pour peu que l'on admette que notre recherche aboutisse à un rapprochement, il « existe bien (…) deux droits de propriété l'un sur l'autre : le brevet (propriété de l'invention) et la propriété du brevet (propriété de la propriété) »[1412].

D'ailleurs, l'on peut, avec plusieurs auteurs[1413], déplorer cette superposition artificielle : cette cette double propriété revient à dire que l'inventeur, ou l'auteur d'ailleurs, est propriétaire de deux biens au lieu d'un, son invention grâce au titre de brevet qui est un droit de propriété, et son titre de brevet qui est un droit de propriété lui-même objet de propriété. Ainsi, « nul n'est tenu d'adhérer à une telle construction intellectuelle à la fois aussi personnelle et sophistiquée. (…) (E)st-il (…) bien satisfaisant d'imaginer que le droit a pour objet des prérogatives qui ont pour objet l'œuvre ? Cette idée selon laquelle on disposerait d'un droit ayant pour objet un droit avait le don d'irriter au plus haut point Jean- Marc Mousseron, l'une des grandes figures de la propriété intellectuelle »[1414]. C'est effectivement peu satisfaisant.

Nous ne rejoignons pas pour autant l'analyse alternative que l'un d'eux propose. Pour lui, le droit de propriété n'est pas un droit patrimonial, il est la relation entre la personne et ses droits, patrimoniaux comme extrapatrimoniaux. Or, cette analyse perpétue la superposition dénoncée, même si elle en modifie les termes, en maintenant la propriété de l'invention au sens étroit – ce qui selon nous reste à prouver, et en substituant à la propriété du droit de brevet entendue comme droit patrimonial – en soi déjà éloignée de la définition classique – une notion encore plus large et éloignée des conceptions admises, celle d'une propriété reliant la personne et tous ses droits, patrimoniaux comme extrapatrimoniaux.

En tout état de cause, il convient cependant de préciser : même si l'objet du droit examiné est bien l'invention, en tant que chose, les actes juridiques de disposition (comme les autres d'ailleurs) ne portent pas sur cette chose mais sur le droit lui-même. Seuls des actes matériels peuvent prendre pour objet une chose, tandis que les actes juridiques modifient le droit qui les réserve. Il est donc inexact de parler par exemple de licence d'invention, ou de cession d'invention[1415], exactement comme il est inexact de parler de vente d'un fonds de terre ou d'une voiture, bien que ces expressions ne soient jamais remises en cause. L'acte juridique porte sur le droit, qu'il modifie. La vente d'une maison n'est rien d'autre que le transfert du droit de propriété sur celle-ci du patrimoine du vendeur à celui de l'acquéreur. Ce n'est pas la maison qui est transmise, c'est le droit que l'on détient sur elle. Pareillement, la cession d'une

[1412] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 16, n°12.
[1413] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 711, n°518.
[1414] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p.115, n°97.
[1415] *Contra* : « il serait plus juste de parler de la cession d'une invention brevetée qui est un bien incorporel » pour A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 5e éd., n°270. Analyse reprise par J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., 2012, p. 334, n°522.

invention n'est pas autre chose que la transmission du droit – du titre de brevet – du cédant au cessionnaire[1416]. Ce « qui est cédé ou transféré, c'est bien le droit sur la chose, et non la chose elle-même couverte par le droit. Le patrimoine ne comprend en effet que des droits ; seul un droit peut donc passer d'un patrimoine à un autre »[1417].

En conclusion, si nous utilisons indifféremment les termes de cession de brevet ou d'invention, il faut comprendre que nous désignons ainsi les actes juridiques qui portent sur le droit de brevet, et que c'est bien ce droit de brevet dont nous examinons la parenté avec la propriété, à travers le pouvoir d'*abusus* juridique qu'il confère éventuellement.

468. Principe. Le droit de brevet est-il disponible comme l'est le droit de propriété d'une chose corporelle ? Le titulaire du brevet peut-il accomplir sur son invention tous les actes juridiques de disposition ? Peut-il aliéner son droit de brevet ? Peut-il constituer des droits réels sur lui ? Peut-il concéder des droits personnels (s'ils ne constituent pas des actes de disposition au sens strict, ils ne laissent pas le patrimoine du breveté intact et constituent la convention principale relative aux brevets[1418], de sorte qu'ils ne peuvent être ignorés) ?

A l'origine, le droit du breveté avait un caractère personnel, et pour cette raison, l'ordonnance de 1762 interdisait toute cession et soumettait la transmission à cause de mort à une confirmation de l'autorité publique. L'article 20 de la loi de 1844 dispose que « Tout breveté pourra céder la totalité ou partie de la propriété de son brevet ». Le décret du 30 septembre 1953 confirme la solution.

Le principe est donc la libre aliénabilité du brevet. Le breveté « peut librement et sans obstacle disposer des prérogatives qu'il a sur la découverte protégée »[1419]. L'article L. 613-8 du CPI dispose clairement : « Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie. Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive ».

Plus largement, les brevets peuvent faire l'objet de multiples contrats : « le droit du breveté peut être l'objet de contrats typiques nommés et réglementés par la loi : cession, échange,

---

[1416] Dans ce sens, « La cession porte sur le titre ou sur la demande et sur les droits qui en découlent, plutôt que sur l'invention elle-même » pour F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., p. 354, n°669. Ou encore « Par l'effet de la cession, le droit de propriété sur l'invention brevetée est transmis du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire, selon les règles de la vente » pour J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., 2007, p. 106, n°263.

[1417] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 16, n°12.

[1418] Dans ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., 2007, p. 110, n°274.

[1419] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 242, n°216.

louage (licence), apport en société, gage, donation, etc. Les principes de la liberté contractuelle conduisent à admettre également la possibilité de conclure des contrats innommés, construits par les parties et qui ne correspondent à aucun des types classiques (p. ex., convention de non-opposition ; cession de priorité ; contrat mixte licence de brevet-savoir-faire, etc.). Le Code de la propriété intellectuelle se contente d'admettre expressément la possibilité de transmission ou de licence des droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet (art. L. 613-8), mais ne traite pas du régime de ces contrats »[1420]. En résumé, le brevet est totalement disponible. Et sa « transmission à cause de mort n'appelle aucune observation particulière »[1421].

469. Limites déjà examinées. Il existe bien entendu des exceptions à la libre disposition, qui ont été examinées dans le cadre des entorses au pouvoir de ne pas disposer juridiquement, parce qu'il s'agit d'hypothèses où le breveté est contraint de céder la propriété de son invention (expropriation, invention salariée, licences forcées).
Il existe également, et plus modestement, des freins à la faculté du breveté de disposer de son invention. Certains d'entre eux portent plus précisément atteinte à la liberté d'exploiter du breveté, autrement dit à sa faculté de jouissance absolue. Ce sont les nombreuses hypothèses de licences non volontaires et d'exceptions, auxquelles on peut ajouter l'obligation générale d'exploiter. Elles confèrent à leur bénéficiaire un droit personnel qui en fait des actes d'administration et autorise à les exclure de l'étude de la disposition juridique au sens étroit. Sans doute amoindrissent-elles la maîtrise du breveté, mais en tout état de cause, elles ont déjà été envisagées. Il faut ici classer également les règles du droit de la concurrence, qui encadrent la liberté d'exploiter du breveté qui désire concéder des licences.

470. Limites à préciser. Une dernière ombre au tableau d'une disponibilité parfaite peut être trouvée dans l'examen des règles qui l'encadrent. Certaines modalités de la disposition des inventions, en effet, ne reviennent pas sur son principe mais se bornent à ralentir sa mise en œuvre. Ce sont les conditions de forme et de fond qui président à la conclusion des actes relatifs aux brevets, que nous allons aborder ici. Dans cette optique, nous ne nous arrêtons pas aux seules formalités relatives aux actes de disposition au sens étroit, il convient d'examiner également celles qui intéressent les actes d'administration, à savoir les licences de brevet. Il

[1420] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 2007, préc., p. 99, n°244. Voir aussi J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé*, préc., p. 5.
[1421] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, t. IV, Les successions, 2e éd., p. 19.

faut toutefois noter dès à présent que ces limites sont d'une grande banalité, dans le sens où elles ne présentent aucune originalité par rapport au droit commun.
Incidemment, il faudra également aborder la question, ne serait-ce que pour l'écarter, de ce qu'il faut entendre par la frontière entre les termes de cession et de licence, et de leur parenté avec les figures du droit commun, vente et louage. Centrale en droit d'auteur, elle fait ici bien peu débat.

471. La cession des droits d'exploitation du breveté. La situation du breveté est banale, de sorte qu'il doit suffire de résumer[1422]. Les conditions de fond comme de forme n'ont rien d'original par rapport au droit commun. L'on peut simplement mentionner que le breveté peut céder tout ou partie de ses droits patrimoniaux, et que, comme en droit d'auteur, la règle est celle de l'interprétation étroite des droits cédés, ce qui détermine notamment le sort des perfectionnements. Quant aux effets de la cession, ils sont librement déterminés par les parties, sauf l'obligation d'exploiter bien entendu. Au total, le breveté qui cède son droit apparaît aussi libre qu'un propriétaire.
La nature de son pouvoir est unanimement assimilée à celle du vendeur d'une chose corporelle. « La nature juridique du contrat de cession n'est plus discutée de nos jours. Le contrat de cession s'analyse en un contrat de vente »[1423]. C'est la qualification retenue de manière constante en jurisprudence depuis un arrêt de principe de 1869[1424]. Les différences d'avec la vente de droit commun ne conduisent pas à une remise en cause de l'assimilation, mais simplement à concéder qu'il y a ici une « forme particulière » de vente. Il est vrai que le cessionnaire se trouve investit d'un pouvoir souverain, qu'aucune prérogative morale ne vient freiner. Pourtant, nous verrons en Sous-titre 2 que l'aliénabilité du droit de brevet peut, dans une certaine mesure, être remise en cause.

472. La licence des droits d'exploitation du breveté. Nous résumons[1425] encore : les licences de brevet, dans leurs conditions comme dans leurs effets, sont la transposition banale du contrat de louage des choses corporelles, « c'est, en effet, cette qualification qui est retenue par la doctrine dominante[1426] et la jurisprudence[1427] »[1428]. Certains remettent en cause

[1422] Pour le détail, voir version intégrale n°1217 à 1221.
[1423] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., 2012, p. 335, n°523 ; B. HUMBLOT, *Vices de l'invention : les recours du cessionnaire contre le cédant*, préc., p. 281, n°1 ; A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle,* préc., p. 133, n°264.
[1424] Cass. Req., 25 mai 1869, DP 1869, 1, 367.
[1425] Voir version intégrale n°1223 à 1225.
[1426] Les auteurs renvoient à J. J. Burst, J. Foyer et M. Vivant, J.-M. Mousseron. *Contra* pour une analyse de la

l'analogie, mais ils se bornent à la nuancer, en soulignant par exemple que la licence emporte obligation d'exploiter, ou que le licencié ne peut accorder de sous-licence sauf stipulation dans ce sens, contrairement au locataire. Ils en déduisent que la licence n'est pas un louage de chose mais « une forme particulière »[1429] de celui-ci.

473. Conclusion sur la cession et la licence de brevet. Pour terminer, la question qui se pose en droit d'auteur, de savoir si les licences sont concevables, n'existe pas ici. La loi consacre l'existence de licences, dont le régime juridique atteste clairement de la nature[1430]. Le pouvoir de disposer du breveté est donc complet, puisqu'il est à sa discrétion de choisir une véritable disposition translative, ou plus modestement une exploitation non-translative.

La seule question relative à la dichotomie concerne l'analogie entre licence et cession d'une part, et vente et louage d'autre part. La majorité de la doctrine prend pour acquis que les termes sont synonymes. Et l'on peut s'interroger sur le faible écho de la question alors qu'elle suscite un débat passionné en droit d'auteur. Il nous faut l'examiner ici.

D'une part, il faut relever qu'en pratique, les parties dessinent leurs conventions de sorte que telle cession peut avoir un contenu complètement différent de telle autre cession, et se révéler finalement assez proche d'une licence au sens traditionnel, tandis que telle autre licence sera au contraire plus proche d'une cession au sens traditionnel. Ainsi, quoi de commun entre la cession exclusive du droit de brevet pour la durée du monopole et la cession non exclusive d'une seule application du brevet pour une durée déterminée à un cessionnaire ponctuellement privé de l'action en contrefaçon ? Entre la licence exclusive et totale pour la durée du monopole et la licence non-exclusive, temporaire et partielle ? Le cessionnaire peut se trouver dans une situation bien plus précaire que le licencié, alors que la qualification incite à présumer l'inverse[1431]. Il apparaît difficile de qualifier de vente certaines cessions qui ressemblent davantage à un louage, et vice et versa.

Pourtant, il s'agit ici seulement de mettre en doute l'idée que la cession de brevet correspondrait forcément à une vente, et la licence à un louage. Il s'agit de dire que, dans la catégorie des cessions de droit de brevet, on range des conventions qui pour certaines sont sans doute de simples ventes, mais pour d'autres s'apparentent plutôt à un louage. Il s'agit

licence comme contrat *sui generis*, M. Mathély, *Le droit français des brevets d'invention*, 2e éd., 1991, p. 385.
[1427] CA Paris, 21 oct. 1999, D. 2002, p. 1195.
[1428] J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle,* 2007, préc., p. 109, n°273. Voir A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle,* préc., p. 133, n°264.
[1429] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle,* préc., p. 136, n°269.
[1430] Voir B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 201, n°443.
[1431] Voir B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 207, n°456.

donc simplement à ce stade de redistribuer les conventions portant sur les droits de brevet entre vente et louage en faisant fi de leur qualification en cession ou licence, et de montrer que les catégories ne coïncident pas forcément. Au demeurant, cela n'a pas grande importance. Ce n'est qu'une conséquence du principe de liberté contractuelle, qui autorise les parties à façonner leur convention à leur gré. La conséquence n'est pas majeure : certaines cessions ressemblent à des louages, certaines licences ressemblent à des ventes, la requalification est possible, et c'est seulement le type d'acte accompli par le breveté qui change, et avec lui le degré de la disponibilité des droits de brevets, mais pas son principe.

D'autre part, si les cessions et les licences de brevet peuvent migrer entre la vente et le louage, il faut se demander plus radicalement si elles ne doivent pas s'émanciper de cette dichotomie de droit civil. En effet, la cession et la licence de brevet ne semblent pas tant différentes que semblables : elles présentent toutes deux certains caractères qui sont incompatibles avec la dichotomie du droit civil. L'essence d'une vente, c'est de transmettre la propriété de la chose à l'acquéreur en lui garantissant la liberté d'en faire ce qu'il veut, et de n'en rien faire s'il le souhaite. L'essence d'un louage consiste à permettre au locataire d'utiliser la chose pour ses besoins personnels. Or, l'essence de la cession comme celle de la licence réside dans l'exploitation du droit de brevet[1432]. Que le breveté cède son droit ou qu'il le concède, il s'agit pour lui de l'exploiter ou de le faire exploiter. Le régime de la cession comme celui de la licence traduit cette similitude : le cessionnaire et le licencié ont l'obligation d'exploiter les droits de brevet. Comment réconcilier l'exploitation commerciale obligatoire du licencié ou du cessionnaire, avec l'usage personnel du locataire, ou la liberté quasi-discrétionnaire de l'acquéreur ?

En conclusion, si la licence renvoie effectivement au louage dans la mesure où elle emporte simple autorisation sans transférer la titularité du droit, et si la cession renvoie identiquement à la vente dans la mesure où elle emporte transfert du droit, l'analogie se limite à cela[1433]. La dichotomie du droit civil ne rend pas compte de la dichotomie du droit des brevets, dont les termes désignent des situations tout à la fois très variables et très similaires. C'est donc la pertinence « externe » de la dichotomie, qui se réclame de son rattachement au droit civil qui doit être remise en cause, mais également sa pertinence « interne », lorsqu'elle postule un face-à-face entre deux types de situations invariables et opposées, alors que la réalité révèle une infinité de situations prenant place entre deux extrêmes, dont le classement repose sur une gradation plutôt qu'une opposition, et dont l'examen révèle une relative similitude de nature.

[1432] Voir B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 207, n°458 et 460.
[1433] Dans ce sens, B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 212, n°472.

474. Les autres actes relatifs aux droits d'exploitation du breveté. Nous renvoyons à la version intégrale[1434] pour l'examen de l'apport en société, du nantissement, de la convention de non-opposition et de l'usufruit.

475. Conclusion sur le brevet. Pour terminer sur la question de la disposition juridique du droit de brevet, il faut mentionner un dernier point qui illustre la force de la maîtrise dont le breveté dispose sur son invention : il peut abandonner son droit. Si cette faculté ne lui permet pas de faire disparaître l'invention en tant que conception intellectuelle (sur ce point, il a moins de pouvoir qu'un propriétaire corporel, sauf l'hypothèse marginale de l'impossible destruction d'un fonds de terre), elle lui permet en revanche de répudier celle-ci de la sphère des biens susceptibles d'appropriation privative (et c'est là davantage que ce que peut faire un propriétaire classique). « Cet abandon n'est pas en lui-même, caractéristique de l'« *abusus* ». La destruction du droit n'emporte pas nécessairement celle de son objet. Mais on ne peut pas en dire autant de ses conséquences. L'abandon du droit entraîne, en effet, la chute de l'invention dans le domaine public et, par-là, la destruction de son caractère de valeur économique, de sa nature de bien juridique, par conséquent. Cette faculté donne au droit du breveté une force particulière que n'atteint pas le droit du propriétaire immobilier qui ne peut conduire sa maîtrise jusqu'à l'anéantissement total de son bien »[1435].

Pour conclure sur les actes juridiques de disposition du brevet, il faut retenir que le breveté a le pouvoir d'aliéner son brevet à titre onéreux, en d'autres termes de le céder, exactement comme le propriétaire d'une chose corporelle peut la vendre. Il a également le pouvoir d'accomplir tous les autres actes juridiques d'un propriétaire classique[1436]. Le droit de disposer juridiquement des prérogatives patrimoniales du breveté peut donc être ramené au pouvoir d'un véritable propriétaire.

Sans doute certaines règles ralentissent-elles la conclusion des conventions relatives aux brevets, mais les exigences légales restent cependant très en deçà de celles que doit respecter l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique qui souhaite contracter. Et ici, c'est essentiellement le droit commun des contrats qui s'applique. A quelques exceptions près, le sort du breveté n'est pas différent de celui d'un contractant ordinaire. La disposition du brevet n'est pas autrement remise en cause par le législateur.

Quant à la question de ses prérogatives morales, elle peut dès à présent être traitée : le droit de

[1434] Voir version intégrale n°1228 à 1231.
[1435] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 274, n°249.
[1436] Dans ce sens, M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, préc., p. 358, n°373.

brevet n'est pas réellement assorti de prérogatives extrapatrimoniales, et l'indisponibilité de son reliquat de droit moral ne peut invalider le constat de la pleine disponibilité des prérogatives patrimoniales. La question globale de savoir si le droit du breveté – en ce compris ses prérogatives patrimoniales et son droit moral – est disponible à la manière d'un droit de propriété classique, doit, à notre sens, trouver une réponse positive[1437]. Nous disons donc ici que l'*abusus* juridique du breveté est celui d'un propriétaire, sous les réserves que nous formulerons en sous-titre 2.

Pour autant, nous nous arrêtons là pour l'instant. La grande majorité de la doctrine ne se contente pas de voir dans l'*abusus* du breveté celui d'un propriétaire. Elle considère plus globalement que c'est tout le droit du breveté qui fait écho à la propriété classique. Mais pour nous, l'*usus*, et surtout le *fructus* du breveté sont au contraire bien éloignés de ceux d'un propriétaire corporel, de sorte que malgré sa capacité à disposer juridiquement de son brevet, le breveté ne nous paraît pas détenir un véritable droit de propriété. Nous verrons en sous-titre 2 qu'un dernier obstacle se dresse sur le chemin de la propriété du Code civil.

476. Conclusion générale sur la disponibilité des droits patrimoniaux en matière de propriété industrielle et en droit d'auteur.

Nous avons posé le principe de la disponibilité, et plus précisément de l'aliénabilité des droits patrimoniaux des créateurs. Nous avons ensuite nuancé ce principe, en distinguant d'une part les limites extrinsèques à cette disponibilité, qui freinent la circulation des droits patrimoniaux par des formalités, et d'autre part les limites intrinsèques, qui remettent en cause la suprématie de la cession en laissant la place à la licence. Quant aux exigences légales qui imposent un certain formalisme, elles encadrent la liberté de disposition du créateur sans remettre en cause le principe de la disponibilité, elles ne font que freiner la circulation des droits patrimoniaux sans l'interdire. Et elles sont plus prononcées en droit d'auteur, en ce compris le droit des dessins et modèles, qu'en droit de brevet ou de marque. Quant aux modalités de la disposition, les controverses relatives à la cession et à la dichotomie des cessions et des licences ne conduisent pas non plus, *a priori*, à revenir sur le principe de l'aliénabilité mais seulement sur son degré. Il s'agit simplement de répartir les conventions entre cession et licence, et de déterminer le type d'acte conclu par le créateur, de disposition « pure » ou d'administration.

Pourtant, cette dernière question est pour nous bien plus fondamentale, car elle nous conduit à

[1437] Dans ce sens par exemple, J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 13, n°11.

remettre en cause le principe même de la disponibilité des droits du créateur. Il faut donc conclure sur l'examen de cette dichotomie, en droit d'auteur comme en droit de propriété industrielle, pour mettre en lumière la véritable portée du débat.

La controverse relative à la dichotomie ne se pose pas dans les mêmes termes en droit d'auteur et en propriété industrielle, mais elle nous conduit aux mêmes conclusions. Ainsi, en droit d'auteur, c'est parce que le législateur ignore ostensiblement la licence que la doctrine remet en cause la qualification de cession des contrats nommés d'auteur. Et parce que les figures contractuelles du droit d'auteur ne correspondent pas exactement aux figures du droit civil, le débat n'est pas clos quant à la nature de chaque contrat d'auteur. Certains contestent l'admissibilité de la licence, quand d'autres contestent celle de la cession, et pour nous, les conventions relatives aux droits patrimoniaux de l'auteur ne peuvent être ramenées ni à l'une ni à l'autre.

En droit de propriété industrielle, brevet ou marque, le législateur admet la licence comme la cession, et les parties se contentent donc, pour l'exploitation du titre, de conclure des cessions ou des licences, sans que la loi mette d'autres figures contractuelles à leur disposition, comme il le fait avec la palette des contrats nommés dont dispose l'auteur. La question ici n'est donc pas de savoir si le législateur se trompe lorsqu'il rattache telle ou telle convention particulière à l'un ou l'autre terme de la dichotomie, mais plus simplement, et sans doute plus fondamentalement, celle de savoir si les conventions prévues par le CPI, cessions et licences, sont effectivement de simples transpositions des figures du droit commun, la vente et le louage, à un objet incorporel, ou si au contraire leur nature est différente.

Cette question n'est pas ignorée en droit d'auteur, mais elle n'intervient qu'en aval du raisonnement, lorsqu'en se demandant si tel contrat nommé est une cession ou une licence (au sens de vente ou louage d'une chose incorporelle), on en vient à relever qu'il ne peut être ramené ni à l'une ni à l'autre. Elle prend en droit d'auteur une tournure particulière. En propriété industrielle comme en propriété littéraire et artistique, c'est l'économie générale du contrat, et plus précisément les obligations du « cessionnaire » ou du « licencié » qui peuvent faire douter de l'analogie avec la vente ou le louage. Mais en droit d'auteur, le droit moral de l'auteur impose également à son cocontractant des obligations qui aggravent encore la distorsion entre le contrat d'auteur et les modèles du droit civil.

Il reste que, de manière générale en propriété intellectuelle, la question est discutée de savoir si ce que l'on nomme cession ou licence correspond effectivement à l'acception classique de ces termes, à savoir la simple transposition à un objet incorporel des schémas traditionnels de la vente ou du louage d'une chose corporelle. Et si la question est âprement discutée en droit

d'auteur, elle l'est beaucoup moins en droit de brevet ou de marque, sans doute parce que l'absence de droit moral la rend moins impérieuse.

Mais il faut encore préciser que, si *a priori* les droits de brevet et de marque n'interrogent que sur le degré de parenté entre les cessions et licences d'une part, et les ventes et louages d'autre part, en réalité cette question est difficilement dissociable de celle que nous avons examinée en droit d'auteur, à savoir le rattachement de telle figure contractuelle du droit d'auteur à l'un des termes de la dichotomie. En effet, la vente et le louage sont des modèles au contenu déterminé et invariable, tandis que les contrats d'auteur, comme les cessions et licences de droit de brevet ou de marque, sont tout sauf invariables. Ces conventions se caractérisent évidemment par une prestation principale, et spécifique, qui les démarque et qui autorise leur qualification. Mais les parties les assortissent d'obligations et d'effets qui varient au gré des espèces et qui modifient profondément la physionomie de chaque convention, au point qu'un même contrat peut parfaitement être rattaché tantôt à la vente tantôt au louage. Il nous faut donc également envisager cette difficulté, finalement indissociable de la première : c'est en se demandant par exemple si la nature véritable de telle cession de droit de brevet ne serait pas plutôt celle d'une licence, que l'on en vient à s'interroger sur la pertinence des qualifications de cession et de licence, pris comme synonymes de vente et louage, en droit de brevet.

Ainsi, on peut se rappeler l'exemple du droit d'auteur pour faire ensuite le parallèle avec les brevets : un contrat d'édition implique *a priori* le transfert d'un droit exclusif, il est donc rapproché d'une cession, au sens de vente. Mais les parties peuvent conclure un contrat d'édition non exclusif, et si l'exclusivité est l'essence du transfert de propriété, son absence conduit à rapprocher ce contrat de la licence, synonyme de louage. Or, la tentative de rapprochement met en lumière la très grande différence entre le contrat d'édition d'une part, et la vente ou le louage d'autre part. Les obligations de l'éditeur, ajoutées au droit moral de l'auteur, interdisent de ramener ce contrat, quelles qu'en soient les stipulations particulières, à une vente ou un louage. Il ne peut être question de le qualifier de cession ou de licence.

Les conclusions que nous en tirons sont les suivantes : premièrement, les conventions en droit d'auteur sont trop spécifiques pour être ramenées aux figures du droit commun. L'auteur conserve un pouvoir tel et son cocontractant s'oblige de telle manière que la physionomie du contrat ne peut être rapprochée ni de la licence ni de la cession. Deuxièmement et en conséquence, il n'est pas possible de parler d'aliénabilité des prérogatives patrimoniales de l'auteur, parce que l'essence de la cession, qui implique l'autonomie du cessionnaire et le dessaisissement du cédant, est en contradiction avec la relation qui unit l'auteur et son cocontractant. Troisièmement, et pour terminer, l'auteur n'a pas l'*abusus* d'un propriétaire.

Nous allons revenir sur ces implications en Sous-titre 2. Il importe seulement ici de prendre la mesure de la querelle relative à la dichotomie, pour souligner qu'elle ne se borne pas à redistribuer les cartes entre les actes de disposition et d'administration, mais déborde largement ce cadre.

En droit de brevet, la démarche est finalement identique, et cela vaut aussi pour le droit de marque. La cession de brevet consiste *a priori* pour le breveté à transférer son droit de brevet à un cessionnaire, de manière définitive et pour tout le territoire national, ce qui prive le cédant de tout droit sur son invention. Mais lorsque le breveté prévoit de céder seulement une partie de son droit (l'une des applications) pour une durée inférieure à celle du monopole et sans exclusivité, ne place-t-il pas plutôt le cessionnaire dans la situation d'un licencié ? Et que dire du breveté qui concède une licence exclusive pour la durée du monopole et pour tout le droit de brevet, sinon qu'il cède son droit ? Ce sont des hypothèses extrêmes qui entraîneraient sans doute une requalification, mais que faire des hypothèses plus nuancées, dans lesquelles l'économie du contrat trouve un compromis entre cession et licence ?

En d'autres termes, les parties font migrer leurs conventions au sein de la dichotomie, sans qu'aucun de ses deux termes n'épouse parfaitement leurs contours particuliers. Lorsque l'on ajoute à ces variations ponctuelles au pouvoir des parties, les obligations universellement imposées par la loi ou le juge (l'obligation d'exploiter par exemple), comment maintenir le rattachement au droit civil ? Ici, c'est surtout le degré de disponibilité qui apparaît sujet à discussion : lorsque les cessions se rapprochent de simples licences, c'est l'aliénabilité du droit de brevet qui en sort affaiblie. Mais il faut relativiser : si la licence n'est pas un acte de disposition au sens strict, la répartition des conventions entre ces deux modèles ne remet pas en cause le principe de la disponibilité du droit de brevet, seulement sa mesure.

En revanche, comme en droit d'auteur, la physionomie particulière des obligations des parties en matière de cession de brevet conduit à s'interroger sur la nature translative de celle-ci. Il faut alors tirer les conclusions de l'examen : premièrement, la cession est admise en droit de brevet et de marque, de sorte que l'aliénabilité peut être affirmée. Deuxièmement, et pour nuancer, la cession de brevet n'est pas une simple vente. On peut aller jusqu'à dire que la caractéristique principale de la vente, à savoir le transfert définitif de la propriété, qui investit le cessionnaire de tous les pouvoirs et dessaisit totalement le cédant, finalement qui fait du cessionnaire le maître absolu et libre de son bien, fait défaut ici. Troisièmement donc, le breveté n'a semble-t-il pas l'*abusus* d'un propriétaire, même si sa situation en est plus proche que celle de l'auteur, en raison de l'absence de droit moral.

Au total et pour résumer, les limites que nous avons mises en lumière ralentissent la

circulation des droits patrimoniaux des créateurs, sans remettre *a priori* en cause le principe de leur disponibilité. Pourtant, ce postulat résulte selon nous d'une lecture superficielle du droit positif, et la réalité nous apparaît tout autre. Malgré les apparences, le droit du créateur n'est pas disponible à la manière du droit de propriété portant sur une chose corporelle.

Sous-titre 2. La valeur de la disponibilité juridique de la création

477. Il s'agit enfin de tirer les conclusions de notre examen du pouvoir de disposition juridique, de nous prononcer sur la lecture que nous retenons du tableau objectif de la disponibilité juridique des créations, donc de l'*abusus* du créateur. Il y a toutefois des aspects de la disposition juridique que nous considérons comme secondaires, et que nous choisissons d'examiner ici plus rapidement, afin de nous concentrer ensuite sur ce qui nous paraît fondamental.

478. Disposition juridique a-normative. Ainsi, le droit des régimes matrimoniaux pose sans doute des restrictions au pouvoir de disposer d'une création, mais il en pose également au pouvoir de disposer des choses corporelles, et c'est ici en tant qu'époux, et non en tant que créateur, que celui-ci subit ces restrictions. Sans doute la nature de l'objet n'est-elle pas sans incidence, mais c'est bien en considération du statut matrimonial du créateur que l'on encadre son pouvoir de disposer. Ce n'est donc pas pertinent dans le cadre de notre recherche, car nous cherchons à déterminer la nature du droit du créateur. Si les restrictions au pouvoir d'un époux quant à la disposition de ses biens corporels ne conduisent personne à mettre en doute la nature de son droit de propriété, les restrictions au pouvoir d'un époux quant à la disposition de ses créations ne doivent pas avoir plus d'incidence. Il s'agit seulement ici d'aménagements justifiés par des circonstances extérieures au droit lui-même, ou à son objet.
La même remarque peut être faite à propos du droit successoral. Au demeurant, nous avons examiné la transmission des créations à cause de mort. Nous choisissons de ne pas nous y attarder davantage. Sans doute le pouvoir pour le créateur de transmettre sa création à son décès est-il différent de celui d'un propriétaire, mais cela n'est pas spécifique aux créations, et cela ne doit pas suffire à l'exclure du giron de la propriété, pas plus que tous les biens corporels dont la dévolution subit un sort original. Quant à la question du pouvoir qui échoit aux héritiers sur la création, il faut distinguer. L'héritier d'un droit de propriété industrielle reçoit sans doute un droit identique à celui de son auteur, de sorte que l'étude de son contenu n'appelle pas de commentaire particulier. En revanche, l'héritier d'un droit d'auteur reçoit à notre sens un droit trop diminué pour que l'on puisse y voir un droit d'auteur. Or, il faut rappeler que nous examinons le contenu du droit du créateur, et plus particulièrement le contenu du droit d'auteur. Il est donc sans doute pertinent de nous attarder sur le contenu du droit de l'héritier de l'auteur, mais seulement dans la mesure où les pouvoirs qu'il reçoit traduisent le pouvoir de disposition de l'auteur. En revanche, il n'est pas à notre sens pertinent

pour notre recherche d'examiner de manière approfondie la configuration très particulière de ce droit d'auteur qui, après le décès de l'auteur, n'en est plus réellement un. En tout état de cause, nous avons déjà abordé la question ici et là dans nos développements, nous préférons ici nous concentrer sur certains aspects de la disposition juridique que nous n'avons pas encore abordés.

479. Disposition juridique normative. Nous avons recensé les hypothèses de disposition des prérogatives patrimoniales et morales du créateur. Ce n'est qu'un premier niveau d'analyse. A un second niveau, il faut s'interroger sur le sens de cet inventaire : examiner la disponibilité de telle ou telle prérogative revient à retenir du droit du créateur une conception fractionnée, et à examiner l'*abusus* de chaque utilité, donc la propriété de chaque utilité. Or, ce n'est pas ce que nous recherchons, et même le constat d'une disponibilité éventuelle de tout le droit patrimonial ne pourrait suffire. C'est la création dont nous voulons analyser le mode de réservation, et pas les prérogatives prises individuellement. Autrement dit, jusqu'ici, c'est la disponibilité *des* droits du créateur que nous avons mesurée. C'est désormais la disponibilité *du* droit du créateur qu'il faut déterminer.

Or, nous avons établi d'une part l'inaliénabilité, voire même l'indisponibilité juridique des prérogatives morales du créateur, et d'autre part l'aliénabilité, quoique discutable, de ses prérogatives patrimoniales. Si l'on s'interroge sur la place de l'*abusus* juridique dans le droit du créateur, la réponse paraît *a priori* simple : puisque le droit du créateur regroupe des prérogatives morales et patrimoniales, la disponibilité du tout implique celle de ses parties. Faute pour le créateur de pouvoir disposer de ses prérogatives morales, c'est la disponibilité de son droit tout entier qui semble condamnée.

Cette conclusion n'a pourtant rien d'évident, et de très nombreux auteurs s'y refusent. Nonobstant le tableau objectif des degrés de la disponibilité juridique des créations (Sous-titre 1), la mesure du pouvoir d'*abusus* du créateur fait toujours débat en doctrine. Et rappelons-le, le pouvoir de disposer juridiquement de la chose est l'attribut central – obligatoire – du triptyque, condition *sine qua none* du droit de propriété de l'article 544 du Code civil. La disponibilité juridique du droit du créateur joue donc un rôle déterminant dans son rapprochement d'avec la propriété. Avant de pouvoir conclure (Conclusion) sur la place du triptyque dans le droit du créateur, il nous faut donc prendre position sur celle de l'*abusus* juridique.

Il s'agit bien ici d'une « prise de position », car la seule lecture linéaire du droit positif ne suffit pas à établir la disponibilité ou l'indisponibilité du droit du créateur. La disponibilité

globale du droit du créateur dépend sans doute de celle, ponctuelle, de chacune de ses composantes. Mais c'est la réunion de toutes ces prérogatives entre les mains d'un titulaire unique qui nous intéresse à ce stade. Et la disponibilité du droit du créateur dépend non seulement des rapports entre les deux ordres de prérogatives, mais également de la place et du rôle de chacune des prérogatives du créateur dans son droit global. En d'autres termes, la disponibilité juridique de la création dépend d'abord de la place que l'on réserve au droit moral dans le droit du créateur (Chapitre 1), mais également de celle que l'on réserve aux droits d'exploitation (Chapitre 2). Pour résumer, le rapprochement éventuel dépend de la conception que l'on retient de la propriété.

Il faut encore préciser qu'il est nécessaire de distinguer le pouvoir de disposition de l'auteur de celui des autres créateurs. En effet, ce n'est pas seulement l'importance de ses prérogatives morales, mais plus généralement la démarche protectrice globale du législateur, qui affectent son pouvoir de disposition juridique dans une mesure inconnue des autres créateurs. C'est donc essentiellement à propos de l'auteur qu'il est impensable de s'arrêter à l'examen objectif du pouvoir de disposition. Ce sont ainsi, à titre principal, les actes de disposition juridique de l'auteur dont nous examinons ici la portée. Ceux des autres créateurs seront abordés de manière seulement secondaire, d'une part parce que leur simple inventaire suffit en soi à formuler des conclusions globales satisfaisantes, et d'autre part parce que, lorsque la lecture linéaire de cet inventaire s'avère ponctuellement insuffisante, les difficultés rencontrées en propriété industrielle font alors simplement écho à celles que connait le droit d'auteur, de sorte qu'il suffit d'étendre à celle-là les conclusions auxquelles notre analyse de celui-ci nous conduit.

Chapitre 1. Pouvoir de disposition juridique du créateur et du propriétaire : le rapprochement condamné par le droit moral

480. Tous les créateurs n'ont pas un droit moral sur leur création. La loi reconnaît et organise le droit moral de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, d'un dessin ou modèle, et d'un brevet dans une moindre mesure. Le titulaire d'un droit de marque n'est donc pas concerné par cette question, et celui d'un droit de brevet ne l'est que très marginalement. C'est essentiellement à propos du droit d'auteur que nous nous interrogeons ici.

Pour l'auteur, le droit moral est un obstacle redoutable sur le chemin de l'*abusus*, et plus largement de la propriété. De manière évidente (Section 1), l'indisponibilité des prérogatives morales du créateur semble, en soi, suffire à interdire la disponibilité globale de son droit. Il faut alors examiner les stratégies de contournement déployées en doctrine. De manière insidieuse (Section 2), c'est l'existence même du droit moral qui semble interdire la disponibilité du droit du créateur : parce que la faculté pour le créateur d'exercer son droit moral est indisponible, ce sont les prérogatives patrimoniales qui, placées sous son joug perpétuel, sont rendues indisponibles.

Section 1. L'indisponibilité du droit moral : l'obstacle évident

481. Nous nous concentrons sur le droit moral de l'auteur. Il est inaliénable. Nous avons vu que le débat persiste en doctrine quant à sa disponibilité non-translative[1438]. Il faut donc rappeler les conclusions auxquelles nous étions arrivée : les conventions non-translatives sont admises en jurisprudence à propos du droit au respect et du droit de paternité, mais le doute persiste pour le droit de divulgation et le droit de retrait. De toute manière, le juge autorise l'auteur à les révoquer, de sorte qu'elles sont en réalité dès leur conclusion soumises au seul bon-vouloir de celui-ci. Les droits moraux de l'auteur sont donc non seulement inaliénables, mais plus globalement indisponibles.

Or, le propre d'un droit de propriété est de conférer à son titulaire le pouvoir de disposer juridiquement de sa chose. Le propriétaire doit pouvoir aliéner sa chose. S'il peut être ponctuellement privé de ce pouvoir, il doit au moins pouvoir conclure une convention non-translative. Qu'il transfère un droit réel sur sa chose, ou qu'il concède un droit personnel, le propriétaire peut accomplir des actes juridiques sur sa chose, qui la placent dans le commerce

[1438] Dans ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 444, n°512.

juridique.

L'indisponibilité des prérogatives morales est donc en contradiction non seulement avec la disponibilité des prérogatives patrimoniales de l'auteur, mais également avec la disponibilité générale du droit de propriété. Que faut-il en déduire quant à la disponibilité du droit de l'auteur ? Le droit de l'auteur est composé d'un droit moral et d'un droit patrimonial. Si l'un est disponible tandis que l'autre est indisponible, il faut, pour décider de la disponibilité du tout, choisir de faire prévaloir l'un ou l'autre de ses composants. Il faut donc retenir une lecture extensive de la disponibilité de l'une des deux dimensions du droit de l'auteur, et corrélativement une lecture réductrice de la seconde.

Cela signifie qu'ici, nous ne pouvons rester objectif. Il faut obligatoirement dépasser le stade de l'inventaire impartial de la disponibilité, pour prendre position sur la répartition des pouvoirs entre droit moral et droit patrimonial au sein du droit de l'auteur. Cela produit une conséquence importante : il n'est pas possible d'apporter une réponse définitive ou incontestable à la question de la disponibilité du droit de l'auteur. La doctrine reste partagée, tout simplement parce qu'il n'y a pas de vérité objective en la matière. Tout dépend de la place assignée au droit moral, et celle-ci dépend fondamentalement de la conception que l'on retient de la propriété. Or, l'on sait à quel point la définition de la propriété fait aujourd'hui encore l'objet de débats passionnés.

Pour certains donc, le droit de l'auteur est globalement indisponible : ceci résulte d'une lecture extensive de l'indisponibilité du droit moral (§ 1). Mais, autant que sa mesure, c'est donc également la portée de cette indisponibilité qui prête à discussion : on peut tout aussi bien en retenir une lecture réductrice (§ 2).

En tout état de cause, nous voulons préciser que l'indisponibilité du droit moral est un obstacle *évident* pour le rapprochement entre le pouvoir de disposition d'un auteur et d'un propriétaire, et par conséquent pour l'admission de la propriété. Il est donc abondamment traité en doctrine. Pour cette raison, nous nous bornons à exposer rapidement les principales analyses proposées par les auteurs, et nous renvoyons pour plus de détail à leurs ouvrages. Nous nous contentons ici de nous demander dans quelle mesure chacune de ces analyses est susceptible d'apporter une réponse à notre question : le pouvoir de disposition de l'auteur, dont le droit moral est indisponible, est-il quand même celui d'un propriétaire ?

§ 1. La lecture extensive de l'indisponibilité du droit moral

482. Pour certains, le droit d'auteur est rendu indisponible dans sa globalité. Mais encore faut-il préciser : est-il *globalement* indisponible (B) ou *totalement* indisponible (A) ?

A. L'indisponibilité totale du droit d'auteur

483. Le droit moral de l'auteur est indisponible. Or, dans le droit d'auteur, la dimension morale prime sur la dimension patrimoniale. L'indisponibilité du droit moral imprime donc sa marque sur le droit d'auteur dans sa *totalité* : les droits d'exploitation de l'auteur ne résistent pas au raz de marée du droit moral. Aucune dimension du droit d'auteur n'échappe à l'indisponibilité. Cette conception n'est pas simplement extensive, elle est impérialiste. La conséquence est radicale : le droit patrimonial ne peut pas être aliénable. Les auteurs refusent la terminologie légale de « cession » des droits d'exploitation, et considèrent que l'auteur ne peut jamais que concéder ses droits d'exploitation. C'est l'analyse de certains auteurs anciens, qui insèrent l'indisponibilité du droit moral dans une analyse plus générale de la nature du droit d'auteur. Deux conceptions sont alors envisagées.

484. L'analyse propriétairiste. Dès la première moitié du 19e siècle, certains analysent le droit d'auteur en une propriété, et postulent même qu'il s'agit de la propriété traditionnelle de l'article 544 du Code civil. Ils en proposent pourtant une lecture originale, qui trouvera de nombreux échos en doctrine. Les auteurs procèdent en effet ici à « la *personnalisation* de la propriété littéraire et artistique »[1439]. A cette époque, le droit moral de l'auteur n'existe pas en droit positif, mais la dimension personnelle de l'œuvre est déjà ressentie, et c'est elle, avec l'absence de *corpus*, qui conduit certains[1440] à critiquer la terminologie révolutionnaire et à soutenir que la propriété du Code ne peut viser un objet à la fois sans *corpus* et aussi personnel. En réponse à ces arguments, « les partisans de la propriété littéraire et artistique convoquent un concept de propriété qui est suffisamment large pour être appliqué aux œuvres de l'esprit et qui leur permet de surcroît de fonder le droit sur la personne du créateur »[1441].
Cette analyse n'est pas seulement philosophique, elle produit des conséquences juridiques

[1439] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle*, préc., p. 153, citant dans ce sens Portalis (fils), E. Pouillet, O. Commettant, E. Acollas, M. Locré, C. Comte.
[1440] Notamment Renouard.
[1441] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle*, préc., p. 157.

importantes : de manière générale d'abord, la propriété de l'auteur est une propriété personnelle, il a « un droit de propriété inaliénable sur sa création »[1442]. « Prêtant attention non seulement aux intérêts patrimoniaux des écrivains et artistes mais aussi à leurs intérêts moraux et personnels, nombre de penseurs favorables à la propriété intellectuelle 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 créateur »[1443].

De manière particulière ensuite, et par voie de conséquence, l'auteur ne fait jamais que concéder des utilités de sa chose, autoriser sa jouissance par d'autres, tout en conservant la propriété de l'œuvre. Ainsi, « en dépit de la cession totale des droits d'exploitation, le créateur reste propriétaire de son œuvre »[1444]. En d'autres termes, son droit est totalement inaliénable « au mépris du principe d'aliénabilité des biens intellectuels posé par le législateur révolutionnaire »[1445]. La cession des droits d'exploitation n'a donc de cession que le nom. La propriété de l'auteur est globalement (le droit sur l'œuvre), et même totalement (chacune des utilités de l'œuvre) inaliénable.

L'auteur est investi d'un pouvoir de disposition minimal : il ne peut que consentir à l'usage précaire de son œuvre, dont il reste éternellement propriétaire. Cette lecture ne nous autorise pas à conclure à l'analogie entre le pouvoir de disposer de l'auteur et celui du propriétaire au sens du triptyque. En effet, faut-il rappeler que l'article 537 du Code civil pose le principe de la libre disposition des biens ?

Bien entendu, les tenants de l'analyse qualifient l'auteur de propriétaire, mais la conception qu'ils retiennent de cette propriété n'est pas, selon nous, celle du Code civil. Pour rattacher cette propriété personnelle et inaliénable à l'article 544, ils renvoient à la définition de la propriété par Pothier, qui « repose sur la distinction entre l'essence de la propriété, à savoir le rapport d'exclusivité entre le sujet propriétaire et sa chose, et les effets de la propriété, c'est-à-dire les avantages qui procèdent du rapport d'exclusivité »[1446]. L'inaliénabilité serait une simple restriction affectant les effets de la propriété, sans remettre en cause son principe.

Pour nous à ce stade, il n'est pas question de nier la pertinence de cette analyse, qui est d'ailleurs reprise par des auteurs contemporains et gagne du terrain en doctrine. Il s'agit

---

[1442] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle*, préc., p. 169.
[1443] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle*, préc., p. 164.
[1444] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle*, préc., p. 169.
[1445] *Ibidem*.
[1446] L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle*, préc., p. 165.

simplement de relever qu'aujourd'hui encore, le pouvoir d'aliéner, et à plus forte raison celui de disposer de manière non-translative (en démembrant la propriété) sont jugés nécessaires à la qualification de propriété par la plupart des auteurs. L'analyse qui qualifie de propriété le droit d'un auteur qui ne peut ni aliéner son œuvre ni même céder ses utilités, mais seulement concéder des droits personnels, ne peut donc épouser le cadre de notre recherche. Si ses tenants voient dans l'auteur un propriétaire alors même qu'il n'a pas la disposition de son œuvre, nous voyons entre cet auteur et le propriétaire du Code civil une différence irréductible.

485. L'analyse personnaliste. D'autres auteurs mettent également en avant la dimension personnelle du pouvoir de l'auteur. Ils en tirent les mêmes conclusions quant au pouvoir – ou plutôt à l'absence de pouvoir – de disposer de l'auteur, mais ils passent par une analyse du droit de l'auteur en des termes radicalement opposés aux tenants de la « propriété intellectuelle ».

Pour les plus radicaux, sans doute l'œuvre est-elle inaliénable, mais plus fondamentalement, elle n'est pas un bien. Elle est une émanation de la personne : les auteurs refusent d'objectiver la création de l'esprit. C'est la conception de Bertauld en 1867, Von Gierke en 1895, Morillot[1447], qui voient l'œuvre comme le prolongement de la personnalité de l'auteur, ne devenant jamais autonome et ne pouvant être détachée de lui.

Au début du 20e, certains auteurs prolongent l'analyse personnaliste du droit d'auteur, mais ils concèdent que l'œuvre existe pour elle-même, même si elle reste attachée à son auteur. « Pour Saleilles, la propriété littéraire ne devient jamais un bien complètement indépendant de la personne »[1448]. Avant la publication, l'œuvre n'est pas un bien, et après la publication, elle « n'est pas une pure valeur pécuniaire »[1449]. Plus généralement, et en écho à l'émergence du droit moral de l'auteur, la doctrine[1450] élabore début 20e la théorie des droits de la personnalité. Enfin, l'affaire Jamin-Canal donne à Nast l'occasion de défendre la thèse personnaliste : le droit moral « ne saurait être dissocié du monopole d'exploitation. Il est lui-même le monopole d'exploitation, le droit d'auteur véritable. Le droit de tirer des bénéfices

[1447] Voir B. EDELMAN, *Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur, Nature du droit d'auteur et des droits voisins*, préc., p. 5, n°20 et s. ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 246, n°362.
[1448] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 111.
[1449] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 112. On trouve encore dans ce sens M. Palmade en 1909, Colin en 1903, P. Massé en 1906, A. Vaunois en 1922, P. Caselli en 1927, J. Dabin en 1939.
[1450] J.-E. PERREAU, *Des droits de la personnalité*, RTDCiv. 1909, p. 501.

de l'œuvre n'est rien d'autre que l'exercice de ce monopole, de ce droit d'auteur »[1451].

Cette conception exclut bien entendu la propriété au sens classique puisque l'objet du droit n'est pas une chose mais la personne. Elle est aujourd'hui abandonnée. La doctrine démontre son inexactitude : premièrement, il est faux de prétendre que le droit d'auteur ne protègerait pas les droits patrimoniaux et moraux de l'auteur, mais sa liberté de créer. Au contraire, le droit d'auteur protège effectivement l'œuvre en tant qu'entité distincte de l'auteur, puisque faute de cette concrétisation, le droit d'auteur ne joue pas. Deuxièmement, il est faux de prétendre que l'œuvre est nécessairement exclue du commerce juridique parce qu'elle n'a pas d'existence autonome. Au contraire, le droit positif montre bien que l'auteur se sépare de son œuvre et renonce à sa maîtrise, au moins dans une certaine mesure[1452].

C'est encore l'analyse, plus nuancée, de certains auteurs modernes[1453]. Ils admettent que l'œuvre est une chose distincte de la personne, mais refusent sa patrimonialité : « l'œuvre n'est rien d'autre qu'une formalisation spécifique de la personnalité de l'auteur ou, mieux encore, sa personnalité en acte, au sens aristotélicien du mot »[1454]. Ils adoptent une conception moniste personnaliste du droit d'auteur : ils considèrent que le droit d'auteur forme une unité, et lui prêtent une nature extrapatrimoniale. Le droit d'auteur est un droit de la personnalité[1455], droit unique tout entier soumis aux règles relatives aux droits de la personne. Il n'est pas un droit de propriété, et les intérêts matériels et moraux de l'auteur ne peuvent être dissociés.

L'analyse n'est pas réservée aux auteurs spécialisés, une partie de la doctrine généraliste s'y rallie également : « leur nature véritable est très différente de celle du droit de propriété. Celui-ci a été conçu et réglementé comme portant sur les choses, objets matériels : les droits dont nous parlons ne portent pas sur une chose matérielle, mais bien sur le fruit d'un travail, élément immatériel. D'autre part, ces droits sont parfois intimement liés à la personnalité de leur titulaire, lorsqu'ils portent sur une œuvre intellectuelle, qui est une émanation de la personnalité, tels les droits de propriété littéraire et artistique, les droits des inventeurs sur leurs découvertes. Il se mêle, ainsi, à ces droits un droit moral de l'auteur sur son œuvre et, de

---

[1451] NAST, note sous Tribunal de la Seine du 1er avril 1936, D.P. 1936, 2.65.

[1452] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 248, n°365.

[1453] B.EDELMAN, *Propriété littéraire et artistique. Droit d'auteur. Nature du droit d'auteur. Principes généraux*, préc., p. 3, n°9 ; MARTY et RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey 2e éd., 1972, n°144. Voir S. JOLY, *Teneur des droits : le droit moral au cœur du dispositif du droit d'auteur*, Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz 2004, n°11, p. 150.

[1454] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 302, n°326, note 434, citant B. EDELMAN, *La loi du 3 juillet 1985*, p. 562, n°10.

[1455] Voir P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 84 ; P-E. MOYSE, *La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?*, préc., p. 521. Voir TROLLER, *Réflexions sur l'Urheberpersonlichkeitsrecht*, Droit d'auteur, 1960, p. 304.

ce fait, ces droits intellectuels s'apparentent aux droits de la personnalité »[1456].

Cette analyse trouve son terrain de prédilection dans le droit d'auteur, où l'importance du droit moral et le décalage d'avec une propriété ordinaire sautent aux yeux. Mais elle s'applique aussi au droit de brevet : les prérogatives patrimoniales de l'inventeur sont conçues comme des conséquences découlant des prérogatives morales. « L'impossibilité de reproduire l'invention sans (l')accord (de l'inventeur) ne serait qu'une manifestation du respect dû à l'œuvre d'autrui et le droit exclusif d'exploitation qui s'en suivrait la conséquence de cette obligation de ne point faire. Le monopole d'exploitation se trouverait ainsi inséré dans un droit de caractère extrapatrimonial comme tous les différents droits qui protègent la personnalité : droit à la vie, à l'honneur, au secret… »[1457].

Ici, les prérogatives patrimoniales de l'auteur sont placées sous l'emprise de ses prérogatives morales, lesquelles président au régime du droit dans sa globalité. L'ensemble est inaliénable, même si certains actes de disposition – nécessairement non translative – relatifs à certaines prérogatives patrimoniales sont autorisés par le législateur. L'analyse part donc de l'idée que les prérogatives morales de l'auteur ne peuvent être ramenées à des prérogatives de propriétaire. Et puisque ces prérogatives morales occupent une place centrale dans le droit d'auteur, c'est ce dernier qui doit être distingué d'un droit de propriété. C'est donc non seulement l'indisponibilité du droit moral mais plus largement l'existence même de ce droit, et la place essentielle que les auteurs lui attribuent dans le droit d'auteur, qui les conduisent à refuser le rapprochement avec la propriété. En d'autres termes, l'auteur qui dispose a sans doute moins de pouvoir qu'un propriétaire, mais il a avant tout un pouvoir différent, parce que celui-ci consiste dans des prérogatives qui ne sont pas celles de la propriété.

En tout état de cause, cette analyse est aujourd'hui marginale. Elle fait l'objet de nombreuses critiques[1458] qui démontrent son incapacité à rendre compte du droit positif. Par exemple, comment expliquer qu'un droit extrapatrimonial soit transmissible à cause de mort, ou qu'un droit en théorie unitaire soit en pratique systématiquement divisé entre l'auteur et l'exploitant ? La loi de 1957 invalide d'ailleurs clairement cette analyse. Non seulement elle organise pour les deux ordres de prérogatives deux régimes juridiques distincts qui interdisent clairement l'analyse en un droit unitaire de la personnalité. Mais surtout, elle exige pour que le droit d'auteur puisse jouer une véritable formalisation de l'œuvre, autrement dit une dissociation de l'auteur et de son œuvre, ce qui contredit l'idée d'un droit protégeant la

[1456] A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, 3e éd. 1973, p. 225, n°252.
[1457] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 265, n°239. Voir aussi P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, préc., p. 484.
[1458] Par exemple, P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, préc., p. 274 et s.

personnalité de l'auteur et celle d'une œuvre insusceptible d'être réduite à une chose autonome.

Dans l'optique de notre recherche, cette analyse prétend apporter une réponse à notre question : elle donne à l'auteur un pouvoir de nature extrapatrimoniale et lui interdit toute forme de disposition, elle conduit donc à dire que le droit de l'auteur n'est pas le droit de propriété de l'article 544, ni ponctuellement en ce qui concerne le pouvoir de disposer, ni globalement en ce qui concerne la qualification générale de propriété. Pourtant, il n'est pas possible de prendre en compte cette réponse, parce qu'elle repose sur une analyse du droit d'auteur dont nous récusons la pertinence, au moins sur deux points.

Premièrement, elle contredit les termes de la loi[1459]. Sans doute peut-on relever que l'article L. 121-1 du CPI affirme l'inaliénabilité du droit moral, à quoi l'on peut ajouter l'article L. 122-8 qui pose l'inaliénabilité du droit de suite. Et face à l'article L. 122-7 qui pose l'aliénabilité des droits d'exploitation, il est possible d'arguer que tous les droits moraux sont inaliénables, tandis que seulement certains droits patrimoniaux sont aliénables, de sorte que la balance pencherait effectivement du côté de l'inaliénabilité. Mais l'inaliénabilité globale du droit d'auteur conduit à ignorer l'aliénabilité des droits d'exploitation, qui fait pourtant l'objet de développements importants dans le CPI. Sans doute peut-on exciper des termes de l'article L. 111-1, qui instaure une hiérarchie au sein des prérogatives de l'auteur, plaçant les attributs d'ordre moral et intellectuel avant ceux d'ordre patrimonial. On pourrait alors y trouver un fondement de la préséance de l'inaliénabilité des premières sur l'aliénabilité des secondes. Mais toujours, l'inaliénabilité du droit d'auteur pris dans sa globalité implique de passer sous silence l'aliénabilité des droits d'exploitation, alors que c'est une donnée incontournable du droit positif. Tant que nous n'aurons pas établi que la terminologie légale est inexacte, il faut donc nous y tenir.

Deuxièmement, et de manière corrélative, l'analyse extrapole les termes de la loi. En effet, si le législateur dit effectivement que les droits moraux sont inaliénables, comme le droit de suite, tandis que les droits d'exploitation sont aliénables, il ne dit nulle part que le droit d'auteur est inaliénable, même partiellement. Affirmer l'inaliénabilité du droit d'auteur revient à présumer d'une part que le droit d'auteur constitue une entité, une unité qui transcende les différentes attributs qui le composent, et d'autre part que parmi eux, ceux d'ordre intellectuel et moral prévalent sur ceux d'ordre patrimonial, au point de leur communiquer un caractère – l'indisponibilité – qui leur est pourtant propre et qui de surcroît

[1459] Voir par exemple P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, préc., p. 481.

les oppose.

Au total, pour nous qui recherchons la parenté entre le pouvoir de disposer de l'auteur et du propriétaire, l'analyse personnaliste nous apporte une réponse négative, mais d'une part les arguments qui sous-tendent son refus de la propriété nous paraissent à ce stade péremptoires, et d'autre part l'analyse alternative qu'elle propose nous semble en tout état de cause inexacte.

B. L'indisponibilité globale du droit d'auteur

486. Proposition. Le droit moral de l'auteur est indisponible, mais ses droits d'exploitation sont disponibles. Puisqu'une partie du droit d'auteur est indisponible, il est impossible de dire que le droit d'auteur est disponible, il ne peut jamais l'être que partiellement. L'auteur ne peut ni aliéner son droit – ou son œuvre – en globalité, ni en faire l'objet de conventions générales. Le droit d'auteur est donc globalement indisponible. Cependant, si l'indisponibilité du droit moral s'étend au droit d'auteur, elle n'efface pas pour autant la disponibilité du droit patrimonial. Ainsi, le droit d'auteur est indisponible, mais le droit patrimonial de l'auteur reste disponible[1460].

C'est la lecture de ceux qui retiennent une conception dualiste du droit d'auteur[1461], le qualifiant tantôt de droit mixte[1462], tantôt de droit hybride[1463]. En tant qu'unité, le droit d'auteur est indisponible, et « l'œuvre est inaliénable »[1464]. Mais cette appréhension globale, unitaire, ne va pas plus loin, car « le droit d'auteur n'est qu'une sorte d'enveloppe, qu'il est vain de chercher à qualifier de façon unitaire, dans la mesure où il rassemble des prérogatives très hétérogènes »[1465].

A la suite du législateur de 1957[1466], il faudrait donc distinguer entre la dimension morale et la dimension patrimoniale. Le droit moral de l'auteur étant indisponible, il est de nature

[1460] Voir par exemple B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 43, n°57.

[1461] Par exemple N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 238, n°273 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 76, n°73 ; A. PELISSIER*, Possession et meubles incorporels*, préc., p. 134, n°289 ; C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, n°19-20 ; C. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, préc., p. 1626, n°8 ; A et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de propriété littéraire et artistique*, n°33.

[1462] J. DABIN, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, préc., p. 417.

[1463] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, préc., p. 22, n°20 ; V. BONNET, *La durée de la propriété*, préc., p. 306..

[1464] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 237, n°272.

[1465] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 292, n°431.

[1466] Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 37, n°47 ; V. BONNET, *La durée de la propriété*, préc., p. 306..

extrapatrimoniale[1467]. Certains[1468] le qualifient de droit de la personnalité, mais d'autres relèvent qu'il protège non pas une personne mais une chose, de sorte qu'il ne peut s'agir que d'un droit de la personnalité très spécial.

Le droit patrimonial étant (sauf le droit de suite) disponible, il est pour beaucoup un droit de propriété[1469]. L'analyse dualiste s'étend également au droit de brevet, et les auteurs[1470] voient dans le monopole de l'inventeur un droit de propriété. Pour autant, et de manière générale pour toutes les créations, il n'est pas toujours admis que le monopole soit un droit de propriété, ni même un droit réel *sui generis*. Certains préfèrent le qualifier de simple monopole d'exploitation[1471], de droit de monopole[1472], de droit patrimonial *sui generis*, ou encore de droit de clientèle[1473]. « Ce ne sont là ni des droits réels ni des droits de créances mais autant de droits spéciaux, *sui generis*, objets, chacun, d'un régime légal particulier et dont le seul trait commun est qu'ils rentrent dans la catégorie des droits patrimoniaux, c'est-à-dire présentant une valeur pécuniaire »[1474].

487. Rejet. En conséquence, lorsque les tenants de cette analyse (à tout le moins ceux qui voient dans le monopole une propriété) postulent que le pouvoir de disposition de l'auteur est celui d'un propriétaire, ils visent uniquement son pouvoir de disposer de ses droits

---

[1467] H. DESBOIS, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 3, n°3 et p. 43, n°364 ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 266, n°240 ; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, préc., p. 497, n°385. F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, préc., p. 707 ; S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles, Contribution à l'étude du droit des créations*, préc., p. 244 ; B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, préc., p. 47, n°20 ; R. SAVATIER, *La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique et les problèmes du notariat*, préc., p.1398, n°2.

[1468] Chez les civilistes, G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien 1988, n°62 ; G. GOUBEAUX, *Les personnes*, Traité de J. Ghestin, LGDJ 1989, n°325.

Chez les spécialistes du droit d'auteur, C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, préc., p. 22, n°20 ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, préc., p. 470, n°381 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Pour le droit moral*, Les cahiers de la propriété intellectuelle, vol. 7, p. 10 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., 1999, n°119 ; C. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, préc., p. 1626, n°8.

[1469] Par exemple P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 31, n°15 ; C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, préc., 1997, n°21 ; V. BONNET, *La durée de la propriété*, préc., p. 306 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, préc., § 1527 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Pour le droit moral*, préc., p. 10 ; C. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, préc., p. 1626, n°8.

[1470] Par exemple J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 266, n°240 ; J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, préc., 2012, p. 113, n°184.

[1471] H. DESBOIS, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 2, n°1 ; dans le même sens, H. DESBOIS, *La conception française du droit moral de l'auteur*, préc., p. 520.

[1472] R. FRANCESCHELLI, *Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur,* Mélanges P. Roubier, Dalloz 1961, p. 453 et s.

[1473] P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, préc., p. 269.

[1474] A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de Droit Civil*, Ed. 1942, T.1, p. 109, n°125.

d'exploitation, ce qui effectivement autorise cette conclusion (encore que …, nous y reviendrons). Mais ils passent nécessairement sous silence l'indisponibilité du droit moral, et se bornent à comparer une partie du droit de l'auteur au droit de propriété. Cette analyse ne peut nous satisfaire.

Parmi ceux qui retiennent une analyse dualiste, certains considèrent cependant que le droit d'auteur n'est pas seulement la juxtaposition de deux dimensions, et qu'il y a une véritable unité. En conséquence, dépassant la double qualification des attributs de l'auteur, ils s'interrogent sur sa nature globale.

Contrairement au droit purement patrimonial de l'auteur, son droit global n'est alors pas qualifié de propriété au sens traditionnel, aux motifs non seulement de l'indisponibilité du droit moral, mais plus généralement de l'existence même de prérogatives d'ordre moral. C'est également notre opinion.

Pourtant, et contre toute attente, cela n'empêche pas ces auteurs de parvenir finalement à analyser le droit de l'auteur comme une propriété : face à la qualification expresse du législateur, qui à l'article L. 111-1 englobe dans la propriété de l'auteur les attributs patrimoniaux et moraux, les auteurs concèdent alors qu'il s'agit d'une « forme » de propriété, d'une sorte d'appropriation, différente de la propriété de l'article 544 du Code civil, qui « couvre à la fois les intérêts patrimoniaux et les intérêts moraux »[1475]. On la nomme « propriété incorporelle »[1476].

Certains[1477] en viennent même à rejeter l'analyse dualiste et considèrent que la terminologie légale s'ajoute aux textes internationaux et communautaires, ainsi qu'à la lecture du Conseil constitutionnel pour asseoir la qualification globale de propriété au sens véritable, même si « spécifique »[1478]. Ils prolongent ici l'analyse proposée par les auteurs du début du 19e siècle.

Cette propriété est effectivement d'un genre particulier : elle « ne peut revenir qu'au créateur ; elle est une et incessible. (…) Le terme « cession » utilisé par la loi ne peut plus s'appliquer à la propriété »[1479]. Il s'agit donc d'une propriété globalement indisponible, dont certains éléments restent ponctuellement aliénables. Dans ces termes, l'admission d'une propriété de l'auteur n'est donc pas pertinente pour nous, puisqu'elle ne revient pas à voir dans le pouvoir de disposition de l'auteur l'attribut du triptyque traditionnel.

Il faut distinguer le cas du droit de brevet : ici aussi, la doctrine étend la qualification de

[1475] H. DESBOIS, *La conception française du droit moral de l'auteur*, préc., p. 520.
[1476] F. HEPP, *Le droit d'auteur, « propriété incorporelle » ?*, RIDA 1958, p. 161 et s.
[1477] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., p. 44, n°30.
[1478] *Ibidem*.
[14791479] P. GAUDRAT, *L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957*, RIDA juillet 2009, p. 43.

propriété du seul monopole à tout le droit, en ce compris sa dimension morale[1480]. La lettre du CPI n'y est pas étrangère. Mais contrairement au droit moral de l'auteur, celui de l'inventeur est très limité, de sorte que son indisponibilité ne nous paraît effectivement pas suffisante pour repousser, en soi, la qualification de propriété. En d'autres termes, nous ne disons pas que le droit de brevet est globalement une propriété, mais seulement que, pour nous comme pour beaucoup, l'indisponibilité du droit moral de l'inventeur est marginale et doit être fondue dans l'aliénabilité (pour l'instant postulée) de son droit patrimonial. Il est possible de dire à ce stade que le droit de brevet est un droit globalement cessible, de sorte que le pouvoir de disposition qu'il confère à son titulaire peut être rapproché de celui d'un propriétaire.

488. Bilan du paragraphe. Finalement, il ne fait aucun doute pour nous que le droit moral détonne parmi les prérogatives typiquement patrimoniales de la propriété. Et nous admettons parfaitement que l'indisponibilité du droit moral interdise de parler de disponibilité *globale* du droit d'auteur. Mais quant à admettre que le droit moral, et son indisponibilité, déteignent sur le droit patrimonial au point de le rendre lui-même indisponible, débouchant sur une indisponibilité *totale* du droit d'auteur, il nous faut approfondir cet argument (Section 2). Pour l'instant, il reste à examiner les stratégies de contournement déployées par les auteurs qui, pour affirmer que le droit d'auteur est une propriété, sont obligés de marginaliser le droit moral et/ou son indisponibilité (§ 2).

§ 2. La lecture réductrice de l'indisponibilité du droit moral

489. Pour certains, l'indisponibilité du droit moral de l'auteur est sans conséquences. La démarche consiste à minimiser son impact, tantôt en la marginalisant au sein du droit d'auteur (A), tantôt en élargissant la propriété de manière à lui faire une place (B).

A. La dilution du droit moral dans le droit d'auteur

490. Proposition. Le droit d'auteur forme une unité, mais en son sein, ce sont les prérogatives patrimoniales qui prennent le pas sur les prérogatives morales. Le droit moral peut fort bien être indisponible, il n'a qu'une place marginale dans le droit de l'auteur, qui autorise à ignorer

[1480] Par exemple, J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 266, n°240 ; J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 2012, préc., p. 113, n°184 ; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, préc., 13, n°11 ; M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Connaissance du droit, 2e éd., 2005, Dalloz, p. 81.

son indisponibilité. D'ailleurs, dans cette lecture, le droit moral n'est pas indisponible, mais seulement inaliénable[1481]. Et la disponibilité du droit patrimonial suffit à la disponibilité du droit d'auteur. L'indisponibilité n'est pas niée, mais elle n'est jamais que partielle. Insuffisante à dénaturer l'ensemble, elle reste secondaire. Le droit moral est « un simple ensemble de règles dérogatoires au régime de droit commun de la propriété, dont le caractère cessible n'est alors pas remis en cause »[1482].

C'est la conception moniste patrimonialiste ou réaliste[1483] du droit d'auteur. Dans cette conception, l'indisponibilité du droit moral n'est pas un obstacle à la propriété, parce que la propriété recèle une dimension morale qui permet d'accueillir les prérogatives morales de l'auteur. Mais ce faisant, la propriété *absorbe* les particularités du droit moral, et *digère* son indisponibilité. « Le « droit moral » apparaît alors, techniquement, comme un accessoire du monopole d'exploitation sans lequel il n'aurait aucune raison d'être et, finalement, ne saurait exister »[1484].

Elle prend naissance avec Rault en 1927, et trouve un prolongement chez P. Recht[1485]. Mais surtout, c'est J. Raynard qui formalise cette marginalisation du droit moral : « on verra dans le « droit moral » un corps de règles destinées à déroger au régime normal du monopole d'exploitation et à permettre à l'auteur d'interdire au cessionnaire du droit patrimonial certains actes auxquels sa qualité lui permettait de prétendre »[1486]. Autrement dit, le droit moral n'a pas pour fonction la défense générale de la personnalité de l'auteur envers et contre tous, il n'a pas la vocation générale d'un véritable droit de la personnalité. Au contraire, et de manière beaucoup plus restreinte, il a pour fonction la défense de l'œuvre de l'auteur lorsqu'elle subit une atteinte particulière de la part du cessionnaire du droit patrimonial.

D'autres rallient cette analyse[1487] : « le droit moral n'intervient qu'au cours d'actes d'exploitation économique de l'œuvre alors, par conséquent, que l'œuvre de l'esprit est exclusivement considérée en tant que valeur économique »[1488]. « Le droit moral apparaît, alors, comme une forme de servitude du monopole d'exploitation, destinée à en contrarier les effets ; l'idée d'un rapport d'accessoire à principal rend compte des rapports qu'entretiennent

[1481] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 288, n°314.
[1482] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 253, n°372.
[1483] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc.
[1484] Cass. Civ. 1e, 10 mars 1993, JCP 1993.II.22161, note J. RAYNARD, p. 463, n°12.
[1485] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 145.
[1486] Cass. Civ. 1e, 10 mars 1993, préc.
[1487] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, préc., p. 291.
[1488] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, préc., p. 290.

droit moral et monopole »[1489]. Elle est également reprise à propos du droit de brevet[1490].
Pour résumer, « l'affirmation du caractère accessoire du droit moral tend à limiter les conséquences de l'indisponibilité de cette prérogative »[1491]. L'auteur ne peut aliéner son droit moral, mais celui-ci n'est pas déterminant parmi les prérogatives de son droit, de sorte que l'on peut tout de même affirmer, eu égard aux seules prérogatives patrimoniales, qu'il a le pouvoir de disposition d'un propriétaire.

491. Rejet. Cette analyse de la propriété, et surtout de la place du droit moral indisponible dans le droit de l'auteur, n'emportent pas notre conviction. Au plan de la technique juridique, il est évident que le droit moral n'est pas un accessoire au sens classique[1492] : l'accessoire devrait suivre le principal or, le droit patrimonial est aliéné sans le droit moral, et prend également fin sans lui.
Sur le fond ensuite, le droit moral de l'auteur est bien plus qu'une simple dimension de la propriété qui permettrait au propriétaire de revendiquer sa qualité. On peut se méprendre sur son autonomie lorsque l'auteur détient en même temps les attributs patrimoniaux et moraux, parce qu'il les exerce concurremment. Mais l'indépendance du droit moral apparaît nettement en cas de cession : « comment expliquer que l'auteur qui a cédé ses droits d'exploitation puisse néanmoins agir contre les tiers ayant méconnu ses intérêts moraux ? ». M. Raynard[1493] considère que c'est la responsabilité civile qui autorise l'auteur à agir, mais le droit moral ne peut être réduit à cela : l'auteur n'a pas à établir de faute ou de préjudice, ce qui indique bien qu'il a ici un véritable droit subjectif[1494]. Par ailleurs, au sein du droit d'auteur, il est inexact de poser que le droit moral est secondaire. La lecture du CPI montre clairement que le droit patrimonial est véritablement soumis au respect du droit moral, et non l'inverse[1495]. Enfin, nous avons montré que le droit moral n'est pas seulement inaliénable, mais plus fondamentalement indisponible. Eu égard à sa véritable place, centrale, dans le droit d'auteur, son indisponibilité ne nous paraît pas pouvoir être passée ainsi sous silence.
En conséquence, peu nous importe que cette analyse autorise à voir dans le pouvoir de

[1489] *Ibidem*.
[1490] *Ibidem*.
[1491] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 239, n°273.
[1492] Voir N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 239, n°274.
[1493] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc. Voir S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 260, n°381.
[1494] Dans ce sens, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 261, n°381.
[1495] Dans ce sens, voir les arguments de S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 262, n°382.

disposition de l'auteur celui d'un propriétaire, puisque non seulement ce n'est pas la propriété de l'article 544 à laquelle elle renvoie (puisque cette dernière implique, sinon l'aliénabilité, au moins la disponibilité), mais surtout c'est une conception du droit d'auteur à laquelle nous refusons d'adhérer. Sans doute, il est possible de proposer une définition moderne de la propriété qui intègrerait une dimension morale ou personnelle. Cela pourrait conduire à admettre que le droit d'auteur en soit une des traductions. Mais cela ne doit pas conduire à dénaturer l'équilibre établi par le législateur au sein du droit d'auteur : le droit moral n'est pas secondaire mais principal, et il ne peut être ainsi marginalisé. Par suite, l'indisponibilité du droit moral ne peut être passée sous silence, ou réconciliée avec le pouvoir de disposer d'un propriétaire.

Ce n'est donc pas tant l'intégration du droit moral dans la propriété mais sa marginalisation contraire à la loi de 1957, et l'ignorance de l'indisponibilité, qui nous arrêtent. Ainsi, il faut noter que d'autres auteurs proposent une analyse qui nous paraît plus convaincante : ils nuancent la marginalisation systématique du droit moral, en insistant sur la capacité du droit de propriété à accueillir une dimension personnelle[1496]. Le droit d'auteur est alors un droit de propriété teinté de personnalité. « Le droit moral est un ensemble de prérogatives assurément singulières mais dont ni l'objet ni les attributs n'apparaissent finalement incompatibles avec une approche unitaire du droit d'auteur. Il semble donc que le droit moral puisse aujourd'hui, sans faiblir, être compris comme le corps de règles le plus original d'un mouvement plus général qui tend à teinter la propriété de nuances plus personnelles »[1497].

On trouve ici un écho direct de l'analyse du début du 19e siècle. « Afin de rendre compte du droit d'auteur, la notion de propriété doit être prise dans son sens large. Dans cette acception, la propriété peut couvrir aussi bien les droits dits économiques que les droits dits moraux : c'est que la propriété de Locke et des Lumières, consacrée dans les textes juridiques de la fin du 18e siècle, est indissociable à la fois de la liberté et de la personnalité. L'appréhension des deux faces du droit d'auteur à travers la catégorie de propriété a précisément l'avantage de relativiser la fausse opposition qu'une certaine dogmatique a tenté d'établir entre prérogatives économiques et prérogatives morales. Dans cette mesure également, la qualification de propriété ne s'oppose pas à la veine personnaliste du droit d'auteur, puisqu'elle l'englobe. On insistera une fois encore sur la nécessité de ne pas considérer toute propriété suivant le même moule, celui de la propriété des biens corporels « dénués d'esprit », car la propriété est

[1496] Par exemple, C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p. 343, n°526 ; A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUF Clermont-Ferrand, 2005, n°115 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, préc., n°61.

[1497] S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 34.

susceptible de multiples variations selon l'objet sur lequel elle porte. Et la propriété sur les oeuvres de l'esprit est imprégnée d'un caractère *intuitu personae* très marqué »[1498].

Pour autant, si cette lecture nuancée nous séduit, elle relève selon nous de la seule construction doctrinale, et ne peut trouver aucun véritable fondement légal. Nous ne sommes donc pas convaincue par ceux[1499] qui se proposent de le trouver dans le Code. Pour eux, la propriété traditionnelle du Code réalise le lien entre la personne et la chose. Or, le législateur, à l'article 544, fait de la propriété un droit absolu. Et c'est précisément la dimension personnelle inhérente à la propriété qui explique et justifie cet absolutisme : la chose est l'objet d'un droit absolu et inviolable, parce que c'est la personne que la loi protège à travers la chose. La propriété est l'instrument du Droit pour assurer la protection, la liberté de l'individu à travers les choses qui le définissent et le positionnent dans la société. Son caractère absolu traduit sa dimension personnelle, et celle-ci se manifeste plus ou moins selon le degré de personnalité de la chose. Ainsi, parce que l'œuvre expose la personne de l'auteur, le législateur consacre des prérogatives particulières sous la bannière du droit moral, qui ne sont rien d'autre qu'un aspect de la propriété de l'auteur, une manière d'assurer son absolutisme. Cette analyse de la propriété adapte donc son contenu au degré de personnalité de la chose et à la nature du lien (plus ou moins personnel) qui l'unit à son propriétaire.

La doctrine américaine fait écho à cette conception. Pour un auteur[1500], si la propriété est la relation de la personne aux choses, cette relation prend une dimension personnelle plus ou moins marquée en fonction de la chose appropriée. Certaines choses sont interchangeables et le propriétaire ne s'y investit pas personnellement, si bien que son droit de propriété est alors essentiellement de nature patrimoniale. D'autres choses sont plus personnelles, et lorsque le propriétaire y investit ses sentiments, sa personnalité, alors la propriété se pare d'une dimension personnelle et l'atteinte à la chose peut indirectement constituer une atteinte à la personne du propriétaire. C'est le cas par exemple lorsque la dégradation d'un immeuble par des graffitis porte en même temps atteinte à l'honneur du propriétaire, ou lorsque le cambriolage d'une maison porte en même temps atteinte à la vie privée du propriétaire. Plus l'objet est imprégné de la personnalité de son propriétaire, plus le droit de propriété s'élargit, ne se contentant plus d'une protection purement patrimoniale axée exclusivement sur l'objet, mais incluant une protection morale axée sur la personnalité du propriétaire. Dans cette

[1498] A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, préc., p. 663, n°511.
[1499] Voir M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRE-FORNACCIARI, *Quelques remarques sur le droit de propriété*, préc., p. 238.
[1500] M.J. RADIN, *Market Inalienability*, Harv. L. Rev. vol. 100, 1987, p. 1850.

conception, les objets de propriété, lorsqu'ils sont personnels, peuvent parfaitement être inaliénables, voir même indisponibles, sans pour autant que soit remise en cause la nature du droit qui les réserve. L'aliénabilité n'est ici pas une condition de la propriété[1501]. Bien entendu, il faut garder à l'esprit que la *property* du droit anglo-américain n'a pas grand-chose à voir avec la propriété de l'article 544 du Code civil.

D'ailleurs, la propriété telle que la conçoit la doctrine qui prétend lui trouver une dimension personnelle, que celle-ci soit marginalisée ou pas, nous paraît également à mille lieues de la propriété de l'article 544. Le pouvoir de disposer de l'auteur n'y est sans doute pas déterminant de sa qualité de propriétaire, mais ce propriétaire n'est pas celui avec lequel nous tentons une analogie. Certains auteurs français poussent cette lecture extensive de la propriété à son paroxysme : ils ne se bornent pas à intégrer dans la propriété une dimension morale, ils détachent la propriété du patrimoine.

B. La dilution de l'indisponibilité dans la propriété

492. Proposition. La propriété n'est pas un droit patrimonial[1502]. La propriété n'est pas un bien, elle est la relation entre la personne et le bien : « le terme propriété n'est pas alors synonyme du terme bien, mais une manière de qualifier un bien dans une situation déterminée. C'est donc une catégorie juridique distincte. Cette catégorie exprime, à l'instar de la *proprietas* romaine le caractère privatif d'un bien corporel ou incorporel »[1503].

Les biens sont l'objet de la propriété. Le patrimoine contient les biens que l'on appelle « propriétés » dans un sens purement objectif, qui sont les choses corporelles, et « tous les biens qui, sans être des droits, n'ont pas de consistance matérielle (universalités, œuvre de l'esprit, clientèles…) »[1504]. Il contient également les biens que l'on appelle incorporels, c'est-à-dire les droits réels et de créances, « biens caractérisés par leur consistance juridique et qui sont en principe le produit du commerce juridique »[1505].

« La propriété n'est pas *un* droit subjectif mais *le* droit subjectif »[1506]. Elle est « l'atome du droit privé : la relation privative. Ce rapport juridique fondamental a pour nom, dans la pensée juridique moderne, droit subjectif. Le droit du sujet a succédé au *dominium* mais il n'a pas

[1501] S. ROSE-ACKERMAN, *Inalienability and the theory of property rights*, 85 Colum. L. Rev., 931 (1985) ; R. A. EPSTEIN, *Why* res*train alienation?*, 85 Colum. L. Rev., 970 (1985).
[1502] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 712, n°519.
[1503] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 726, n°531.
[1504] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 799, n°580.
[1505] *Ibidem*.
[1506] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 750, n°547.

pour autant changé le contenu de la relation subjective. Celle-ci exprime toujours le *sien*, l'*avoir* »[1507].

En conséquence, « lorsque la propriété est confondue avec le droit subjectif lui-même, le sujet de droit peut être reconnu propriétaire de choses matérielles aussi bien que des attributs de sa personnalité ou de ses créations intellectuelles »[1508]. Le droit d'auteur est donc une propriété, puisque c'est un droit subjectif[1509].

Et peu importe que le droit d'auteur soit composé de prérogatives morales autant que patrimoniales, car la propriété a une « fonction de protection des intérêts patrimoniaux aussi bien que des intérêts extrapatrimoniaux, d'ordre moral ou affectif. Il est tout à fait admis, dans cette conception, qu'un même objet, comme l'œuvre de l'esprit par exemple, puisse être au centre d'intérêts de deux ordres distincts : l'ordre patrimonial et l'ordre moral. En revanche, l'existence de deux droits de nature distincte est écartée, car la propriété serait aussi bien d'ordre patrimonial qu'extrapatrimonial »[1510]. « Le droit moral serait ainsi au cœur de la propriété de l'auteur, en tant que manifestation du pouvoir que détient tout propriétaire de jouir et disposer de sa chose, en ce compris le droit de la détruire »[1511].

Peu importe également que le droit moral soit indisponible car « ce qui compte pour qu'une chose soit un bien et donc objet de propriété, c'est-à-dire de droit subjectif, ce n'est pas qu'elle soit saisissable et aliénable, mais simplement que l'on envisage l'utilité de l'appréhender exclusivement afin de pouvoir en disposer »[1512]. L'aliénabilité n'est donc pas une condition de la propriété.

Cette analyse autorise ainsi à dépasser le double obstacle de l'indisponibilité du droit moral et de la nature extrapatrimoniale de celui-ci : le droit moral de l'auteur fait partie intégrante de son droit d'auteur, autrement dit de son droit de propriété. L'œuvre est l'objet d'une propriété qui recèle une double dimension. Mais parce que la propriété n'est pas cantonnée au seul patrimoine, elle peut parfaitement être indisponible, en tout ou en partie, sans que cela remette en cause sa nature. En conséquence, le droit d'auteur est une propriété, et l'indisponibilité du droit moral rend l'ensemble de l'œuvre inaliénable. Le droit d'auteur est alors une propriété inaliénable, une propriété personnelle mais une propriété tout de même[1513].

En conséquence, « (l)'auteur peut concéder la jouissance d'une ou de la totalité des utilités

---

[1507] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 815, n°593.
[1508] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 253, n°373.
[1509] Trib. Civ. Seine 1er avril 1936, *D.H.* 1936.262, *D.P.* 1936.2.65, note Nast.
[1510] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 253, n°373.
[1511] *Ibidem*.
[1512] F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., p. 788, n°571.
[1513] Dans ce sens également, C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p. 341.

économiques de sa création, en revanche, il ne peut en aucune manière en transférer la propriété à un tiers. La loi l'indique en prescrivant l'inaliénabilité des utilités morales de l'œuvre (que la loi présente à partir des prérogatives dont elles feraient l'objet, lesquelles ne constituent, en réalité, qu'une expression du pouvoir de propriétaire relativement à des utilités déterminées) (CPI, art. L. 121-1, al. 3). Cette inaliénabilité emporte celle de l'œuvre puisque les utilités font corps avec l'ensemble de la chose »[1514].

493. Rejet global de l'analyse. Certains auteurs rejettent cette analyse pour elle-même, parce qu'elle leur paraît inexacte. Ils invoquent alors plusieurs arguments.

Le premier nous paraît critiquable : « le droit moral n'est pas structuré comme une propriété de la chose. Tous les attributs du droit moral ne peuvent être comparés avec les attributs de la propriété. Certes, le droit de paternité peut éventuellement être analysé comme le droit de se présenter comme le propriétaire de la chose, le droit au respect comme la protection légitime de son intégrité. Mais l'auteur devrait également pouvoir, étant resté propriétaire de l'œuvre, détruire la chose… Or le droit de retrait et de repentir (…) n'est en tout état de cause qu'une faculté de résiliation exorbitante du droit commun des contrats : il ne saurait garantir une « destruction » totale de l'œuvre de l'esprit, dans la mesure où son exercice ne peut s'étendre à la récupération et la destruction de tous les exemplaires déjà vendus » [1515].

Pour nous cependant, l'argument n'est pas décisif. D'une part, l'impossible destruction physique de l'œuvre caractérise également certains biens corporels, sans qu'on y voie un obstacle à leur propriété. D'autre part et surtout, il est inutile de vouloir à tout prix rapprocher les prérogatives morales des « attributs de la propriété », puisque cette conception de la propriété prétend justement rompre avec l'analyse classique qui voit dans les attributs de la propriété des composantes nécessaires du droit. Au contraire, pour F. Zénati, les attributs de la propriété ne sont que des émoluments, des effets de la propriété, qui varient en fonction de l'objet. Il est donc logique qu'ils soient différents pour une œuvre de l'esprit et pour une chose corporelle.

Deuxièmement, l'analyse ne rendrait pas compte du droit positif. En effet, lorsque l'auteur exerce son droit moral à des fins mercantiles, il se rend coupable d'abus. « Comment comprendre, si le droit moral est en fait une indissociable propriété personnelle de l'auteur, que les prérogatives morales reconnues à l'auteur soient susceptibles d'abus, lorsqu'elles ne

[1514] F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Les biens*, préc., 2008, p. 120, n°71. Dans le même sens, F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 721, n°526 ; C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p.

[1515] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 256, n°376.

sont pas exercées dans un but de défense des intérêts moraux ? »[1516]. Ce serait la preuve que le droit moral ne se fond pas dans la propriété, mais conserve une place autonome, et plus largement la preuve que la propriété ne peut pas regrouper des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

Mais ici encore, nous ne sommes pas convaincue : selon nous, F. Zénati ne prétend pas que le droit positif consacre en tous points son analyse de la propriété, et il est évident que la propriété au sens retenu en jurisprudence et en législation est un droit patrimonial. Dès lors, il est inopérant de relever que le droit positif compartimentalise les deux types d'intérêts. L'analyse se propose simplement de qualifier de propriété la relation qui unit la personne et ses intérêts moraux, et qui à l'heure actuelle est conçue comme la titularité de droits subjectifs.

Troisièmement, le droit d'auteur, lorsqu'il est réduit au droit moral, ne confèrerait pas à l'auteur un pouvoir exclusif sur l'œuvre. Or, la propriété se définit par l'exclusivité. Et « l'auteur ne peut plus alors interdire l'exploitation conforme aux exigences du droit moral »[1517]. Mais ici encore, l'argument ne porte pas, selon nous. En effet, lorsque le propriétaire investit un tiers d'un droit d'usufruit, il retient seulement la nue-propriété. Et à ce titre, il n'a plus l'exclusivité de la chose, puisqu'il ne peut s'opposer à la jouissance de l'usufruitier que lorsqu'elle porte atteinte à son intérêt de nu-propriétaire. Pour autant, on ne doute pas qu'il ait la propriété, ou l'exclusivité, de sa chose.

Enfin, « si la propriété relevait aussi bien de l'ordre patrimonial que de l'ordre extrapatrimonial, comment pourrait-on justifier la différence de régime des deux ordres de prérogatives, l'un perpétuel, l'autre temporaire ? La logique veut, au contraire, que les deux types d'intérêts soient protégés par deux droits distincts. Il est illusoire de prétendre réunir dans une même catégorie juridique deux intérêts devant suivre un régime de protection distinct »[1518]. Mais ici encore, il n'est précisément pas possible que les deux ordres de prérogatives soient protégés par deux droits distincts, puisque par hypothèse, il n'existe qu'un seul droit, le droit de propriété. C'est le principe même de l'analyse proposée. Et justement, lorsqu'un droit de propriété se trouve composé d'attributs de nature différente, c'est en aménageant des régimes juridiques distincts, propres à épouser les contours particuliers de chaque dimension, que l'on prend en compte cette dualité. Cela ne remet pas en cause l'unité de la propriété.

[1516] S. RAIMOND, *La qualification d*u contrat d'*auteur*, préc., p. 257, n°377.
[1517] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 258, n°378.
[1518] *Ibidem*.

494. Rejet ponctuel de l'analyse. Quant à nous, nous apprécions cette analyse pour sa clarté et sa vertu explicative. Quant à la nature de la propriété, et à la place du droit d'auteur, elle nous paraît convaincante. Mais c'est sa portée qui nous arrête. Nous craignons, et nous ne sommes pas la seule, que l'assimilation de la propriété et du droit subjectif ne conduise à une dilution du concept dans la notion de titularité.

Sans doute F. Zénati se défend-il de ce danger, en arguant que la propriété dont s'agit est tout sauf un concept vague ou vide. « C'est bien à une notion technique que l'on a affaire, en dépit de sa généralité et de la grande étendue de son spectre »[1519]. « La mise en évidence de la dimension extensive de la propriété ne s'est en effet pas fait dans le sens d'une notion floue d'appropriation mais au contraire en démontrant que son contenu technique dépasse de loin le contenu d'une catégorie particulière de biens, les « droits corporels » »[1520]. Il prétend que la propriété, relation entre la personne et ses biens, n'est rien d'autre que cette notion technique définie par l'article 544 du Code civil. « Il n'y a pas de « propriété vague » qui chapeauterait l'ensemble des droits y compris le traditionnel droit réel de propriété. Il y a un seul rapport de propriété, qui porte indistinctement sur les biens ne résultant pas du commerce juridique (que l'on appelle aujourd'hui de manière dépassée biens corporels) et sur les droits qui au contraire en résultent, et que l'on ferait bien de ne plus appeler biens incorporels depuis que des objets de propriété incorporelle ne consistant pas dans des droits sont apparus. Cet unique rapport de propriété qu'est le droit subjectif comporte tout l'arsenal de principes et de solutions que la doctrine lui attribue relativement aux seuls biens corporels, sous réserve de quelques dispositions spécifiques à ces derniers, beaucoup moins nombreuses qu'on pourrait le croire »[1521].

Pour nous cependant, qui recherchons dans le droit d'auteur les traits de la propriété de l'article 544 tel que le comprend la doctrine traditionnelle, il n'est pas possible d'adopter cette lecture : peut-être évite-t-elle effectivement l'écueil de la dilution, mais lorsqu'elle se prétend la transposition de l'article 544, elle en retient une lecture qui, précisément, rompt explicitement avec la lecture traditionnelle de la doctrine, qu'elle qualifie d'inexacte et de déformante.

En tout état de cause donc, bien qu'elle autorise à passer outre l'indisponibilité du droit moral pour maintenir une analyse unitaire, et qui plus est propriétairiste, du droit d'auteur, cette analyse ne peut nous convenir. Irréconciliable avec la propriété de l'article 544 du Code civil,

[1519] F. ZENATI-CASTAING, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, préc., p. 448.
[1520] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 816, n°593.
[1521] F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 784, n°569.

elle n'est pas non plus conciliable avec les analyses modernes de la propriété, et elle ne reflète pas, selon nous, le droit positif. Elle a certainement une vertu explicative, mais cela ne peut suffire. Il est sans doute possible de dire que l'auteur a le pouvoir de disposer d'un propriétaire, nonobstant le fait qu'il s'agisse d'une forme de disposition non-translative, puisque l'auteur est, comme tout titulaire d'un droit subjectif, propriétaire de sa chose, l'œuvre. Mais ce propriétaire n'est pas celui dont nous recherchons le parrainage.

495. Bilan de la Section : l'incidence de l'indisponibilité du droit moral

On le voit, d'un seul et même constat objectif (la disponibilité des droits d'exploitation et l'indisponibilité des prérogatives morales de l'auteur), il est possible de tirer des conclusions que tout oppose, et de proposer des analyses irréductibles.

496. Quant à l'indisponibilité. Pour nous, parce que les droits moraux sont indisponibles, l'œuvre l'est également. Aucune analyse ne permet de réconcilier cette indisponibilité avec un droit de propriété que les articles 544 et 537 du Code civil décrivent comme aliénable sauf exception, et en tout état de cause disponible.

Ainsi, rien ne sert de forcer la propriété : soit en reléguant le droit moral au rang des accessoires, aux fins de faire oublier son indisponibilité, soit en étendant son domaine pour y englober tous les biens même indisponibles. Et il n'est pas possible à ce stade de renoncer : soit en se résignant à scinder le droit d'auteur, soit en choisissant de l'exclure du patrimoine.

Le droit moral fait partie du droit d'auteur, et les termes de la loi sont explicites, qui lui accordent une place centrale et qualifient le *tout* de propriété. Pour l'instant, nous concluons donc que le droit d'auteur est *globalement* indisponible. Nous considérons que le poids effectif du droit moral dans le droit d'auteur ne peut être occulté. Mais pour le moment, nous disons seulement que le droit d'auteur est partiellement indisponible, et que cette indisponibilité partielle oblige à conclure à l'indisponibilité globale, puisque l'auteur ne peut jamais disposer de *tout* son droit. Il ne peut jamais l'aliéner en totalité. Il n'est même pas certain qu'il puisse conclure des conventions non-translatives prenant pour objet la totalité de ses prérogatives, puisque le juge ne donne pas toujours force obligatoire à celles qui touchent au droit moral.

Quant à savoir si cette indisponibilité suffit à exclure la propriété de l'article 544, nous ne tranchons pas tout de suite. En effet, elle trouve pour l'instant un contrepoids important dans le postulat de l'aliénabilité des droits d'exploitation de l'auteur, qui fait pencher la balance en sens inverse. Avant de nous prononcer, il faut donc nous assurer que ce postulat est exact. S'il ne l'était pas, nous n'excluons pas de rejoindre ceux qui voient dans le droit d'auteur un droit

totalement indisponible. Nous allons donc maintenant examiner la valeur de la disponibilité postulée des droits d'exploitation, d'abord sous l'influence du droit moral dont l'exercice ne laisse pas le droit patrimonial intact (Section 2), ensuite sous l'influence du régime de l'exploitation de l'œuvre, qui se révèle bien différente de l'exploitation d'une chose traditionnelle (Chapitre 2).

Il faut encore préciser que, si le droit moral nous conduit à hésiter quant au rapprochement du pouvoir de disposer de l'auteur et du propriétaire, en revanche nous admettons que le pouvoir de l'inventeur est ici celui d'un propriétaire. Pour l'instant donc, le caractère très marginal de son droit moral autorise, selon nous, à ignorer son indisponibilité. D'ailleurs, le droit moral de l'inventeur n'est pas indisponible, mais simplement inaliénable : il est susceptible de renonciation indirecte, puisque l'action en revendication se prescrit (art. L. 611-8 CPI). Mais d'autres éléments pourraient remettre en cause l'analogie, qui toucheraient cette fois à son monopole d'exploitation.

497. Quant à la propriété. De manière plus générale, l'indisponibilité du droit moral est pour nous l'occasion de rappeler la place que nous assignons à la disposition juridique dans le droit de propriété, autrement dit à la valeur que nous prêtons à l'*abusus* dans le triptyque.

Sur le chemin de la propriété, l'indisponibilité du droit moral est pour nous, qui associons disponibilité et propriété, un véritable obstacle. « Du fait de son inaliénabilité, l'œuvre apparaît rétive à une pleine et entière appropriation et ne saurait ainsi être constitutive d'un bien »[1522]. La propriété est en effet aliénable par principe : « la possibilité de céder les droits patrimoniaux est une expression du pouvoir du propriétaire et de son *abusus* »[1523]. Les hypothèses de propriétés inaliénables ne correspondent pas au schéma du droit d'auteur[1524]. Dans les exceptions de droit commun, c'est la chose elle-même qui ne peut être aliénée, et pas seulement certaines de ses utilités comme le droit de suite ou le droit moral. Et les exemples de propriétés inaliénables sont ceux de choses que les circonstances rendent inaliénables et peuvent à nouveau rendre aliénables (bijoux, souvenirs de famille, choses affectées d'une clause d'inaliénabilité) tandis que le droit moral affecte la nature même de la création sans qu'un retour à l'aliénabilité soit possible[1525]. Si l'on admet que le droit moral n'est pas seulement inaliénable mais plus radicalement indisponible même de manière non-translative, la propriété s'éloigne encore davantage.

[1522] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 240, n°275.
[1523] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 245, n°297.
[1524] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 43, n°58.
[1525] *Ibidem*.

Sans doute « l'effet disqualifiant du droit moral ne joue qu'à propos du modèle civiliste de l'article 544 du Code civil, si bien qu'en soi, l'attribut moral n'interdit pas de ranger le droit d'auteur sous la bannière de la propriété »[1526]. Mais pour admettre que le droit d'auteur soit une propriété, il faut en retenir une conception qui s'écarte de celle de l'article 544 du Code civil[1527]. En résumé, si pour beaucoup d'auteurs, c'est l'existence même du droit moral qui, par son contenu, interdit le rattachement à la propriété traditionnelle, c'est pour l'instant sa seule nature indisponible qui nous fait douter. Nous allons voir que le pouvoir de l'auteur de disposer de ses droits d'exploitation ne réduit pas ce doute, bien au contraire.

Section 2. L'indisponibilité *due* au droit moral : l'obstacle insidieux

498. Il faut ici examiner à part le droit moral du breveté : la question – de savoir si le droit moral du breveté peut, en lui-même à travers son exercice, avoir une incidence sur le pouvoir de l'inventeur qui dispose de ses droits d'exploitation – ne se pose pas. En effet, ce droit moral se résume à une seule prérogative : le droit à la paternité de l'invention. Qui plus est, il consiste seulement dans la faculté d'être déclaré l'inventeur, à titre purement honorifique, et en aucun cas dans celle d'être déclaré breveté, titulaire des droits d'exploitation. C'est la procédure de dépôt et d'enregistrement qui fait naître les droits patrimoniaux de l'inventeur et non ce simple titre d'inventeur.

Le droit moral de l'inventeur n'a donc pas la portée du droit de paternité de l'auteur : celui qui obtient la reconnaissance de sa qualité d'auteur est automatiquement investi du droit patrimonial, ainsi que du reste du droit moral. Bien entendu, l'inventeur peut remettre en cause le titre du breveté en établissant sa fraude, mais cette situation est marginale, et n'a rien de commun avec la très large palette des pouvoirs dont l'auteur dispose au titre de son droit moral. L'inventeur n'a pas le pouvoir d'entraver le libre exercice par le breveté de son droit de brevet.

L'exercice par l'inventeur de son droit de paternité n'a donc aucune incidence sur le pouvoir du titulaire du brevet d'aliéner ses droits d'exploitation. Tout au plus peut-il avoir une incidence matérielle sur la situation de l'inventeur : employé dans une entreprise, il « y acquiert, en même temps qu'une considération plus grande, une situation matérielle plus importante, ou, s'il ne l'obtient pas, il n'a pas de peine à la trouver dans une autre

[1526] O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, préc., p. 385, n°672.
[1527] Dans ce sens, B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 44, n°59 et s.

entreprise »[1528]. En bref, le droit moral de l'inventeur a un contenu réduit au minimum, et il est presque dépourvu de toute conséquence juridique.

Pour en revenir au droit d'auteur, nous avons examiné la portée directe de l'indisponibilité du droit moral. Selon la place que l'on assigne au droit moral dans le droit d'auteur, le poids de son indisponibilité varie : tantôt il rend tout le droit d'auteur indisponible, tantôt il s'efface derrière la disponibilité du droit patrimonial. Mais toujours jusqu'ici, il s'agissait de prendre la mesure de son indisponibilité. Autrement dit, dans la formule « droit moral indisponible », c'était la donnée « indisponible » qui arrêtait notre attention. La question était de déterminer la portée de cette indisponibilité – du droit moral – mais on aurait pu tout aussi bien s'arrêter sur la portée de la « disponibilité » des droits d'exploitation : il aurait suffi d'inverser les propositions pour arriver à la même analyse, puisque l'indisponibilité de l'un trouve son pendant dans la disponibilité de l'autre, et que la portée de l'un se manifeste justement sur l'autre, dans un effet de balancier. Nous avons conclu, personnellement, que l'indisponibilité du droit moral autorise à dire que le droit d'auteur est globalement indisponible, parce que ce caractère s'attache à une dimension centrale de celui-ci. Nous nous accommodons de l'idée que cette lecture extensive implique de cantonner l'aliénabilité des droits patrimoniaux, parce que d'autres arguments, que nous allons examiner par la suite, nous confortent dans l'idée que le droit d'auteur est globalement – et même totalement – indisponible.

C'est maintenant l'autre terme de la formule que nous voulons examiner : l'indisponibilité du droit d'auteur n'est pas seulement le résultat de l'indisponibilité du droit moral, elle est également et plus fondamentalement le résultat de l'existence même du droit moral. Autrement dit, le droit moral déborde sur le droit patrimonial de l'auteur. Le second est dans un état de dépendance par rapport au premier. Et le fait que le droit moral soit indisponible rend cette situation définitive. En effet, le « droit moral resterait à l'état de vœu pieux ou de pétition de principe »[1529] si l'auteur pouvait l'aliéner, ou même véritablement y renoncer par contrat. Parce qu'il est indisponible, le droit moral place l'exploitant – lorsqu'il n'est pas l'auteur – sous le joug perpétuel de l'auteur. En conséquence, c'est le droit patrimonial qui, privé d'autonomie, est rendu indisponible, ou tout au moins inaliénable selon nous. Par ricochet, c'est alors le droit d'auteur qui est non seulement *globalement*, mais désormais *totalement* inaliénable. Ce postulat (§ 1) trouve de solides arguments (§ 2)

[1528] P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, préc., p. 479.
[1529] F. POLLAUD-DULIAN, *Pour le droit moral*, préc., p. 29.

§ 1. Le postulat : le droit moral *rend* les droits d'exploitation inaliénables

A. Le décalage

499. Parce que l'exploitant est qualifié de cessionnaire par le législateur, il devrait jouir de la liberté et de la souveraineté du titulaire d'un droit réel, et pouvoir exercer librement son droit d'exploitation sans l'interférence de l'auteur.

Au contraire, « (l)a cession des droits d'exploitation ne rompt pas tous les liens de l'œuvre avec son créateur, puisque celui-ci conserve le droit moral, c'est-à-dire un certain nombre de prérogatives, sur elle. Dès lors, les pouvoirs de l'acquéreur sont réduits et peuvent être limités voire anéantis par la volonté de l'auteur. Celui-ci peut en effet décider de mettre fin à l'exploitation de l'œuvre, ou imposer ses conditions à cette exploitation »[1530].

Ainsi, le droit moral confère à l'auteur des prérogatives dont l'exercice a une incidence directe sur l'exercice des prérogatives patrimoniales. Lorsque l'auteur détient toutes les prérogatives afférentes au droit d'auteur, la question ne se pose pas. Mais lorsque l'auteur a cédé un ou des droits d'exploitation à un ou plusieurs exploitants, les deux ordres de prérogatives entrent en conflit, et le droit moral s'impose au droit patrimonial.

« L'acquéreur de l'œuvre protégée n'obtient pas sur elle la propriété régalienne de l'article 544. Il doit se plier au droit de repentir de l'artiste (…). Il doit aussi respecter l'intégrité de la création artistique »[1531]. Le cessionnaire n'est donc jamais libre d'exploiter son droit comme il l'entend, « le droit reconnu au cessionnaire est beaucoup moins discrétionnaire »[1532] que celui d'un propriétaire traditionnel. L'auteur détient des prérogatives dites morales qui lui permettent de contrôler les choix de l'exploitant. Leur caractère inaliénable et perpétuel rend la situation définitive. Le cessionnaire n'acquiert jamais l'indépendance et l'autonomie qui caractérisent un cessionnaire classique. Le droit moral est une véritable épée de Damoclès, qui pèse telle une menace sur tous les actes de l'exploitant.

B. La portée

500. Pour nous, le droit de l'exploitant ne peut être dit direct, ou exclusif. L'exploitant n'est pas seul face à sa chose, ou à l'utilité de la chose sur laquelle il détient un droit. L'auteur est

[1530] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 100, n°340.
[1531] P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, préc., p. 208.
[1532] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 214, n°478.

l'éternel trouble-fête, et la relation n'est pas binaire mais triangulaire. La « vente n'entraîne qu'une substitution de personne (…). En droit d'auteur, le droit moral fait obstacle à cette substitution pure et simple de personnes »[1533]. « (L)e cédant conserve un droit de regard sur l'utilisation et l'exploitation du bien cédé, ce qui est une particularité totalement étrangère à la vente du Code civil »[1534]. En d'autres termes, la cession postulée n'en est pas une, et l'exploitant n'est pas investi de la propriété du droit d'exploitation. « S'il est banal de dire en langage courant qu'il a « acquis » les droits sur l'œuvre, il est impossible, en droit, de le considérer comme un propriétaire. Certes la loi de 1957 (…) fait référence à la cession des droits d'auteur et non à de simples concessions, en sorte qu'il est tentant de voir dans ces contrats de simples ventes. Toutefois, au-delà de l'analyse théorique, l'étude des prérogatives du cocontractant de l'auteur démontre l'impossibilité d'une telle qualification »[1535].

En conséquence, l'auteur qui prétend aliéner ses droits d'exploitation ne fait en réalité que les concéder : « on ne peut envisager un transfert quelconque du droit d'auteur que dans le cadre d'un contrat de licence puisqu'une cession serait par nature incomplète du fait de la conservation par l'auteur de son droit moral »[1536]. Certes, le droit qu'il concède est particulièrement fort, investissant l'exploitant d'une véritable maîtrise – quoique partielle – de l'œuvre, de sorte que l'on peut hésiter à y voir un simple droit personnel. Mais il n'est assurément pas possible selon nous d'y voir un véritable droit réel. En conséquence, l'auteur qui prétend céder ses droits d'exploitation n'aliène pas, mais se borne à disposer sans transfert. « C'est donc un pouvoir de disposition incomplet dont dispose l'auteur »[1537]. Ce n'est pas celui d'un propriétaire.

§ 2. La démonstration : la liberté de l'exploitant à l'épreuve du droit moral

501. On en veut pour preuve l'examen des différentes prérogatives morales de l'auteur, qui montre bien qu'elles sont susceptibles d'entraver le libre exercice par l'exploitant de son droit d'exploitation, au point de remettre en cause la nature réelle de son droit, et partant, la faculté d'aliéner de l'auteur. Tous les auteurs reconnaissent en effet que l'exercice du droit moral par l'auteur est inséparable de l'exercice de ses prérogatives patrimoniales, sur lequel il produit nécessairement des conséquences. Tous également admettent que le droit moral peut, par son

[1533] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 214, n°479.
[1534] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 214, n°478.
[1535] P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, préc., p. 347.
[1536] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 136, n°268.
[1537] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 100, n°340.

exercice pourtant légitime, empêcher le libre exercice des prérogatives patrimoniales lorsqu'elles sont détenues par un autre que l'auteur[1538]. Mais rares sont ceux qui attachent à ce phénomène des conséquences quant à la nature du droit de l'exploitant. C'est ce sur quoi nous voulons insister.

A. Le droit de divulgation

502. Il est admis en doctrine que la conclusion par l'auteur d'un contrat d'exploitation ne vaut pas systématiquement acte de divulgation. Il faut pour cela que les stipulations du contrat reflètent clairement la volonté de l'auteur. Celui-ci peut donc parfaitement céder un droit d'exploitation tout en retenant son droit de divulgation.

Mais lorsqu'il stipule que la cession du droit d'exploitation ne vaut pas divulgation, que vaut le droit de l'exploitant ? Ce dernier ne peut exercer son droit, c'est-à-dire exploiter l'œuvre de la manière définie au contrat, tant que l'auteur n'a pas décidé de la divulguer. L'exercice du droit cédé est donc suspendu à la volonté discrétionnaire de l'auteur.

Même lorsque l'auteur a divulgué et que l'exploitant a commencé l'exploitation, que faire de la théorie qui considère que la divulgation n'est pas un acte unique mais multiple, que son exécution n'est pas instantanée mais successive ? Certains auteurs[1539] estiment en effet que l'auteur doit exprimer son consentement à la divulgation pour chaque nouvelle forme de communication au public. Dans cette conception, les actes d'exploitation de l'exploitant, à chaque fois qu'ils impliquent une nouvelle forme de communication de l'œuvre, sont donc tributaires de la réitération de son consentement par l'auteur[1540]. L'on peut alors craindre un détournement de cette faculté : l'auteur qui veut s'opposer à une nouvelle forme de communication n'a plus besoin d'invoquer son droit au respect, lequel requiert la preuve d'une atteinte à l'intégrité de l'œuvre, puisqu'il lui suffit d'arguer qu'il n'a pas consenti, et de s'en remettre à l'interprétation par le juge de sa volonté[1541]. La position de la jurisprudence n'est pas clairement établie, qui décide que « le droit de divulgation s'épuise (…) par la première communication au public », tout en réservant à l'auteur la faculté de s'opposer à

[1538] Voir par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *Pour le droit moral*, préc., p. 22 et s. ; B. EDELMAN, *Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur, Nature du droit d'auteur et des droits voisins*, préc., p. 8, n°39.
[1539] Par exemple F. POLLAUD-DULIAN, *Pour le droit moral*, préc., p. 19. Dans le même sens, H. Desbois, O. Laligant, A. Françon, Ph. Gaudrat, P. Sirinelli. *Contra* P.-Y. Gautier, Ch. Caron, A. Lucas. Sur la question, voir par exemple B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, Thèse, PUAM, 2008, p. 73, n°54.
[1540] Dans ce sens, T. LANCRENON, *Epitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur*, RIDA 2009, p. 23.
[1541] Voir T. LANCRENON, *Epitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur*, préc., p. 29.

« toute divulgation sous une forme autre que celle autorisée »[1542].

Au total, le droit de divulgation semble bien donner à l'auteur le pouvoir de suspendre l'exécution du contrat, ou de reprendre d'une main ce qu'il a donné de l'autre. Et il faut se rappeler que le caractère discrétionnaire de son exercice est aujourd'hui encore sujet à discussion en doctrine, et à incertitude en jurisprudence. L'auteur est donc détenteur d'un pouvoir important.

On peut alors douter que l'exploitant soit investi d'un véritable droit réel, remettre en cause la qualification de cession, et remettre en cause l'aliénabilité des droits d'exploitation. Mais plus radicalement, c'est leur disponibilité – non-translative – qui peut également être interrogée. En effet, si le cessionnaire postulé se trouve dans une situation qui rompt avec la liberté qui devrait le caractériser, le licencié postulé se trouve lui aussi dans une position qui peut faire douter de la qualification de licence. Le droit de divulgation ne se borne pas à diriger et contrôler les modalités de l'exploitation par l'exploitant, il va bien plus loin. Il constitue presque une sorte de condition potestative au profit de l'auteur : le contrat d'exploitation, fut-il cession ou licence, est susceptible d'être complètement privé d'effet, au moins temporairement, par le jeu du droit de divulgation. Un auteur tente de tempérer l'incidence du droit de divulgation sur la validité de la cession, en relevant que « l'existence de cette prérogative n'emporte pas l'inexistence de l'obligation de délivrance, mais seulement son éventuelle inexécution »[1543]. Mais selon nous, c'est déjà bien suffisant ! Le droit de divulgation autorise l'auteur à empêcher l'exécution du contrat, en légitimant le refus par l'auteur de livrer une œuvre « prête à l'exploitation ». L'auteur tient l'exploitant à sa merci, et malgré son consentement au contrat, sa seule volonté lui permet d'en interdire la mise en œuvre. Si le droit de l'exploitant est ainsi réduit à une simple potentialité, peut-on réellement considérer que l'auteur aliène ou même seulement concède ses droits d'exploitation ? Le propriétaire traditionnel a-t-il le pouvoir de placer son cocontractant dans une situation aussi précaire ? Et que faire de l'adage « donner et retenir ne vaut » ?

B. Le droit de repentir et de retrait

503. Aux termes de l'article L. 121-4 du CPI, l'auteur qui a cédé un droit d'exploitation – et qui a divulgué – peut encore changer d'avis et reprendre sa parole. Il détient donc le pouvoir

[1542] CA Paris, 12 nov. 2008, RIDA 2009, p. 3, note T. LANCRENON, *Epitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur*.
[1543] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 286, n°421 et s.

de mettre fin unilatéralement au contrat d'exploitation. Tandis que la résiliation unilatérale du contrat trouve son fondement en droit commun dans l'inexécution contractuelle, elle se fonde ici sur l'intérêt moral de l'auteur tel qu'apprécié par lui seul. Sans doute cette faculté n'est-elle pas discrétionnaire puisqu'il doit faire état de motifs justes et d'ordre exclusivement intellectuel. Il reste indéniable que l'auteur est libre de priver l'exploitant du droit dont il l'avait investi.

Ici encore, le sort de l'exploitant est donc suspendu à la volonté de l'auteur. C'est un droit « tout à fait exorbitant du droit commun des biens patrimoniaux. L'œuvre littéraire et artistique est retirée du commerce ; elle abandonne le domaine de l'avoir pour revenir dans celui de l'être, comme si elle n'avait jamais été divulguée »[1544]. L'exploitant exerce son droit dans la crainte perpétuelle qu'il soit unilatéralement remis en cause et réduit à néant par l'auteur. En effet, il peut parfaitement exercer son droit d'exploitation sans mériter aucun reproche ni enfreindre le droit moral de l'auteur, et pour autant se voir imposer la fin du contrat : il est en effet tout à fait possible que les motifs de l'auteur n'aient rien à voir avec la manière d'exploiter de l'exploitant, pourvu qu'ils tiennent aux intérêts moraux de l'auteur. S'il estime par exemple que l'œuvre n'est finalement pas suffisamment aboutie ou qu'elle doit être améliorée parce qu'en l'état, elle ternit sa réputation, l'auteur peut ainsi mettre fin au contrat alors même que le cessionnaire avait pris soin de l'exploiter dans le respect de l'intérêt de l'auteur. En d'autres termes, même s'il respecte les intérêts moraux de l'auteur, l'exploitant n'est pas assuré d'échapper à l'exercice de cette faculté.

Peut-on alors considérer qu'il est cessionnaire d'un droit d'exploitation ? La cession ne réalise-t-elle pas par définition le transfert définitif de l'objet cédé, sur lequel le cédant renonce à toute prétention ? Le droit de retrait et de repentir interdit de prêter à l'auteur un véritable pouvoir d'aliéner[1545].

C. Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et au respect de la paternité de l'auteur

504. Au titre de son droit à l'intégrité, l'auteur a le droit d'exiger le respect de son œuvre. Au titre de son droit de paternité, il peut exiger le respect de sa volonté de proclamer sa paternité, et de la passer sous silence. On peut réunir ces deux facultés autour de l'idée de respect : l'auteur a droit au respect de son œuvre et de sa paternité.

[1544] A. SERIAUX, *La notion juridique de patrimoine*, préc., p. 809.
[1545] Voir C. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, préc., p. 234, n°180 et s.

Ce droit joue contre l'exploitant comme contre quiconque. Si l'auteur estime que la manière d'exploiter du cessionnaire contrarie ses intérêts moraux, compromet l'intégrité de son œuvre, porte atteinte au respect qui lui est dû, ou contredit son choix quant à la paternité de l'œuvre, c'est la responsabilité de l'exploitant qui est engagée.

Comment cette obligation de respect peut-elle trouver sa place dans le contrat d'exploitation sans le dénaturer ? Pour un auteur, il est possible de concevoir une véritable vente qui compterait parmi les obligations de l'acquéreur celle de respecter le droit moral du vendeur. « Il s'avère plus difficile de soutenir, au premier abord, que la qualification de vente peut s'accommoder d'obligations relatives à la jouissance de la chose vendue. L'acquéreur d'une chose corporelle, devenu son propriétaire légitime, doit en jouir et disposer à sa guise, à défaut de quoi il devient inexact de retenir un véritable transfert de propriété en sa faveur. Toutefois, la qualification de vente n'exclut pas par principe la stipulation d'obligations de faire ou de ne pas faire. Par exemple, il est admis que la vente d'un immeuble soit assortie d'une clause interdisant à l'acheteur l'exercice de certaines activités, ou encore que, dans les ventes commerciales entre professionnels, l'acquéreur s'engage à tel point que le transfert de propriété soit illusoire. En d'autres termes, il faut seulement vérifier que le contrat de vente peut bel et bien produire son effet principal. Or il ne saurait être soutenu que, en raison d'une contrainte liée au respect du droit moral, la cession de droit d'exploitation ne produit pas son effet principal, qui est de transférer à l'exploitant la ou les prérogatives visées par les parties : un ou plusieurs droits d'exploitation. Le respect de la paternité de l'auteur et de la forme de l'œuvre ne saurait être considéré comme une entrave vidant le transfert des droits d'exploitation de toute réalité »[1546].

L'auteur reconnaît toutefois que le respect du droit moral s'intègre plus facilement dans un contrat de licence. En effet, lorsqu'il s'agit d'un bail, le locataire a simplement le droit de jouir de la chose dans les limites décidées par le bailleur, ce qui lui permet d'imposer le respect du droit moral : « il est de l'essence même du bail de ne conférer qu'une jouissance de la chose, enfermée dans les jalons posés par les parties. Ainsi, même si l'objet de la licence consiste dans des droits d'exploitation et non dans l'œuvre de l'esprit en tant que telle, il peut tout à fait découler de la loi que la jouissance des droits soit cantonnée à une exploitation de l'œuvre dans l'état de sa création. Dans le cadre d'une licence, les parties peuvent aménager librement la jouissance donnée, en définir les limites. Or cette jouissance peut être entendue comme celle visant l'exploitation de l'œuvre en l'état de sa création »[1547].

[1546] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 284, n°416.
[1547] *Ibidem*.

En conclusion, cet auteur considère que le droit au respect de l'auteur est parfaitement conciliable avec les contrats d'exploitation, et n'a aucune incidence sur leur nature. Il ne disqualifie pas la cession en licence, et si licence il y a, il ne la dénature pas non plus. Pourtant, le contenu de ce devoir de respect est lourd pour l'exploitant : il ne peut pas modifier la forme de l'œuvre, qu'il s'agisse de sa substance ou de sa structure, et il doit également respecter son esprit. Et sur tous ces points, le juge se montre très favorable à l'auteur[1548]. Ainsi, nous voulons relever que l'« auteur peut s'opposer à toute modification de son œuvre, même inspirée par le désir de l'exploitant d'assurer son succès auprès du public, ou de servir l'honneur ou la réputation de l'auteur »[1549]. Cette charge va bien plus loin que celles qu'un propriétaire peut imposer à un acquéreur ou même à un simple locataire. Où est la liberté du cessionnaire lorsque, malgré sa meilleure volonté, il ne peut jamais s'assurer qu'il exploite dans le respect de la volonté de l'auteur ? D'ailleurs, où est la cession lorsque le cessionnaire ne peut jamais exercer le droit direct et exclusif qu'il détient sur l'œuvre que dans le respect d'une obligation dont il ne peut ni se libérer ni déterminer *a priori* le contenu ou les limites ? Le couperet du droit au respect ne peut être ignoré.

505. Conclusion de la section. Selon cet auteur, c'est tout le droit moral, en ce compris le droit de divulguer et le droit de retrait, qui laissent intacte l'économie des contrats d'exploitation[1550]. L'existence d'un droit moral au pouvoir de l'auteur a sans doute une incidence sur l'étendue du pouvoir dont il investit l'exploitant, mais pourvu que l'exécution de la prestation caractéristique du contrat reste possible, le droit moral n'a pas de répercussion sur la nature du contrat, fut-il cession ou licence. « Le droit moral exerce en réalité une influence externe à la convention, qui n'interdit aucune qualification »[1551]. Dans notre optique, et si l'on suit cet auteur, le droit moral de l'auteur ne l'empêche pas de procéder à une véritable aliénation de ses droits patrimoniaux : le droit moral indisponible ne rend pas le droit d'exploitation inaliénable.

Nous ne pouvons souscrire à cette analyse. Le droit de l'exploitant est toujours encadré, grevé par le pouvoir moral de l'auteur. Le cessionnaire se trouve lié par l'obligation de respecter le droit moral, dont les exigences sont multiples. Il n'est pas possible de minimiser cette charge en arguant que l'acquéreur d'une chose est lui aussi débiteur d'obligations tel le paiement du prix, ou que le vendeur est également débiteur d'obligations comme celle de livrer la chose ou

[1548]Voir P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, préc., p. 348 et s.
[1549] P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, préc., p. 475.
[1550] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 283, n°413.
[1551] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 292, n°431.

de la garantir (c'est encore moins pertinent). Il faut souligner au contraire que l'acquéreur est délivré de toute obligation envers son vendeur dès qu'il a payé le prix

Au contraire, les obligations du cessionnaire quant au respect du droit moral (et nous verrons plus bas que d'autres, issues du régime du contrat, viennent s'y ajouter) sont d'une toute autre nature : elles ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution qui libèrerait le débiteur. Le cessionnaire ne peut en effet jamais s'assurer qu'il a, une fois pour toutes, exécuté son obligation. A ce titre, le respect du droit moral n'est pas une obligation classique, puisqu'elle agit comme une sorte de condition potestative au bénéfice de l'auteur, qui peut à tout moment choisir d'invoquer sa violation, soit pour engager la responsabilité du cessionnaire, soit plus radicalement pour reprendre ce qu'il a prétendu céder. D'ailleurs, non seulement le cessionnaire est incapable de prédire le – ou les – *moment*(s) où le cédant va exiger le respect de son obligation en se plaignant de sa violation, mais pire, il est également incapable de déterminer le *contenu* de cette obligation, puisque son comportement exemplaire ne l'exonère pas, pourvu que l'auteur estime que ses intérêts moraux sont atteints. Au total, le cessionnaire se trouve dans un état de sujétion non pas ponctuelle mais permanente, qui semble bien éloigné du statut d'un cessionnaire *proprio censu*.

Dès lors, comment soutenir que l'auteur se sépare, mais surtout que le cessionnaire devient maître d'un droit dans l'exercice duquel il doit toujours supporter la contrainte du droit du cédant ? La plénitude et l'absoluité qui caractérisent l'exercice de l'exploitation par l'auteur ne se retrouvent jamais entre les mains du cessionnaire. L'exploitant n'est donc pas dans la situation du titulaire d'un droit réel, seul face à sa chose, souverain, libre d'en faire tous les usages. Il doit rendre des comptes à l'auteur, et son pouvoir s'apparente davantage à un droit personnel, celui d'exiger de l'auteur qu'il le laisse exploiter, mais à charge pour lui d'exploiter seulement dans les conditions définies par l'auteur.

506. Conclusion du Chapitre. Pour conclure, l'auteur n'a pas le pouvoir d'aliéner ses droits d'exploitation. Le droit moral l'en empêche. L'inaliénabilité des droits d'exploitation s'ajoute à l'indisponibilité du droit moral pour conduire à l'inaliénabilité totale du droit d'auteur.

Si l'indisponibilité du droit moral fait finalement peu débat, l'inaliénabilité des droits d'exploitation est loin de faire l'unanimité. Dans ce sens pour l'instant, nous avons seulement trouvé argument dans le poids du droit moral sur la liberté de l'exploitant. Pour conforter notre analyse, nous voulons maintenant proposer d'autres arguments.

Chapitre 2. Pouvoir de disposition juridique du créateur et du propriétaire : le rapprochement condamné par les droits d'exploitation

507. Il est classique d'affirmer l'aliénabilité des droits d'exploitation de l'auteur, et l'on affecte généralement d'y lire la disponibilité du droit patrimonial de l'auteur. Mais les deux propositions sont non seulement inexactes, elles sont également loin d'être équivalentes. La première semble incontestable, ne serait-ce que parce que le législateur le dit. Pourtant, nous avons déjà commencé à la remettre en cause. La seconde n'a quant à elle rien d'évident, et ne constitue pas une conséquence nécessaire de la première. En effet, si l'aliénabilité révèle la propriété, alors dire que les droits d'exploitation sont aliénables ne permet que de poser qu'ils sont l'objet d'une propriété. Ce n'est pas du tout la conclusion que nous recherchons, puisque ce n'est pas la propriété des droits d'exploitation pris individuellement comme constituant chacun un bien qui nous intéresse. Nous nous intéressons au droit d'auteur, et à sa nature éventuelle de droit de propriété. Par suite, l'objet dont nous examinons le mode de réservation, ce n'est pas tel ou tel droit d'exploitation, mais l'objet du droit d'auteur. S'il est encore permis d'hésiter entre la conception qui voit le bien dans la chose-création, et celle qui le voit dans le droit qui appréhende cette chose, il est en tout cas certain que c'est le bien pris dans sa globalité, en tant qu'il forme une unité, auquel nous nous attachons.

Ainsi, l'objet dont nous voulons (pour le rapprocher d'un objet de propriété) établir l'aliénabilité se distingue des droits d'exploitation de deux manières. D'une part, les droits d'exploitation ne sont que des prérogatives patrimoniales de l'auteur, tandis que nous explorons la nature du droit d'auteur pris dans sa globalité, dimension morale incluse. L'aliénabilité d'un droit d'exploitation ne suffit donc pas pour conclure à l'aliénabilité du droit d'auteur. D'autre part, les droits d'exploitation n'ont pour objet que tel ou tel mode d'exploitation de l'œuvre, telle utilité prise isolément et transférée par l'auteur. Leur aliénabilité particulière ne suffit pas non plus à établir l'aliénabilité de la valeur patrimoniale complète de l'œuvre, même sans inclure ici sa valeur morale. Et la réflexion trouve ici un écho qui dépasse le droit d'auteur et résonne à travers toutes les propriétés intellectuelles.

Or, le droit de propriété autorise précisément ce type de disponibilité : c'est le bien, ou la chose, dans sa globalité et dans son unicité, que le propriétaire doit pouvoir transmettre, et non pas seulement le droit d'exploiter la chose de telle manière strictement délimitée par le contrat.

Il nous faut donc mesurer la valeur de cette aliénabilité, parce que le simple inventaire objectif du droit positif n'a pas suffi à en cerner la véritable portée. Une seconde lecture permet ainsi

de distinguer entre le pouvoir de disposer d'un auteur et celui d'un propriétaire. Lorsque l'auteur aliène ses droits d'exploitation, il apparaît d'abord que son pouvoir de disposer juridiquement est de moindre envergure, loin d'égaler celui d'un propriétaire qui aliène sa chose (Section 1). Ensuite, il s'avère que le pouvoir de l'auteur est hétérodoxe, intrinsèquement différent de celui d'un propriétaire (Section 2).

Section 1. Aliénabilité des droits d'exploitation < pouvoir de disposition juridique du propriétaire

508. Lorsque l'auteur prétend *aliéner ses droits d'exploitation*, il exerce en réalité un pouvoir qui n'égale pas celui du propriétaire qui dispose. Ce sont les deux termes de la proposition qu'il faut remettre en cause. D'une part, son *aliénation* ne vaut pas celle d'un propriétaire (§ 1). D'autre part, ses *droits d'exploitation* ne valent pas la chose du propriétaire (§ 2). Nous avons déjà abordé ces questions à plusieurs reprises à l'occasion de l'examen de la dichotomie des cessions et des licences en droit d'auteur. Nous nous contentons donc ici d'en rappeler l'essentiel pour formuler nos conclusions.

§ 1. *Aliénabilité* des droits d'exploitation : un postulat inexact

A. Le contenu du postulat

509. L'énoncé du postulat. Le contenu du contrat d'auteur contredit sa nature postulée et rend les droits d'exploitation inaliénables. Pour disposer comme un propriétaire, l'auteur doit pouvoir aliéner, au sens de se défaire d'un droit dont il investit exclusivement et définitivement un tiers. Beaucoup croient trouver dans la cession des droits d'exploitation un acte de cette nature. Mais d'autres mettent en doute cette terminologie : « (l)a qualification de « cession » retenue par le Code de la propriété intellectuelle en matière de droit d'auteur ne semble (…) pas correspondre à la réalité des opérations qu'il régit sous cette appellation »[1552]. Nous l'avons déjà dit, la nature translative de la cession des droits d'exploitation est remise en cause par le poids du droit moral qui impose au cessionnaire une charge irréconciliable avec la liberté qui caractérise le titulaire d'un droit réel. Le droit moral est-il le seul élément qui dénature le droit de l'exploitant ? Nous nous demandons ici s'il est possible de trouver dans le

[1552] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 476, n°1528.

régime des contrats d'auteur d'autres éléments susceptibles de disqualifier la cession en licence, et par suite de dénaturer le pouvoir de disposition de l'auteur en simple disposition non-translative.

C'est, semble-t-il, également l'opinion de certains auteurs : la « vente n'entraîne qu'une substitution de personne (…). En droit d'auteur, le droit moral fait obstacle à cette substitution pure et simple de personnes. (…) L'existence d'une relation triangulaire est parfois accentuée lorsqu'il existe, malgré le transfert des droits, des obligations mises à la charge du cessionnaire au bénéfice du cédant : tel est le cas de l'obligation d'exploiter et de rendre compte imposée à l'éditeur dans le cadre du contrat d'édition ; le contrat de cession se singularise alors par l'existence d'un lien d'obligation (droit personnel) lequel contraste avec le transfert d'un droit réel caractéristique de la vente »[1553].

Il nous faut donc examiner les contrats d'auteur pour mesurer le pouvoir dont ils investissent – ou dont ils privent – le cessionnaire.

510. Le domaine du postulat. Nuance : l'innocuité des éléments ponctuellement disqualifiants. On l'a vu, un certain nombre d'arguments peuvent être avancés pour distinguer entre cession et licence, et proposer de disqualifier la première. Mais il faut préciser que certains d'entre eux ne sont pas pertinents ici, parce qu'ils sont seulement ponctuels : ils ne concernent que certains contrats d'exploitation, et s'ils dénaturent peut-être ces contrats, ils n'atteignent pas les autres, de sorte que l'auteur a ponctuellement un pouvoir de disposition moindre, mais il conserve, *a priori* et dans son principe, son pouvoir d'aliéner pour les autres contrats. Or, nous voulons ici mettre en doute la capacité *générale* de l'auteur à aliéner, c'est-à-dire trouver dans *tous* les contrats sans exception un ou des éléments disqualifiants.

Il faut donc écarter de notre propos par exemple la durée de la cession, puisque les parties peuvent aussi bien prévoir que le contrat d'exploitation dure le temps du monopole ou moins, et c'est seulement lorsqu'elle est temporaire que la cession s'approche de la licence. C'est également le cas de l'exclusivité de l'exploitant, puisque les parties peuvent l'écarter, et que ce sont donc uniquement les contrats investissant l'exploitant d'un droit non-exclusif qui posent la question de la portée du pouvoir de disposer de l'auteur. C'est encore la question de la liberté pour l'exploitant de céder son droit d'exploitation : le législateur exige l'accord de l'auteur pour les seuls les contrats d'édition et de représentation, de sorte qu'eux seuls –

[1553] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 215, n°479. Dans le même sens, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 473, n°1521 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 37, n°28.

légalement en tout cas – privent l'exploitant de la souveraineté d'un propriétaire – au moins sur ce point[1554].

En résumé, ces stipulations contractuelles ne dénaturent – et d'ailleurs, il n'est même pas certain qu'à elles seules, elles y suffisent – que les contrats qu'elles touchent. Elles laissent intact le principe de l'aliénabilité des droits d'exploitation : il trouve simplement à s'appliquer – jusqu'à preuve du contraire – *en dehors* de ces configurations contractuelles particulières.

511. Domaine certain du postulat : les éléments qui dénaturent tous les contrats d'auteur. Il faut en revanche se concentrer sur les obligations que la loi impose au cessionnaire quel que soit le contrat et sans qu'il puisse y échapper. Il s'agit d'une part de l'obligation générale (article L. 131-4) pour le cessionnaire de verser à l'auteur une rémunération proportionnelle, et d'autre part de l'obligation d'exploiter que la loi impose dans certains contrats (articles L. 132-12 et 132-27) et que la jurisprudence étend à tous les contrats nommés qui emportent rémunération proportionnelle.

Selon nous, ces obligations sont irréconciliables avec l'idée de cession. Elles s'imposent au cessionnaire comme de véritables charges, et le placent dans un état de dépendance vis-à-vis de l'auteur qui caractérise bien davantage une licence qu'une cession. « Toute cession suppose, par définition, que le cédant se dessaisisse de l'objet cédé au profit du cessionnaire. Or ces dispositions semblent, par principe, exclure une rupture complète du lien entre l'auteur et le droit d'exploitation. (…) La qualification de cession est-elle alors véritablement la plus appropriée, quand le maintien des effets de l'opération dépend de l'exécution d'une obligation, considérée comme la contrepartie du « *transfert de propriété* » ? »[1555].

Nous en convenons, de nombreux auteurs rejettent ces objections comme insuffisantes à dénaturer le contrat. Ils les analysent en de simples charges et rappellent que le droit commun de la vente admet parfaitement de telles hypothèses. Mais cela ne nous convainc pas. Pour nous, le cessionnaire n'est pas dans la situation d'un titulaire de droit réel, et l'auteur n'est pas dans la situation d'un cédant.

B. La validité du postulat

512. Remise en cause ponctuelle du postulat. Sans doute est-il possible de nuancer le poids de ces obligations, en relevant qu'elles peuvent ponctuellement être écartées. Certes, il ne

[1554] Voir sur la question P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, préc., p. 374.
[1555] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 474, n°1523.

dépend pas, comme pour les éléments telle la durée ou l'exclusivité, de la seule volonté des parties de les écarter et de restaurer ainsi la nature translative de la cession. Les obligations de rémunération proportionnelle et d'exploitation ont une portée générale et vocation à s'appliquer à *tous* les contrats d'auteur, de sorte que leur mise à l'écart reste – à ce stade – l'exception. Cette exception doit néanmoins être prise en compte.

Quant à l'obligation d'exploiter, il faut à cet effet préciser qu'en dehors des hypothèses où le législateur l'impose (contrat d'édition et de production audiovisuelle), c'est seulement une partie de la doctrine qui propose son extension, et la jurisprudence n'est pas uniforme. Il n'est donc pas exclu qu'un juge puisse, ponctuellement, décider que le cessionnaire y échappe. Mais pour autant, il faut souligner que, même si l'on se trouve dans une hypothèse où le cessionnaire n'est pas obligé d'exploiter, parce que le juge en décide ainsi, reste à sa charge, *a priori*, l'obligation d'une rémunération proportionnelle.

Quant à la rémunération proportionnelle, l'article L. 131-4 du CPI qui l'impose prévoit également la possibilité d'une rémunération au forfait dans certains cas limitativement énumérés. Lorsque l'on se trouve dans le cadre de ces hypothèses particulières, c'est également l'obligation d'exploiter qui disparaît, si tant est toutefois que l'on se trouve en dehors des cas dans lesquels la loi l'impose et que l'on admette que l'obligation d'exploiter trouve son fondement dans celle d'une rémunération proportionnelle (auquel cas la disparition de la seconde interdit le maintien *praeter legem* de la première)[1556].

En résumé, il peut arriver que les parties échappent aux obligations dont nous jugeons qu'elles dénaturent la cession. Le contrat réalise alors exceptionnellement une véritable aliénation, semble-t-il. Et même si elles restent exceptionnelles – dans les textes –, il faut donc tirer les conclusions de ces nuances : faute pour le cessionnaire de supporter ces obligations, il retrouve son autonomie, et l'auteur son pouvoir d'aliéner. C'est le principe de l'aliénabilité qui est rétabli, même si son domaine est réduit à des hypothèses ponctuelles et exceptionnelles.

513. Rejet définitif du postulat : l'admission de la cession pure et simple. Il est possible de réduire encore davantage le domaine – postulé général – des obligations de rémunération proportionnelle et d'exploitation, et corrélativement de restaurer encore davantage celui de l'aliénabilité des droits d'exploitation. Il ne s'agit plus de prendre en compte des exceptions ponctuelles et limitées, mais d'admettre en quelque sorte un principe concurrent : les parties

[1556] Dans ce sens, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 474, n°1524.

au contrat d'auteur auraient le choix entre deux schémas. Elles pourraient soit se placer dans les cadres prévus par le législateur en concluant un contrat nommé d'auteur, soit se placer délibérément en dehors de ces cadres en concluant une cession pure et simple. Il faudrait dans ce dernier cas distinguer deux hypothèses, traduction du degré de liberté du cessionnaire.

Premièrement, il faut préciser que parmi les exceptions à la rémunération proportionnelle prévues par l'article L. 131-4, figure l'hypothèse dans laquelle « la nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ». Dans ce cas, le cessionnaire échappe donc non seulement à la rémunération proportionnelle, mais également à l'obligation d'exploiter (sous réserve de ce que nous avons dit plus haut). C'est un contrat que l'on peut qualifier de cession pure et simple : les parties échappent aux obligations générales des contrats d'auteur.

Or, ce cas de figure est présenté comme exceptionnel dans le texte, alors qu'il est en pratique extrêmement fréquent. Il concerne en effet tous les contrats conclus à propos d'œuvres s'insérant dans un contexte commercial, comme la publicité, les arts appliqués, etc. « La majorité des créations sont exploitées d'une manière « accessoire » par rapport à l'objet commercialisé (cas d'un dessin illustrant des boîtes de bonbons, cas d'un dessin et/ou d'une photo illustrant la couverture d'un livre, cas du logo ou du slogan d'une entreprise…) »[1557]. Il faut donc prendre la mesure de cette exception : en réalité, les parties échappent très souvent à la rémunération proportionnelle, et à l'obligation corrélative d'exploiter. Lorsque l'œuvre a une dimension commerciale prépondérante, et c'est aujourd'hui souvent le cas, le cessionnaire a *vraiment* un pouvoir autonome d'exploitation, et l'auteur est *vraiment* privé de son ascendant sur les modalités de l'exploitation. La nature translative du contrat, et le principe de l'aliénabilité des droits d'exploitation, font alors un retour en force.

Deuxièmement, même lorsque les parties ne parviennent pas à profiter des exceptions au principe de la rémunération proportionnelle, elles peuvent espérer échapper à l'obligation d'exploiter. On a dit qu'en présence d'un contrat nommé autre que l'édition ou la production audiovisuelle, l'extension de cette obligation est sujette à discussion en doctrine et à débat en jurisprudence. Mais il est admis qu'en présence d'un contrat innommé, l'obligation n'existe pas. En d'autres termes, les parties peuvent conclure un contrat qui sort des schémas connus,

[1557] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21. Dans ce sens également, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 126, n°183. Voir sur la question A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 703, n°841.

et exclure toute obligation d'exploiter. Elles devront sans doute toujours respecter l'obligation d'une rémunération proportionnelle, mais c'est l'obligation d'exploiter qui paraît, à choisir, la plus dénaturante. Ici aussi, on peut parler de cession pure et simple, parce qu'à elle seule, la rémunération proportionnelle n'est généralement pas jugée dénaturante par la doctrine[1558].

Au total, les charges supportées par le cessionnaire n'apparaissent pas aussi générales qu'on pouvait le croire. On ne peut pas dire qu'elles sont l'exception, mais elles ne sont pas non plus, semble-t-il, *la* règle. Si elles constituent pour nous un poids suffisant pour dénaturer les cessions qu'elles affectent, leur absence de généralité interdit de leur faire produire un effet global. Comme la durée ou l'exclusivité – mais de manière certaine cette fois pour nous –, elles disqualifient les conventions qui les portent. Mais le cessionnaire peut échapper à leur emprise, et partant, à celle de l'auteur. Le principe de l'aliénabilité des droits d'exploitation est donc maintenu, et c'est seulement son domaine qui se trouve cantonné, puisque les contrats emportant ces obligations ne peuvent selon nous être des cessions.

514. Bilan. Le retour du postulat : faute de cause endogène, la cause exogène du droit moral. Pour conclure, le postulat de l'aliénabilité des droits d'exploitation ne peut finalement être maintenu.

Si l'on raisonne uniquement sur le terrain du droit patrimonial, il faut dire que la cession pure et simple est possible. Les obligations de rémunération proportionnelle et d'exploitation représentent sans doute une charge pour le cessionnaire de nature à disqualifier le contrat qui les inclut. Mais précisément, le contrat peut ne pas les inclure, auquel cas le cessionnaire recouvre sa liberté. *A priori*, il est donc possible pour l'auteur de véritablement céder ses droits d'exploitation, sans maintenir le cessionnaire dans un état de sujétion qui contredirait l'effet translatif. L'*aliénabilité* des droits d'exploitation paraît à ce stade admissible dans son principe, même si elle est cantonnée aux hypothèses de cession pure et simple et se disqualifie en disposition non-translative lorsque le contrat emporte rémunération proportionnelle et exploitation obligatoire.

Pourtant, même marginalisé, le principe de l'aliénabilité doit céder : « la notion de cession pure et simple doit en matière de droit d'auteur être pondérée dès lors que l'auteur conserve toujours un lien avec son œuvre grâce au droit moral »[1559]. En effet, la cession pure et simple, comme n'importe quelle cession, implique pour le cessionnaire le respect du droit moral de

[1558] Par exemple, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2009, préc., p. 349, n°416 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 594, n°673.
[1559] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, préc., p. 367, n°112.21.

l'auteur. En soi, cette seule charge suffit selon nous à dénaturer la cession. Sans doute la cession pure et simple approche-t-elle le pouvoir de disposition de l'auteur d'une véritable aliénation, mais le droit moral condamne finalement toute assimilation. Corrélativement, à elles seules, la rémunération proportionnelle associée à l'obligation d'exploiter ne suffisent pas à interdire de manière générale l'aliénabilité des droits d'exploitation, qui reste marginalement possible, mais elles suffisent, à elles seules, à réduire le domaine de la cession – et donc de l'aliénabilité – puisqu'elles dénaturent tous les contrats qu'elles touchent. En tout état de cause, conjugués, droit moral, rémunération proportionnelle et obligation d'exploiter privent l'auteur de son pouvoir d'aliéner, et lui laissent seulement la faculté de disposer sans transfert, autrement dit de concéder ses droits d'exploitation.

§ 2. Aliénabilité des *droits d'exploitation* : un postulat insuffisant

515. Pour que son pouvoir d'aliéner égale celui d'un propriétaire, l'auteur doit pouvoir aliéner toute sa chose, ou toutes ses prérogatives sur cette chose. Aux termes de l'article L. 111-1 du CPI, le droit d'auteur comporte « des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial ». Peut-il en disposer ?

A. Droit moral

516. Il est d'ores et déjà acquis que l'auteur n'aliène pas son droit moral, et qu'il ne peut d'ailleurs même pas en disposer à titre non-translatif. Il faut en déduire que le pouvoir de disposer dont l'auteur jouit au titre de son droit d'auteur, pris dans sa globalité, n'est pas celui d'un propriétaire. Eu égard à la normativité de cet attribut, c'est alors la propriété de l'œuvre qui est exclue.

On l'a vu cependant, il est concevable d'échapper à cette conclusion en évinçant le droit moral du droit examiné (analyse dualiste) ou en le marginalisant (analyse moniste patrimonialiste). Toutefois, rappelons que c'est la totalité du droit d'auteur que nous voulons rapprocher de la propriété, de sorte que ces propositions ne peuvent nous satisfaire.

Néanmoins, même si le rapprochement entre le domaine du pouvoir d'aliéner d'un propriétaire et d'un auteur est désormais exclu par l'indisponibilité des attributs d'ordre intellectuel et moral, il faut tout de même poursuivre l'examen, pour se concentrer sur les attributs d'ordre patrimonial.

B. Droit patrimonial

517. Si tant est que l'on admette (et ce n'est pas notre cas) la terminologie légale, qui postule la cession des droits d'exploitation, il faut alors dire que l'auteur a le pouvoir d'aliéner ses droits d'exploitation. Ils sont donc disponibles, et plus, susceptibles de transfert.

Mais précisément, la loi n'admet que la cession *des droits d'exploitation*. Elle n'admet pas la cession *du droit patrimonial*, ou celle *des droits patrimoniaux*, ni même celle *des attributs d'ordre patrimonial*. En revanche, elle prévoit à l'article L. 122-8 l'inaliénabilité du droit de suite. Et certains droits à rémunération sont non seulement inaliénables, mais également insusceptibles de renonciation.

Sans doute peut-on relativiser : le droit de suite est susceptible de conventions non translatives, et au demeurant il n'occupe pas une centrale dans le droit d'auteur. Il ne concerne qu'un certain type d'œuvres, somme tout marginales. L'on peut même remettre en cause sa place *dans* le droit d'auteur. Il reste cependant que les « prérogatives apparentées au droit de suite (…) altèrent la souveraineté du droit de l'acquéreur »[1560]. Quant aux droits à rémunération, ils ne forment pas l'essentiel du droit patrimonial de l'auteur. Leur indisponibilité légale est par ailleurs ponctuelle, et certains auteurs estiment que dans le silence de la loi, c'est le principe de disponibilité qui doit primer. Ils relèvent à cet effet que la pratique organise leur disponibilité.

Ainsi, s'il n'est pas possible d'ignorer complètement ces attributs de l'auteur, il est en revanche admissible de les marginaliser, et de considérer que leur indisponibilité – relative au demeurant – est trop secondaire pour que l'on s'y arrête. Il est donc raisonnable d'admettre, selon nous, que le droit patrimonial est aliénable *globalement*, nonobstant ces limites très accessoires. Mais rappelons-le, cela implique de passer outre la nature translative des cessions, ce que nous refusons.

En tout état de cause, même en admettant cette marginalisation, et nonobstant notre réserve relative à la cession, le domaine de l'aliénabilité se réduit encore davantage. Même au sein du droit patrimonial, certains attributs sont inaliénables. Il n'est même pas possible de dire que le droit patrimonial de l'auteur est *totalement* aliénable[1561]. Et si l'indisponibilité est finalement un caractère classique des prérogatives d'ordre moral (il n'est que de citer les droits de la personnalité), en revanche la disponibilité est un caractère classique – et attendu – des prérogatives d'ordre patrimonial. L'inaliénabilité du droit patrimonial de l'auteur – fut-elle

[1560] P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, préc., p. 208.
[1561] Dans ce sens, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 269, n°390.

seulement partielle – est donc bien plus remarquable que celle de son droit moral. Si l'indisponibilité du droit moral peut trouver sa légitimité dans sa nature, il est au contraire impossible de trouver dans la nature patrimoniale du droit de suite et des droits à rémunération un fondement de leur inaliénabilité. Que dire alors de celle des droits d'exploitation ?

Le droit de propriété s'éloigne donc ici à grands pas. Comment rendre compte, dans une analyse propriétairiste, de l'inaliénabilité d'une partie des attributs patrimoniaux ? Même en cantonnant le droit examiné au seul droit patrimonial, il reste impossible de le dire pleinement aliénable. Certains auteurs[1562] proposent ainsi de réduire leur tentative de rapprochement aux seuls droits d'exploitation, s'assurant du même coup du succès de leur démarche (ils postulent par ailleurs qu'il y a véritablement cession, contrairement à nous). Mais si l'on s'en tient au découpage de l'article L. 111-1 CPI, le droit patrimonial inclut le droit de suite, et les droits à rémunération, de sorte qu'il paraît péremptoire d'ignorer jusqu'à leur existence.

Quant à reconnaître leur existence tout en ignorant leur indisponibilité, c'est le parti pris de beaucoup d'auteurs, qui analysent le droit patrimonial de l'auteur en un droit de propriété. Ils posent donc que l'aliénabilité des droits d'exploitation (qu'ils considèrent acquise) efface l'inaliénabilité du reste du droit patrimonial. Cette analyse pourrait à la rigueur nous convenir par défaut, dans la mesure où nous admettons effectivement que le reste du droit patrimonial est de moindre importance. Les droits à rémunération ne sont pas essentiels, pas plus que le droit de suite, à propos duquel il est même permis de se demander s'il fait réellement partie du droit d'auteur. Mais il faut rappeler ses insuffisances : elle évince le droit moral, et elle prend pour argent comptant le postulat de la cession des droits d'exploitation. Il faut encore préciser qu'elle retient une définition ambivalente de la propriété dont elle qualifie ce droit patrimonial, oscillant entre lecture traditionnelle au sens de l'article 544 du Code civil et lecture moderne de la propriété définie simplement comme un pouvoir exclusif. Cumulé, tout ceci nous empêche irrémédiablement de rejoindre leur analyse.

En résumé, parmi les prérogatives de l'auteur, toutes celles qui ressortissent au droit moral sont indisponibles, et parmi celles qui ont une nature patrimoniale, le droit de suite et les droits à rémunération le sont également. Seuls les droits d'exploitation sont posés comme aliénables, et selon nous, ils sont en réalité inaliénables. Au total, l'aliénabilité des droits d'exploitation ne peut en aucun cas égaler le pouvoir du propriétaire qui aliène sa chose.

[1562] Par exemple, C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc.

518. *Addendum* : le cas des propriétés industrielles

Parce que l'on quitte ici le terrain du droit moral pour celui du droit patrimonial, il faut réintégrer à notre examen le droit de marque, à côté du droit de brevet.

Le titulaire du brevet ou de la marque transmet-il moins que le propriétaire (Chapitre 2, Section 1) ? Ni le titulaire de la marque, ni celui du brevet n'ont un droit de suite comme celui de l'auteur. Leurs droits d'exploitation résument à eux-seuls tout leur droit patrimonial. On peut dire qu'ils aliènent tout leur droit patrimonial (Chapitre 2, Section 1, § 2). Le breveté a bien un reliquat de droit moral, mais nous avons déjà convenu que son indisponibilité était sans importance, et son contenu sans conséquences (Chapitre 1, Section 2). Peut-on en conclure que, lorsque le breveté ou le titulaire de la marque prétend aliéner ses droits d'exploitation, il agit comme un propriétaire, puisqu'il aliène ainsi *toute* sa chose, ou *tous* les droits qu'il détient sur sa chose ?

On a vu que l'auteur qui prétend aliéner n'investit pas le cessionnaire d'un droit identique au sien. Il conserve une maîtrise de l'œuvre, à travers non seulement le droit moral mais également les obligations de rémunération proportionnelle et d'exploiter qui, si elles ne sont pas absolument inéluctables (la cession pure et simple est possible), s'imposent tout de même à tous les contrats nommés d'auteur. Cela nous a conduit à douter de la nature translative des cessions, puisque le cessionnaire ne jouit pas de l'autonomie et de la liberté qui caractérisent un cessionnaire traditionnel.

Puisque le droit moral du breveté est sans conséquences, peut-on trouver dans le régime des contrats d'exploitation des brevets et des marques des éléments qui remettraient en cause la nature translative de la cession des droits d'exploitation ? Le breveté ou le titulaire de la marque retient-il une partie de ses pouvoirs ? Place-t-il le cessionnaire dans un état de sujétion qui contredit la cession postulée ? Lui impose-t-il des obligations qui l'empêchent d'exploiter librement le droit cédé, d'exercer son pouvoir à sa guise tel un véritable propriétaire ?

Il semble bien que non. Ce n'est pas à dire que le cessionnaire soit totalement libre dans l'exercice de son droit, mais la situation est ici radicalement différente de celle qui caractérise le droit d'auteur. Sans doute le cessionnaire de tout ou partie d'un brevet ou d'une marque rencontre-t-il, dans l'exercice de son droit d'exploiter, de très nombreuses contraintes. Il n'est que de songer à l'obligation légale d'exploiter, avec les sanctions qui l'assortissent, ou encore aux hypothèses de licences forcées et d'exceptions. Mais toutes ces entraves à la liberté du cessionnaire ne sont pas imposées par le cédant à son profit, elles sont imposées par la loi et elles étaient déjà imposées au cédant lorsqu'il était titulaire du droit. Celui-ci ne les crée pas pour se réserver un pouvoir sur le cessionnaire, il les transmet telles qu'il les supportait lui-

même.

Il n'est donc pas possible de considérer que, comme l'auteur, le breveté ou le titulaire de la marque transmet au cessionnaire *moins* que ce qu'il avait. Au contraire, il lui transmet justement la même chose. Il dispose de ses droits d'exploitation tels qu'ils existaient dans son patrimoine, exactement comme un propriétaire. Si le droit du cessionnaire est encombré d'obligations diverses qui réduisent sa liberté, ceci ne ressortit pas de la question du pouvoir de disposition du cédant, qui égale ici celui d'un propriétaire. C'est son pouvoir de jouissance qui est remis en cause, parce qu'avant la cession, lui aussi subissait ces nombreuses entorses à l'exclusivisme et l'absolutisme de son pouvoir d'*usus* et de *fructus*. C'est dans ce cadre que nous les avons examinées.

Le titulaire du brevet ou de la marque a donc, ici en tout cas, le pouvoir de disposer d'un propriétaire, mais le contenu de sa jouissance est moindre. Dès lors, qu'importe qu'il puisse disposer tel un propriétaire, se défaire d'un droit et en investir un exploitant, puisque ce droit qu'il cède n'est, dès l'origine, pas l'équivalent de celui d'un propriétaire ? Sauf bien entendu à rappeler que seul le pouvoir de disposition juridique est traditionnellement jugé normatif sur le chemin de la propriété, tandis que le *fructus* et l'*usus* n'emportent pas à eux-seuls disqualification.

Plus fondamentalement, si le pouvoir de disposition juridique est attaché à tout droit patrimonial, et non pas seulement au droit de propriété, le constat que le breveté ou le titulaire de marque détient ce pouvoir sans pour autant détenir la jouissance d'un propriétaire conduit à exclure que son droit soit une propriété, mais à admettre qu'il soit un droit patrimonial. Et corrélativement, le constat que l'auteur ne détient pas réellement la jouissance d'un propriétaire, et qu'au surplus il ne détient pas non plus le pouvoir de disposition juridique caractéristique d'un droit patrimonial en général, conduit non seulement à refuser de voir dans le droit d'auteur une propriété, mais plus largement un droit patrimonial. Il faudra y revenir en conclusion.

En résumé pour l'instant, le breveté et le titulaire de la marque qui aliènent leurs droits d'exploitation transmettent à l'identique un droit dont le contenu est moins que celui d'une propriété. Leur pouvoir de disposition est donc, contrairement à celui d'un auteur (Chapitre 2, Section 1, § 1), identique à celui d'un propriétaire, dans le sens où ils ne conservent pas une maîtrise partielle de la création en imposant au cessionnaire des obligations qui le priveraient de liberté. Dans cette mesure, on ne doute pas de la nature translative des cessions en matière de propriété industrielle. Pour autant, si le titulaire d'un brevet ou d'une marque aliène *quantitativement* autant qu'un propriétaire, il nous semble qu'il n'aliène pas *qualitativement*

comme un propriétaire, et ici, il rejoint l'auteur d'une œuvre de l'esprit (*infra* Section 2).

519. Bilan. Le CPI affirme l'aliénabilité des droits d'exploitation de l'auteur. Nous avons vu que l'on pouvait douter de la nature translative des cessions organisées par le législateur : la persistance du droit moral (Section 1, § 2) et les obligations qui incombent au cessionnaire (Section 2, § 1, A) nous ont conduit à suggérer qu'il ne détenait qu'un droit personnel. Nous avons vu aussi que, même si l'on admettait la nature translative de ces cessions, leur domaine réduit empêchait en tout état de cause de conclure à l'aliénabilité du droit patrimonial de l'auteur, et *a fortiori* de son droit d'auteur : l'inaliénabilité du droit moral, celle du droit de suite, et le doute qui subsiste quant à l'admissibilité d'une cession véritablement pure et simple en marge du CPI forment des îlots de résistance à l'aliénabilité globale (Section 2, § 1, B). Cumulées, ces remarques nous conduisent à dire que l'aliénabilité postulée des droits d'exploitation ne suffit pas à établir l'aliénabilité du droit de l'auteur, qu'on le cantonne à sa dimension patrimoniale ou qu'on y range également sa dimension morale. Par suite, c'est le pouvoir de disposition juridique de l'auteur qui s'avère incapable d'égaler celui d'un propriétaire ordinaire, puisque l'auteur ne peut disposer de sa chose, l'œuvre, objet de son droit. Lorsqu'il aliène, il dispose toujours de *moins* que l'œuvre, si tant est qu'on admette qu'il aliène réellement. Et si le pouvoir de disposer de l'auteur est incomparablement inférieur à celui d'un propriétaire (Section 1), il est également d'une nature très différente (Section 2).

Section 2. Aliénabilité des droits d'exploitation ≠ pouvoir de disposition juridique du propriétaire

520. On peut aller encore plus loin dans le divorce entre l'*abusus* du créateur et celui du propriétaire. L'aliénation des droits d'exploitation exprime et résume à elle seule tout le pouvoir de disposition juridique de l'auteur. Or, non seulement le pouvoir de disposer de l'auteur est moindre par rapport à celui d'un propriétaire, en force (il n'aliène pas réellement) et en étendue (uniquement les droits d'exploitation). Mais surtout, cette forme de disposition n'a rien à voir avec celle qui traduit l'*abusus* d'un propriétaire. En d'autres termes, c'est ici la *manière* dont le pouvoir de disposition juridique de l'auteur se matérialise, se réalise, qui nous arrête. Pour nous, lorsque la loi organise la disposition juridique de l'œuvre, elle lui imprime une physionomie et adopte une démarche qui sont en contradiction complète avec le pouvoir de disposition typiquement conféré par la propriété. Lorsqu'il aliène ses droits d'exploitation, il semble d'une part que l'auteur procède à la multiplication de ceux-ci (§ 1), et il est avéré

d'autre part qu'il s'applique à leur division systématique (§ 2). Or, le pouvoir de disposition d'un propriétaire ne permet pas de multiplier des droits sur la chose, pas plus qu'il ne tend à diviser la chose en transférant ses utilités une par une. Il consiste seulement à la transmettre dans son intégralité entre les mains d'un seul acquéreur. L'auteur qui dispose n'est pas un propriétaire qui dispose.

§ 1. Multiplication, superposition et disposition juridique

521. On suggère en doctrine[1563] que l'auteur a le pouvoir de multiplication : il peut dupliquer son droit réel d'exploitation en autant d'exemplaires qu'il le souhaite. Il en résulterait une superposition de droits réels identiques sur l'œuvre, rendue possible par son ubiquité (A). Les deux postulats sont inexacts (B).

A. Le pouvoir extraordinaire de l'auteur : la multiplication des droits réels

522. Pour distinguer le pouvoir de disposition de l'auteur de celui d'un propriétaire, certains auteurs[1564] prêtent au premier, une fois n'est pas coutume, un pouvoir plus grand que celui du second : il s'agit de dire qu'en aliénant ses droits d'exploitation, l'auteur les multiplie.

1. Multiplication et droit commun

523. Typologie. Au titre de son pouvoir de disposition, le propriétaire peut d'abord transférer sa chose dans sa totalité, il se prive alors de son droit de propriété et réalise un acte de disposition translative. Il perd son droit direct sur la chose, et l'acquéreur en devient seul et unique titulaire.

Le propriétaire peut ensuite préférer un acte de disposition non-translative : il investit un tiers d'un droit réel sur sa chose, droit démembré de sa propriété. Il reste alors propriétaire. Mais il perd le droit réel exclusif qu'il avait sur sa chose, qu'il s'agisse du droit d'habiter son immeuble (transformé en droit d'usage et d'habitation) ou son droit d'user et de recueillir les fruits de son bien (transformé en droit d'usufruit), et le titulaire du droit réel démembré reçoit un pouvoir exclusif sur la chose, pouvoir dont lui seul est titulaire.

[1563] Par exemple, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle,* préc., p. 88, n°177 ; B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 221, n°496.
[1564] *Ibidem.*

Le propriétaire peut enfin disposer au sens large, sans accomplir un acte de disposition au sens classique : il concède un droit personnel. Dans ce cas, il peut consentir une créance identique à autant de personnes qu'il le souhaite. Les créanciers reçoivent tous un droit personnel d'exiger du débiteur, le propriétaire, une prestation. Il peut ainsi indirectement aménager l'usage de son bien en le partageant en plusieurs détenteurs de droits personnels, qui détiennent chacun un droit personnel identique, leur permettant d'exiger du propriétaire-débiteur une même prestation, les autorisant par exemple à user tous de la même manière et concurremment d'un bien unique.

524. Distinction. Ce qui caractérise le droit réel par rapport au droit personnel, c'est que le premier confère un pouvoir direct et exclusif[1565] sur la chose, tandis que le second confère une créance contre le propriétaire. Il ne peut exister deux droits réels au contenu identique sur une seule et même chose, car chaque droit réel est nécessairement exclusif, puisqu'il est un pouvoir direct d'exclure, d'interdire aux tiers l'accès à telle ou telle utilité de la chose. La copropriété et l'indivision n'y font pas exception, car elles consistent pour chaque copropriétaire à détenir un droit réel direct et exclusif sur une portion de la chose. Cette portion se fond dans la chose globale dont elle est inséparable, mais le copropriétaire est le seul à détenir un pouvoir sur *sa* portion. Tous les copropriétaires ont un droit au contenu identique, mais chacun l'exerce sur une portion différente de la chose globale. Au contraire dans le droit réel classique, c'est toute la chose qui est soumise au pouvoir du titulaire, et ce sont le nombre des actes qui lui sont réservés qui permettent de distinguer entre les différents droits réels. La chose est divisée en utilités, réparties entre différents titulaires de droits réels, mais chacun est titulaire exclusif de *ses* utilités.

Il peut en revanche exister un nombre infini de droits personnels au contenu identique sur une seule chose, car ces droits ne s'exercent pas à proprement parler *sur* la chose, mais *contre* la personne. La créance est sans doute exclusive, dans le sens où seul le créancier en est titulaire. Mais le débiteur propriétaire peut parfaitement concéder une créance identique à plusieurs personnes en même temps : il peut s'obliger à la même chose envers de multiples personnes. Par exemple, il peut s'engager à autoriser l'accès à son bien à autant de personnes qu'il le désire.

Autrement dit, en droit commun, un droit direct sur une chose est dit réel, et parce qu'il est direct, il est forcément exclusif. Lorsque son titulaire le transfère à un tiers, ce droit est

[1565] Dans ce sens, par exemple P. CATALA, *L'immatériel et la propriété*, préc., p. 61 ; M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 30.

transféré tel quel, avec l'exclusivité qui le caractérise. Cela signifie d'une part que celui qui le transfère le perd, et d'autre part que celui qui le reçoit en devient le seul titulaire. A l'inverse, le titulaire d'un droit réel exclusif peut créer sur l'objet de son droit réel un droit personnel. Il ne se prive pas de son pouvoir direct d'exclure, il s'engage à autoriser telle ou telle personne à effectuer tel ou tel acte en rapport avec la chose. Il s'engage donc à ne pas exclure cette ou ces personnes, qui peuvent détenir un droit personnel identique. Elles peuvent exiger du débiteur propriétaire qu'il les autorise toutes et concurremment à tel usage de la chose. Mais aucune ne détient un droit direct sur la chose, de sorte qu'aucune n'a le pouvoir d'exclure les autres.
En droit commun, le titulaire d'un droit réel ne peut pas le multiplier : il détient *un* droit, et ce droit reste unique et exclusif, après transfert, qui que soit son détenteur, lui aussi unique. Son transfert n'opère pas démultiplication. Le titulaire d'un droit réel n'a pas non plus le pouvoir de multiplier un droit personnel, car la multiplication consiste à prendre une chose pour la dupliquer en plusieurs exemplaires. Or, les droits personnels ne sont pas dupliqués à partir d'un droit personnel *souche*, mais créés chacun *ex nihilo* par le débiteur au profit de chaque créancier. La multiplication est inconnue du droit commun. Le droit d'auteur peut sembler faire exception à ce principe.

2. Multiplication et droit d'auteur

525. La multiplication des droits réels autorisée par la terminologie légale.
Difficulté. Aux termes du CPI, les contrats d'auteur réalisent la « cession » des droits d'exploitation. Si tous les contrats nommés investissaient l'exploitant d'un droit exclusif, il n'y aurait pas matière à discussion : il s'agirait tout simplement d'un droit réel, et il ne serait pas question d'une quelconque multiplication.
Mais le législateur prévoit que les parties au contrat d'édition et au contrat de production audiovisuelle peuvent investir l'éditeur ou le producteur d'un droit non-exclusif. Il s'agit pourtant toujours de contrats nommés d'auteur. Ils entrent donc dans la catégorie légale des contrats qui « cèdent » un droit d'exploitation, aux termes de la loi. Or, la cession au sens traditionnel ne peut s'entendre que de la transmission d'un bien du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. Si le droit d'exploiter l'œuvre est retiré à l'auteur et remis à l'exploitant, il s'agit nécessairement d'un droit de type réel. Et les droits réels sont par nature exclusifs, qui que soit leur titulaire. En résumé, « (u)ne cession ne peut être qu'exclusive ! La cession implique un transfert de propriété : par l'effet du contrat, le cocontractant de l'auteur devient propriétaire du bien objet de la convention. Or, la propriété établit une relation

exclusive entre une personne et une chose. L'existence d'un transfert de propriété implique donc nécessairement que l'exploitant bénéficie d'un droit exclusif sur le droit patrimonial objet du contrat »[1566].

Le législateur en usant du terme « cession » nous dit donc que le droit de l'exploitant est un droit réel, mais aux termes des articles L. 132-8 et 132-24, il nous dit également qu'il peut être non-exclusif. Comment concilier ces deux postulats ?

526. Solution proposée. Pour un auteur, il faut s'en tenir au terme de cession retenu par le législateur. L'auteur cède réellement son droit d'exploitation à l'éditeur ou au producteur, et cela signifie qu'il investit celui-ci d'un droit réel direct sur l'œuvre. Ce droit est sans doute exclusif lorsqu'il est détenu par l'auteur, mais il ne l'est plus lorsqu'il est détenu par le cessionnaire. Ceci conduit à une situation inconnue du droit commun : le cessionnaire reçoit un droit réel non exclusif, de sorte que l'auteur peut également investir d'autres personnes d'un droit réel identique. Plusieurs éditeurs, ou plusieurs producteurs, peuvent détenir un droit réel direct sur l'œuvre, qui leur permet de l'exploiter d'une manière identique, et leur attribue concurremment la même utilité de l'œuvre. L'auteur a donc le pouvoir de multiplier, de dupliquer à l'infini son droit d'exploiter. Il peut gratifier un nombre infini de personnes d'un même droit, au même objet, et avec les mêmes pouvoirs, mais de manière non-exclusive. Ainsi pour un auteur, « la titularité des droits de propriété intellectuelle n'est pas toujours alternative (…) elle peut aussi être cumulative : tout dépendra de la volonté du cédant, de ce que la cession est assortie ou non d'une exclusivité »[1567].

Pour boucler la boucle, l'auteur reste quant à lui également titulaire de ce droit réel, puisqu'il peut continuer d'en transférer des exemplaires dupliqués à des tiers, alors même qu'il en a déjà investi au moins un. L'auteur peut donc choisir de ne pas transmettre son droit, mais seulement de le dupliquer. Cela lui permet de le conserver, et d'en investir plusieurs tiers en même temps. « Alors que le propriétaire ne peut pas multiplier sa chose et ne peut vendre celle-ci qu'en une fois, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut multiplier le droit qu'il tient de la loi et donc le céder à plusieurs personnes tout en le conservant lui-même ; ce n'est ni plus ni moins qu'une application de la fiction juridique qu'autorise l'incorporalité des droits »[1568].

[1566] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 65, n°64.
[1567] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 221, n°496.
[1568] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 222, n°498.

Une autre doctrine[1569], bien qu'admettant également le pouvoir de multiplication des droits réels, propose une analyse légèrement différente. D'un côté, elle nuance le pouvoir de l'auteur en posant que celui-ci peut sans doute investir plusieurs personnes d'un droit réel identique, mais qu'il doit alors nécessairement s'en dessaisir lui-même. Autrement dit, l'auteur ne peut lui-même exploiter concurremment l'utilité qu'il cède par ailleurs à plusieurs exploitants, sous peine de disqualifier le droit de ces derniers en droit personnel. En revanche, et d'un autre côté, cette doctrine pousse l'analyse dans ses ultimes retranchements, puisqu'elle relève alors que, les exploitants investis d'un droit réel étant en nombre limité et déterminé, ils se trouvent dans la même situation que des indivisaires ou des titulaires d'une propriété collective : leur droit est partagé entre eux, mais exclusif vis-à-vis des tiers non titulaires. Finalement, dans cette lecture, le pouvoir de l'auteur n'est pas seulement extraordinaire, il est presque surnaturel : il peut multiplier les droits réels identiques sur une seule et même utilité de son œuvre, et leur conserver ce caractère exclusif qui caractérisait son propre pouvoir avant qu'il ne s'en désaisisse.

Au total, les deux analyses admettent que l'auteur peut investir plusieurs personnes de droits de type réel au contenu et à l'objet identique. Mais la première admet en outre que l'auteur peut rester titulaire de ce droit qu'il a pourtant transmis, tandis que la seconde l'exclut, et en conclut que les cessionnaires sont investis d'un droit qui peut être dit exclusif des tiers. Sans trancher entre les deux lectures proposées, il faut donc souligner qu'en tout cas, la physionomie du droit réel s'en trouve profondément transformée. Lorsque la cession est dite non-exclusive par la loi, elle donne naissance à un droit original, un droit réel non-exclusif, figure inconnue du droit commun. Le législateur en combinant le postulat de la cession et celui de l'absence d'exclusivité confère à l'auteur un pouvoir extraordinaire. Mais ce pouvoir n'est assurément pas celui d'un propriétaire. Lorsqu'il cède ses droits d'exploitation par contrat non-exclusif, l'auteur n'exerce pas l'*abusus* de la propriété.

527. La superposition des droits réels autorisée par l'incorporalité.

Difficulté. En droit commun, le droit réel s'oppose au droit personnel. Le premier est dit direct, dans le sens où il s'exerce sans l'intervention d'un tiers, contrairement au second qui exige l'accomplissement d'une prestation par le débiteur. Il est dit exclusif, dans le sens où il donne à son titulaire le pouvoir d'exclure les autres de l'utilité de la chose qu'il réserve, tandis que le droit personnel ne permet que d'exiger du débiteur le respect de son engagement, et le

[1569] C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p. 363 et s.

créancier doit supporter le concours éventuel d'autres créanciers lorsque sa créance prend pour objet indirect une chose (location d'un immeuble par exemple).
En droit d'auteur, comment le droit de l'exploitant peut-il être à la fois réel et non-exclusif ? Comment peut-il conserver sa nature de droit réel, conférant une maîtrise directe et complète sur l'objet du droit, si son titulaire ne peut exclure les tiers ? Comment deux personnes peuvent-elles prétendre exercer sur une même chose une maîtrise identique et concurrente ?

528. Solution proposée. C'est l'ubiquité de l'œuvre qui le permet. Une fois multipliés, les droits réels se superposent sur l'utilité de l'œuvre, et l'ubiquité de l'œuvre permet leur coexistence, leur existence parallèle.
En droit commun, l'exclusivité du droit réel trouve son fondement et sa raison d'être dans la nature corporelle de son objet : parce que le droit réel consiste dans la maîtrise directe de la chose ou d'une de ses utilités, il faut que le titulaire soit en mesure d'exercer cette maîtrise. Si plusieurs personnes pouvaient légitimement se prétendre maître de la chose, aucune ne pourrait réellement l'être. L'univocité de la chose corporelle implique que le titulaire d'un droit réel puisse exclure les tiers, leur interdire l'accès à cette chose. C'est parce que la chose est corporelle que sa maîtrise passe nécessairement par l'exclusion des tiers.
Or, les choses corporelles se distinguent sur ce point des choses incorporelles. Ces dernières sont dotées d'ubiquité, de sorte que leur usage par l'un s'exerce sans aucune interférence avec leur usage par l'autre. Les économistes désignent cette caractéristique en qualifiant l'œuvre de bien non-rival : « le caractère duplicable de la chose en fait une chose unique, mais reproductible à l'infini, ce dont on peut conclure qu'elle présente un caractère d' « ubiquité » - un caractère « non rival » pour les économistes – qui signifie que l'usage du bien par l'un ne tarit pas la possibilité de l'usage par l'autre » [1570].
En conséquence, l'incorporalité de l'œuvre prive l'exclusivité du droit de pertinence et autorise à l'écarter : le droit sur l'œuvre n'a pas besoin d'être exclusif, puisque l'œuvre sur laquelle il s'exerce est dotée d'ubiquité. Elle se dédouble en autant d'exemplaires que de droits. Chaque droit d'exploiter peut s'exercer sur chaque duplicata de l'œuvre, et l'exclusivité devient inutile. Le droit de chaque exploitant concurrent s'exerce directement sur l'œuvre, et peut être dit réel parce qu'il est direct, sans être nécessairement exclusif. Le titulaire d'un droit réel sur une œuvre de l'esprit peut ainsi se réserver tout l'accès à une utilité déterminée de l'œuvre, par exemple la publier, la représenter, la produire, l'adapter, tandis

[1570] A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle,* préc., p. 88, n°177.

que d'autres peuvent également dans le même temps accomplir de tels actes, et sans que chacun d'eux se trouve gêné par les autres dans l'exercice de son droit. Autrement dit, le droit de l'exploitant n'a pas besoin d'être exclusif pour conférer une véritable maîtrise directe de l'utilité[1571].

Le droit d'auteur confère un pouvoir de disposition qui sort véritablement de l'ordinaire : l'auteur peut multiplier le droit qu'il détient, s'en séparer – plusieurs fois – tout en le gardant, et organiser une superposition inédite de maîtrises concurrentes d'une même chose. A partir d'une œuvre unique, il isole une utilité qu'il transmet à autant de personnes qu'il le désire. Cette forme d'exploitation déterminée, parce qu'elle s'exerce sur une œuvre dotée d'ubiquité, peut être dupliquée autant de fois que l'œuvre elle-même, de sorte qu'elle peut appartenir à un nombre infini de personnes en même temps, sans la jouissance de l'un puisse priver l'autre.

B. Le pouvoir très ordinaire de l'auteur : la superposition des droits personnels

Cette analyse est doublement inexacte.

1. Rejet de la thèse de la multiplication des droits réels

529. Multiplication des droits réels. Cette thèse doit être rejetée. Un droit réel est par nature exclusif, et il ne peut perdre ce caractère sans se dénaturer. Il n'est pas au pouvoir de l'auteur de créer un droit réel non exclusif, ou de tirer de son droit réel exclusif une multitude de droits réels non-exclusifs. « Le droit d'exploitation a entre les mains du créateur un caractère exclusif : si le droit est exclusif, la cession du droit est nécessairement exclusive, car elle opère transmission d'un droit exclusif »[1572]. Lorsque le droit de l'exploitant n'est pas exclusif, il n'est pas un droit réel, mais un droit personnel. Il faut alors nécessairement conclure que, contrairement à ce que postule la lecture du CPI, l'auteur dans ce cas ne cède pas un droit réel d'exploitation, mais se borne à créer un droit personnel. « En d'autres termes, c'est la combinaison entre le caractère translatif d'une cession et le caractère exclusif du droit cédé qui explique le rejet de la qualification de démembrement non exclusif. Les processus de démembrement en droits non exclusifs ou de multiplication du droit peuvent tous deux être

[1571] Dans ce sens, C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p. 363 et s.
[1572] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 65, n°64.

remis en cause sur ce fondement »[1573].

On peut alors considérer que le législateur utilise à tort le terme de cession, ou qu'il en retient une définition différente de celle du droit commun. Les articles du CPI qui font exception à l'exclusivité « mettent à jour l'impropriété du terme de cession »[1574]. On peut encore suggérer, avec un auteur[1575], qu'il use du terme « cession » non pour qualifier la nature du contrat, mais seulement pour qualifier l'un de ses effets. Dans cette lecture[1576], le contrat peut tout aussi bien être une cession qu'une licence, et investir l'exploitant d'un droit réel ou personnel. Il a en toute hypothèse un effet translatif, qui explique le recours au terme de cession : celui de transmettre la propriété non du droit d'exploiter mais des fruits de l'exploitation.

Du reste, cela ne change rien sur le fond : l'auteur ne peut, par contrat, transformer son droit réel exclusif en plusieurs droits réels non-exclusifs. Il n'est pas possible, même pour un auteur, de multiplier un droit réel. Lorsqu'il *cède* un droit d'exploitation non-exclusif, en réalité il concède un droit personnel. Le contrat qui investit l'exploitant d'un droit non-exclusif n'est pas une cession mais une licence.

530. Multiplication des droits personnels. L'on ne peut pas non plus parler de multiplication des droits personnels. Multiplier implique de prendre une chose pour la dupliquer or, l'auteur ne duplique pas les droits personnels, il les crée, un par un, en s'obligeant. Il n'y a pas multiplication d'un existant, mais création *ex nihilo*. A la rigueur, on peut parler de création multiple.

2. Rejet de la thèse de la superposition des droits réels.

531. Superposition des droits réels. Puisque la multiplication des droits réels est exclue, la superposition qui en résulte l'est également. Ici encore, c'est l'ubiquité de la création qui conduit à une confusion entre le Fait et le Droit.

En Fait, il est parfaitement possible que le titulaire d'un droit réel d'exploitation subisse la concurrence d'un tiers qui exploite la même utilité de l'œuvre. Mais l'accès matériel à l'œuvre reste du domaine du fait et ne suffit pas, à lui seul, à donner un droit. Si l'objet exploité par le tiers était une chose corporelle, le titulaire du droit réel s'en rendrait compte

[1573] *Ibidem*.
[1574] *Ibidem*.
[1575] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 320, n°466 et p. 329, n°477.
[1576] Voir *supra* n° 430 et s.

immédiatement. Mais parce que l'œuvre est incorporelle, il faut relever que le titulaire du droit réel peut tout à fait continuer d'exercer son droit d'exploitation sans être empêché ou même gêné par le tiers. Il se peut même qu'il en ignore l'existence. Pour autant, le droit réel est exclusif, et toute exploitation concurrente, fut-elle indolore, se fait sans titre et constitue un acte de contrefaçon. La superposition de droits réels est matériellement inconcevable sur une chose corporelle (encore que, elle est possible à propos d'exploitations agricoles très étendues), alors qu'elle est possible à propos d'une chose incorporelle. Mais en Droit, elle est en toute hypothèse exclue. L'ubiquité de la création conduit seulement à rendre la fraude aux titulaires de droits réels plus facile à réaliser.

« Ainsi, l'ubiquité d'une œuvre de l'esprit comme l'incorporalité des droits d'exploitation ne prouvent pas que ces droits puissent être exercés simultanément. Un droit ne peut être exercé que par son titulaire. Certes, une œuvre de l'esprit, par nature ubiquitaire, peut être utilisée par tous, parce qu'on est là dans l'ordre du *fait*. On veut dire par là que, quand bien même le législateur voudrait affirmer le contraire, ses dispositions seraient privées de toute efficacité : c'est un *fait* qu'une œuvre de l'esprit divulguée peut se répandre dans tous les esprits, sans qu'il soit possible de s'y opposer juridiquement. Au contraire, il revient à l'ordre du *droit* de définir qui est titulaire du droit de reproduction ou de représentation. L'œuvre peut être reproduite ou représentée sans qu'il y ait exercice du droit, sans autorisation (c'est précisément le *fait* de contrefaçon), mais aussi avec une autorisation – qu'elle soit légale (exception) ou conventionnelle (créance sur l'auteur ou sur le titulaire du droit d'exploitation, de façon générale) »[1577].

Le postulat classique en la matière, selon lequel l'ubiquité non seulement autoriserait la superposition, mais de surcroît la rendrait indolore, est faux : même si l'éditeur titulaire d'un droit exclusif ne sait pas qu'un tiers contrefacteur édite également l'œuvre, le bénéfice qu'il retire de son exploitation légitime est forcément amoindri par l'existence d'un concurrent sur le marché.

Au total, c'est l'accès intellectuel à l'œuvre qui est effectivement autorisé par son ubiquité. Son accès juridique ne dépend pas de ce caractère. Si le tiers peut profiter de l'ubiquité pour exercer une maîtrise illégitime de l'œuvre, le Droit ne se laisse pas abuser par les apparences. Sur une chose, fut-elle corporelle ou incorporelle, ou sur une portion d'une chose, ou utilité, il ne peut y avoir qu'un seul maître, un seul droit réel. L'auteur n'a pas plus de pouvoir qu'un propriétaire.

[1577] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 311 et s., n°455 et s.

532. Superposition des droits personnels. L'auteur comme le propriétaire peut s'engager à accomplir une prestation identique au profit d'autant de créanciers qu'il le désire. Le droit personnel est par nature non-exclusif : le créancier d'un droit personnel ne peut s'opposer à ce qu'un autre créancier exige du débiteur la même prestation. Lorsque cette prestation consiste à permettre aux créanciers un accès à sa chose (location d'un immeuble à plusieurs personnes, licence d'exploitation pour plusieurs exploitants, voire même simple droit d'utilisation d'une œuvre pour plusieurs utilisateurs), on peut en tirer l'impression d'une superposition de droits sur la chose. Effectivement, il est parfaitement concevable que plusieurs personnes aient le droit d'exploiter l'œuvre d'une manière identique. Mais il s'agit alors de droits personnels, qui s'exercent contre un débiteur et non sur une chose. La superposition de droits personnels sur l'œuvre n'est pas, à strictement parler, concevable. Ou alors, il faut entendre ici la superposition de droits personnels sur la tête du débiteur.

Cette situation n'a rien que de très banal. Elle est au pouvoir de l'auteur comme du propriétaire. Pourtant, même à ce stade, il se trouve encore des auteurs pour la qualifier d'extraordinaire, et trouver dans l'ubiquité de la création la raison de cette originalité. En effet, le propriétaire qui désire louer son immeuble à plusieurs personnes se trouve forcément limité par la matière. Au contraire, aucune contingence matérielle n'empêche l'auteur par exemple d'autoriser l'édition de son œuvre à un nombre infini d'éditeurs, ou de consentir à de multiples adaptations de son œuvre. La seule limite qu'il peut rencontrer est la saturation du marché. Il faut sans doute reconnaître que l'ubiquité a ici une incidence, mais pas sur le Droit, seulement sur le Fait : la superposition de droits personnels est – peut-être, ce n'est certainement pas systématique – économiquement plus rentable lorsqu'elle se réalise sur une création plutôt que sur une chose corporelle.

533. Bilan. Les deux aspects de la question se rejoignent finalement, et un auteur la résume ainsi : « le concept de « titularité multipliée » n'a aucun fondement théorique. S'il est possible de fractionner le monopole d'exploitation à l'infini et de constituer autant de droits dissociés que le titulaire originaire le souhaite, il n'est pas possible de « multiplier » un même droit d'exploitation, et ceci pour une raison simple. Si devait être admise la « multiplication » des droits d'exploitation, il faudrait reconnaître que chacun des droits « démultipliés » perdrait ce caractère exclusif. Or l'article L. 111-1 du CPI souligne bien que le droit d'auteur est un droit exclusif. De fait, il faut repartir au premier sens de l'exclusivité : le droit est exclusif car il appartient à son seul titulaire. Le droit de reproduction ou de représentation pris isolément sont pareillement exclusifs, car ils appartiennent à leur seul titulaire. Il n'est pas possible, par

contrat, de retirer au droit lui-même l'un de ses caractères essentiels. (…) En d'autres termes, la thèse de la multiplication n'aboutit pas à créer un droit nouveau, mais à dénaturer le droit exclusif qu'est le droit d'exploitation »[1578].

Pour conclure, l'auteur qui aliène ses droits d'exploitation ne les *multiplie* pas plus qu'il ne les *superpose*. Son pouvoir n'a rien d'extraordinaire. Il ne se distingue pas, sur ce point, de la banalité du pouvoir d'un propriétaire qui aliène. L'on peut en dire autant du breveté ou du titulaire d'une marque, sans que leur situation appelle de remarques particulières.

En revanche, l'auteur qui aliène ses droits d'exploitation *divise*. Et sur ce point, il s'oppose réellement au propriétaire qui aliène.

§ 2. Division, démembrement et disposition juridique

534. Peut-on voir dans l'aliénation des droits d'exploitation par l'auteur l'acte de disposition juridique d'un véritable propriétaire ? Lorsqu'il exerce son *abusus*, comme lorsqu'il exerce plus généralement sa propriété, le propriétaire appréhende sa chose dans son unicité, tandis que l'auteur procède systématiquement à la division de l'objet de son pouvoir. La propriété du Code civil est unitaire, le droit de l'auteur est fractionnable à volonté. Le décalage est manifeste. C'est d'abord l'esprit divisionniste du droit d'auteur qui nous arrête (A). Mais c'est aussi la technique du législateur que nous voulons examiner : l'auteur peut-il se justifier en arguant qu'il ne fait qu'emprunter la technique du démembrement au droit commun de la propriété (B) ?

A. Premier décalage : le principe de la division

535. L'auteur qui aliène ses droits d'exploitation n'est pas un propriétaire qui aliène sa chose.

1. En droit commun de la propriété

536. Le principe de l'unité. La propriété est une et indivise. Le propriétaire du Code civil détient *un* droit sur *une* chose. Lorsqu'il exerce les attributs de ce droit, c'est la chose toute entière, dans sa globalité, qui en forme l'objet. Il consomme son pain ou use de sa voiture, il recueille les fruits de son jardin ou de l'appartement qu'il loue. Il vend son vélo ou sa maison.

[1578] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 311 et s., n°455 et s.

Surtout, lorsque le propriétaire dispose juridiquement de sa chose, il accomplit des actes juridiques, translatifs ou non, qui prennent pour objet la chose dans son unicité. Son pouvoir de disposer couvre *toute* la chose.

Sans doute peut-il également choisir de diviser l'objet de son droit : il peut vendre uniquement les roues de sa voiture, ou un appartement de son immeuble. Mais toujours, l'objet dont il dispose forme à lui seul une chose, autonome et identifiable, distincte des autres choses.

537. L'exception de la division. Egalement, il peut diviser sa chose sans qu'il en résulte une chose nouvelle : il peut démembrer son droit de propriété en transférant un droit réel sur sa chose à un tiers. Dans la définition classique du démembrement, le propriétaire se prive d'une utilité de la chose, qu'il transmet à un tiers, lequel est alors investi d'un droit réel direct sur la chose, concurrent du droit direct du propriétaire. Il s'agit d'un acte de disposition non-translative, parce qu'il ne transfère pas la chose, qui reste sous la maîtrise de son propriétaire. Dans la théorie moderne[1579], le démembrement n'enlève rien au propriétaire, qui se contente de s'interdire tel usage de sa chose, et de créer au profit d'un tiers un droit d'en user de telle ou telle manière. Peu importe, car en tout état de cause, la chose fait effectivement l'objet d'une division : deux personnes exercent sur elle deux maîtrises concurrentes, le titulaire du droit réel démembré prétendant seulement à telle utilité déterminée tandis que le propriétaire conserve toutes les autres utilités.

En soi donc, la division de la chose objet de propriété n'est pas impossible, elle est expressément admise par le Code civil. Mais cette situation constitue l'exception. La loi organise le régime des droits réels sur la chose d'autrui, et on a longtemps pensé que leur nombre était limité par un *numerus clausus*. Le Code civil a voulu rompre avec les propriétés simultanées du droit féodal, et faire de la propriété un droit unique, sans concurrent, conférant à un seul titulaire tout le pouvoir sur une chose entièrement soumise à sa maîtrise. Les codificateurs ont créé « la propriété comme un droit fondamental de la personne, comme un droit solitaire pur de toute immixtion d'autrui »[1580]. L'idée de l'article 544 est donc le pouvoir d'*un* propriétaire sur *une* chose, et cela se prolonge dans l'exercice de son *abusus* : le propriétaire a le pouvoir d'aliéner sa chose entière, et c'est le mode normal de sa mise en œuvre. Les actes de disposition non-translative (constitution de droits réels) ne sont que des

[1579] Encore qu'on la trouve déjà complètement aboutie chez M. de VAREILLES-SOMMIERES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, préc., p. 490, n°87.
[1580] R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, préc., p. 351.

formes secondaires d'*abusus*. Disposer rime avec aliéner, et toute autre forme de disposition, qui se borne à transférer une utilité de la chose, est considérée avec méfiance, parce qu'elle grève la propriété et entame l'unicité de son objet.

2. En droit d'auteur

. Le principe de la division

538. L'unité impossible. En droit d'auteur, la situation est exactement inverse. L'auteur n'a pas le pouvoir d'aliéner la création dans sa globalité : le droit moral le lui interdit. Rien ne sert de contourner cet obstacle en reléguant le droit moral au domaine extrapatrimonial et en posant que seul le droit patrimonial constitue la traduction juridique de la création dans un bien, car le droit de suite interdit lui aussi l'aliénation du droit patrimonial dans sa globalité. Bien entendu, on peut encore exclure le droit de suite (il serait un droit sur le support, distinct du droit sur l'œuvre), et poser que le bien consiste seulement dans les droits d'exploitation, mais la construction finit par paraître vraiment artificielle, et du reste, il faut encore surmonter l'obstacle du poids du droit moral et des obligations imposées au cessionnaire, qui remettent en cause la qualification de cession. En résumé, il faut bien reconnaître que seuls les droits d'exploitation sont – *a priori* – cessibles, comme le dit d'ailleurs clairement le législateur (même si nous doutons par ailleurs de cette cessibilité). Ainsi, le droit d'auteur ne confère pas à son titulaire le pouvoir d'aliéner son œuvre, conçue comme une unité, mais seulement et très ponctuellement celui d'aliéner le droit de la reproduire et le droit de la représenter.

539. La division obligatoire. Autrement dit, le principe en droit d'auteur est l'aliénation de telle et telle prérogative juridique ponctuelle et strictement déterminée, conférée par le droit global, à l'exclusion de toutes les autres. L'œuvre est tout de même appréhendée comme une unité juridique, dans la mesure où le droit d'auteur la prend pour objet. Mais au stade de sa disponibilité, le pouvoir d'*abusus* de l'auteur ne s'applique pas à la chose prise dans sa globalité, il s'applique uniquement à certaines utilités de celle-ci. C'est donc bien un principe de division que postule l'aliénabilité des droits d'exploitation.

Ici, il ne s'agit pas de procéder comme le ferait un propriétaire qui scinderait sa chose en deux choses autonomes. C'est une possibilité pour l'auteur, qui peut par exemple « dissocier diverses contributions de genres différents – musique et paroles d'une chanson par exemple –

ou de même genre – divers articles d'une encyclopédie, d'un journal, etc. »[1581]. De même, le titulaire d'un brevet peut dissocier deux applications de son invention. Il y a dans ces hypothèses une division de la chose elle-même, et si cela ne résulte pas dans la naissance de deux créations distinctes, cela résulte en revanche dans la distinction de deux objets, appelant chacun l'application de la totalité des prérogatives du droit examiné. Au contraire, le législateur en droit d'auteur laisse la création entière, mais c'est à propos du droit qui la réserve qu'il procède au « dépeçage ». Chaque comportement concevable à propos de cette unique chose est isolé et autonomisé au point de devenir une prérogative au pouvoir de l'auteur, un droit.

. La mise en œuvre de la division

540. La traduction de la division : *les* droits de l'auteur. De manière générale, c'est tout le régime du droit d'auteur qui fait les frais de cette technique. On en trouve de nombreuses illustrations, à commencer par l'article L. 111-1 qui dispose dans son alinéa 2 : « Ce droit comporte *des attributs* d'ordre intellectuel et moral ainsi que *des attributs* d'ordre patrimonial ». Au moment de définir le droit moral de l'auteur, le législateur intitule le chapitre « droits moraux » au pluriel, et il organise un régime spécifique pour chacun des droits moraux de l'auteur. Lorsqu'il définit le pouvoir patrimonial de l'auteur, il intitule encore le chapitre « droits patrimoniaux » et explique à l'article L. 122-1 que « Le droit d'exploitation (…) comprend le droit de représentation et le droit de reproduction », qu'il assortit chacun d'un régime juridique particulier.

Voit-on le législateur expliquer, à propos du droit de propriété d'un immeuble, que ce droit *comporte des attributs d'ordre patrimonial* ? Est-ce qu'il détaille les différentes manières dont le propriétaire peut user (*usus*) ou jouir (*fructus*) de son immeuble ? Explique-t-il que le propriétaire d'un immeuble a le droit de l'exploiter, et que ce droit comprend le droit de le louer à des particuliers, de le louer à des commerçants, de concéder un droit d'usage et d'habitation, d'autoriser les voisins à passer sur son terrain, etc. ? Le législateur précise-t-il que le propriétaire d'une chaise a, au titre de sa propriété, le droit de s'asseoir dessus, de la déplacer, d'y ajouter des roulettes ou un coussin, de la louer, d'en faire du petit bois, de la peindre, etc. ? Le législateur du Code civil conçoit la chose appropriée comme une unité, et ne juge pas nécessaire de détailler les multiples prérogatives que le propriétaire détient, pas plus

[1581] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 299, n°438.

d'ailleurs qu'il ne songe à les concevoir comme de véritables « droits », comme s'ils avaient une existence juridique autonome. Il ne proclame pas la cessibilité du droit de louer l'immeuble, ou la cessibilité du droit d'aménager une servitude de passage. Il n'organise pas l'aliénation de telle ou telle forme d'usage de la chose, en ménageant l'inaliénabilité de telle ou telle autre. Il ne cantonne pas le pouvoir d'aliéner à certaines utilités de la chose. C'est la chose qui passe d'un patrimoine à l'autre, et ses utilités ne sont pas naturellement partagées entre de multiples titulaires, mais toutes détenues par un seul, son propriétaire.

Au contraire, le législateur en droit d'auteur n'envisage l'œuvre qu'à travers le droit qui la réserve. Et il ne conçoit ce droit que comme la réunion d'un certain nombre de prérogatives qui sont elles-mêmes érigées en droits[1582]. Il ne traite pas du droit d'auteur dans sa globalité, mais dans ses fractions, qu'il détache de son pouvoir général. Et lorsque la pratique met à jour une nouvelle forme d'exploitation, elle ne se contente pas de l'intégrer dans le droit d'auteur comme l'une des manifestations de son pouvoir global. Au contraire, elle en fait un véritable droit autonome, comme l'illustrent le droit de location, le droit de destination, le droit de lecture, le droit de téléchargement, le droit de prêt, le droit d'adaptation, etc. C'est tout le droit d'auteur qui est façonné par cette démarche de fractionnement.

541. Le paroxysme de la division : les subdivisions. Cette vision divisionniste se manifeste particulièrement à l'occasion de l'exercice par l'auteur de son pouvoir de disposer. Ici, le législateur renforce encore la division systématique de l'objet. « L'auteur peut (…) « démembrer » son droit à l'infini »[1583]. C'est le régime des contrats d'auteur qui conduit l'auteur, lorsqu'il souhaite aliéner un droit d'exploitation, à adopter une vision éclatée de son droit d'exploitation. D'abord, l'article L. 122-7 al. 2 pose que la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction, et inversement : on incite l'auteur à une cession seulement partielle. Ensuite, et surtout, l'article L. 131-3 oblige l'auteur à préciser chacun des droits qu'il cède, et à délimiter son domaine d'exploitation « quant à son étendue, quant au lieu et quant à la durée ». L'auteur est donc invité à distinguer chacune des utilités concevables de son œuvre, à appréhender son droit d'exploiter comme la somme d'une multitude de droits, chacun cantonné à une manière extrêmement étroite et précise d'exploiter l'œuvre : « l'article L. 131-3 du CPI postule pour une divisibilité quasi infinie du

[1582] Dans ce sens, H. BATIFFOL, *Problèmes contemporains de la notion de biens*, dans *Les biens et les choses*, APD t. 24, p. 10. *Contra* pour « une seule et même construction propriétaire » selon P. GAUDRAT, *Propriété littéraire et artistique, Droits des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral*, préc., p. 24, n°37.
[1583] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 305, n°446 et s.

droit patrimonial »[1584].

542. ***Addendum.*** **La division en propriété industrielle.** Le principe est également celui du droit des propriétés industrielles. En droit des dessins et modèles, c'est le droit d'auteur qui s'applique, et l'on sait désormais ce que cela implique.

En droit des brevets, le législateur autorise la cession totale ou partielle. Cela signifie que le contrat porte cession soit de tous les droits d'exploitation, soit de la totalité d'un seul droit d'exploitation, soit encore d'une partie d'un droit d'exploitation, « par exemple (…) certaines applications du moyen breveté ou (…) une partie des modes d'exploitation »[1585]. Le breveté a sans doute un droit exclusif d'exploitation, mais celui-ci n'est pas conçu de manière unitaire. Il consiste dans une somme de pouvoirs. Si le législateur n'en propose pas de liste, celle-ci résulte de la lecture *a contrario* des actes de contrefaçon : tous les actes le breveté peut interdire aux tiers, ce sont autant de droits du breveté sur son invention. A propos de la cession, l'article L. 613-8 comme les autres dispositions du CPI parlent toujours *des* droits du breveté, au pluriel.

C'est encore le cas de la marque. Si l'article L. 712-1 admet la propriété « de *la* marque », ce sont en revanche « *Les droits* attachés à une marque » qui sont transmis, aux termes de l'article 714-1. La définition du contenu de ces droits passe ici encore par une lecture *a contrario* des actes que le titulaire peut interdire aux tiers, ce qui conduit à voir dans le droit de marque la somme de tel et tel acte d'exploitation particulier de la marque.

543. Bilan. En résumé, l'aliénation par l'auteur vise toujours un objet *a minima*, une portion réduite de l'objet de son droit d'auteur. L'œuvre, ou si l'on préfère cette conception, le droit sur l'œuvre, n'est jamais l'objet de la disposition. Le droit de l'auteur n'est jamais transmis qu'en partie, et on l'appréhende toujours à travers ses composantes. Le droit d'auteur n'est finalement qu'un contenant, une enveloppe dans laquelle se rangent les droits de l'auteur. Le législateur ne cherche pas à unifier le régime du droit d'auteur. Bien au contraire, il façonne et fractionne chaque forme de maîtrise de l'œuvre sans égard pour la cohérence de l'ensemble. Il en résulte un droit que l'on peut difficilement comparer à la propriété.

Nuances. On peut sans doute nuancer ce tableau. D'une part, il est possible de justifier ce divisionnisme en arguant que, de manière générale, la spécification des différents droits

[1584] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 223, n°502.
[1585] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 298, n°435.

d'exploitation vise à clarifier « les modalités techniques d'utilisation de la création »[1586], dont l'incorporalité pourrait dérouter. De manière particulière, les subdivisions infinies qu'implique la cession des droits d'exploitation trouvent certainement une légitimité dans la protection qu'elles assurent à l'auteur qui se dépouille.

D'autre part, on peut également arguer qu'il n'est pas interdit à l'auteur de procéder à une cession pure et simple de la totalité de ses droits d'exploitation. Cette faculté résulte de la lecture des articles L. 131-3 et 131-6 CPI. Il existe donc bien des situations marginales dans lesquelles l'auteur aliène ses droits d'exploitation sans que le législateur lui en impose la division. Si l'on prend en compte le fait que ces situations d'aliénation totale sont en pratique assez fréquentes, surtout dans le domaine des arts appliqués, le pouvoir d'aliéner de l'auteur se rapproche alors de celui d'un propriétaire, puisque l'esprit divisionniste est écarté, et le droit d'exploitation transmis en totalité, dégagé de toute charge pour le cessionnaire.

Enfin, on peut encore rappeler qu'en soi, la division de l'objet n'est pas inconnue en propriété. Le propriétaire peut démembrer son droit en investissant un tiers d'un droit réel sur sa chose, c'est-à-dire en se privant d'une utilité de sa chose au profit de ce tiers. Ainsi, si elle contredit l'esprit de l'institution, la division en droit d'auteur trouve cependant une légitimité dans la mesure où elle ne fait qu'emprunter son mécanisme au droit commun de la propriété. L'auteur démembre comme un propriétaire, et qu'importe s'il démembre davantage ?

Portée du divorce. Pour autant, et selon nous, ces nuances ne remettent pas en cause le divorce entre l'esprit de la propriété et celui du droit d'auteur. Dans notre optique de rapprochement avec la propriété, il faut donc se défier de cette division systématique en droit d'auteur, parce qu'elle constitue le principe et ne connait pas d'exception (l'aliénation globale est condamnée), et parce que le législateur la pousse à son paroxysme. Il y a là une contradiction manifeste avec le principe qui commande à la propriété.

Il faut poursuivre l'examen. Il est pour l'instant acquis que l'auteur qui aliène ses droits d'exploitation ne procède pas à la manière d'un propriétaire, puisqu'il divise l'objet de son pouvoir de disposer. Il faut donc souligner que l'auteur n'aliène pas sa chose dans sa globalité, ni même son droit dans son unité, mais il se borne à céder certaines prérogatives patrimoniales déterminées tout en restant titulaire des autres. Ainsi, l'auteur qui aliène ses droits d'exploitation ne peut être comparé à un propriétaire qui aliène sa chose, mais bien plus modestement à un propriétaire qui démembre sa chose. Le pouvoir de disposition de l'auteur n'est en effet pas translatif, puisqu'il conserve la maîtrise de l'œuvre. Il faut donc conclure

[1586] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 409, n°493.

que la division systématique en droit d'auteur conduit non seulement à un divorce d'avec l'esprit de la propriété, mais également à un divorce d'avec le contenu du pouvoir de disposition du propriétaire : tandis que celui-ci peut aliéner sa chose, l'auteur ne peut que la démembrer.

Ici, il faut s'interroger : sans doute l'auteur a-t-il moins de pouvoir qu'un propriétaire, mais peut-on quand même voir en lui un propriétaire qui dispose ? Peut-il en quelque sorte excuser sa trahison de l'esprit unitaire de la propriété en avançant que, de moindre envergure, son pouvoir de disposer est cependant celui d'un propriétaire typique, puisqu'en aliénant ses droits d'exploitation, il ne fait rien d'autre que démembrer son droit comme le ferait un propriétaire classique ? Autrement dit, pour passer outre l'obstacle de la division (qui dénature l'esprit des actes de disposition, et déclasse leur domaine), peut-on trouver appui dans la nature de la technique utilisée pour cette division ? L'aliénation des droits d'exploitation peut-elle vraiment être ramenée à un démembrement ?

B. Second décalage : la technique de la division

544. L'auteur qui aliène ses droits d'exploitation n'est même pas un propriétaire qui démembre sa propriété.

Question : est-on en présence d'un démembrement ? Il est admis en doctrine que le législateur adopte une vision divisionniste du droit d'auteur, et l'on reconnaît généralement du bout des lèvres que ce caractère tranche avec la démarche globale du législateur en droit de propriété.

Pour minimiser l'impact de cette division systématique, de nombreux auteurs avancent que l'auteur ne fait rien d'autre que démembrer son droit, comme tout propriétaire peut le faire. Lorsque certains refusent « (l)'idée que le droit de l'exploitant démembre la propriété de l'auteur »[1587], ce n'est pas parce qu'ils distinguent l'auteur d'un propriétaire, mais parce qu'ils voient dans le droit de l'exploitant un droit personnel.

Ainsi, pour arriver au démembrement, les auteurs partent de la terminologie légale, qui parle de cession. S'il y a cession, c'est que l'auteur se prive d'un droit dont il investit un tiers, le cessionnaire. Et s'il y a transfert, c'est que le droit d'exploitation constitue un droit réel. Il s'agit donc du mécanisme qui consiste à retirer un droit à l'auteur pour le donner à un tiers.

[1587] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2013, préc., p. 537, n°640.

Pour beaucoup, « tout semble autoriser à raisonner en termes de démembrement »[1588]. Pour désigner cette situation, les auteurs parlent de « morcellement », de « démembrement », de « subdivision », de « fractionnement », de « fragmentation », de « scission », voire même de « droit-mère » ou « droit-source ». Mais tous ces termes désignent une seule et même réalité : il s'agit d'établir que l'aliénation de ses droits d'exploitation par l'auteur, si elle ne constitue pas un acte de disposition translative à l'image de la vente d'une chose par son propriétaire, constitue en revanche un acte de disposition non-translative à l'image de la constitution d'un droit réel démembré de la propriété. Il nous faut donc vérifier l'adéquation entre le démembrement de droit commun et la technique du législateur en droit d'auteur, pour nous assurer que le pouvoir de disposition de l'auteur correspond bien au pouvoir de disposition non-translative d'un propriétaire.

545. Premier élément de réponse : définition des termes du débat. Dans le Code civil, le démembrement consiste dans la division du droit de propriété sur la chose. Le droit de propriété confère l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, et le propriétaire peut se priver d'une utilité de sa chose, ou d'une partie de cette utilité, pour la transférer à un tiers. Il démembre sa propriété et investit le tiers d'un droit réel, droit direct sur sa chose. Les démembrements de la propriété sont traditionnellement limités par la règle du *numerus clausus*. Il s'agit par exemple de l'usufruit, du droit d'usage et d'habitation.

Il faut d'abord relever que le CPI admet explicitement le démembrement en droit d'auteur, puisque l'article L. 123-6 organise un usufruit légal des droits d'exploitation au profit du conjoint survivant. Et la doctrine considère que l'auteur peut librement constituer un usufruit conventionnel sur ses droits d'exploitation.

A priori, il semble donc possible de déduire de l'admission de ces usufruits l'admission plus générale du principe du démembrement en droit d'auteur. Pourtant, il faut préciser les contours de cet usufruit *en* droit d'auteur : en effet, il ne s'agit pas ici d'une consécration de l'usufruit *du* droit d'auteur, mais seulement de l'usufruit *des droits d'exploitation* de l'auteur. Si l'on cantonnait notre examen au rapprochement entre le droit de propriété et le seul droit d'exploitation de l'auteur, il serait alors exact de poser que l'auteur a le pouvoir de

[1588] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 305, n°446 et s. Dans le même sens, C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 188, n°251 ; B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 217, n°483, note 1034 ; J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Dalloz, 1927, p. 390, n°161 ; P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 147 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 285, n°152 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 560, n°631, et p. 577, n°651.
Et en propriété industrielle, F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété industrielle*, préc., p. 619, n°1320.

démembrer son droit comme un propriétaire, et d'en déduire que le droit – d'exploitation – de l'auteur est un droit de propriété. C'est le parti pris par certains[1589]. Mais quant à nous, nous examinons la nature du droit d'auteur, en ce compris son droit d'exploitation, son droit de suite, et son droit moral. Dans cette optique, il n'est pas possible de dire que l'auteur a le pouvoir de démembrer son droit d'auteur, comme le ferait un propriétaire. Il a seulement le pouvoir de démembrer une fraction de son droit d'auteur.

Or, la situation se complique lorsque l'on relève que c'est justement cette fraction du droit d'auteur, ces droits d'exploitation, dont on postule en doctrine qu'ils constituent, lorsque l'auteur les cède, un démembrement. La consécration légale de l'usufruit en droit d'auteur est donc privée de portée pour notre recherche, puisque celui-ci prend précisément pour objet le droit dont nous examinons la qualité de démembrement. Si l'usufruit légal avait eu le même objet que le droit dont nous examinons la nature de démembrement, c'est-à-dire l'œuvre, nous aurions pu déduire de sa consécration légale l'autorisation du principe du démembrement de cet objet, et proposer de voir dans la cession des droits d'exploitation l'admission d'autres formes de démembrement de cet objet à côté et en sus de l'usufruit. Mais parce que l'objet de cet usufruit est lui-même potentiellement un démembrement, l'usufruit légal autorise seulement à conclure qu'il peut lui-même être démembré. En revanche, le fait que les droits d'exploitation puissent faire l'objet d'un usufruit ne préjuge pas de leur nature de démembrement : l'usufruit d'usufruit est admis en droit commun, comme l'usufruit d'une chose. Il faut donc déterminer si les droits d'exploitation peuvent être détachés du droit d'auteur et transmis à des tiers à la manière de droits réels démembrés de la propriété. Le fait que le législateur admette de les détacher du droit d'auteur pour organiser sur eux un usufruit ne permet pas de répondre à la question.

Lorsque l'auteur divise son droit et transmet certains droits d'exploitation à des tiers, use-t-il de la technique du démembrement ? Plusieurs arguments s'opposent à reconnaître dans la cession des droits d'exploitation par l'auteur le mécanisme du démembrement du droit commun de la propriété. Certains sont plus convaincants (1) que d'autres (2).

[1589] Voir C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc.

1. Les arguments qui ne condamnent pas l'analyse en démembrement

a. Démembrement du droit d'auteur et *numerus clausus*

546. Principe du *numerus clausus.* C'est d'abord le *numerus clausus* qui s'opposerait au démembrement du droit d'auteur. En effet, la doctrine ancienne[1590], comme certains auteurs contemporains[1591], enseignent que les droits réels démembrés sont en nombre limité, et que seul le législateur peut en créer de nouveaux. Plusieurs arguments sont avancés[1592], de texte et d'esprit. Ils sont bien connus, et l'on peut renvoyer à la version intégrale[1593].

547. Conséquence du *numerus clausus* : le démembrement du droit d'auteur, forme d'usufruit ? Si l'on admet cette lecture du Code civil, il faudrait alors tenter de ramener les droits d'exploitation à l'un des droits réels connus. Le droit de l'exploitant ne semble pas si différent d'un droit d'usufruit : le cessionnaire comme l'usufruitier ont le pouvoir d'exploiter (*usus*) et de récolter les fruits de cette exploitation (*fructus*). Pourtant, un auteur examine l'éventuelle parenté entre les droits d'exploitation et le droit réel d'usufruit, et conclut à la distinction des deux situations. « Le démembrement opéré dans la perspective de l'exploitation n'est pas un usufruit : (…) l'exploitant n'acquiert pas un droit réel de jouissance de l'œuvre de l'esprit portant sur toutes ses utilités »[1594].

Cet argument nous paraît discutable : sans doute l'usufruit traditionnel porte-t-il sur toutes les utilités de la chose, sur tout l'*usus* et tout le *fructus* de celle-ci, tandis que le droit de l'exploitation ne confère que l'*usus* et le *fructus* d'une utilité déterminée. En d'autres termes, l'usufruitier peut user de la chose de toutes les manières concevables, alors que le cessionnaire ne peut exploiter l'œuvre que d'une manière déterminée. L'usufruit a pour objet la chose dans sa globalité, bien qu'il ne confère que l'usage et les fruits de cette chose, mais le droit d'exploitation n'a quant à lui pour objet qu'une utilité de l'œuvre et pas l'œuvre dans toutes ses formes d'exploitation concevables, même s'il n'a par ailleurs que l'*usus* et le *fructus* de cette forme particulière d'exploitation, tout comme l'usufruitier. Autrement dit,

[1590] BARTIN, dans Aubry et Rau tome II p. 71.
[1591] F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 2002, préc., p. 89, n°81 ; F. TERRE, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, dans *Destins du droit de propriété*, Revue Droits, PUF, 1985, p. 34 ; F. ZENATI & T. REVET, *Les biens*, préc., 1997, p. 236, n°196 ; H., L., J. MAZEAUD & F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Biens*, 1994, par F. CHABAS, préc., p. 4, n°1287.
[1592] Voir par exemple le résumé de W. DROSS, *L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel ?*, RTDCiv. 2013, p. 142.
[1593] Voir version intégrale n°1331 et 1332.
[1594] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 302, n°441.

l'usufruitier et l'exploitant ont le même *type* de pouvoir (*usus* et *fructus*), mais l'objet de l'usufruit est la chose dans sa globalité, celui du droit d'exploiter est seulement une fraction des utilités de l'œuvre. Faut-il pour autant en déduire une différence de nature ?

Plusieurs arguments nous paraissent remettre en cause la distinction de l'auteur. D'une part, le droit commun admet l'usufruit d'usufruit, et le CPI admet l'usufruit des droits d'exploitation du conjoint survivant : n'est-ce pas une manière de dire que les deux objets – usufruit et droit d'exploitation – peuvent être rapprochés ? D'autre part, l'usufruit n'est que le terme qui désigne la réunion entre les mains du non-propriétaire des pouvoirs d'*usus* et de *fructus* relativement à un objet, mais puisque le Code civil admet l'usufruit d'usufruit, cela signifie bien que l'objet de l'usufruit n'est pas forcément la chose dans sa globalité, mais qu'au contraire il peut être une simple fraction de cette chose. Ainsi, l'usufruit peut être total ou partiel, et s'il peut porter sur une partie de la chose corporelle, il peut aussi porter sur une utilité de l'œuvre. A ce stade donc, il ne peut selon nous être exclu que le droit cédé à l'exploitant soit une forme d'usufruit.

Certains auteurs adoptent une position plus nuancée : « (d)ans certains cas, la cession du droit de reproduction peut, selon l'étendue du contrat, prendre le caractère d'un véritable usufruit temporaire »[1595]. Pour nous, il faut simplement reconnaître que la cession d'un droit d'exploitation se rapproche plus ou moins d'un usufruit en fonction des stipulations contractuelles : l'auteur peut consentir un droit plus ou moins étendu sur l'œuvre (domaine, territoire, durée, exclusivité, nombre d'exemplaires, etc…), tandis que l'usufruit transfère par principe tout l'usage et tous les fruits de la chose. Mais sur le principe, il y a bien, en droit d'auteur comme en propriété, transfert de telle ou telle forme déterminée d'usage et de jouissance de la chose.

A dire vrai cependant, il faut bien reconnaître que l'usufruit n'est pas particulièrement adapté au droit d'auteur, et qu'il convient bien mieux aux immeubles, pour lesquels il a été conçu. Les démembrements du Code civil sont façonnés pour épouser les contours des biens qui ont la plus grande valeur en 1804 : ce ne sont pas les créations. Il est normal que les droits d'exploitation d'une œuvre peinent à se fondre dans le moule de l'usufruit d'un immeuble. Au demeurant, il n'est peut-être pas nécessaire de forcer la catégorie de l'usufruit.

548. Rejet du *numerus clausus.* L'argument du *numerus clausus* peut être écarté : il suffit d'en finir avec ce postulat dépassé. En effet, les arguments juridiques dans ce sens ne

[1595] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 249.

manquent pas. Et la liberté de création des droits réels est opportune. Le débat est classique et l'on peut ici encore renvoyer à la version intégrale[1596].

549. Conséquence du rejet du *numerus clausus* : la liberté de création des droits réels conduit-elle à l'admission de la propriété de l'auteur ?

Potentiel du rejet du *numerus clausus* : l'auteur qui aliène effectue un acte de démembrement, il est un propriétaire. Si la règle du *numerus clausus* est écartée, il n'est donc pas interdit, *a priori*, d'analyser la cession des droits d'exploitation en un acte de démembrement par l'auteur de son droit à la manière d'un propriétaire. La portée de l'analyse est importante : ce n'est pas seulement l'acte de cession dont la nature se trouve précisée, c'est également la nature du droit dont l'exploitant est investi. En effet, du constat que l'auteur démembre à la manière d'un propriétaire, il faut nécessairement déduire que l'auteur crée un nouveau droit réel, dont il investit l'exploitant.

C'est donc la nature du pouvoir de l'auteur qui en sort déterminée : s'il ne peut aliéner son œuvre, il n'a pas de pouvoir de disposition translative. Mais s'il peut la démembrer pour créer des droits réels sur elle au bénéfice des exploitants, il a un pouvoir de disposition juridique non-translative. En revanche, si l'on refusait de surmonter l'obstacle du *numerus clausus*, on refuserait également la création de droits réels *praeter legem*, et cela obligerait à analyser le droit transmis par les contrats d'auteur en un droit personnel. Cela signifierait que l'auteur n'a pas de pouvoir de disposition, mais seulement un pouvoir d'accomplir des actes d'administration. L'œuvre serait alors non seulement inaliénable, mais plus largement indisponible. Elle s'insèrerait dans le commerce juridique dans la stricte mesure d'actes d'administration. Il serait alors difficile de voir dans le droit de l'auteur une propriété, privée de toute forme de disponibilité au sens strict.

Ainsi, écarter la règle du *numerus clausus* semble conduire tout droit à l'admission de la propriété de l'auteur : puisqu'il peut créer des droits réels, c'est qu'il dispose – même sans aliéner – à la manière d'un propriétaire qui démembre. Pourtant, la conclusion n'est pas si évidente : encore faut-il que l'auteur crée des droits réels en empruntant la technique du démembrement. En effet, en droit commun de la propriété, le propriétaire n'a d'autre choix, s'il veut créer un droit réel sur sa chose, que d'utiliser la technique du démembrement. C'est-à-dire qu'il doit isoler une utilité de sa chose (l'*usus* et le *fructus* pour un usufruit, l'usage d'un immeuble pour le droit d'usage et d'habitation, etc.), et la transmettre à un tiers. Quel

[1596] Voir version intégrale n°1334 et 1335.

que soit le démembrement qu'il effectue, il s'insère toujours plus ou moins dans le même schéma général : le démembrement investit le tiers d'un droit réel, qui s'exerce directement sur la chose, et place son titulaire dans une situation d'autonomie par rapport au propriétaire. Mais dans le même temps, la situation du titulaire du droit réel est précaire, car l'utilité démembrée a toujours vocation à réintégrer le droit du propriétaire.

Or, nous allons voir que la technique de division utilisée par l'auteur n'est pas celle du démembrement – selon nous en tout cas. Plus que son esprit, c'est surtout son contenu qui empêche le rapprochement. Ceci peut conduire à deux conclusions opposées :

550. Insuffisance du rejet du *numerus clausus* : l'auteur qui aliène n'est pas pour autant un propriétaire, car il ne démembre pas mais divise. Crée-t-il un droit réel ou personnel ? Soit on considère que le mécanisme du démembrement est le passage obligé de toute création de droit réel – connu ou nouveau – auquel cas on est obligé de conclure que les droits d'exploitation transmis par l'auteur ne sont en réalité que des droits personnels. Cela nous paraît peu probable, pour plusieurs raisons : non seulement le législateur ne dit nulle part que la liste des droits réels est close, mais il ne dit pas plus que le propriétaire qui crée des droits réels démembre sa propriété. C'est seulement une construction de la doctrine, dont on ne trouve aucune consécration dans le code. Surtout, c'est la conséquence de cette analyse qui nous arrête : parce qu'il ne se conformerait pas à la technique du démembrement, l'auteur serait privé de la faculté de créer des droits réels ? Si la technique de la division en droit d'auteur est irréductible à celle du démembrement, il faut également relever que la nature du droit de l'exploitant est irréductible à un droit personnel. Le droit dont l'auteur investit l'exploitant varie sans doute en intensité selon les stipulations contractuelles, et certains contrats se contentent effectivement de créer un droit personnel. Mais le plus souvent, le droit de l'exploitant se rapproche bien davantage d'un droit réel. Lier création d'un droit réel et démembrement n'est donc pas une solution opportune, car elle oblige à forcer la catégorie du droit personnel pour y faire entrer le droit de l'exploitant. Inopportun donc, le postulat nous paraît également mal-fondé.

Soit on relève en effet que la règle du *numerus clausus*, pour peu qu'elle ait eu une quelconque légitimité en 1804, visait non pas seulement à empêcher le propriétaire de morceler sa propriété, mais plus largement à éviter le retour au fractionnement systématique des propriétés féodales et à interdire au propriétaire d'organiser sur sa chose des propriétés simultanées. Dans cette optique, l'abandon du *numerus clausus* restaure la liberté du propriétaire de transmettre ponctuellement et temporairement telle ou telle utilité à un tiers

(c'est le résultat du démembrement), mais plus généralement la liberté de tout maître d'une chose d'organiser son fractionnement de manière définitive et systématique (ce n'est pas un démembrement, mais c'est bien la démarche de l'auteur). Il n'est donc pas nécessaire de s'insérer dans le schéma du démembrement pour créer un droit réel nouveau. Peu importe si la division en droit d'auteur contredit l'esprit ou la forme du démembrement, elle conduit quand même l'auteur à créer un droit que l'on peut rattacher à la catégorie des droits réels. S'il faut le classer parmi les catégories connues du Code civil, il se rapproche en effet bien davantage du droit réel que du droit personnel[1597]. Eu égard à sa physionomie particulière (son titulaire est tenu d'obligations envers l'auteur, plus lourdes que celles du titulaire d'un droit réel classique, et l'auteur a un pouvoir de contrôle plus important que le propriétaire), il faut alors peut-être y voir un droit réel *sui generis*. Ici encore, le particularisme du droit d'auteur explique que l'on peine à s'insérer dans les schémas classiques de la propriété.
En tout état de cause, il faut retenir ici que l'abandon du *numerus clausus* suffit, en soi, et selon nous, à autoriser la qualification du droit de l'exploitant en droit réel. Mais pour autant, cet abandon ne suffit pas, à lui seul, à établir que c'est en tant que propriétaire que l'auteur crée des droits réels. Pour cela, il faut encore s'assurer que c'est bien la technique du démembrement qu'il utilise. Or, nous allons voir plus bas (2) que cela ne nous paraît pas être le cas.

b. Démembrement du droit d'auteur et attributs du triptyque

551. Pour certains, c'est le type de découpage opéré par le législateur qui diffèrerait de celui opéré en droit commun de la propriété. Ici, il faut distinguer trois analyses : elles prétendent, par des logiques différentes, s'opposer au rapprochement, mais elles sont toutes trois inexactes.

. Le droit de l'exploitant n'est pas un attribut du triptyque

552. Proposition. Premièrement, et pour résumer simplement, c'est l'idée que le propriétaire reçoit au titre de sa propriété le droit d'user, de faire fructifier et de disposer de sa chose. Lorsqu'il démembre, il se prive d'un ou plusieurs de ces pouvoirs (usufruit), ou d'une partie d'un de ces pouvoirs (usage et habitation) qu'il transmet à un tiers. L'auteur au titre de son

[1597] Dans ce sens, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 295, n°432.

droit d'auteur ne reçoit pas ces types de pouvoirs, mais un faisceau de prérogatives spécifiques dessinées par la loi : les droits moraux et les droits patrimoniaux. Lorsqu'il prétend démembrer, il n'isole donc pas une forme d'*usus*, ou de *fructus*. C'est le législateur qui organise le détachement de tel ou tel droit d'exploitation, ou telle portion d'un droit d'exploitation strictement définie. En résumé, le découpage opéré par un propriétaire ne correspond pas au découpage opéré par un auteur, simplement parce que le contenu de leur droit est différent.

Plus précisément, on présente généralement les démembrements comme des parties de la propriété. On considère que la propriété est composée de trois attributs, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, et que le propriétaire qui démembre se défait de l'un de ses attributs, en tout ou en partie. Lorsqu'il se sépare de l'*abusus*, il perd la qualité de propriétaire. Mais lorsqu'il se sépare de l'*usus* ou du *fructus*, il reste propriétaire et investit le tiers d'un simple droit réel sur sa chose. Ainsi, le propriétaire transfère toujours l'un ou l'autre ou une partie de l'un ou l'autre de ces deux attributs non-normatifs. Les droits réels admis par le Code sont toujours des fractions d'*usus* ou de *fructus*, voire même l'*usus* et le *fructus* entiers (pour l'usufruit).

Or, pour certains auteurs, les droits d'exploitation transmis par l'auteur ne pourraient être ramenés à des fractions d'*usus* ou de *fructus*. Tandis que le Code civil morcelle le droit du propriétaire en s'insérant dans la fameuse trilogie, le morcellement opéré par législateur dans le CPI ne correspond pas à cette classification. Il divise le droit d'exploitation entre représentation et reproduction, et il subdivise ensuite en fonction du territoire, de la durée, voire même du nombre d'exemplaires. Ce fractionnement n'a rien à voir avec un découpage du droit entre *usus*, *fructus* et *abusus*. Les divisions du droit d'auteur ont une structure différente qui empêcherait d'y voir des portions d'attributs du triptyque.

553. Le principe du rejet. Mais pour nous, cet argument est inexact. Au contraire, « comme tout propriétaire, l'auteur peut aliéner le *fructus*, en d'autres termes, constituer, éventuellement, un véritable droit réel, démembrement du droit de propriété »[1598].

En effet, il faut d'abord rappeler que les attributs du triptyque ne sont que des catégories regroupant chacune un certain type d'actes. Sont des actes d'*usus* tous les actes d'usage de la chose, qu'il s'agisse d'un usage personnel, privatif, ou commercial. Sont des actes de *fructus* ceux qui consistent à recueillir les fruits des actes d'*usus* lorsque ces derniers en produisent.

Il faut ensuite relever que les droits réels connus du Code civil consistent effectivement à

[1598] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 248.

investir un tiers de l'*usus* de la chose, de son *fructus*, des deux à la fois, et ce en tout ou en partie. Ainsi, le droit réel de servitude consiste pour le propriétaire à transmettre à un tiers le droit d'user de son terrain d'une certaine manière (en passant dessus pour accéder à son propre terrain, ou en laissant s'écouler dessus ses eaux usées) : c'est une fraction de l'*usus* du propriétaire. Le droit d'usage et d'habitation consiste dans le droit d'user et d'habiter l'immeuble de propriétaire : c'est une fraction de son *usus* qu'il transmet ici. L'usufruit consiste à transférer tout l'*usus* et tout le *fructus* de la chose, laissant le propriétaire détenteur du seul *abusus*.

Il faut enfin remarquer que, de la même manière, les droits d'exploitation que l'auteur transmet à un cessionnaire peuvent être ramenés à des portions d'attributs du triptyque, ou plus exactement, ils peuvent être classés dans ces catégories : l'auteur transmet au cessionnaire le droit d'exploiter l'œuvre de telle ou telle manière strictement déterminée, pour telle durée, sur tel territoire, etc. Il investit donc le cessionnaire d'une fraction d'*usus* et de *fructus* : le cessionnaire a le droit d'user de l'œuvre de la manière définie au contrat, et il peut également récolter les fruits de cette jouissance. Parce que le droit d'exploitation est délimité *a minima* par les termes du contrat, c'est seulement une fraction de la jouissance globale de l'œuvre que l'auteur transmet. Mais en quoi les droits d'exploitation sont-ils différents du droit d'usufruit traditionnel, sinon dans leur domaine réduit aux plans temporel et matériel (et sous la réserve de ce que nous en avons dit plus haut) ? L'auteur ne fait rien d'autre, selon nous, que transférer une fraction de son droit de jouissance (*usus* + *fructus*).

554. Le détail du rejet. C'est bien l'analyse d'un auteur, qui examine chaque type de découpage des droits d'exploitation pour les ramener, tous, à une forme de démembrement[1599]. Ainsi en va-t-il de la délimitation de l'étendue du domaine d'exploitation. Lorsque l'on distingue au sein du droit de reproduction différentes opérations matérielles de reproduction tels par exemple l'imprimerie, la gravure, le dessin, la photographie, il s'agit néanmoins toujours de formes de jouissance de l'œuvre, donc d'un démembrement[1600]. C'est également le cas de la délimitation spatio-temporelle. Lorsque l'on fractionne le droit d'exploitation dans le temps, ou dans l'espace, on ne fait rien d'autre que découper le droit sur l'œuvre pour affecter à tel ou tel exploitant une part de jouissance limitée à une certaine durée ou à un certain territoire[1601]. C'est enfin vrai de la délimitation de la destination de

[1599] Pour le détail, voir version intégrale n°1341.
[1600] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 302, n°442.
[1601] *Ibidem*.

l'exploitation : en définissant « la finalité de l'exploitation permise – exploitation de l'œuvre en tant que telle, exploitation publicitaire, etc. – *(ou encore les)* modalités concrètes de la reproduction autorisée – édition courant, édition de luxe (sur papier de qualité supérieure, couverture rigide, reliure de cuir, etc.) »[1602], l'auteur démembre son droit. Il investit l'exploitant d'un droit de jouissance dont il choisit simplement de définir clairement les limites.

L'auteur considère cependant que, sur un point particulier, le découpage légal contredit la technique du démembrement. « Le démembrement du droit ne peut appréhender qu'une distinction des droits afférents à des opérations matérielles distinctes, à une durée ou un espace précis »[1603] tandis qu'au contraire, « la précision du nombre d'exemplaires, que certains classent dans la délimitation de l'étendue du domaine d'exploitation, ne paraît que difficilement pouvoir donner lieu à un démembrement du droit lui-même »[1604]. Pour nous, cela ne suffit cependant pas, en soi, à exclure le démembrement. Au total, le découpage légal, et les stipulations contractuelles qui lui font écho, ressortit bien de la technique du démembrement.

. Le droit de l'exploitant est moins qu'un attribut du triptyque

555. Deuxièmement, certains proposent une autre distinction entre le droit de l'exploitant et le droit réel démembré, qui empiète quelque peu sur l'argument précédant sans pour autant s'y résumer.

Proposition. Ici encore, il s'agit de relever que les droits réels démembrés retirent à la propriété un ou plusieurs de ses attributs, « un ou plusieurs droits *élémentai*res »[1605]. Plus précisément, le titulaire d'un droit réel démembré est toujours investi d'un droit qui *pèse* véritablement sur la propriété parce qu'il représente une fraction importante de celui-ci. Il en va ainsi de l'usufruit qui prive le propriétaire de tout l'*usus* et tout le *fructus* de sa chose. Le droit d'usage et d'habitation est de moindre importance, mais il reste conséquent. L'emphytéose, la superficie, le tréfonds sont de la même espèce : le propriétaire ne peut les ignorer, ils sont tout sauf indolores. Globalement, les droits réels démembrés réservent les utilités essentielles de la chose et constituent à ce titre des quasi-propriétés qui ne s'en distinguent que par leur caractère temporaire.

[1602] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 303, n°443 et s.
[1603] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 310, n°453.
[1604] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 310, n°452.
[1605] R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, préc., p. 331.

A l'inverse, les droits d'exploitation cédés par l'auteur sont bien moindres. Le plus souvent, ils le privent seulement d'une infime fraction de l'*usus* et du *fructus* de l'œuvre. C'est bien là la logique de l'article L. 131-4 : l'auteur ne cède qu'un minimum d'utilités de son œuvre, et retient tout ce qu'il n'a pas expressément cédé.

Cette différence quant à la répartition des pouvoirs entre le propriétaire et le titulaire d'un droit réel d'une part, et l'auteur et l'exploitant d'autre part, qui laisse une propriété presque vide au premier tandis qu'elle conserve au second le maximum du potentiel de son œuvre, conduit certains auteurs[1606] à rejeter l'analogie. Ils refusent d'admettre que n'importe quelle utilité puisse (…) constituer l'objet (d'un droit réel démembré), pour réserver cette possibilité à des prérogatives essentielles – qui font quasiment du droit réel une forme altérée de propriété temporaire. Dans cette vision extrême, le droit réel ne se distingue plus de la propriété que par sa durée : il est temporaire quand la propriété ne l'est pas ; mais du point de vue des prérogatives, rien n'est différent, jusqu'à l'*abusus* : possibilité de disposer de la chose pour le propriétaire, du droit réel pour le titulaire »[1607].

556. Rejet. Cette analyse doit être rejetée pour deux raisons. Premièrement, elle repose sur un principe de distinction qui doit être invalidé, parce qu'il n'est pas pertinent. Le démembrement de la propriété et la cession des droits d'exploitation transmettent le même type de prérogatives : le titulaire du droit réel reçoit tantôt l'*usus*, tantôt le *fructus*, tantôt les deux, comme l'exploitant. Ce sont seulement les utilités sur lesquelles s'exercent des prérogatives qui diffèrent. Sans doute, l'auteur isole une utilité, une manière d'exploiter son œuvre, limitée dans le temps, l'espace, et le mode d'utilisation (représentation, reproduction, adaptation, etc.). Le titulaire du droit réel semble au contraire recevoir un pouvoir sur toutes les utilités de la chose, ou sur une grande partie de ses utilités. Par exemple, l'usufruit confère un pouvoir sur toutes les utilités de la chose, tandis que le droit d'exploitation n'attribue à l'exploitant qu'une seule utilité déterminée. Mais tous deux exercent le même type de pouvoir, la différence n'est pas de nature, mais de degré. L'analogie est autorisée.

Deuxièmement, l'analyse repose sur une lecture du droit positif qui est inexacte. En pratique, l'auteur cède rarement un seul droit d'exploitation limitativement défini. Les contrats-type sont courants, et le plus souvent, les stipulations contractuelles sont d'une telle précision que l'auteur finit par céder tous ses droits d'exploitation, soit à un seul exploitant, soit à plusieurs qui se répartissent les différents droits « principaux », chacun recevant alors une exclusivité

[1606] Par exemple, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 302, n°441.
[1607] R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, préc., p. 358.

pour le monde entier et jusqu'à l'expiration du monopole. La différence avec les droits réels classiques devient bien moins flagrante.

D'ailleurs, l'argument trouve un écho en droit commun des biens : on y argue également que les nouveaux droits réels démembrés seraient de trop faible portée pour être qualifiés de réels (le droit d'affichage par exemple). La réponse est la même. « Au fond, on ne voit pas de raison décisive pour écarter tel ou tel objet du droit réel, fût-il excessivement circonscrit[1608] ».

. Le droit de l'exploitant est plus qu'un attribut du triptyque

557. Proposition. Troisièmement, et pour résumer cet argument, le propriétaire qui démembre transmet sur sa chose entière un droit incomplet. Le titulaire du démembrement n'a pas tous les pouvoirs (*usus*, *fructus*, *abusus*) sur la chose mais seulement l'un d'eux ou une fraction, c'est pourquoi il n'est pas propriétaire de la chose. En revanche, l'auteur qui prétend démembrer transmet sur un droit d'exploiter, ou une fraction de droit d'exploiter strictement délimitée, un droit complet. L'exploitant cessionnaire a sur cette fraction de droit d'exploitation tous les pouvoirs (*usus*, *fructus*, *abusus*), c'est pourquoi il est propriétaire de ce droit d'exploiter, tout comme l'auteur est, avant cession, propriétaire non pas de l'œuvre, mais des droits d'exploitation de l'œuvre. L'objet du démembrement (un pouvoir incomplet sur toute la chose) n'a rien à voir avec celui de la division (un pouvoir complet sur un morceau de la chose). Le propriétaire scinde son droit, l'auteur scinde sa chose.

Plus précisément, le démembrement consiste à envisager la chose dans son unité, mais à examiner la teneur du droit de propriété qui la réserve. Ce droit confère au propriétaire un certain nombre de prérogatives, que l'on regroupe en *usus*, *fructus* et *abusus*. Et le démembrement consiste à isoler un certain type de prérogative, une ou plusieurs, peu importe, mais sans cesser d'appréhender la chose dans son unité. Le titulaire du droit réel démembré a un pouvoir direct sur toute la chose, mais il n'a pas tous les pouvoirs de la propriété, seulement certains.

Or, le CPI admet la cession totale ou partielle des droits d'exploitation, mais il organise systématiquement la cession d'un seul droit d'exploitation, voire même d'une fraction de droit d'exploitation. La cession opérée par l'auteur est donc par principe partielle. Et « (l)e concept de cession partielle (…) soulève (…) une difficulté d'analyse. Une vente partielle ne s'entend ordinairement que d'une vente d'une partie de la chose. En d'autres termes, la vente

[1608] *Ibidem*.

partielle emporte transfert de propriété d'une seule partie de la chose, mais transfère un droit de propriété « plein » sur cette fraction »[1609]. Lorsque la chose est unique, le droit de propriété l'est aussi. Mais dès que la chose est physiquement divisée, le droit de propriété se divise en autant de parties, chaque chose appelant alors un droit de propriété entier. « Appliqué au droit d'auteur, le raisonnement consisterait à considérer que le créateur, en spécifiant les modes d'exploitation auxquels il consent, ne vend qu'une partie de l'œuvre-chose »[1610].

« Il importe ainsi de déterminer à quelle qualification correspond exactement ce fractionnement du monopole au terme du contrat. Le « démembrement » correspondant à une catégorie juridique donnée, il faut se demander si le fractionnement contractuel des droits d'exploitation obéit plus à une telle logique qu'à celle du morcellement d'une chose appropriée »[1611].

558. Rejet. *A priori*, la terminologie retenue en droit d'auteur peut laisser penser que la situation est différente d'un démembrement. Le législateur parle de la « cession » des droits d'exploitation, et certains auteurs de la propriété des droits d'exploitation. Au sens strict, cela revient à dire que l'auteur a un droit de propriété, dont l'objet n'est pas l'œuvre mais le droit patrimonial ou monopole. Lorsqu'il cède un droit d'exploitation, il ne démembre pas son monopole, il le scinde. Il découpe l'objet de sa propriété, et donne naissance à un bien nouveau, le droit d'exploitation cédé, sur lequel l'exploitant a un droit de propriété complet. Cette analyse interdit de voir dans l'aliénation des droits d'exploitation des actes de démembrement.

Mais elle suppose une démarche qui n'est pas la nôtre. En effet, nous recherchons la nature du droit d'auteur dans sa globalité, tandis que cette conception isole au sein du droit d'auteur – dont elle renonce par ailleurs à déterminer la nature unique – le droit d'exploitation, qu'elle érige en bien et soumet à la propriété. Dans le même temps, elle ignore le droit de suite et relègue le droit moral au rang des droits extrapatrimoniaux. L'on aboutit à une construction incomplète et artificielle, qui morcelle le droit d'auteur pour ne retenir que le monopole d'exploitation, et propose une pyramide : le droit de propriété porte sur les droits d'exploitation, qui portent sur l'œuvre. Dans cette lecture, on peut sans doute considérer que l'auteur ne procède pas à un démembrement lorsqu'il cède ses droits d'exploitation, et conséquemment que son pouvoir d'aliéner les droits d'exploitation constitue effectivement un

[1609] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 298, n°435.
[1610] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 298, n°437.
[1611] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 298, n°435.

pouvoir de propriétaire, le pouvoir de disposer d'une partie de sa chose (les droits d'exploitation) de manière translative, à la manière du propriétaire d'un immeuble qui vend un appartement.

Mais pour nous, le pouvoir de l'auteur qui aliène ses droits d'exploitation ne procède pas, extrinsèquement, d'un droit de propriété qu'il aurait sur son monopole, mais intrinsèquement, de son droit d'auteur lui-même, qui comme tout droit subjectif emporte la faculté de disposer. Corrélativement, les droits d'exploitation ne sont pas l'objet du droit – de propriété – de l'auteur, ils sont le droit de l'auteur, ou tout au moins une fraction de ce droit. Le droit d'auteur confère, sur un objet – la création –, un ensemble de prérogatives, dont certaines sont d'ordre patrimonial. Il s'agit du droit de l'exploiter, et cette faculté constitue un attribut, ou un émolument si l'on préfère, du droit d'auteur. Lorsqu'il cède un droit d'exploiter son œuvre, l'auteur procède à la manière d'un propriétaire, qui cède un droit d'user, ou un droit de jouir de sa chose. L'exploitant détient alors un pouvoir sur toute l'œuvre, comme le titulaire d'un usufruit sur tout le bien, mais un pouvoir d'accomplir seulement certains actes, que ce soit représenter l'œuvre, ou bien la reproduire, ou passer sur le terrain pour le titulaire d'une servitude, ou habiter l'immeuble pour celui d'un droit d'usage et d'habitation. En d'autres termes, « la spécification des modes d'exploitation, de la durée, du lieu… conduisent à un fractionnement du monopole, et non à un morcellement de la chose, i.e. l'œuvre de l'esprit, sauf à commettre une confusion sur l'objet de la cession. En effet, l'auteur n'est pas propriétaire du droit d'exploitation, comme d'une chose qu'il pourrait morceler à sa guise ; les droits d'exploitation sont une composante de sa propriété »[1612].

La seule différence réside dans le fait qu'en droit commun, les possibilités de démembrer, et les actes que le propriétaire est susceptible d'autoriser les tiers à effectuer, se rapportent tantôt à l'*usus* tantôt au *fructus*, et surtout sont en nombre assez réduit. En droit d'auteur, les droits démembrés prennent une physionomie différente, adaptée à leur objet. Ainsi, l'*usus* privatif d'une création étant inconcevable, les démembrements ne le prennent pas pour objet. Parce que l'exploitation est au cœur du droit de l'auteur, ils ressortissent presque tous au *fructus*. Mais certains sont des actes d'*abusus*, comme le droit d'adaptation, qui consiste à modifier l'œuvre pour l'adapter. Surtout, le législateur en la matière fait preuve d'une grande imagination, et laisse aux parties une liberté tout aussi grande, puisqu'il leur est loisible d'ériger en droit et de transmettre toute forme d'exploitation concevable, et de diviser à l'infini – de réduire au minimum – la teneur du pouvoir qui, démembré, continue de porter sur

[1612] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 299, n°438.

toute l'œuvre.

Bilan. Aucune de ces analyses ne porte réellement.

2. Les arguments qui condamnent l'analyse en démembrement

559. A première vue, on peut croire à l'identité entre le démembrement de droit commun et celui du droit d'auteur. Il s'agit de relever que le schéma est exactement le même. En droit d'auteur, l'auteur reste titulaire de tous les droits d'exploitation qu'il n'a pas cédés expressément, sauf l'hypothèse de la cession totale pure et simple. Même lorsqu'il cède tous ses droits d'exploitation, il ne perd pas la qualité d'auteur, puisqu'il reste titulaire du droit moral, mais également du droit de suite. Il peut donc en toute hypothèse continuer de se dire maître de l'œuvre prise dans sa globalité, tandis que les cessionnaires ne sont jamais que maîtres d'une ou plusieurs utilités de celle-ci. Investi d'un droit moral inaliénable, l'auteur conserve la maîtrise ultime de l'œuvre, et des droits qu'il transfère ponctuellement aux exploitants. Or, le propriétaire qui démembre est dans une situation identique : il conserve le titre de propriétaire et les titulaires des démembrements ne sont jamais maîtres de la totalité de la chose. Un auteur[1613] propose même de voir dans l'obligation pour l'exploitant de respecter l'œuvre, ou dans celle d'exploiter, la simple transposition de celle pour l'usufruitier de conserver la substance de la chose. En résumé, il peut sembler convaincant de prêter à l'auteur le pouvoir de démembrer d'un propriétaire. Pourtant, plusieurs arguments condamnent, selon nous, le rapprochement.

a. Démembrement et durée du droit de l'exploitant

560. L'argument est ici ponctuel, car la durée du droit de l'exploitant dépend des stipulations contractuelles. Il ne répudie donc le démembrement que pour certains contrats.
Tandis que la loi fait des démembrements des droits temporaires, les droits des cessionnaires peuvent être, et sont fréquemment en pratique, définitifs. La perpétuité de la servitude ne peut servir de contre-argument, puisqu'elle est sans doute un droit réel, mais pas un droit réel sur la chose d'autrui, dans le sens où elle n'a pas pour titulaire une personne mais un fonds[1614]. En droit commun, c'est la propriété qui est perpétuelle, et le caractère temporaire des

[1613] C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p. 173, n°236.
[1614] Dans ce sens, R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, préc., p. 355.

démembrements permet que la propriété temporairement divisée puisse à terme se reconstituer dans son unicité. La vocation de la propriété est d'être unitaire, la division n'est jamais conçue que comme une exception qui ne doit pas durer. Or, c'est le contraire en droit d'auteur : la plupart des cessions de droits d'exploitation sont conçues, dans l'esprit des parties, comme définitives. Cet aspect de l'aliénation des droits d'exploitation interdit de voir dans le droit de l'exploitant un simple droit réel[1615], résultat du démembrement : le droit réel est par nature temporaire, et la servitude est l'exception qui confirme la règle. Toutes les fois où elle est définitive, la division du droit d'auteur rompt avec le principe du démembrement, parce qu'elle fait échec à la vocation d'un droit réel démembré qui se doit de réintégrer à terme le giron de la propriété.

Rien ne sert de relever que la cession étant elle-même temporaire, puisqu'elle prend nécessairement fin à l'expiration du monopole, le droit de l'exploitant l'est également. Sans doute, pour nous, la durée limitée du monopole d'exploitation ne peut être conçue comme contredisant la perpétuité de la propriété. D'abord, sur le fond, peu importe que le droit de l'auteur soit limité dans le temps, puisqu'à l'image de la propriété, il dure autant que son objet, l'œuvre, qui cesse ensuite d'être un bien. Ensuite, au plan de l'opportunité, il est parfaitement justifié que le droit – et le bien – disparaissent lorsque l'utilité de leur réservation privative disparaît elle aussi. Mais pour autant, si le caractère temporaire du droit de l'auteur est justifié, le caractère *temporairement définitif* du droit de l'exploitant ne s'en trouve pas légitimé. Dès lors que ce dernier dure autant que le droit de l'auteur, il n'est pas le démembrement d'un propriétaire.

Toutes les fois où elle est stipulée définitive, la cession d'un droit de l'auteur à l'exploitant contredit donc le caractère nécessairement temporaire de l'acte de démembrement d'un propriétaire. Mais la jurisprudence semble vouloir remettre en cause le droit commun de la propriété sur ce point, de sorte que cet obstacle au rapprochement est peut-être appelé à tomber. Dans un arrêt du 23 mai 2012[1616], la Cour de cassation admet la création d'un droit d'usage perpétuel : il n'est affecté d'aucun terme, et la Cour décide qu'il ne se perd pas par le non-usage. Il divise donc définitivement la propriété. Dans l'arrêt Maison de la Poésie[1617] du 31 octobre 2012, elle revient à la charge et pose en principe que le propriétaire est libre de créer un droit réel *sui generis*. Sans se prononcer directement sur sa durée, elle statue

[1615] Dans ce sens, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 386, n°1233. *Contra* S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 302, n°442.
[1616] Civ. 3e, 23 mai 2012, RTDCiv. 2012, p. 553, note T. Revet. Voir aussi G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ?*, RTDCiv. 2013, p. 746, n°9.
[1617] Civ. 3e, 31 oct. 2012, RTDCiv. 2013, p. 141, note W. Dross.

cependant à l'occasion d'une espèce dans laquelle le droit de jouissance consenti est stipulé perpétuel. La question de savoir si la Cour de cassation entend désormais rompre doublement avec la solution traditionnelle, et autoriser non seulement la création d'un droit réel *sui generis*, mais encore d'un droit réel perpétuel, est donc posée. Sur le premier point, la solution est désormais acquise en doctrine. Sur le second en revanche, les auteurs[1618] ne s'accordent pas sur la lecture qu'il faut retenir de ces arrêts.

Si le caractère nécessairement temporaire du démembrement de la propriété était abandonné en droit positif, cela conforterait l'analyse dominante qui voit dans le droit d'auteur une forme de propriété, et dans les cessions de droits d'exploitation des actes de démembrement d'un propriétaire. Mais pour nous, cet obstacle est loin d'être le seul, et quand bien même il tomberait, d'autres subsistent encore. En tout état de cause, et pour l'heure, le sens qu'il convient de donner à la jurisprudence la plus récente est incertain, et le caractère définitif de la cession d'un droit d'exploitation se dresse encore sur le chemin de la propriété.

b. Démembrement et exclusivité du droit de l'exploitant

561. L'argument n'est ici encore pas général mais ponctuel (comme celui de la durée), car il ne vaut que pour certains contrats particuliers.

Le législateur en droit d'auteur admet en effet que certains contrats investissent l'exploitant d'un droit qui peut être non-exclusif. Il s'agit du contrat d'édition et du contrat de production audiovisuelle. Or, on l'a vu, l'exclusivité est l'essence du droit réel, tandis que le droit personnel est par nature non-exclusif. En conséquence, il faut admettre que ces droits non-exclusifs ne *démembrent* pas le droit de l'auteur, puisque le démembrement consiste à détacher un droit réel de la propriété pour en investir un autre que le propriétaire.

« Au contraire, le concept de démembrement non exclusif, aussi bien que celui de « multiplication », altèrerait la nature exclusive du droit réel. Dès lors qu'il est admis que le droit d'exploitation a pour objet une œuvre de l'esprit, les démembrements qui en sont issus ne peuvent conférer à plusieurs titulaires indépendants les uns des autres le même pouvoir. Un démembrement n'est concevable qu'à partir d'une dissociation des prérogatives que comporte le droit : il ne saurait aboutir à nier la nature du droit démembré »[1619]. « Une conviction se dégage donc fermement de ce qui précède : l'absence de validité d'un démembrement non

[1618] Voir par exemple W. DROSS, *L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel ?*, RTDCiv. 2013, p. 141.
[1619] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 311 et s., n°455 et s.

exclusif conduit à rejeter la qualification de transfert de démembrement réel en l'absence d'exclusivité »[1620].

D'ailleurs, il n'est même pas possible de dire que ces contrats *divisent* le droit de l'auteur, parce que faute d'exclusivité, ils ne confèrent à l'éditeur ou au producteur qu'un droit personnel. Ils ne retirent donc pas un droit à l'auteur, mais se bornent à créer un droit personnel au profit du « cessionnaire » et au débit de l'auteur.

c. Démembrement et liberté d'action de l'exploitant

562. Cette fois, l'argument est *presque* général, puisqu'il concerne toutes les cessions, sauf l'exceptionnelle cession pure et simple, fut-elle partielle ou totale.

A l'occasion de la comparaison entre l'usufruit et le droit de l'exploitant, un auteur souligne la différence entre les deux situations : l'exploitant « entretient (…) avec l'auteur une relation « dynamique », reposant en principe sur une rémunération proportionnelle de ce dernier, une obligation d'exploiter et un risque de résolution en cas d'inexécution qui s'avèrent peu compatibles avec la situation d'un usufruitier, dont le rapport avec le nu-propriétaire est purement statique »[1621]. Pourtant, un autre auteur retient une lecture inverse de la situation du titulaire d'un droit réel démembré en droit commun : « (l)a constitution d'un droit réel ne faisant que répartir les utilités, sans entraîner la disparition du rapport d'appropriation, il est normal que certaines prérogatives soient encore sous la maîtrise du propriétaire »[1622]. Par suite, les obligations qui incombent à l'exploitant ne font que transposer celles qui incombent au titulaire d'un droit réel classique. Par exemple, il est donc logique que, comme l'usufruitier qui doit conserver la substance de la chose, l'exploitant doit exploiter le droit cédé, ne serait-ce que pour assurer la rémunération de l'auteur.

On le voit, si l'on entreprend de comparer le degré d'autonomie de l'exploitant et du titulaire d'un droit réel démembré, la conclusion ne peut être objective. Il est indéniable que le titulaire d'un droit réel démembré assume des obligations dont le propriétaire est créancier, mais il est également certain que celles-ci restent très secondaires, tandis que le lien direct et exclusif entre le titulaire du droit réel et la chose forme l'essentiel du rapport de droit. Reste à savoir si le droit de l'exploitant fait une plus grande place au pouvoir direct sur l'utilité cédée ou aux obligations dont l'auteur est créancier. L'argument est donc sans doute pertinent pour

[1620] *Ibidem*.
[1621] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 302, n°441.
[1622] C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p. 382, n°597.

qualifier le droit de l'exploitant, mais il souligne ici la dimension subjective de toute démarche comparative.

Quant à nous, il nous faut donc trancher personnellement. Nous l'avons déjà dit, les charges qui incombent au cessionnaire et la situation de sujétion qui est la sienne nous paraissent contredire la liberté qui caractérise le propriétaire. Mais cette remarque vaut plus largement pour tout titulaire d'un droit réel. Qu'il s'agisse de la propriété ou des droits réels sur la chose d'autrui, la définition traditionnelle les qualifie de « droits directs sur la chose », qui s'exercent sans l'intermédiaire d'un autre que le titulaire. Et la relation triangulaire qui persiste entre l'auteur, l'utilité de l'œuvre et le cessionnaire, nous paraît irréconciliable avec l'autonomie du titulaire d'un démembrement.

d. Démembrement et cession du droit d'exploitation

563. L'argument est *enfin* véritablement général. Le démembrement de la propriété investit le tiers d'un droit réel sur la chose d'autrui. Dans la théorie classique de la propriété[1623], dans laquelle s'insère le démembrement, le droit de propriété ne peut avoir pour objet que des choses corporelles. Les droits ne sont pas des objets de propriété. Si le patrimoine se compose effectivement des choses – objets de propriété –, et des droits réels et personnels, ceux-ci ne sont que l'objet d'une titularité.

Or, le législateur parle bien de la « cession » des droits d'exploitation. Et la cession est aux droits ce que la vente est aux choses corporelles : elle en transmet la propriété. « Le terme (cession) vise (…) l'opération réalisant le transfert de propriété d'un bien »[1624]. Le législateur postule donc que les droits d'exploitation sont des objets de propriété.

Comment concilier d'une part l'analyse du droit de l'exploitant en un droit réel démembré (laquelle implique de se placer dans la théorie classique de la propriété qui ne conçoit que la propriété des choses et conduit à voir dans l'exploitant non pas le propriétaire d'un droit qu'on lui a cédé mais le simple titulaire d'un droit qu'on lui a transmis) et d'autre part l'analyse légale du mécanisme investissant l'exploitant de ce droit en une cession (laquelle implique nécessairement la transmission de la propriété) ? En d'autres termes, si l'on s'en tient à la définition traditionnelle du démembrement, technique qui s'insère dans l'analyse la plus classique de la propriété, les termes du législateur, qui parle de cession, condamnent le

[1623] Voir P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 23 et s., et p. 146, n°463 et s.
[1624] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,* préc., p. 64, n°64.

rapprochement. Si le législateur considère que l'auteur *cède* ses droits d'exploitation, c'est qu'il ne renvoie pas à la technique du démembrement. Est-ce ce qu'il veut nous dire ? Il est possible de prêter des sens très différents aux termes de la loi.

α. Le droit de l'exploitant dans la théorie de la propriété du droit d'auteur

564. Premièrement, lorsque le législateur parle de « cession » des droits d'exploitation, on peut considérer qu'il se détache de la conception classique de la propriété, pour en retenir une lecture plus moderne, dans laquelle tous les biens du patrimoine sont objets d'une propriété[1625]. C'est la théorie de la propriété juridique[1626] : les choses sont l'objet de la propriété traditionnelle de l'article 544. Mais le pouvoir de disposer juridiquement n'est pas propre aux choses, il caractérise aussi les droits patrimoniaux, c'est-à-dire les droits réels et personnels. De ce constat, Planiol, puis Prodan, et une partie de la doctrine contemporaine déduisent que tous les éléments du patrimoine, droits réels et personnels compris, sont l'objet d'une propriété juridique, qui consiste dans ce pouvoir de disposition, et qui se superpose ponctuellement à la propriété des choses : dans ce cas précis, on est alors propriétaire de la propriété des choses.

Appliquée au droit d'auteur, cette théorie de la propriété des droits trouve un écho particulier. « (O)n trouve défendue chez les meilleurs auteurs l'idée que « le bien incorporel n'est pas la chose immatérielle mais le droit qui en permet l'appropriation ». L'expression : « Droit qui *permet* l'appropriation », a cependant de quoi surprendre. Sans construction juridique *ad hoc*, il n'est assurément pas possible d'envisager une appropriation. Le droit qu'il convient d'étudier dans une analyse « propriétairiste » est celui qui assure cette éventuelle appropriation. Sans doute une certaine conception de la propriété – et non pas précisément de la propriété intellectuelle – fait de la propriété « le rapport entre les personnes et toutes les formes de biens pouvant leur appartenir, choses corporelles, objets incorporels, droits », et, pour les tenants de celle-ci, « les rapports juridiques que nouent les personnes, relativement ou non à leurs biens, constituent, eux-mêmes, des objets appropriables et donc des biens : les droits sont des biens ». Le schéma est, comme on le constate, tout sauf simple. Mais l'on pourrait alors fort bien envisager que le droit (de propriété) porte sur les droits (« saisissant » l'œuvre)! Cependant, d'abord nul n'est tenu d'adhérer à une telle construction intellectuelle à

[1625] Dans ce sens, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 231, n°264.
[1626] Voir J. LAURENT, *La propriété des droits*, Thèse, LGDJ, BDP t. 537, p. 120, n°150 et s. ; R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, préc., p. 313, n°13.

la fois aussi personnelle et sophistiquée. Ensuite, est-il, pour revenir au droit d'auteur, bien satisfaisant d'imaginer que le droit a pour objet des prérogatives qui ont pour objet l'œuvre ? Cette idée selon laquelle on disposerait d'un droit ayant pour objet un droit avait le don d'irriter au plus haut point Jean Marc Mousseron, l'une des grandes figures de la propriété intellectuelle »[1627].

Dans cette analyse, la propriété vise soit les choses, soit les droits patrimoniaux. L'œuvre n'étant pas une chose parce qu'incorporelle, c'est le droit qui la réserve qui est appréhendé comme un bien. Droit patrimonial, il est l'objet d'une propriété, et l'auteur en dispose lorsqu'il cède ses droits d'exploitation. Ici, l'on voit que le pouvoir de disposition de l'auteur est celui d'un propriétaire, puisqu'il cède tantôt un droit démembré de son monopole d'exploitation, tantôt tout son monopole. La terminologie légale est exacte, dans la mesure où l'on admet la théorie de la propriété des droits, et la superposition à laquelle elle conduit en matière de créations. L'analyse vaut également pour le droit de brevet[1628], avec la nuance suivante : le droit de propriété porte ici sur le titre de brevet, titre qui confère au breveté un monopole d'exploitation.

Pourtant, il est peu probable que le législateur ait voulu adopter cette construction, qui réunit finalement peu de suffrages. Elle persiste en droit des propriétés intellectuelles, où l'incorporalité de la création fait toujours hésiter quant à sa capacité à constituer une chose directement objet d'un droit de propriété. Mais il faut bien reconnaître son caractère artificiel : « (u)tilisée de la sorte, la *propriété* n'est qu'un écran de fumée, un outil de propagande »[1629]. Et en droit commun, nombreux sont ses détracteurs[1630]. Du reste, nous voulons déterminer la nature du pouvoir que l'auteur détient sur son œuvre au titre de son droit d'auteur, question à laquelle l'analyse ne répond pas, puisqu'elle prend pour acquis que la propriété s'applique au droit d'auteur et non à l'œuvre, qui n'est pas un bien.

β. Le droit de l'exploitant dans la théorie de F. Zénati

565. Deuxièmement, certains auteurs proposent une conception dont il nous paraît certain, eu égard à sa grande originalité, que le législateur ne l'adopte pas, mais dont la vertu explicative justifie que l'on s'y arrête. En quelque sorte, cette analyse prolonge la théorie de la propriété

[1627] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., 2013, p.115, n°97.
[1628] Voir Ph. GAUDRAT, *La structure juridique des propriétés intellectuelles*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 186.
[1629] P. GAUDRAT, *L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957*, préc., p. 8.
[1630] Par exemple J. CARBONNIER, *Flexible droit*, préc., n°912, Ph. JOURDAIN, préc., n°6, J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CINAMONTI, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les biens*, préc. 44.

des droits tout en la remettant en cause. La propriété n'est pas ici un droit, mais le lien qui unit la personne et les éléments de son patrimoine. Les choses sont des biens, tout comme les droits (créations du système juridique), et la propriété établit le rapport privatif et exclusif qui les unit à la personne. Il n'est donc pas question d'une propriété de la propriété des choses, car la propriété est un concept unique, qui s'applique tantôt aux choses et tantôt aux droits. Par ailleurs, les créations n'étant pas des constructions juridiques, elles ne sont pas classées avec les droits mais avec les choses. C'est donc bien le droit d'auteur qui est analysé en une forme de propriété. Il n'est alors pas un droit au sens de droit patrimonial, mais la traduction ponctuelle de la propriété, relation de l'auteur avec son œuvre.

Comme toute propriété, la propriété de l'œuvre confère à son titulaire les pouvoirs décrits par l'article 544, dans une lecture renouvelée cependant. Le propriétaire a donc la jouissance exclusive des utilités de son œuvre, et il peut en disposer. Ainsi, lorsque l'auteur cède ses droits d'exploitation, il ne démembre pas sa propriété comme si elle constituait un droit composite au sein duquel l'on pourrait isoler certains droits que l'on retirerait au propriétaire et que l'on transmettrait. La propriété n'est pas un droit, et l'auteur qui cède ses droits d'exploitation se borne à constituer, à créer au profit d'un exploitant un droit d'exploiter son œuvre. Ce droit est une construction juridique, il est donc lui-même objet d'une propriété pour l'exploitant, puisqu'il intègre son patrimoine en tant que bien. C'est dans ce sens que l'auteur lui « cède » un droit d'exploitation[1631].

En effet, cette analyse rompt non seulement avec la théorie classique de la propriété-droit réel, mais également avec la théorie du démembrement. La propriété n'est pas la somme des trois attributs du triptyque, et le propriétaire qui investit un tiers d'un droit réel sur sa chose ne procède pas en se privant d'un attribut qu'il affecterait à ce tiers. Les droits réels sur la chose d'autrui ne sont pas *transmis* du propriétaire au tiers mais *constitués* à son profit, sans que le droit qu'il reçoit corresponde exactement à quelque chose qu'il aurait retiré à sa propriété. Autrement dit, les droits réels ne sont pas démembrés (au sens de détachés, découpés, retranchés) de la propriété, ils sont créés *ex nihilo* par le propriétaire, tout comme les droits personnels[1632].

D'ailleurs, cette conception des droits réels comme créés par le propriétaire permet d'expliquer l'absence d'identité entre le droit dont l'exploitant est investi et ce dont l'auteur se prive, ou ce qu'il s'interdit de faire. L'auteur s'oblige à mettre l'exploitant à même

[1631] Dans ce sens également, C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p. 345, n°529 et p. 360, n°559.
[1632] Voir P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 365, n°1153.

d'exploiter l'œuvre de la manière prévue au contrat, mais il impose également à cet exploitant des obligations, comme celle d'exploiter, d'une rémunération proportionnelle, de respecter le droit moral. En d'autres termes, l'auteur ne se borne pas à se priver d'une utilité pour la transférer, puisqu'au contraire l'exploitant est toujours investi d'un pouvoir moins important que celui qu'avait l'auteur relativement à la forme d'exploitation examinée. Même lorsque l'auteur investit l'exploitant d'un droit exclusif (seule hypothèse dans laquelle on peut tenter une analogie avec le démembrement, puisque l'absence d'exclusivité fait du droit de l'exploitant un droit personnel, qui ne résulte donc pas d'un démembrement), il avait quant à lui toujours plus de pouvoir que n'en a l'exploitant. Et il conserve toujours une certaine maitrise de cette forme particulière d'exploitation dont il a pourtant investi un tiers, à travers le droit moral et les obligations du contrat. L'idée que l'auteur ne se prive pas d'un droit, mais crée un droit nouveau, qu'il façonne à sa guise en l'assortissant d'obligations et en modulant ses propres obligations envers l'exploitant, rend bien mieux compte de la situation que le recours à la technique du démembrement.

Cette analyse a une incidence sur la question de l'admissibilité du rapprochement entre la division en droit d'auteur et le démembrement en propriété : l'acte de l'auteur qui cède ses droits d'exploitation ne peut pas être un acte de démembrement que l'on pourrait qualifier d'acte de disposition d'un propriétaire, car le propriétaire lui-même ne peut pas démembrer sa propriété, qui ne constitue pas un droit. Ainsi, la conclusion à laquelle conduit cette analyse est paradoxale : l'auteur est propriétaire, il agit comme un propriétaire en investissant l'exploitant d'un droit sur son œuvre. Mais le propriétaire qu'il est n'est pas le propriétaire que nous connaissons, celui à qui l'article 544 du Code civil reconnaît (ou du moins, la doctrine classique lui prête de reconnaître, mais c'est précisément ce que conteste cet auteur : il considère que la doctrine déforme le sens véritable de l'article 544) un droit de propriété composé d'attributs et susceptible de démembrement. Il faut donc conclure avec cet auteur que l'auteur a le pouvoir de disposer d'un propriétaire, sans pour autant que cela puisse nous satisfaire, puisque nous en restons, pour notre analyse, à la lecture traditionnelle de l'article 544 du Code civil.

Au demeurant, il semble certain que le législateur n'ait pas entendu rejoindre cette analyse de la propriété en une relation entre la personne et ses biens. S'il n'en reste peut-être pas à l'acception traditionnelle de l'article 544, qui prohibe la propriété des droits et interdit de parler de « cession » des droits d'exploitation, il est plus vraisemblable qu'il adopte une lecture intermédiaire, qu'il nous faut examiner.

γ. Le droit de l'exploitant dans la théorie modérée de la propriété

566. Une troisième lecture de la loi paraît donc plus probable. Il s'agit de considérer que le législateur utilise le terme « cession » sans lui prêter le sens de « transmission de propriété ». Le terme cession est en effet susceptible d'une double acception. « Si le terme « cession », en droit commun, sert aussi bien à désigner l'effet d'un acte juridique unilatéral ou bilatéral que l'acte lui-même, c'est effectivement dans le premier de ces sens que la loi spéciale s'y réfère avant tout »[1633]. Autrement dit, lorsque le législateur en droit d'auteur parle de cession des droits d'exploitation, il ne qualifie pas ainsi la convention par laquelle l'auteur transmettrait un droit, et n'indique pas que le cessionnaire devient propriétaire du droit transmis. Il se borne à qualifier l'effet produit par la convention envisagée, pour souligner que cet effet est translatif et non constitutif, c'est-à-dire que la convention a pour effet de transférer un droit de l'auteur au cocontractant, plutôt que de créer un nouveau droit au profit de ce dernier, sans que cet effet translatif se répercute nécessairement sur la nature de l'acte lui-même. C'est l'idée que le droit d'exploitation n'est pas créé par l'auteur mais qu'il existe déjà dans le giron du droit d'auteur, dont il est détaché pour être transmis.

Il semble qu'une grande partie de la doctrine retienne également cette conception. Elle admet que la vente au sens du Code civil ne concerne que les choses, objets de propriété. Mais elle admet également depuis longtemps « l'applicabilité de la qualification de vente à la cession de tout droit réel démembré ou de tout droit personnel, à la cession de part sociale comme de créance, à la cession de fonds de commerce ou même de quotas d'émission de gaz à effet de serre »[1634]. La notion de cession ne fait pas tant référence à l'idée de *propriété*, qu'à l'idée de *transfert* : l'auteur isole les droits d'exploitation qui existent dans son patrimoine et les transmet à un exploitant. Si les droits réels sont considérés comme objets de propriété, c'est dans la stricte mesure de leur transmissibilité : parce que le pouvoir de disposer caractérise autant les choses que les droits réels et personnels, on en vient à désigner ce pouvoir de disposer par le terme de propriété – juridique –, mais il s'agit seulement de faire comprendre, en parlant de « cession », que le droit peut circuler comme une chose le peut[1635]. Mais il ne s'agit pas de voir dans les droits réels de véritables objets de propriété à l'instar des choses. D'ailleurs, et contre toute attente, cette analyse toute en demi-teintes est reprise par le Conseil

[1633] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 38, n°35 et s.
[1634] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 282, n°411.
[1635] Voir par exemple F. TERRE et C. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, préc., 2002, p. 28, n°23 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 75, n°71.

constitutionnel[1636], qui refuse de voir dans la servitude un bien objet de propriété.

Ainsi, la doctrine admet la circulation des droits d'exploitation, sans pour autant renier la conception classique de la propriété qui, cantonnée aux choses, admet le démembrement. Le terme de « cession » ne la conduit pas à s'interroger sur la terminologie légale. Au contraire, les auteurs s'arrêtent effectivement à l'emploi du terme « cession », mais seulement pour remettre en cause son omnipotence. Ils suggèrent que certains contrats se bornent à créer un droit personnel, mais admettent parfaitement que d'autres *cèdent* un droit réel.

Il n'est donc pas possible d'en conclure que la terminologie légale ou doctrinale manque de cohérence. Il faut seulement en conclure que les auteurs comme le législateur prennent simplement leurs distances avec les définitions traditionnelles. Ainsi en va-t-il de la cession. Il en va de même de la notion de démembrement : qualifier ainsi la division du droit d'auteur implique de passer outre les obstacles qui nous avons jugés dirimants (esprit et contenu). Et plus globalement, il en va de même de l'analyse de la nature du droit de l'auteur : on admet de qualifier le droit d'auteur de propriété littéraire et artistique, alors pourtant que ce droit inclut des prérogatives morales, indisponibles, et auxquelles on prête par ailleurs une nature-extrapatrimoniale. En résumé, si le législateur pose que l'auteur cède la propriété de ses droits d'exploitation, et si la doctrine admet ce postulat tout en maintenant qu'il y a là démembrement à la manière d'un propriétaire, c'est parce que tous deux s'en remettent à des définitions souples des notions classiques. Le démembrement en droit d'auteur est seulement une *forme* de démembrement, comme la propriété de l'auteur est une *forme* de propriété, comme la cession des droits d'exploitation est une *forme* de cession, etc.

Cette lecture de la loi permet finalement de réconcilier la « cession » des droits d'exploitation avec le démembrement de la propriété, au moins dans une certaine mesure : l'auteur qui se borne à détacher une prérogative de son droit d'auteur pour la transmettre à un exploitant procède à la manière d'un propriétaire qui détache un attribut de sa propriété pour le constituer en droit réel au bénéfice d'un tiers. La lecture moderne de la cession, qui trouve écho dans une lecture également souple du démembrement et plus largement de la propriété, autorise finalement à rattacher l'acte de l'auteur à celui d'un propriétaire qui démembre.

Toutefois, cette lecture ne permet que de réinsérer la terminologie de cession dans le schéma du démembrement, et les autres arguments qui distinguent l'acte de l'auteur de celui d'un propriétaire restent valables. Au demeurant, ce n'est pas la lecture que nous prenons pour référence. Quant à nous en effet, nous avons choisi de rapprocher les actes de l'auteur de ceux

[1636] Cons. const. Décis. n°2011-193, RTDCiv. 2012, p. 342, note T. Revet.

d'un propriétaire traditionnel, et celui-ci ne peut pas faire de ses droits d'exploitation des biens dont il cèderait la propriété. Si l'auteur se bornait à démembrer sa propriété et à investir un tiers d'un droit réel, son pouvoir de disposition pourrait à la rigueur être rapproché de celui d'un propriétaire au sens du Code civil, puisqu'à défaut de pouvoir aliéner sa chose, il pourrait au moins en disposer de manière non-translative par la constitution de droits réels. Mais lorsque le législateur dit que l'auteur *cède* ses droits d'exploitation, il s'inscrit – et il inscrit l'auteur – dans un schéma qui n'est pas celui du démembrement (parce que le démembrement est un mécanisme qui appartient à la théorie classique de la propriété, laquelle fait de la distinction entre la propriété des choses et la titularité des droits un principe fondamental). En d'autres termes, s'il est au pouvoir d'un propriétaire traditionnel de détacher une utilité de son droit pour en investir un tiers au moyen du mécanisme des droits réels démembrés, il n'est pas au pouvoir de ce propriétaire – traditionnel – de faire de ce tiers le propriétaire de ce droit réel, car lui seul, en tant qu'il a sous son emprise une chose et non un droit, peut prétendre à la qualité de propriétaire. Partant, le pouvoir pour l'auteur d'aliéner ses droits d'exploitation ne peut pas être ramené au pouvoir d'un propriétaire de démembrer son droit. Dans la terminologie de la théorie classique, le propriétaire qui démembre n'*aliène* pas, ne *cède* pas un droit sur sa chose, il se prive d'une utilité de celle-ci, et en investit un tiers. Il n'est pas question de transfert de propriété.

Il faut pourtant convenir que c'est une lecture isolée des actes de l'auteur, puisque la majorité de la doctrine admet le démembrement. C'est également une conception très classique de la propriété, et du pouvoir de disposer du propriétaire, puisque la théorie de la propriété des droits gagne du terrain[1637]. Pourtant, à propos du démembrement, les autres arguments que nous avons examinés (esprit de division, etc.) nous confortent dans la distinction entre le pouvoir de l'auteur et celui du propriétaire. Pour nous, rien ne sert d'assouplir les concepts classiques pour accueillir des situations qui s'y prêtent mal.

δ. Le droit de l'exploitant dans la théorie de la propriété de chaque droit d'exploitation

567. Quatrièmement, lorsque le législateur parle de cession, il est possible d'imaginer qu'il entend par là tout autre chose que la simple propriété des droits réels. Ce sont les droits que l'auteur cède, ce sont donc les droits dont il est propriétaire. En d'autres termes, le droit de l'auteur, droit de propriété selon le CPI, n'aurait pas pour objet l'œuvre, mais les droits

[1637] *Contra*, W. DROSS, *Une approche structurale de la propriété*, RTDCiv. 2012, p. 419.

d'exploitation.

Certains auteurs retiennent cette analyse, et ils en trouvent une confirmation dans l'article L. 131-4 du CPI : « la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre …. », ou dans la loi du 10 mai 1994 sur le logiciel qui parle également de la cession des droits sur le logiciel. « L'aménagement par la loi de la cession des droits d'exploitation serait un indice de l'appropriation de ces droits. C'est au titre de son droit de propriété sur chacun des droits d'exploitation que l'auteur pourrait en disposer. Ainsi, l'auteur d'une œuvre aurait-il autant de droits de propriété que d'exploitations possibles de l'œuvre ? L'auteur d'une œuvre littéraire serait propriétaire du droit d'édition, propriétaire du droit d'adaptation audiovisuelle, propriétaire du droit d'adaptation théâtrale (etc.). Il n'y aurait pas un droit de propriété portant sur un objet, mais un nombre indéfini de propriétés et d'objets. Les auteurs cités paraissent considérer que les droits d'exploitation sont cessibles parce qu'ils sont objets de propriété »[1638].

Dans cette conception, il n'est pas question pour l'auteur qui cède ses droits d'exploitation de démembrer, mais simplement de céder tel ou tel bien-droit. Le pouvoir d'aliéner de l'auteur ne peut alors être ramené à la disposition non-translative d'un propriétaire. Et si elle consiste en revanche dans la disposition translative d'un propriétaire, le droit de propriété postulé porte ici sur des droits, ce qui exclut pour nous le rapprochement d'avec la propriété de l'article 544 entendue au sens traditionnel.

En tout état de cause, il nous paraît peu probable que le législateur ait entendu retenir une telle analyse. D'une part, c'est le texte même du CPI qui s'y oppose. Cette analyse conduit en effet à cantonner l'objet du droit de propriété de l'auteur aux seuls droits d'exploitation. Pourtant, il n'est que de citer les articles L. 113-3 al. 1, 113-4, 113-5 al 1, et surtout l'article L. 111-1, qui postule que la propriété de l'auteur porte sur l'œuvre, et comporte des attributs moraux autant que patrimoniaux. D'autre part, sur le fond, l'analyse est inexacte : en effet, l'auteur n'est pas plus propriétaire de ses droits d'exploitation que le propriétaire traditionnel ne l'est de son droit de cultiver son terrain, d'habiter sa maison ou de conduire sa voiture. Les droits d'exploitation ne sont que des exemples de facultés au pouvoir de l'auteur. Ces droits ne forment pas l'objet de son droit mais composent ce droit, de la même manière que l'*usus*, le *fructus* ou l'*abusus* composent le droit du propriétaire. Le droit de reproduire l'œuvre est un émolument du droit d'auteur, pas son objet[1639]. « (L)e droit d'exploiter n'est, en toute circonstance, qu'une autorisation portant, selon les cas, concession d'un droit réel ou d'un

[1638] C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 75, n°71.
[1639] Dans ce sens, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 279, n°407.

droit personnel. La loi et la pratique parlent de « cession » de tel ou tel droit d'exploitation, mais il ne faut pas prendre au pied de la lettre ces formules dues à l'influence de la conception du droit de propriété comme une somme de pouvoirs » [1640].

ε. Le droit de l'exploitant dans la théorie féodale de la propriété

568. Enfin, cinquièmement, il est tentant de lire dans le langage du législateur l'adoption d'une analyse qui, à notre sens, rend parfaitement compte de la spécificité du droit d'auteur. En effet, il est possible de dresser le bilan de tous les arguments qui éloignent ces actes de ceux d'un propriétaire classique, pour trouver dans leur réunion les prémices d'une autre analyse de la nature du droit de l'auteur.

Ainsi, l'auteur détache certaines utilités de son œuvre, qu'il divise autant qu'il le souhaite, et qu'il distribue à un grand nombre de personnes. Les droits qu'il transmet sont souvent définitifs. Ils sont, par principe même, partiels et fractionnés. Leurs titulaires exercent des maîtrises simultanées sur un bien unique, l'œuvre. Ils ne sont pas libres de faire ce qu'ils souhaitent, mais se trouvent dans un état de dépendance vis-à-vis de l'auteur, envers lequel ils sont tenus d'obligations. Et cet auteur conserve toujours le droit moral (et le droit de suite), qui marquent sa maîtrise permanente et son ascendant sur les exploitants de son œuvre.

Pour nous, le législateur pourrait tout aussi bien signifier par « cession » que l'auteur fractionne sa chose en plusieurs utilités, qu'il érige ainsi en choses autonomes, et dont il cède la propriété à l'exploitant. L'aliénation des droits d'exploitation pourrait ainsi réaliser non pas un simple démembrement, détachement temporaire d'une fraction de la propriété, mais un véritable fractionnement, soustraction définitive d'une partie de son droit d'exploitation et constitution d'un véritable bien nouveau, autonome.

On se situerait alors dans le schéma d'une propriété de type féodal[1641] : l'auteur est le propriétaire du domaine éminent et les exploitants sont propriétaires simultanés de portions du domaine utile. Ces derniers détiennent une propriété de type féodal. « Au sens strict, (la notion de droits féodaux) désigne les droits de propriété qui confèrent à leur titulaire des obligations personnelles : les charges seigneuriales qui découlent du « domaine direct » (…) qui se superposent simultanément au « domaine utile », propriété de celui qui travaille la terre, sur qui pèsent ces charges seigneuriales »[1642]. L'analyse rend compte de la résilience du

[1640] F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Les biens*, préc., 2008, p. 122, n°73.
[1641] Voir R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, préc., p. 304.
[1642] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 44.

droit moral, comme des obligations qui incombent aux cessionnaires, ou de la fragmentation extrême qui caractérisent le droit d'auteur. Chaque contrat d'exploitation réalise, comme le dit le législateur, une cession, puisqu'elle investit l'exploitant de la propriété d'une utilité de l'œuvre.

Il est sans doute peu probable que ce soit le sens que le législateur de 1957 ait voulu donner au terme « cession » qu'il utilise dans le CPI. Et il est certain qu'une telle lecture des actes d'aliénation de l'auteur, qui voit en eux la constitution de véritables biens propriété de l'exploitant, condamne non seulement tout rapprochement avec le démembrement d'un propriétaire du Code civil, mais plus largement tout rattachement au pouvoir de disposition de celui-ci : le propriétaire de l'article 544 n'a pas le pouvoir de transformer chaque utilité de sa chose en un bien et d'organiser sur elle un concours de propriétés simultanées, propriétés de droits qui plus est. Au contraire, c'est précisément ce à quoi le législateur de 1804 veut mettre fin : « on ne peut avoir sur les biens que trois sortes de droits, ou un droit de propriété, ou une simple jouissance, ou seulement des services fonciers : ainsi notre Code abolit jusqu'au moindre vestige de ce domaine de supériorité jadis connu sous les noms de seigneurie féodale et censuelle »[1643]. Clairement, le code veut rompre avec la propriété divisée de type féodal, et exclut ce type de propriété. C'est pourtant une lecture qui nous paraît la mieux à même de décrire le pouvoir très particulier de l'auteur.

569. Elle renvoie directement à l'analyse proposée par un auteur, P. Recht. Pour lui, l'auteur a dès l'acte de création la propriété de son œuvre, elle est à ce moment pleine et entière. Sa stratification apparaît à la publication, mais elle ne consiste pas dans une « distinction artificielle »[1644] entre prérogatives pécuniaires et morales, car elles sont indissolublement mêlées. « La division de la propriété dans ce cas-ci ressemble, beaucoup, à celle qui s'opérait au début du moyen-âge : le tenancier apportait sa propriété au seigneur et la 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 propriété utile ; en échange du « don », il reçoit la protection de la société. Cette protection consiste en ce que l'Etat reconnaît son droit subjectif d'auteur et lui en garantit l'exercice par un statut légal, un « privilège légal » dit M. Savatier, qui lui permet l'exploitation paisible du monopole de sa « tenure ». Le domaine éminent de l'Etat n'est pas visible aussi longtemps

[1643] M. TREILHARD, *Présentation au Corps législatif*, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, préc., t.11, p. 41.
[1644] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 235.

que l'auteur vit ; l'Etat reconnaît le droit subjectif de l'auteur en lui abandonnant l'exercice du droit de propriété éminente »[1645].

Le domaine éminent consiste d'une part dans la faculté de « reprendre possession du domaine utile accordé à l'auteur » et d'autre part dans « un certain nombre de prérogatives perpétuelles inhérentes à la qualité de propriétaire, dont l'exercice est abandonné d'abord à l'auteur sa vie durant puis à ses héritiers ou à d'autres personnes pendant la durée du délai de protection puis enfin exercé par l'Etat »[1646]. Le domaine utile « est, en fait, une véritable propriété, analogue à l'emphytéose, ce droit réel d'une durée de 99 ans transmissible aux héritiers et qui ressemble en tous points à la propriété pleine et entière » [1647]. L'auteur durant sa vie détient à la fois le domaine éminent et le domaine utile. Le domaine éminent retourne à l'Etat à la fin du monopole, tandis que l'auteur dispose librement du domaine utile qu'il transmet à ses héritiers.

Dans cette lecture du droit d'auteur, « lorsque l'auteur fait une cession exclusive d'un de ses « droits », il cède en réalité un morceau de sa propriété laquelle révèle alors son caractère d'être une vraie propriété divisible et démembrable ; il cède la propriété utile, mais la propriété éminente sera conservée par lui et par ses héritiers pendant 50 ans après sa mort »[1648]. L'auteur cède donc une partie de son domaine utile à l'exploitant, mais il reste titulaire du domaine éminent, ce qui explique les charges imposées au cessionnaire. Et le mécanisme par lequel il cède ses droits s'apparente effectivement à un démembrement de sa propriété – utile. D'ailleurs, P. Recht considère que le cessionnaire du droit est effectivement titulaire d'un droit réel démembré de la propriété de l'auteur[1649]. Mais pour autant, s'il désigne ce fractionnement par le terme de démembrement, il distingue entre le démembrement classique et celui de l'auteur, qu'il apparente davantage à une véritable division : l'auteur procède à un partage définitif de son domaine utile, tandis que le titulaire d'un droit démembré se trouve dans une situation qui est appelée à prendre fin.

Sur le fond, et ponctuellement, cette conception de la cession des droits d'exploitation, qui renvoie à la propriété utile du droit féodal, nous paraît bien refléter la démarche de l'auteur. Mais l'analyse globale de P. Recht nous parait en revanche trop éloignée des textes du CPI pour être adoptée. Il est évident que le législateur n'avait pas ce schéma à l'esprit lorsqu'il a organisé la protection de l'auteur.

[1645] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 238.
[1646] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 240.
[1647] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 247.
[1648] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 147.
[1649] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 250.

Sur la forme, nous hésitons également, à propos cette fois de la terminologie retenue par l'auteur : il parle de propriété, et même s'il retient finalement le terme de « propriété-création » et admet qu'il s'agit d'une « nouvelle forme de propriété », l'emploi de ce mot nous gêne lorsqu'il s'applique à des situations qui sont manifestement étrangères à la propriété de l'article 544 du Code civil. L'auteur a tort de moquer « les civilistes modernes (…) paralysés par la notion sclérosée de propriété quiritaire pleine et entière qu'ils ne peuvent concevoir qu'indivisible »[1650]. Pour nous, la propriété en tant que catégorie juridique précise se définit par référence à l'article 544 du Code civil, et même si l'on renonce à trouver dans le triptyque son contenu normatif, il faut au moins continuer d'y voir une référence, un tronc commun, un modèle, même s'il se manifeste différemment en fonction de l'objet auquel il s'applique. Et il nous paraît tout aussi inexact de qualifier de propriété un droit intrinsèquement divisionniste, que par exemple d'admettre une propriété indisponible au seul motif qu'elle est exclusive. Il n'est selon nous pas salutaire d'utiliser ce terme de propriété pour désigner des situations que tout oppose. Sur la forme donc, cette « propriété-création » nous paraît ajouter à la confusion. Pour autant, cela n'empêche pas d'autres auteurs de rejoindre l'analyse, au moins dans ses grandes lignes[1651].

570. On peut également être tenté d'entendre dans la législation l'écho de la propriété du faisceau : la philosophie juridique anglo-américaine conçoit la propriété comme un faisceau de droits, « un portefeuille de droits sur la chose »[1652]. Cette construction résulte de la combinaison de l'analyse des droits de Hohfeld et de la description des incidents de la propriété de Honoré.

Pour Hohfeld[1653], tout droit sur une chose (*in rem*) consiste dans une multitude de droits personnels entre individus. Par exemple, la propriété d'une voiture n'est pas une relation légale entre le propriétaire et la voiture, mais une série de droits qu'il détient contre tous les autres, chacun ayant un devoir corrélatif de ne pas interférer avec sa propriété de la voiture. De plus, chacun des droits que le propriétaire détient contre chacun de ces individus est un droit de propriété fractionnable, qui se divise en un ensemble de droits de diverses natures, incluant des libertés, des *claim-rights*, des pouvoirs et des immunités.

[1650] P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 234.
[1651] Par exemple V. BONNET, *La durée de la propriété*, préc., p. 307.
[1652] E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, Thèse, PU Rennes, 2013, p. 258, n°480. Voir également M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 9.
[1653] J.E. PENNER, *The « Bundle of Rights » Picture of Property*, 43 UCLA L.Rev. 711, 1996, p. 712.

Pour Honoré[1654], la propriété a des incidents : le droit de posséder, d'utiliser, de gérer, de recueillir le revenu de la chose, le droit sur le capital, le droit à la sécurité, la transmissibilité, la perpétuité, la prohibition d'utilisation dommageable, l'obligation d'exécuter, etc. La propriété se caractérise donc par des droits, mais aussi des manifestations, des responsabilités et des devoirs. La propriété n'est pas seulement un ensemble de droits, c'est un complexe légal de diverses relations normatives.

Globalement, la théorie du faisceau consiste à voir dans la propriété non pas un pouvoir général sur la chose, mais un agrégat de droits s'exerçant sur celle-ci, dont la somme constitue la propriété mais dont aucun n'est indispensable. Et puisque la propriété se compose d'un ensemble de droits, on en déduit qu'elle est fractionnable à volonté, de sorte que chaque utilisation concevable de la chose cristallise un droit qui devient lui-même une propriété.

La théorie de la propriété comme faisceau de droits est admise aux Etats-Unis (le *bundle of rights*[1655]) comme en Angleterre (le *bag of tools*), ou au Canada[1656]. Elle trouve une consécration en droit positif américain, notamment lorsque la Cour suprême applique la *Takings clause* : parce que la chose recèle un nombre infini d'utilisations possibles, le fait de priver un propriétaire d'une partie infime d'une chose revient à lui retirer un droit de son faisceau, et correspond donc à l'expropriation d'un droit de propriété, même si la chose reste globalement appropriée. Par exemple, le fait de poser un compteur d'électricité sur le mur d'un immeuble constitue l'expropriation de la partie du mur occupée par le compteur[1657].

Cette théorie est critiquée par certains auteurs américains[1658]. En elle-même, elle n'est pas dangereuse, tant qu'elle se borne à décrire le domaine d'action qu'autorise la propriété, à détailler ce que l'on peut faire quand on est propriétaire. En revanche, lorsque l'on envisage cette théorie non plus comme une simple description, mais comme une analyse de la nature de la propriété, de sa substance, elle devient critiquable, parce qu'elle réduit la propriété à un composite structurel, un agrégat de normes fondamentalement différentes[1659]. « C'est ainsi qu'en aspirant à mieux cerner la propriété et à en rendre l'idée plus concrète, la théorie du « faisceau de droits » a mis son objet en miettes. Le droit de propriété ne serait rien de plus qu'un assemblage hétéroclite de droits variés sur le bien, multipliés par le nombre de leurs débiteurs. S'il n'existe aucun droit complet et illimité sur une chose, mais seulement des

[1654] J.E. PENNER, *The « Bundle of Rights » Picture of Property*, préc., p. 712 et 733.
[1655] J.E. PENNER, *The « Bundle of Rights » Picture of Property*, préc., p. 712.
[1656] S. NORMAND, *Rapport canadien, Les nouveaux biens*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 238, citant Ville de Montréal c. Cedar Towers Corporation, 1972, CA 270, 271 et F. FRENETTE, *Chronique de droit des biens*, (1973) 4, R.G.D. 91.
[1657] J.E. PENNER, *The « Bundle of Rights » Picture of Property*, préc., p. 734.
[1658] J. E. Penner ; *The « Bundle of Rights » Picture of Property,* préc.
[1659] J.E. PENNER, *The « Bundle of Rights » Picture of Property*, préc., p. 741.

ensembles plus ou moins étendus, qui ne peuvent être désignés que par l'énumération de leur contenu, quel sens a le concept de propriété ? »[1660].

Cette critique peut être étendue à la théorie de la propriété des droits telle que la connait une partie de la doctrine française, mais également à la conception divisionniste du droit de l'auteur et du créateur. A considérer que la propriété d'une chose autorise à identifier dans ce pouvoir autant de droits que d'utilisations concevables, au point d'en faire de véritables droits autonomes objets de propriété, on renonce à toute vision unitaire de la propriété en tant que concept. La propriété n'est plus un mécanisme juridique, caractérisé par certains critères précis et produisant certaines conséquences déterminées, éléments dont la réunion est nécessaire mais suffisante à la qualification, mais un simple contenant, un agrégat protéiforme d'éléments sans cohérence interne. On abandonne sans doute la référence à la définition de l'article 544 du Code civil, mais également et plus généralement, la définition plus moderne qui, bien que réduisant la propriété à la combinaison d'un pouvoir de jouissance exclusive et d'un pouvoir de disposition, a au moins le mérite de doter la notion d'un contenu normatif et de la caractériser non par ses manifestations ponctuelles mais par son principe de fonctionnement, par son mécanisme.

Il est donc possible de voir dans l'usage du terme de cession le ralliement du législateur à l'analyse de la propriété en un faisceau de droits. C'est aussi ce qui ressort du fractionnement systématique des droits d'exploitation de l'auteur. Pour autant, un auteur[1661] nuance ce constat en relevant que le législateur en droit d'auteur réalise en réalité un compromis entre la définition synthétique (classique) et la définition analytique (celle du faisceau) du droit de l'auteur : sans doute la loi énumère-t-elle les droits moraux et patrimoniaux, et au sein de ceux-ci, les différents attributs. Mais il ne transforme pas pour autant systématiquement chacune des utilités potentielles de l'œuvre en un droit autonome, comme le voudrait la théorie du faisceau. Il a ainsi fait l'économie de la consécration expresse d'un droit de location, en considérant que le droit de reproduction y suffisait. Toutefois, on peut relever en sens inverse le cas du droit de prêt, ou les controverses relatives à la distinction des droits de reproduction mécanique et graphique s'agissant du Karaoké, ou les pressions pour la reconnaissance d'un droit de synchronisation ou d'un droit de fragmentation[1662]. Pour nous, il reste évident que le législateur en droit d'auteur s'éloigne de la conception unitaire de la

[1660] E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, préc., p. 259, n°483. Voir également E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, RIDA 2011, p. 115, n°35.

[1661] E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, préc., p. 262, n°490 et s.

[1662] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 305, n°446 et s.

propriété. D'ailleurs, certains auteurs américains[1663] se désolidarisent du droit positif américain, en proposant de définir la propriété comme le droit d'exclure les tiers de la chose, associé au droit de la transférer. La doctrine française inspirerait-elle la doctrine américaine[1664] ?

571. Bilan provisoire sur la nature du droit de l'exploitant. Toutes ces conceptions de la propriété dessinent au profit du propriétaire, chacune à sa manière, un pouvoir de disposition qui autorise le rapprochement avec celui de l'auteur. Mais aucune n'est la propriété du Code civil. Par suite, le droit détenu par l'exploitant, quelle que soit sa nature, n'est pas celui du titulaire d'un droit réel démembré de la propriété. Notre attachement à une lecture traditionnelle de la propriété nous oblige donc à distinguer formellement le pouvoir de démembrer du propriétaire de celui de l'auteur.

Un auteur propose d'ailleurs une lecture qui, sur le fond, traduit bien notre sentiment, mais sans nous convaincre sur la forme. Il s'agit d'appeler l'aliénation des droits d'exploitation démembrement, mais en donnant à ce terme un sens et une portée qui le distinguent du démembrement de la propriété. L'auteur renvoie à l'analyse de F. Zénati, pour affirmer que les démembrements admis dans la théorie classique ne sont pas des démembrements, puisque la propriété est un droit absolu qui ne peut être démembré. Il souligne le paradoxe du *numerus clausus* : « la notion de démembrement serait réservée aux seuls « démembrements classiques du droit de la propriété » qui ne sont pourtant pas des démembrements ! Le constat est déconcertant ; on ne peut sérieusement lui donner du crédit. C'est alors une autre affirmation qu'il faut privilégier : la propriété intellectuelle est la seule à connaître la logique des démembrements, à l'exclusion du droit de propriété de l'article 544 du Code civil. Alors qu'il est de l'essence du droit de propriété d'être exercé jalousement et de manière quiritaire, il est de l'essence de la propriété intellectuelle de voir les droits qui la composent répartis entre différents titulaires. (…) La vocation de la propriété intellectuelle n'est pas d'être conservée en des mains uniques ; la propagation de la création passe par l'exploitation des droits, c'est-à-dire par la conclusion de cessions »[1665]. « La notion de démembrement peut donc, incontestablement, être retenue en propriété intellectuelle sans que l'on y puisse opposer un quelconque abus de langage. Non seulement la divisibilité du droit patrimonial emporte

[1663] J.E. PENNER, *The « Bundle of Rights » Picture of Property*, préc., p. 742.
[1664] Voir par exemple H. MUIR-WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, RIDC 3-2000, p. 503 et s. ; H. MUIR-WATT, *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain*, APD t.45, 2001, *L'américanisation du droit*, p. 29 et s.
[1665] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 226, n°507.

morcellement du monopole, mais en plus, le ou les droit(s) ainsi extrait(s) passe(nt) d'un patrimoine à l'autre. Droit détaché du monopole, le droit objet de la cession partielle est bien un droit démembré »[1666].

Ceci revient dans notre optique à refuser de voir dans les actes d'aliénation de l'auteur l'écho de ceux d'un propriétaire, tout en les désignant par le vocable de démembrements. Quand elle distingue le pouvoir de l'auteur et celui du propriétaire, l'analyse nous semble juste. Mais quand elle choisit le vocable de démembrement, elle nous paraît condamnable. Sur la forme, le recours au terme de démembrement ne fait qu'ajouter à la confusion. La terminologie a en outre une portée plus fondamentale : sur le fond, et selon nous, l'auteur qui dispose ne démembre pas tant qu'il divise[1667], fractionne, fragmente, morcelle. La différence est double et paradoxale : le démembrement est à la fois plus et moins que le fractionnement. Il va plus loin parce que le titulaire d'un démembrement de propriété a un véritable droit direct et autonome sur la chose, tandis que l'exploitant demeure sous l'emprise de l'auteur. Il va moins loin parce que le droit démembré est conçu comme l'exception, temporaire et précaire, à la propriété unitaire, tandis que l'aliénation du droit d'exploitation est conçue comme le principe, définitive et translative, traduction de la vocation naturelle du droit d'auteur au morcellement.

En résumé, la division en droit d'auteur ne correspond ni à la démarche du propriétaire qui démembre, ni même à la définition du démembrement débarrassé de son rattachement trompeur à la propriété. Lorsque le législateur admet la « cession » des droits d'exploitation, il ne se borne pas à les concevoir comme des démembrements précaires d'un droit qu'ils auraient vocation à réintégrer. La loi n'envisage pas l'aliénation par l'auteur de ses droits d'exploitation comme une *simple faculté* qu'il aurait à sa discrétion, mais plutôt comme un véritable *mode opératoire*. Le principe d'exercice du droit d'auteur consiste, pour son titulaire, à fractionner son droit. Le monopole d'exploitation n'a pas vocation à rester entre les mains d'un seul. Et si le législateur parle de cession, c'est parce que l'auteur a le pouvoir de faire de ses droits d'exploitation de véritables biens. Il ne cède pas simplement un droit réel démembré sur son œuvre, il cède un droit autonome : « le droit d'exploitation sort ainsi du patrimoine de l'auteur pour figurer à l'identique dans celui de son cocontractant. A ce titre, les droits d'exploitation doivent être qualifiés de biens, leur caractère temporaire étant à cet égard indifférent »[1668]. Sans doute faut-il préciser que ce bien n'a d'existence que dans la

[1666] B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préc., p. 227, n°509.
[1667] Dans ce sens, P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p. 235.
[1668] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés,*

dépendance de l'œuvre et de son auteur, puisque le droit moral et les charges de l'exploitation excluent toute véritable autonomie. Si l'auteur se prive d'un droit d'exploitation pour en investir un exploitant, il ne se borne pas à cela. Il insère ce transfert dans un schéma plus large, conjuguant le transfert du droit d'exploitation avec la création d'obligations à la charge de l'exploitant. En conséquence, l'acte de disposition juridique de l'auteur est bien davantage qu'un simple démembrement, il constitue une figure juridique originale, fruit de la volonté de l'auteur. Par suite, il ne constitue pas l'acte d'un propriétaire, mais l'acte d'un auteur, deux catégories irréductibles.

ζ. Le droit de l'exploitant dans la jurisprudence de la Cour de cassation

572. Il n'est donc pas possible de voir dans le droit de l'exploitant un droit réel démembré traditionnel. Par suite, faute de trouver dans la propriété traditionnelle la nature du droit de l'exploitant, et si l'on ajoute à ce dernier décalage tous ceux que nous avons déjà rencontrés, il faut en tirer les conséquences : l'auteur n'a pas le droit d'un propriétaire du Code civil.

Avant de déclarer le droit de l'exploitant inclassable, nous avons cherché sa nature dans diverses conceptions de la propriété. Elles ne nous ont pas convaincue. Surtout, et à regret, nous avons dû renoncer à qualifier le droit de l'exploitant, et plus globalement le droit d'auteur, en référence au droit féodal. En effet, celui-ci autorise le rapprochement avec la propriété, et il a l'avantage de proposer une grille de lecture qui rend justice à l'originalité du droit d'auteur, et plus particulièrement du droit de l'exploitant. Mais il représente précisément tout ce que le législateur de 1804 a entendu répudier. Quant à la lecture dite moderne de la propriété et du démembrement, retenue par la doctrine contemporaine, elle autorise également le rapprochement avec la propriété, de droit positif cette fois. Mais cette admission repose toute entière sur un assouplissement – à notre sens une dilution – des concepts, et résulte dans une approximation qui la prive de véritable portée. Faute de pouvoir classer le droit de l'exploitant dans les catégories traditionnelles du code civil, nous ne pouvons pas non plus nous satisfaire d'une grille de lecture périmée (le droit féodal) ou d'une catégorie vidée de substance, donc de portée (la propriété moderne).

Avant de renoncer, il nous faut encore examiner une dernière conception, qui renouvelle complètement l'analyse *et* du démembrement *et* de la propriété. Mais ici, il faut procéder avec précaution, parce que c'est la Cour de cassation qui, très récemment et au moyen de quelques

---

préc., p. 241, n°277.

arrêts seulement, oriente le droit de propriété dans une direction dont les tenants et les aboutissants ne sont pas encore certains. Lorsque l'auteur cède ses droits d'exploitation, procède-t-il à la manière de ce propriétaire auquel la jurisprudence prête désormais le pouvoir de créer des droits réels de jouissance perpétuels ?

573. Avant de répondre à cette question, il faut au préalable – tenter de – cerner la portée *immédiate* de cette jurisprudence, autrement dit son sens en droit commun de la propriété.

Dès l'adoption du Code civil, malgré ses termes explicites – il fait de la propriété un droit unitaire et exclusif, affectant une chose entière et indivisible à la maîtrise d'un seul –, et son ambition affichée – rompre avec les propriétés simultanées du droit féodal –, la jurisprudence[1669] a parfois admis que le propriétaire puisse démembrer sa propriété en dehors des prévisions légales. Autant dire que la règle du *numerus clausus* – au demeurant inscrite nulle part – n'a jamais été complètement respectée. Cette tendance culmine en 2012[1670], et dans l'arrêt Maison de la Poésie, la Cour de cassation énonce que « le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ».

Il faut distinguer deux niveaux de « désobéissance » : premièrement, le propriétaire s'arroge le pouvoir de créer des droits réels non prévus par la loi. Mais à ce stade, l'entorse est de faible envergure, puisqu'elle consiste simplement à démembrer la propriété, comme la loi l'autorise, mais sous une forme que la loi ne prévoit pas. En revanche, et deuxièmement, le propriétaire s'autorise à créer des droits réels, non plus simplement nouveaux, mais surtout perpétuels. Mieux, aux termes de certains arrêts[1671], ces droits perpétuels sont de surcroît imprescriptibles. Or, mise à part la servitude, les démembrements légaux de la propriété sont nécessairement temporaires. Ici, la solution contredit donc directement le modèle retenu par le Code civil, à savoir celui d'une propriété unitaire dont le démembrement n'est admis qu'à titre exceptionnel, et toujours à la condition que le droit démembré ait vocation à réintégrer la propriété.

La portée de cette jurisprudence dépasse de loin le simple constat d'une entorse à la propriété unitaire et exclusive. Certes, l'entorse est consommée, et elle n'est pas des moindres : par définition, le démembrement *doit* être temporaire, parce que c'est ce qui distingue

[1669] Par exemple Cass. Req., 26 déc. 1833, S. 1834, 1, p. 720. Pour le détail, voir F. X. TESTU, *L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux*, JCP G 2012, n°1400, p. 2352.
[1670] Cass. Civ. 3e, 23 mai 2012, JCP G 2012, n°930, p. 1557, note W. Dross ; Cass. Civ. 3e, 31 oct. 2012, RTDCiv. 2013, p. 141, note W. Dross.
[1671] Par exemple Cass. Civ. 3e, 23 mai 2012, préc.

fondamentalement le droit réel de propriété des autres droits réels, et garantit la vocation de la propriété à l'unité. Seule la propriété est un droit réel perpétuel au plein sens du terme. Il faut ici ajouter une précision : « (i)l y a (…) une échelle de la perpétuité »[1672]. La servitude est également perpétuelle, mais elle se perd par le non-usage, de sorte qu'elle a tout de même vocation à réintégrer le giron de la propriété. Au contraire, la propriété est non seulement perpétuelle, mais également imprescriptible, et c'est ce qui fait son intangibilité. Dès lors qu'un droit réel – démembré – est perpétuel et imprescriptible, il perd définitivement sa vocation à revenir dans le giron du propriétaire. La propriété n'a donc plus vocation à l'unité. Elle perd son âme, si l'on admet de trouver celle-ci dans l'affectation d'un bien à la souveraineté d'un seul.

Mais encore plus radicalement, la propriété exclusive ne perd-elle pas également son rang, si l'on admet que notre système juridique – monothéiste – ne conçoit qu'une seule forme de réservation, cette affectation de tout le bien à une seule personne, véritable pilier de notre droit des biens ? En effet, peut-on encore établir une hiérarchie entre le propriétaire et le titulaire de ce nouveau droit réel sur la chose d'autrui, lorsque l'on songe que cette utilité ne réintègrera pas cette chose, puisqu'elle restera affectée indéfiniment à son titulaire ? N'est-il pas tout simplement devenu propriétaire – définitivement – d'une partie d'un bien, que le propriétaire d'origine lui cède – dont il se défait ? Peut-on encore parler de démembrement[1673] ? C'est la perpétuité qui distingue le droit réel démembré et la propriété[1674]. « Que l'on admette un instant la possibilité de droits réels démembrés perpétuels et plus aucune distinction ne mérite d'être faite, la seule importance quantitative des utilités accaparées ne pouvant commander de différence quant à la nature même du droit »[1675]. N'est-on pas ici plutôt en présence de deux droits de propriété prenant pour objet deux utilités distinctes d'un même bien ? La jurisprudence a parfois qualifié le droit démembré de propriété[1676], ou de propriété partiaire[1677], mais elle n'utilise pas ce vocable dans les arrêts de 2012, se contentant de parler de « prérogatives », de sorte que l'on peut hésiter. Pourtant, n'est-on pas au moins obligé d'admettre que, à choisir entre la figure du titulaire d'un droit réel temporaire démembré et celle du propriétaire définitif d'une portion de bien, le titulaire d'un droit réel de jouissance perpétuelle est plus proche du second que du premier ?

[1672] W. DROSS, *La perpétuité des droits réels* sui generis, JCP G 2012, n°930, p. 1557.
[1673] Dans ce sens, G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ?*, RTDCiv. 2013, p. 745, n°8 ; F. X. TESTU, *L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux*, préc. n°1400, p. 2352.
[1674] W. DROSS, *Une approche structurale de la propriété*, RTDCiv. 2012, p. 426, n°14 ; W. DROSS, *La perpétuité des droits réels* sui generis, préc., n°930, p. 1557.
[1675] W. DROSS, *Une approche structurale de la propriété*, préc., p. 426, n°15.
[1676] Par exemple Cass. Req., 26 déc. 1833, S. 1834, 1, p. 720.
[1677] Voir F. X. TESTU, *L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux*, préc., n°1400, p. 2352.

En tout état de cause, ce schéma dans lequel un bien supporte la concurrence de deux maîtres exerçant un pouvoir de nature identique sur des utilités distinctes renvoie directement aux propriétés simultanées du droit féodal, et prend le contrepied direct de la propriété exclusive et unitaire du Code civil. C'est ce qui explique la controverse qu'il suscite. Mais pour autant, le schéma traditionnel n'est pas d'ordre public, et c'est au visa des articles 544 et 1134 du Code civil que la solution inverse est adoptée. Le propriétaire est libre de sa propriété, comme il est libre de contracter[1678]. Logiquement, si le propriétaire a, en vertu du Code civil, le pouvoir de disposer de son bien en totalité, alors pourquoi n'aurait-il pas *a fortiori* le pouvoir d'en disposer seulement en partie ? [1679]

Pour résumer la portée immédiate de cette jurisprudence, c'est d'abord la notion de démembrement qui est revisitée : cette technique ne se résume plus à aménager temporairement un droit direct et partiel sur la chose d'autrui, puisqu'elle conduit à détacher définitivement une utilité de cette chose pour l'attribuer irrévocablement à un autre que son propriétaire. Ou alors faut-il en rester à la définition classique du démembrement, et considérer que cette jurisprudence quitte purement et simplement ce terrain, pour proposer un schéma nouveau, pour admettre que le propriétaire peut non seulement démembrer sa propriété, mais plus radicalement la décomposer[1680], la diviser, la partager, la scinder, etc… ? Deuxièmement et corrélativement, c'est donc la notion de propriété qui est remaniée : soit on persiste à voir dans ce nouveau schéma une forme de démembrement. Cela permet de sauvegarder la place centrale – et omnipotente – de la propriété exclusive et individuelle dans notre système juridique, en rabaissant cette jurisprudence au rang de simple exception. Soit on admet de voir ici un dépassement de la technique du démembrement, et conséquemment un dépassement de la propriété telle que la conçoit le Code civil. Il s'agit alors d'admettre « la capacité du droit français des biens à accueillir simultanément deux systèmes d'appropriation, le premier, officiel, marqué par l'absolutisme dont le code civil le revêt, et le second, conventionnel, reprenant l'idée d'une maîtrise partagée des biens »[1681], une « coexistence pacifique entre la propriété absolue de l'article 544 du code civil et les « propriétés » simultanées de l'Ancien Droit »[1682].

[1678] P. BERLIOZ, *Droit des biens*, Ellipses, 2014, p. 391, n°357, et p. 395, n°360.
[1679] G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ?*, préc., p. 748, n°11.
[1680] L'arrêt Caquelard parle de « décompositions ».
[1681] G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ?*, préc., p. 744, n°5.
[1682] *Ibidem*.

574. On le voit, la portée *immédiate* de cette jurisprudence – autrement dit ses incidences dans la théorie de la propriété de droit commun – donne le vertige. Quelle peut alors être sa portée *médiate* – son incidence éventuelle dans la théorie du droit d'auteur ?

Désormais, la liberté du propriétaire de droit commun est décuplée. Il peut isoler parmi les utilités de son bien une ou plusieurs d'entre elles, et par la création d'un droit de jouissance spéciale, en investir un tiers. Il peut le faire à titre temporaire, ou s'il le souhaite, à titre définitif. Il peut procéder de la sorte autant de fois qu'il le souhaite, avec autant de personnes qu'il le désire, et en transmettant à chaque fois autant ou aussi peu d'utilités qu'il lui convient. « (J)ouissance spéciale par jouissance spéciale, le propriétaire pourra en effet désormais distribuer une à une toutes les utilités de son bien. On mesure la distance entre cette prérogative et celle que permet l'usufruit (ou ses diminutifs, les droits d'usage et d'habitation). Alors que l'usufruit épuise les utilités du bien, qu'il monopolise la chose, le droit réel de jouissance spéciale décloisonne et départage »[1683]. Et puisque c'est la liberté des conventions qui le guide (c'est le visa de l'arrêt Maison de la Poésie), on peut parfaitement imaginer qu'il assortisse le transfert d'une série d'obligations à la charge du titulaire de ce droit de jouissance spéciale, pourvu qu'il respecte l'ordre public.

Cette forme de disposition – qu'on choisisse d'y voir une disposition translative (le droit de jouissance est un droit de propriété) ou non-translative (le droit de jouissance est un démembrement) – n'est pas sans rappeler l'acte de l'auteur qui cède ses droits d'exploitation, pour dire le moins. Sans doute faut-il rappeler la situation très particulière de l'exploitant : même lorsqu'une cession pure et simple lui permet d'échapper aux obligations d'exploiter ou de rémunération proportionnelle, il reste assujetti au – asservi par – le droit moral de l'auteur. Même si le propriétaire de droit commun peut choisir d'imposer au bénéficiaire du droit de jouissance un certain nombre d'obligations, cela n'a rien de commun avec l'état de sujétion perpétuelle dans lequel se trouve enfermé l'exploitant. L'on pourrait arguer, dans le sens d'un rapprochement, qu'il y a là seulement une différence de degré, non de nature, entre l'autonomie de l'exploitant et celle du titulaire du droit de jouissance. Mais nous restons sceptique : pour nous, le poids du droit moral dénature véritablement la cession. Ce que l'auteur prétend céder d'une main, il le retient de l'autre main. Il n'abandonne jamais réellement sa souveraineté sur une quelconque partie de sa création. Aucune utilité économique n'échappe jamais à son pouvoir rémanent. Pour autant, il faut bien convenir qu'ici, c'est le dernier obstacle au rapprochement entre l'auteur et le propriétaire qui disposent

[1683] *Coup de tonnerre sur le* numerus clausus *des droits réels : un droit réel de jouissance spéciale peut être accordé à une personne morale pour une durée supérieure à trente ans*, Defrénois 2013, p. 13.

(dans la mesure, bien entendu, où l'on accepte d'appeler propriétaire cet individu dont les pouvoirs consacrés ici par la jurisprudence ne sont pas ceux du propriétaire du Code civil).

Finalement, si l'on peut encore hésiter à dire que l'auteur qui cède ses droits d'exploitation est désormais un propriétaire qui démembre, ce n'est plus seulement parce qu'en raison du droit moral, l'on n'est pas certain que l'auteur *cède* réellement. Désormais c'est également parce que l'on n'est pas certain que le propriétaire *démembre* effectivement. Et de ce point de vue, si l'on met pour l'instant de coté l'obstacle du droit moral, il faut peut-être dire que l'auteur qui cède ses droits d'exploitation est un propriétaire qui cède les utilités de sa chose. Autrement dit, ce n'est pas tant l'auteur qui s'apparente à un propriétaire, mais plutôt le propriétaire qui s'apparente à un auteur… Et si le législateur en droit d'auteur, et plus largement en propriété intellectuelle, a dès l'origine pris en compte la spécificité des créations – la nécessité d'encourager leur exploitation et de faciliter leur circulation – en façonnant pour leur disposition le régime juridique original que nous leur connaissons désormais, le rédacteur du Code civil avait peut-être choisi la propriété exclusive et individuelle parce qu'elle suffisait à la valorisation des biens de cette époque. Lorsque les biens se sont complexifiés, et que leur exploitation s'est trouvée ralentie par le monolithisme de la propriété du Code, c'est peut-être dans le droit des propriétés intellectuelles que le juge a trouvé un modèle de valorisation plus efficace.

Pour conclure sur cette jurisprudence, il faut concéder qu'elle offre une grille de lecture du droit de l'exploitant, et du droit de l'auteur, autrement plus satisfaisante que toutes les autres conceptions de la propriété que nous avons examinées. Mais précisément, si elle se montre si accueillante pour le droit d'auteur, c'est parce qu'elle n'a plus rien à voir avec la propriété du Code civil, pas plus d'ailleurs qu'avec la propriété décrite par la doctrine moderne. Il s'agit, à travers cette jurisprudence, d'opérer une rupture complète avec la propriété exclusive qui forme le socle de notre système juridique. On pourrait même considérer qu'il s'agit de *sortir de la propriété*, si l'on ajoutait à ce partage consenti du bien entre différents exploitants de différentes utilités économiques, le partage imposé des utilités gratuites avec le public. Nous y reviendrons. Pour l'instant, il doit suffire de dire que le droit de l'exploitant trouve ici un hôte à sa mesure, et non des moindres, puisque c'est le droit positif de la propriété le plus récent qui, par une mutation radicale, autorise à rapprocher l'auteur qui cède ses droits d'exploitation d'un propriétaire. Le droit de l'exploitant – si l'on omet l'incidence du droit moral – s'apparente au droit du titulaire d'une jouissance spéciale. L'auteur cède ses droits *à la manière* d'un propriétaire, même s'il est désormais difficile de dire si ce propriétaire démembre ou cède. Plus globalement donc, l'auteur qui dispose peut désormais être qualifié

de propriétaire qui dispose, sans que sa profonde singularité soit gommée. Mais à quel prix ! C'est la singularité de la propriété du Code civil qui est ici oblitérée.

575. Bilan du d. Cession et démembrement. On avait déjà vu que c'est parce que ce sont *ses seuls droits d'exploitation* qu'il aliène que l'*abusus* translatif d'un propriétaire nous semblait irréconciliable avec le pouvoir de l'auteur : il n'aliène pas la chose entière. On voit cette fois que c'est parce qu'il *aliène* ces droits que les portes de la propriété se ferment à nouveau pour lui : il ne démembre pas non plus. La disposition par l'auteur ne correspond ni à la disposition translative d'un propriétaire, ni à sa disposition non-translative, au sens classique du moins.

Bilan du § 2. Le démembrement. Pour conclure sur l'admissibilité du mécanisme du démembrement en droit d'auteur, il faut retenir que les termes de la loi, qui parlent de cession, autant que la durée ou la portée des droits de l'exploitant, condamnent selon nous tout rapprochement entre le pouvoir de démembrer d'un propriétaire traditionnel et l'aliénation des droits d'exploitation par l'auteur. Cet obstacle tient à la nature du mécanisme utilisé par le législateur en droit d'auteur. Si l'on ajoute à cela l'esprit qui préside à cette technique, c'est-à-dire le principe d'une division systématique poussé à son paroxysme, alors le modèle de l'*abusus* d'un propriétaire s'éloigne encore davantage.

Il ne fait aucun doute que lorsque nous contestons la compatibilité entre la terminologie légale de « cession » et la technique du démembrement, nous campons sur une lecture très classique de la propriété, que l'on pourrait aisément qualifier de dépassée, d'étroite, d'archaïque, etc. Nous en convenons, notre modèle de référence est effectivement abandonné non plus seulement par la doctrine unanime, mais désormais également par la jurisprudence[1684]. Cependant, c'est le parti que nous avions pris, de rapprocher le droit du créateur de la propriété en tant qu'elle s'exprime par le triptyque, ce qui implique d'en retenir une lecture traditionnelle.

D'ailleurs, nous voulons souligner que notre refus d'identifier l'*abusus* juridique de l'auteur et celui du propriétaire ne tient pas seulement à notre choix d'une conception classique du pouvoir de ce dernier. Assouplir notre modèle de référence ne nous conduit pas davantage à admettre le rapprochement. Ainsi, nul doute qu'une lecture plus moderne – et modérée – de la propriété, qui juxtaposerait la propriété des choses et celle des droits, permettrait de concilier

[1684] L'arrêt Maison de la Poésie.

l'idée d'une cession des droits d'exploitation et le mécanisme du démembrement, autorisant ainsi à lire dans le pouvoir de disposition de l'auteur l'acte de démembrement d'un propriétaire, et partant, l'*abusus* non-translatif d'un propriétaire. Nous continuerions néanmoins de penser, quant à nous, que le schéma de l'aliénation des droits d'exploitation ne correspond pas à un démembrement du droit d'auteur : ce seraient alors la durée et la portée des droits de l'exploitant qui nous arrêteraient, autant que le caractère systématique du fractionnement. Et si, à ce stade, nous ouvrions la porte à la jurisprudence la plus récente, qui prête au propriétaire le pouvoir – on ne sait plus ici s'il convient de parler de disposition translative ou non-translative – de créer des droits réels de jouissance perpétuels, cette figure – improbable mais tellement plus accueillante – de la propriété serait toujours prise en défaut, selon nous, par l'état de sujétion dont l'exploitant ne peut jamais réellement s'émanciper, puisque même la cession pure et simple ne lui permet pas d'échapper à l'emprise du droit moral de l'auteur.

Conclusion du Chapitre 2. L'aliénabilité des droits d'exploitation est l'argument sur lequel repose le postulat du pouvoir de disposition de l'auteur. Or, le droit moral interdisait déjà, par son indisponibilité, l'aliénation globale du droit d'auteur. Son existence compromettait également l'aliénabilité des droits d'exploitation (Chapitre 1). Ici, il s'est agi de confirmer ce premier sentiment. La cession des droits d'exploitation par l'auteur appelle de nombreux commentaires, qui tous ou presque, conduisent à une remise en cause de l'analogie entre la disposition de l'auteur et celle du propriétaire. Nous avons interrogé la nature translative de la cession (Section 1, § 1 : les obligations du cessionnaire), mais également son objet (Section 1, Sous-section 2 : les seuls droits d'exploitation), pour suggérer que, *quantitativement*, l'auteur n'aliène pas *autant* qu'un propriétaire, voir même pas du tout. Nous avons ensuite examiné sa manière de disposer. *Qualitativement*, l'auteur qui aliène ne dispose pas *comme* un propriétaire. Le pouvoir de disposition du propriétaire est translatif, il transmet sa chose. Celui de l'auteur est non-translatif : il ne transmet pas sa chose. Bien plus, il ne la démembre pas non plus, il la divise (Section 2, § 2).

Conclusion du Sous-titre et du Titre. L'examen du pouvoir de disposer juridiquement de l'auteur nous révèle un schéma complexe, très éloigné de la simplicité de la propriété. L'auteur a la maîtrise d'une chose, l'œuvre. Mais au lieu de se borner, comme un propriétaire classique, à transférer sa chose en entier, il ne peut d'abord qu'en transférer la dimension patrimoniale, et encore, certaines utilités seulement. Il ne peut se séparer des utilités morales.

De plus, au sein de ces prérogatives patrimoniales, il est rare qu'il les transfère toutes. Il est fréquent qu'il contracte à propos de telle ou telle prérogative patrimoniale tout en gardant telle autre ou en la transférant à un autre. L'œuvre est donc souvent écartelée entre ses différents maîtres au titre de leurs droits concurrents et parallèles, l'auteur et les cessionnaires des droits d'exploitation. Enfin, quel que soit le pouvoir qu'il prétend transférer, l'auteur conserve un ascendant moral sur celui avec qui il contracte. Au total, il est bien difficile de voir dans l'auteur un propriétaire qui dispose. Pris séparément, chacun des éléments que nous avons isolés font douter de l'analogie entre l'auteur qui dispose et le propriétaire qui dispose, sans pour autant être nécessairement décisifs. Cumulés, ils nous amènent à une seule conclusion : l'auteur n'a pas le pouvoir de disposer d'un propriétaire.

Quant au titulaire d'un droit de propriété industrielle en revanche, nous avons dit ce que nous en pensions : son pouvoir de disposition est quasiment intact au plan *quantitatif*. Si la division l'affecte également, il semble cependant qu'elle soit ici moins prononcée, de sorte qu'au plan *qualitatif*, le titulaire d'un droit de propriété industrielle aliène *presque* à la manière d'un propriétaire. Au total donc, son pouvoir de disposition juridique approche celui d'un propriétaire : il peut effectivement céder tout son droit – toute sa chose – ou seulement une partie. C'est surtout le contenu du droit qu'il cède qui l'éloigne d'un propriétaire, et nous y reviendrons en conclusion générale.

Conclusion générale

I. Résumé

576. Nous nous sommes fixée pour but de déterminer si le droit des créateurs peut être ramené à un droit de propriété. A cette fin, nous avons choisi d'envisager la question sous l'angle particulier du contenu de ces droits. Nous nous sommes donc proposée de mesurer le contenu du pouvoir du créateur à l'aune du triptyque de la propriété. Il s'est agi de mettre les propriétés intellectuelles à l'épreuve, de les passer au crible de la trilogie de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*. Il faut maintenant revenir brièvement sur les conclusions auxquelles nous sommes arrivée au cours de notre étude.

577. Nous avons commencé **(Partie préliminaire. La place du triptyque dans la propriété)** par prendre la mesure de notre outil : la trilogie des attributs de la propriété. Une fois exposé son contenu technique **(Titre 1. Le contenu du triptyque)**, c'est surtout sa place – et sa valeur **(Titre 2. La valeur du triptyque)** éventuellement normative – dans le droit commun de la propriété qu'il fallait cerner.

Parmi les différentes acceptions retenues en doctrine, nous avons choisi la plus communément répandue, qui est également la plus nuancée. Nous avons donc renoncé à définir toute forme de propriété par la réunion nécessaire et suffisante des trois attributs (triptyque absolument normatif). Nous avons également refusé de répudier complètement cet outil dans la définition de la propriété (triptyque complètement a-normatif).

La conception à laquelle nous nous référons est celle de la doctrine majoritaire, qui assigne au triptyque un rôle mesuré. D'une part, elle trouve en lui un outil essentiellement descriptif : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* dépeignent les différentes manières dont le propriétaire exerce sa maîtrise sur la chose, il se borne à proposer une typologie sans prétention d'exhaustivité. D'autre part, elle lui reconnaît une portée partiellement obligatoire : il n'est pas de véritable propriétaire qui ne puisse disposer juridiquement de sa chose.

Au total, c'est une lecture classique de la propriété que nous avons retenue dans notre démarche comparative. C'est donc au contenu traditionnel du droit de propriété que nous avons tenté de ramener celui des droits de propriété intellectuelle. Nous avons à cet effet distingué entre la jouissance et la disposition de la création.

578. Nous avons d'abord examiné la place de l'*usus* et du *fructus* dans les droits de propriété intellectuelle **(Partie 1. La jouissance de la création : la place de l'*usus* et du *fructus* dans les droits de propriété intellectuelle)**. L'*usus*, et son accessoire le *fructus*, occupent une place centrale dans le droit de propriété traditionnel. C'est la faculté pour le propriétaire d'user de sa chose, et cet usage peut rester privatif ou au contraire s'insérer dans les relations commerciales. De la même manière, la jouissance du créateur recèle une dimension personnelle et une dimension économique, que nous avons dissociées.

579. Entendu au sens étroit **(Partie 1, Titre 1. La jouissance personnelle de la création : l'*usus*)**, l'*usus* du propriétaire consiste pour lui à exercer une maîtrise exclusive et directe sur la chose. Il s'agit de se réserver la chose en en interdisant l'accès aux tiers, et en s'assurant une emprise totale sur celle-ci.

Au titre de son *usus*, le propriétaire a d'abord la faculté d'exclure les tiers de sa chose, de s'en réserver l'unique usage et de refuser toute forme de partage **(Sous-titre 1. L'impensable *usus* privatif de la création)**.

La soustraction jalouse et égoïste de la chose au commerce juridique constitue la forme « primaire » et classique de l'exercice de la propriété. Ce comportement est jugé parfaitement légitime. Au contraire, il est communément admis qu'une telle prétention, appliquée à une idée, est complètement illégitime. Pour autant, cela ne condamne pas l'application de l'*usus* aux créations, puisque l'idée n'est que le préalable à la création, qui doit en être distinguée, et dont la réservation privative se trouve, quant à elle, parfaitement justifiée. Mieux, l'activité créatrice rend l'*usus*, et plus largement la réservation, encore plus légitime que la simple occupation d'une chose corporelle par son propriétaire. Et si la légitimité de la réservation de l'information fait aujourd'hui débat, celle de l'*usus* privatif du créateur n'est plus remise en cause **(Chapitre 1. L'*usus* privatif illégitime)**.

En revanche, c'est la pertinence de cet usage privatif qui doit être discutée. En effet, si la chose corporelle se prête à un usage secret, la création a au contraire naturellement vocation à se propager. Elle trouve sa raison d'être dans le partage, et la soustraction à toute forme de communication contredit sa destination. D'ailleurs, le droit qui réserve la création n'investit pas le créateur d'un pouvoir de cet ordre. Il n'organise ni ne cautionne un usage exclusif et secret de la création par son créateur. Il fait de la communication de la création une étape majeure de son régime juridique. L'*usus* personnel et autarcique de la chose corporelle par son propriétaire ne trouve aucun écho dans le droit du créateur. Reste à savoir si cette forme

d'usage, exclusivement personnel, est vraiment un attribut essentiel de la propriété. Il faut envisager d'adapter les formes de l'*usus* à leur objet, et si la chose corporelle s'accommode du repli de son maître sur lui-même, la création s'épanouit dans la divulgation par son créateur. Les attributs de la propriété n'ont pas des formes rigides et immuables, et l'*usus* peut, sans se dénaturer, se faire privatif pour les choses corporelles, et oblatif[1685] pour les créations **(Chapitre 2. L'*usus* privatif impertinent)**.

En résumé, transposée à la création, la jouissance personnelle conserve sa légitimité, mais perd sa pertinence. Pour autant, l'*usus* privatif n'est pas consubstantiel à la propriété, et peu importe que le créateur ne soit pas investi de ce type de pouvoir.

580. Traduction de son *usus*, le propriétaire exerce ensuite une emprise totale sur la chose corporelle, soumise à son entière domination **(Sous-titre 2. L'impossible *usus* matériel de la création)**.

La propriété se manifeste concrètement par la maîtrise physique de l'objet approprié. Elle implique donc à la fois un objet corporel et des actes matériels. La création est insusceptible d'une telle emprise. Pourtant, il apparaît que ni la corporéité de l'objet, ni la matérialité des actes du propriétaire ne sont réellement déterminants de l'*usus* d'un propriétaire. La dématérialisation de cet attribut est admissible : l'objet n'est pas nécessairement corporel, et les actes d'usage ne sont pas matériels mais juridiques. L'*usus*, en tant qu'emprise directe du créateur sur sa création, fait partie des attributs des droits de propriété intellectuelle **(Chapitre 1. La dématérialisation postulée de l'*usus*)**.

L'intellectualisation de la maîtrise du propriétaire trouve un terrain favorable dans la possession, dont le droit positif – doctrine et jurisprudence – admet qu'elle s'applique aux créations. Par analogie, et peut-être même par identité, l'attribut classique de la propriété se révèle adapté aux créations. A l'image d'un véritable propriétaire, le créateur exerce un pouvoir direct et immédiat sur sa création **(Chapitre 2. La dématérialisation confirmée de l'*usus*)**.

En résumé, la matérialité de l'*usus* classique est remise en cause, de sorte que la création n'y est finalement pas réfractaire.

Pour conclure sur l'*usus* au sens étroit **(Bilan du Titre 1)**, cet attribut apparait au premier abord complètement inadapté aux créations. Pourtant, sa définition traditionnelle est

[1685] Sur l'usage de ce terme, voir Ph. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, RTDCom. 2011, p. 562.

empreinte d'archaïsme et son dépassement autorise à trouver dans le droit du créateur une transposition de ce pouvoir de propriétaire. Toutefois, il faut reconnaître que pour surmonter ce premier obstacle, il est nécessaire de se détacher de la conception classique de l'*usus*, et ce sur des points qui lui sont essentiels. S'il est possible de dire que le créateur a, au titre de son droit de propriété intellectuelle, l'*usus* de sa création, il faut donc déjà préciser qu'il ne s'agit pas de l'*usus* tel que le conçoit le Code civil de 1804. Cependant, à ce stade, et selon nous, il s'agit seulement d'actualiser l'analyse de cet attribut, qui en sort dépoussiéré mais pas dénaturé. Dans notre optique, l'analogie entre l'*usus* du propriétaire et celui du créateur reste acceptable.

581. Entendu au sens large **(Partie 1, Titre 2. La jouissance économique de la création : l'*usus* et le *fructus*)**, l'*usus* s'associe au *fructus* pour fournir au propriétaire l'outil qui permet l'insertion de la chose dans le commerce juridique. Il s'agit d'user de la chose non plus de manière privative et autarcique, mais aux fins de lui faire produire un profit. L'usage consiste ici dans l'exploitation commerciale de la chose, et cette jouissance économique est au pouvoir du propriétaire comme du créateur. Reste à savoir si elle est de même type. Le propriétaire est maître de sa chose. Cela implique qu'il se pose d'une part en maître unique de toutes les utilités et de tous les fruits de la chose, et d'autre part en maître libre de fixer le sort juridique de cette dernière. Il s'agit de distinguer la jouissance économique exclusive, et absolue.

La propriété réserve à son titulaire toutes les utilités de la chose, l'*usus* et le *fructus* sont exclusifs. Au contraire, la jouissance économique de la création n'est pas exclusive mais partagée **(Sous-titre 1. La jouissance économique exclusive – ou partagée)**. Le créateur n'a pas le droit de se réserver tous les usages concevables de sa création, ni d'en recueillir tous les fruits.

L'examen objectif du droit positif met en évidence les multiples entorses à l'exclusivisme du créateur **(Chapitre 1. La mesure de l'exclusivité)**. Il s'agit d'abord des exceptions légales, qui entament la jouissance du créateur. Mais elles ne sont que l'arbre qui cache la forêt : il faut également prendre en compte les exceptions prétoriennes, et encore les exceptions déguisées en limites. La liste est longue, et l'indulgence cède rapidement la place à la consternation.

Confrontée à un tel tableau, c'est la portée de ces entorses qu'il nous faut alors mesurer **(Chapitre 2. La valeur de l'exclusivité)**. Malgré ce constat objectif, la doctrine maintient son postulat : le droit du créateur est exclusif. A cet effet, elle adopte un raisonnement que

nous dénonçons. D'une part, elle revoit l'objet de ce droit – prétendument exclusif – à la baisse : la jouissance économique du créateur peut être dite exclusive, puisqu'elle ne porte pas sur la création en ce compris toutes ses utilités et toutes ses dimensions, mais seulement sur certaines d'entre elles. C'est la distinction des usages intellectuels et des usages économiques. L'usage intellectuel n'est pas exclusif mais partagé, et pourtant cela n'entame pas la jouissance exclusive du créateur, car seul l'usage économique ressortit naturellement du domaine de sa compétence. Nous critiquons l'artifice et l'arbitraire d'un tel découpage. Et d'autre part, les exceptions à l'usage – économique cette fois – de la création sont à la fois légitimes, eu égard à la fonction du droit du créateur, et supportables, en ce qu'elles ne portent pas atteinte à la nature du droit du créateur, dont elles se bornent à cantonner le domaine. Il s'agit ici d'apprécier – de manière forcément subjective – la gravité de l'amputation que la propriété peut supporter sans se dénaturer.

Quant à nous, et pour résumer, les exceptions légales – malgré leur nombre impressionnant – ne suffisent sans doute pas à remettre en cause, à elles seules, le pouvoir de jouissance économique exclusive du créateur. En revanche, ajoutées aux entorses déguisées, qui prennent le nom de limites et se justifient par la distinction des usages intellectuels et économiques, ainsi qu'aux atteintes prétoriennes, et surtout à celles de la CJUE, elles ne peuvent plus être ignorées. Il ne faut pas non plus passer sous silence l'esprit qui préside à cette évolution : les exceptions vont en se multipliant de manière exponentielle, sans que leur légitimité soit remise en cause, et au contraire, c'est la légitimité de la jouissance économique exclusive du créateur qui est interrogée.

Au total, nous pensons que la création n'est pas l'objet d'une jouissance économique exclusive, mais véritablement partagée. Nous ne sommes plus dans la configuration traditionnelle d'un principe exclusif assorti d'exceptions. Aujourd'hui coexistent deux prétentions équivalentes sur une même création, celle du public et celle du créateur. Et il n'est plus possible de dire que ce dernier détient un droit d'*usus* et de *fructus* exclusif. Sans doute n'est-il pas contraint de supporter que d'autres, pris individuellement, retirent de la création une jouissance économique concurrente (encore que, voir l'exception de possession personnelle antérieure en matière de brevet, pour ne citer qu'elle). En cela, son pouvoir de faire fructifier la création est effectivement exclusif, parce que lui seul peut y procéder. Mais il partage bien la jouissance de sa création avec le public, qui en retire nécessairement un profit, de sorte que son pouvoir de jouissance économique n'est pas celui d'un propriétaire : il ne peut pas se réserver toutes les utilités de la création, ni même en monnayer l'accès.

On pourrait même aller jusqu'à inverser la perspective : le public a par principe et de manière générale le pouvoir de jouir de la création, d'en user, tantôt gratuitement (les limites) tantôt en versant une contrepartie financière (certaines exceptions). Par exception, le créateur peut procéder à une véritable exploitation commerciale de la création. Lui seul peut prétendre la faire fructifier, et en cela, il a un pouvoir de jouissance exclusive, mais toujours dans les limites et le respect des prétentions du public. L'accès à la création n'est donc pas réservé au créateur, loin s'en faut. En bref, et au plan de l'exclusivisme, le créateur n'exerce pas l'*usus* et le *fructus* de la propriété.

582. La propriété préserve la liberté du propriétaire. Il peut s'abstenir de tout usage, et déterminer librement les modalités de sa jouissance. Il fixe seul le devenir de sa chose. Au contraire, le créateur n'est pas libre d'ignorer sa création, il doit l'exploiter, et la loi lui impose souvent jusqu'aux formes de sa jouissance. L'*usus* et le *fructus* du créateur ne sont pas absolus, sa jouissance économique est dirigée **(Sous-titre 2. La jouissance économique absolue – ou dirigée)**.

L'examen objectif du droit positif met en évidence les multiples entorses à l'absolutisme du créateur **(Chapitre 1. Jouissance économique absolue et régime du droit : la mesure de la liberté du créateur)**. Pour l'auteur d'une œuvre de l'esprit, la liberté est le principe, et ses prérogatives morales renforcent l'absolutisme de sa jouissance. Toutefois, les entorses existent, et le cumul – non exhaustif – des licences légales, des licences prétoriennes, ou encore des traductions de la théorie de l'abus de droit en droit interne et en droit communautaire, interdisent de voir dans la jouissance économique de l'auteur une faculté discrétionnaire. On peut en dire autant de l'auteur d'un dessin ou modèle.

Quant au titulaire d'un brevet ou d'une marque, il se distingue encore bien davantage d'un propriétaire. L'exploitation lui est imposée, dans son principe comme dans ses modalités. L'exercice de son *usus* et de son *fructus* est en de nombreux points dirigé. Sa jouissance économique n'a, dans ce sens, rien d'absolue. D'ailleurs, si la contrainte imprègne cet attribut des droits de propriété industrielle, elle a des répercussions fondamentales, puisque l'exploitation conditionne non seulement le maintien du droit de ce créateur, mais également l'existence même de la création.

Plus largement, la dimension contraignante de la jouissance économique déborde le cadre trop étroit des attributs des droits de propriété intellectuelle : le créateur n'est pas seulement contraint à la jouissance économique effective de sa création, il doit plus généralement s'astreindre à un certain type de comportement, qui, lui aussi, cadre mal avec la faculté pour

le propriétaire traditionnel de choisir l'inertie sans pour autant craindre pour sa chose. En effet, l'activité du créateur est au cœur et au fondement de la création. Présente et nécessaire à tous les stades de la vie de la création, l'activité du créateur tranche donc avec l'oisiveté autorisée par la propriété.

Le musellement du créateur ne dessine pas seulement – et au rabais d'ailleurs – le régime des droits de propriété intellectuelle. Il façonne également leur nature juridique **(Chapitre 2. Jouissance économique absolue et nature du droit : la portée du musellement du créateur)**. L'*usus* et le *fructus* du créateur, autrement dit sa jouissance économique, ne sont assurément pas absolus. La place centrale de ces attributs dans le droit du créateur, renforcée par leur caractère obligatoire, conduit certains auteurs à y trouver la véritable nature de ce droit. Parce que l'exploitation de la création semble résumer – et subsumer – à elle seule tout le droit du créateur, certains réduisent celui-ci à un monopole ou un privilège, quand d'autres y voient une propriété d'un genre nouveau, tantôt relative, tantôt finalisée, ou encore propriété de marché. D'autres enfin se détournent de la propriété pour trouver dans cet attribut du créateur l'*alpha* et l'*omega* d'un droit tout simplement *sui generis*.

Quant à nous, il nous suffit, à ce stade, de relever que le créateur a sans doute le pouvoir de jouissance économique de sa création, transposition de l'*usus* et du *fructus* d'un propriétaire, mais sans prétendre en aucune manière à l'absolutisme qui caractérise le pouvoir dont ce dernier est investi. Le créateur qui use de sa création aux fins de lui faire produire des fruits n'est pas libre juge de l'opportunité ou des formes de cette exploitation, de sorte que sa jouissance est dirigée plutôt qu'absolue. Sur ce point, le pouvoir du propriétaire dépasse de loin celui du créateur. Pour autant, cela ne suffit pas à répudier la propriété traditionnelle pour l'instant.

Il faut donc conclure sur l'*usus* au sens large, associé au *fructus* **(Bilan du Titre 2)**. Pour résumer, l'exclusivisme et l'absolutisme caractérisent traditionnellement l'*usus* et le *fructus* du propriétaire. Or, selon nous, ils font défaut au créateur. Si l'on peut admettre qu'il jouit de sa création, qu'il en use et en retire les fruits, cet attribut n'égale pas celui d'un propriétaire, puisqu'il n'est ni exclusif ni absolu. Et ici, contrairement à ce que nous avons dit de l'*usus* au sens étroit, il n'est pas possible de proposer une nouvelle définition de la jouissance économique, qui autoriserait son application aux créations. Les tentatives doctrinales, lorsqu'elles maintiennent les postulats d'exclusivisme et d'absolutisme, ne se contentent pas de dépoussiérer des notions archaïques. Elles remodèlent des concepts éprouvés au point d'en changer la nature. La dichotomie des usages intellectuels et économiques est une construction

artificielle, et la relativisation de la propriété justifiée par sa finalité est un parti pris. Rien n'interdit d'y adhérer, mais rien n'y oblige. La propriété qui émerge de ces analyses n'est assurément pas celle – dépassée peut-être – du Code civil, mais elle n'est pas non plus celle – selon nous mesurée et raisonnable – que l'on trouve dans les manuels de droit des biens, et qui réunit la majorité des suffrages en droit commun. Les propriétés intellectuelles n'investissent pas le créateur d'une jouissance économique à la mesure de celle d'un propriétaire, et nous ne souscrivons pas à l'analyse de la majorité des auteurs spécialisés qui postulent le contraire.

Au total, l'*usus* et le *fructus* du créateur ne reflètent pas fidèlement ceux du propriétaire **(Bilan de la Partie 1)**. C'est au prix d'une redéfinition, qui se transforme parfois en dénaturation, que l'on prétend à l'analogie. Pour autant, nous avons dit que ces attributs sont dépourvus de normativité : la propriété peut exister sans eux. Notre refus de ramener, sur ce point, le droit du créateur à celui du propriétaire ne condamne donc pas l'analyse en propriété. Il faut cependant convenir que, pour nous, propriétaire et créateur s'éloignent l'un de l'autre. Le triptyque prétend tout de même avoir une vertu descriptive. Et si la jouissance d'un créateur, cœur et âme de son droit, prend des formes aussi radicalement différentes de celles qu'emprunte la jouissance d'un propriétaire traditionnel, il est permis de s'interroger sur le degré de parenté de ces mécanismes de réservation. En se détachant des définitions classiques de l'*usus* et du *fructus*, qui réunissent traditionnellement exclusivisme, absolutisme, et matérialité, la doctrine peut sans doute se targuer de renouveler la réflexion et de mettre en lumière la véritable nature de ces notions, dépouillées du superflu et ramenées à l'essentiel. Nous ne nions pas qu'une telle conception des attributs de la propriété puisse accueillir les créations. Il faut seulement rappeler que ce n'est pas celle que nous avons choisie à titre de référence. Nous voulons ajouter que ce n'est pas celle qui nous paraît la plus convaincante.

583. Nous avons ensuite examiné la place de l'*abusus* dans les droits de propriété intellectuelle **(Partie 2. La disposition de la création : la place de l'*abusus* dans les droits de propriété intellectuelle)**. Le pouvoir de disposer fait et défait le propriétaire. Contrairement à la faculté de jouir de la chose, celle d'en disposer est jugée normative par la majorité de la doctrine. Le créateur qui prétend au titre de propriétaire doit donc nécessairement pouvoir disposer de sa création. L'*abusus* confère au propriétaire le pouvoir de ne pas se séparer de sa chose, celui d'en disposer matériellement, et celui d'en disposer juridiquement. Il faut distinguer les deux premières formes d'*abusus*, secondaires par rapport

à la troisième : la disposition juridique de la chose est essentielle à la propriété.

Le propriétaire a le pouvoir de ne pas disposer de sa chose, et celui d'en disposer matériellement. Mais lorsque la loi entame cette faculté, la doctrine ne s'en offusque pas réellement et maintient la qualification. Ces formes de disposition ne sont donc pas consubstantielles à la propriété. Par conséquent, le fait que le créateur en soit investi – ou pas – ne détermine pas, à lui seul, la nature de son droit **(Partie 2, Titre 1. La disponibilité a-normative de la création)**.

Le créateur a, comme un propriétaire, le pouvoir de conserver la maîtrise de sa création, et de refuser qu'on lui en impose la disposition matérielle, mais surtout juridique **(Sous-titre 1. La faculté de ne pas disposer de la création)**. Sans doute l'expropriation menace-t-elle le propriétaire comme le créateur. Cependant, c'est une situation marginale en droit commun, alors qu'elle est fréquente en droit des propriétés intellectuelles. Parfois totalement, parfois partiellement, la loi oblige le créateur à se défaire de sa maîtrise juridique. Il est contraint de transférer toute sa création, ou seulement telle ou telle utilité, et les hypothèses de cession légale – forcée – sont légion. Il n'est que de citer le régime de l'invention salariée, celui de l'œuvre collective, de l'œuvre audiovisuelle, de l'œuvre du journaliste salarié, ou encore de la reproduction par reprographie. A cela s'ajoute le phénomène de la gestion collective, qui entame encore davantage le pouvoir du créateur. En outre, si l'on veut dresser la liste des situations dans lesquelles la loi confisque au créateur son pouvoir de maîtriser le sort juridique de sa création, il faut alors retenir une acception large du pouvoir de disposer. En effet, les cessions forcées exproprient le créateur, mais les licences forcées et les exceptions le privent également de certaines utilités de sa création. Au total, la situation du créateur s'éloigne de celle d'un propriétaire, et s'il détient effectivement, au titre de ses attributs, le pouvoir de rester maître de sa création, la loi n'hésite pas à confisquer cette faculté.

584. Le créateur peut-il également disposer matériellement de sa création **(Sous-titre 2. Le pouvoir de disposer matériellement de la création)** ? Le propriétaire peut détruire ou modifier la chose. Mais la création est dépourvue de *corpus*, et si le créateur peut la modifier, il ne peut en revanche la supprimer définitivement. Il peut seulement détruire le support dans lequel elle s'incarne ou se formalise. En tant que conception intellectuelle, la création, quant à elle, échappe à toute emprise matérielle, même par son créateur. Son ubiquité autorise tout un chacun à en prendre connaissance, et il est impossible d'inverser ce processus de propagation

ou d'y mettre un terme. La disposition matérielle de la création n'est pas au pouvoir du créateur.

Pour résumer, le créateur est fréquemment privé du pouvoir de conserver la maîtrise de sa création, et définitivement privé de celui d'en disposer matériellement **(Bilan du Titre 1)**. Deux des trois dimensions de l'*abusus* du propriétaire lui font donc défaut. Sans doute n'égalent-elles pas, en importance, le pouvoir de disposition juridique, de sorte que leur absence ou leur cantonnement n'est pas en soi déterminant. Mais il est beaucoup d'auteurs pour qui c'est la disposition matérielle, et non juridique, de la chose qui constitue le cœur du pouvoir du propriétaire. Si, en droit commun, l'expropriation ne remet pas en cause la nature du droit du propriétaire, la systématisation et la multiplication des expropriations ponctuelles, ajoutée à l'institutionnalisation de la gestion collective, ne favorisent pas l'analogie entre le créateur et le propriétaire. Ici encore, le pouvoir conféré par les droits de propriété intellectuelle ressemble bien peu à celui d'un propriétaire.

585. Enfin, et surtout, l'*abusus* confère au propriétaire le pouvoir de disposer juridiquement de sa chose **(Partie 2, Titre 2. La disponibilité normative de la création)**. Qu'il s'agisse de disposition translative (transmission de la propriété) ou non-translative (démembrement de la propriété), le propriétaire est libre de fixer le sort de son droit, de mettre fin à sa maîtrise juridique de la chose ou de la grever de droits au bénéfice d'autrui. L'examen du pouvoir de disposition juridique du créateur est complexe : il livre un tableau contrasté, auquel une lecture simplement linéaire ne rend pas justice. Après la mesure – objective – du pouvoir de disposition juridique du créateur, c'est donc sa valeur qu'il faut éprouver.

Les droits de propriété intellectuelle investissent les créateurs de prérogatives de nature patrimoniale, mais également morale pour certains d'entre eux. Et leur degré de disponibilité n'est pas le même. Pour mesurer la disponibilité juridique de la création, il faut donc distinguer entre le pouvoir pour le créateur de disposer de la dimension morale et patrimoniale de sa création **(Sous-titre 1. La mesure de la disponibilité juridique de la création)**.
L'auteur, et très marginalement le breveté, ont des prérogatives morales dont la nature semble impliquer l'indisponibilité. Effectivement, celles-ci sont inaliénables. Pour autant, elles ne sont pas complètement indisponibles, puisque certaines d'entre elles peuvent faire l'objet de conventions renonciatives, autrement dit d'actes de disposition non translative. Toutefois, si la validité de ces conventions est admise, c'est leur force obligatoire qui demeure incertaine,

puisque le juge autorise souvent le créateur à revenir sur sa parole. Au total, les droits moraux de l'auteur, si tant est qu'il soit pertinent de voir en eux une simple dimension de la propriété, sont presque complètement indisponibles. Le créateur n'a donc pas le pouvoir de transmettre sa maîtrise juridique de la dimension morale de la création. Une partie de son droit est non seulement inaliénable, mais plus radicalement indisponible, et cela contredit l'essence de la propriété **(Chapitre 1. L'indisponibilité des prérogatives morales du créateur)**.

Le créateur a des prérogatives patrimoniales qui font écho – plus ou moins, et plutôt moins que plus, on l'a vu – à celles d'un propriétaire. Par principe, il peut les céder, en tout ou en partie. Il peut également, et *a fortiori*, en disposer sans transfert, par la constitution de droits réels, voire même de droits personnels si l'on choisit de les classer parmi les actes de disposition. La dimension patrimoniale de la création est donc pleinement disponible, puisqu'elle est aliénable, et le créateur a ici l'*abusus* juridique d'un véritable propriétaire. Toutefois, si la pleine patrimonialité des droits d'exploitation du créateur n'est pas, à ce stade, remise en cause, le droit d'auteur nuance cependant ce principe. D'une part, la loi pose des freins à l'exercice de cet attribut par l'auteur, en multipliant les conditions qui encadrent la cession de ses droits d'exploitation. D'autre part, la doctrine met en doute la nature translative de certaines cessions, de sorte que la coexistence suggérée de cessions et de licences de droits d'auteur n'invalide pas le principe de leur disponibilité translative, mais met fin à l'autarcie de la cession. Et lorsque certaines cessions sont disqualifiées, c'est le pouvoir de disposition de l'auteur qui en sort amoindri, puisque certains de ses actes de cession postulée changent de catégorie : licences – ou droits personnels – ils sont des actes de disposition non-translative (si l'on retient une conception large de la disposition), voire même de simples actes de jouissance. Reste qu'en tout état de cause, et pour l'instant, l'auteur a, comme les autres créateurs, le pouvoir d'aliéner ses droits d'exploitation. Il peut, comme un propriétaire, disposer juridiquement de sa création, au moins dans sa dimension patrimoniale **(Chapitre 2. La disponibilité des prérogatives patrimoniales du créateur)**.

En bref, le créateur exerce sur la dimension patrimoniale de sa création l'attribut d'un propriétaire : il en dispose juridiquement. Mais lorsque la création recèle une dimension morale, la disposition juridique translative de cette dernière est impossible, et plus radicalement, l'admission des conventions non-translatives semble relever davantage de l'exception que du principe. Au total, le titulaire d'un droit de propriété industrielle a bien l'*abusus* de la propriété. Mais le titulaire d'un droit de propriété littéraire et artistique en est bien loin. Si c'est le seul aspect patrimonial du droit d'auteur que l'on veut passer au crible du triptyque, alors l'auteur est dans la situation d'un propriétaire, sur ce point au moins. Mais

quant à nous, c'est le droit d'auteur dans sa globalité que nous voulons mesurer à l'aune de la trilogie. Et l'indisponibilité du droit moral interdit de prêter à l'auteur l'*abusus* d'un propriétaire.

586. Un examen objectif et linéaire fait apparaître que les droits d'exploitation des créateurs sont pleinement disponibles tandis que leurs droits moraux sont presque indisponibles. Il semble possible d'en déduire que le créateur dispose juridiquement de son droit patrimonial, à la manière d'un propriétaire. Pourtant, la mise en perspective de ce tableau descriptif invalide partiellement cette conclusion **(Sous-titre 2. La valeur de la disponibilité juridique de la création)**. Deux facteurs conduisent à cette remise en cause : premièrement, l'existence de prérogatives morales parmi les pouvoirs de l'auteur, et deuxièmement, le mécanisme – divisionniste – qui sous-tend la cession des droits d'exploitation. Tous deux concernent essentiellement le droit d'auteur, mais le second affecte également, bien que dans une moindre mesure, les droits de propriété industrielle.

Le droit moral de l'auteur n'a pas sa place dans la propriété de l'article 544 du Code civil **(Chapitre 1. Pouvoir de disposition juridique du créateur et du propriétaire : le rapprochement condamné par le droit moral)**. Il interdit de prêter à l'auteur l'*abusus* d'un propriétaire. D'une part, et de manière évidente, son existence au sein du droit d'auteur, et surtout son indisponibilité, montrent bien que le droit d'auteur, pris dans sa globalité, n'investit pas l'auteur d'un pouvoir de disposition comparable à celui d'un propriétaire. Sauf à redéfinir la propriété en postulant qu'elle peut exister sans pouvoir de disposition juridique, ou sauf à marginaliser le droit moral de l'auteur au point d'en faire oublier l'indisponibilité, celle-ci est incontournable, et la propriété pleinement aliénable n'est pas le droit dont la loi investit l'auteur. D'autre part, et de manière insidieuse, le droit moral déteint sur le droit patrimonial de l'auteur. La cessibilité postulée des droits d'exploitation s'apparente à une chimère. Le cédant n'est jamais libéré de l'emprise de l'auteur, qui ne peut jamais transférer qu'un pouvoir moins fort que le sien. Même cantonné à son seul droit patrimonial, le droit de l'auteur n'est pas celui d'un propriétaire, puisqu'il ne s'en sépare jamais complètement. Au total, l'indisponibilité du droit moral interdit qu'une quelconque partie du droit d'auteur – droit moral bien entendu, mais droits d'exploitation également – puisse être qualifiée de véritablement disponible. L'auteur n'a pas l'*abusus* du propriétaire, et si une lecture linéaire autorisait une disponibilité partielle, cet espoir s'envole sous nos yeux.

Le pouvoir de l'auteur qui aliène ses droits d'exploitation n'a pas sa place parmi les attributs d'un droit de propriété **(Chapitre 2. Pouvoir de disposition juridique du créateur et du**

propriétaire : le rapprochement condamné par les droits d'exploitation). D'une part, l'auteur aliène *moins* qu'un propriétaire. D'abord, il aliène *qualitativement moins bien* : si aliéner consiste à rompre le lien entre le propriétaire et sa chose, l'auteur ne va jamais jusque-là. Le régime des contrats d'auteur impose au cessionnaire des obligations (rémunération proportionnelle, obligation d'exploiter) auxquelles il peut sans doute échapper grâce à la cession pure et simple, mais qui restent le droit commun des cessions de droits d'auteur et, ajoutées à la persistance du droit moral, maintiennent ce dernier sous le joug du cédant. Ensuite, l'auteur aliène *quantitativement moins* que le propriétaire. Le second peut aliéner sa chose toute entière, tandis que le premier n'aliène jamais que ses droits d'exploitation, et le plus souvent seulement certains d'entre eux. Il conserve toujours le droit moral, et également le droit de suite. En bref, l'auteur n'aliène jamais sa création, toujours moins.

Ici, le titulaire d'un droit de propriété industrielle n'est pas concerné, puisqu'il aliène *autant* qu'un propriétaire (il n'a qu'un résidu de droit moral que l'on peut passer sous silence, et pas de droit de suite), mais surtout *aussi bien* : le cédant ne conserve pas d'ascendant sur le cessionnaire, il lui transmet le droit tel qu'il le détenait lui-même. Les obligations et restrictions que subit le cessionnaire étaient déjà imposées par la loi au cédant. Ce dernier exerce bien l'*abusus* juridique d'un propriétaire, dans la mesure où il se défait complètement de sa maîtrise juridique de la création. Le fait que le contenu de cette maîtrise – la jouissance de la création industrielle – ne soit pas l'égal de celle d'un propriétaire, n'a pas d'incidence sur l'*abusus* du créateur mais sur son *fructus*.

D'autre part, l'auteur n'aliène pas *à la manière* d'un propriétaire. Si l'ubiquité de la création conduit certains à lui prêter un pouvoir extraordinaire de multiplication qui trancherait avec celui, ordinaire, d'un propriétaire, l'analyse révèle qu'il n'en est rien. En revanche, la loi lui confère effectivement un pouvoir extraordinaire de division, qui cette fois, rompt fondamentalement avec celui d'un propriétaire. Lorsqu'il aliène ses droits d'exploitation, il est acquis que l'auteur n'aliène pas sa création mais seulement une partie. En les qualifiant en termes de démembrements du droit d'auteur, on parvient malgré tout à rattacher ces cessions à des actes de disposition, fussent-ils non-translatifs. Pourtant, lorsque l'auteur aliène ses droits d'exploitation, il est tout aussi inexact de dire qu'il accomplit un acte de disposition translative typique de la propriété, que de suggérer qu'il accomplit un acte de disposition non-translative, à savoir qu'il démembre sa propriété. L'auteur qui *aliène* ne *démembre* pas, il *divise*. L'exercice de ce pouvoir, dont le droit d'auteur l'investit, rappelle par certains côtés un propriétaire qui démembre. Mais par d'autres, ce pouvoir de l'auteur contredit l'essence de la propriété, parce qu'il morcelle l'objet et divise le droit. Les caractères systématique et

définitif de la fragmentation du droit d'auteur sont irréconciliables avec l'esprit unitaire de la propriété, et achèvent d'invalider le rapprochement entre l'*abusus* juridique du propriétaire et le pouvoir de disposition conféré par le droit d'auteur.

Les droits de propriété industrielle sont également concernés par ce dernier point. Si le régime des contrats de cession en droit des brevets ou en droit des marque n'incite pas par principe le titulaire à céder le moins de droits possible, les textes prévoient tout de même que la cession est partielle ou totale. Le principe n'est donc pas la cession totale de l'invention prise comme une unité, mais la cession de tel ou tel droit d'exploiter cette invention. En cela, les droits de propriété industrielle investissent leur titulaire d'un pouvoir de disposition qui, s'il est effectivement translatif (les arguments avancés pour contester l'effet translatif des cessions de droits d'auteur ne sont pas transposables), s'éloigne cependant de celui d'un propriétaire. Toutefois, ce seul aspect ne suffit pas, selon nous, à distinguer complètement l'*abusus* juridique du créateur en propriété industrielle et du propriétaire. L'analogie nous paraît ici justifiée.

En revanche, et pour conclure sur le droit d'auteur, l'auteur a sans doute le pouvoir de se séparer des utilités patrimoniales de sa création. Mais cette forme de disposition juridique est d'une part incomplète, puisqu'elle laisse subsister le droit moral dans le giron de l'auteur. Elle est d'autre part imparfaite, parce qu'elle ne rompt pas complètement le lien entre l'auteur et son œuvre, et maintient le cessionnaire dans un état de sujétion incompatible avec l'idée d'une véritable cession. Elle est enfin infidèle, parce qu'elle prend le contre-pied direct de l'esprit qui préside à la propriété de l'article 544 du Code civil. Au total, le droit d'auteur ne compte pas, parmi ses attributs, le pouvoir de disposer juridiquement d'une chose à l'image d'un propriétaire.

En définitive, l'examen du pouvoir de disposer juridiquement de la création recèle bien des surprises. Une étude linéaire laisse apparaître une opposition simple entre l'indisponibilité des prérogatives morales de l'auteur et la disponibilité des prérogatives patrimoniales du créateur. *A priori*, le pouvoir de disposition juridique du créateur peut donc, partiellement pour l'auteur, totalement pour les autres créateurs, être ramené à l'*abusus* d'un propriétaire. Et la force d'attraction de la propriété, conjuguée à l'irrésistible – et peut-être inéluctable – patrimonialisation de tout ce qui a une valeur, fut-elle morale, auraient pu conduire à marginaliser l'indisponibilité du droit moral et à se concentrer sur – voire à extrapoler – la disponibilité du droit patrimonial du créateur. Pourtant, nous concluons en sens inverse. Notre analyse ne fait sans doute pas l'unanimité, loin de là, nous en convenons. Mais selon nous, il

faut donc distinguer entre l'auteur et les autres créateurs. Ces derniers ont sans doute, à peu de choses près, l'*abusus* juridique d'un propriétaire, tout simplement parce que leur pouvoir est essentiellement de nature patrimoniale. En revanche, le premier en est très loin. Et l'indisponibilité de son droit moral déborde sur son droit patrimonial. Le pouvoir de disposition juridique de l'auteur n'est donc pas, à notre sens, celui d'un propriétaire **(Bilan du Titre 2)**.

Le pouvoir de disposer est consubstantiel à la propriété. Le créateur n'est un propriétaire que s'il le compte parmi ses attributs.

Si, pour rechercher l'analogie entre ce pouvoir de propriétaire et celui que la loi reconnaît au créateur, l'on s'attache uniquement à la valeur normative de l'*abusus* juridique, alors il faut opérer une distinction entre les formes d'*abusus*, qui oblige à son tour à dissocier l'auteur et les autres créateurs. La faculté de ne pas disposer, et celle de disposer matériellement, sont secondaires, de sorte que le fait que le pouvoir du créateur sur ce point soit de moindre envergure n'a pas d'incidence directe sur la nature de son droit. Quant au créateur en propriété industrielle, l'étude de son pouvoir de disposer juridiquement ne l'éloigne pas d'un propriétaire, au contraire. En réalité, et de manière globale, l'*abusus* de ce dernier ressemble bien davantage à celui d'un propriétaire que son *usus* ou son *fructus*. Et si l'on tient compte de la valeur normative de l'*abusus* juridique par opposition à l'a-normativité des autres attributs, le rattachement à l'*abusus* d'un propriétaire semble donc possible pour le créateur en propriété industrielle. En revanche, même en laissant de côté l'*abusus* non-normatif de l'auteur, il est selon nous impossible d'admettre que ce dernier détienne une forme d'*abusus* juridique au sens classique. Le pouvoir de l'auteur de disposer juridiquement de ses prérogatives, morales ou patrimoniales, n'est pas celui d'un propriétaire. Lui reconnaître une valeur normative conduit donc à refuser que l'*abusus* de l'auteur, pris globalement, soit celui d'un propriétaire.

Si l'on choisit d'appréhender l'*abusus* du créateur sans plus s'attarder sur la valeur éventuellement normative de telle ou telle de ses composantes, alors il nous semble que le divorce s'aggrave encore. Le pouvoir de disposer matériellement et celui de ne pas disposer restent très en deçà de ceux d'un propriétaire, de sorte que l'*abusus* de l'auteur a décidemment bien peu en commun avec celui-ci. Et si le créateur en propriété industrielle peut sans doute aliéner ses droits d'exploitation, il faut tout de même convenir que son pouvoir de disposer n'égale globalement pas celui du propriétaire. Toutefois, et si l'on s'attache ici encore uniquement à l'*abusus*, il nous semble possible de voir dans le pouvoir du

créateur en propriété industrielle un attribut de la propriété. Cet espoir est pour nous en revanche interdit à propos de l'auteur **(Bilan de la Partie 2)**.

II. Conclusion : la nature du droit du créateur

587. Notre étude s'est concentrée sur la réception du triptyque dans les droits de propriété intellectuelle. Nous voulons donc maintenant tenter d'en tirer des conclusions quant à la nature du droit du créateur. Premièrement, il faut s'y résoudre : la nature du droit du créateur ne peut être trouvée dans le triptyque de la propriété, car celui-ci décrit des pouvoirs que le créateur *n'a pas* (A. Le droit du créateur à l'aune du triptyque). Deuxièmement, et en retour, il faut le reconnaitre également : le triptyque n'est pas l'outil adapté, car il ne décrit pas les pouvoirs que le créateur *a* (B. Le triptyque à l'aune du droit du créateur). Troisièmement, et une fois émancipée du carcan du triptyque, c'est dans la propriété qu'il nous faut chercher la nature du droit du créateur : pour nous, celle-ci ne s'y trouve pas non plus (C. Le droit du créateur à l'aune de la propriété). Finalement, et une fois débarrassée du carcan de la propriété, c'est dans l'a-propriété que nous trouvons la nature du droit du créateur (D. Le droit du créateur à l'aune de l'a-propriété).

A. Le droit du créateur à l'aune du triptyque

588. Il faut conclure sur la valeur de notre démarche, qui consistait à confronter le contenu des propriétés intellectuelles au triptyque de la propriété (1), pour ensuite exposer le fruit de cette confrontation, d'abord en propriété industrielle (2), puis en droit d'auteur (3).

1. La démarche : les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque

589. Pour conclure de manière générale – et personnelle –, l'examen des pouvoirs du créateur à l'aune du triptyque se révèle instructif, pour dire le moins.

Sur la forme d'abord, nous pensons que la pertinence de notre approche – l'examen du pouvoir du créateur sous l'angle de son contenu – s'en trouve confirmée. Malgré la terminologie légale et l'analyse majoritaire, le divorce entre les attributs du propriétaire et ceux du créateur est manifeste. Sans doute notre méthode, qui consiste à trouver dans le contenu du droit un élément de sa définition, est-elle jugée contestable par certains. Mais elle met en lumière un décalage majeur. Pour nous, ce qu'elle révèle suffit à établir sa pertinence :

il ne serait pas raisonnable de tirer prétexte de l'outil ici choisi pour ignorer ces profondes différences, ou nier qu'elles produisent des conséquences fondamentales. La comparaison entre le contenu du droit du créateur et celui du propriétaire porte ses fruits, et la réception de la trilogie classique dans les droits de propriété intellectuelle fait apparaître leur véritable nature.

Sur le fond et corrélativement ensuite – et de manière sans doute encore plus personnelle –, nous pensons que l'objectif de notre étude – contribuer à mieux cerner la nature du droit du créateur – est atteint. Nous voulons donc finalement proposer ici notre analyse. Pour nous, les attributs traditionnels de la propriété ne gratifient pas de manière identique l'auteur et les autres créateurs. Le faisceau de prérogatives d'un auteur n'est pas celui du titulaire d'une marque ou d'un brevet, de sorte que, pour prendre finalement position sur la nature du droit de tous ces créateurs, il convient de les distinguer. Pour chacun d'eux, il faut également tenir compte de l'ambivalence de notre outil : seul l'*abusus* juridique du créateur, parce qu'il est normatif, devrait dicter la solution. Mais l'*usus* et le *fructus* forment la substance – la substantifique moelle ? – du pouvoir d'un propriétaire, ce pour quoi il désire être propriétaire, le domaine que la loi accepte de lui réserver à l'exclusion de tous autres, la liberté qu'elle consent à lui laisser sur une richesse qu'il soustrait à l'usage commun. Il nous parait donc impossible de nous en tenir à la valeur simplement descriptive de ces attributs pour leur refuser toute incidence sur la nature du droit du créateur. Ce d'autant plus qu'à l'examen, ces attributs a-normatifs du propriétaire trouvent un écho à la fois très affaibli et profondément original entre les mains du créateur, de sorte que la pertinence de leur examen ne peut être mise en doute. En résumé donc, nous ne concluons pas sur la nature du droit *du* créateur, que l'on poserait comme *une*, et que l'on déduirait directement de sa capacité à disposer juridiquement. Il faut prendre en compte tous les attributs de la propriété, ou plutôt toutes les formes, toutes les traductions qu'ils trouvent entre les mains des créateurs, quitte à attacher davantage de poids à certains plutôt qu'à d'autres. Cette démarche révèle, à nos yeux, l'irréductible différence non seulement entre le droit du propriétaire et celui du créateur, mais également entre celui de l'auteur et celui des autres créateurs.

2. Le fruit de la confrontation : propriété industrielle et triptyque de la propriété

590. Quant au créateur en propriété industrielle, et premièrement, il n'a sans doute pas l'*usus* privatif et matériel de sa création, mais nous refusons de nous arrêter à cet aspect traditionnel de la maîtrise d'un propriétaire. Simple conséquence de la corporéité de l'écrasante majorité

des biens en 1804, cet attribut du propriétaire peut – et doit – être adapté à l'incorporéité de ceux qui occupent désormais une place centrale dans notre économie. Pour nous, il n'y a pas ici dénaturation, mais plutôt maturation.

Deuxièmement en revanche, ce créateur n'a pas non plus la jouissance économique d'un propriétaire classique, parce que l'exclusivisme et l'absolutisme lui font défaut. Nous admettons que cette analyse puisse être contestée, mais selon nous, la jouissance économique d'une création n'égale pas celle d'une chose corporelle. Le créateur en propriété industrielle est doublement muselé, qui ne peut ni interdire ni s'abstenir. Au total, il se démarque clairement d'un véritable propriétaire : son domaine réservé sur la création est de moindre envergure, et l'exercice de son droit n'a rien d'une liberté. Personnellement, et de manière solitaire sans doute, nous pensons que toute autre lecture du droit positif relève de l'artifice, et que maintenir sur ce point l'analogie avec la propriété revient à la dénaturer.

Troisièmement, l'*abusus* sépare encore ce créateur du propriétaire, mais de manière moins radicale. La création ne peut pas disparaître, mais cette différence tient à la nature des choses et ne nous semble pas à elle seule insurmontable. Egalement, la faculté de ne pas disposer éloigne sans doute ce créateur du propriétaire, mais sans que cela nous paraisse en soi rédhibitoire. Enfin, le créateur en propriété industrielle a le pouvoir de disposer juridiquement de sa création, de sorte qu'il s'apparente ici à un propriétaire. En résumé, l'*abusus* de ce créateur peut selon nous être ramené, à peu de choses près, à celui d'un propriétaire, puisque sa composante normative – l'*abusus* juridique – est présente.

Au total, nous pourrions donc nous en tenir à la valeur normative classiquement attachée au triptyque et conclure que le créateur en propriété industrielle, parce qu'il peut disposer juridiquement de sa création, est un propriétaire. Mais cela nous gêne. Sans doute la doctrine majoritaire arrive-t-elle à cette conclusion sur la nature juridique du droit de brevet ou de marque, mais elle n'assied pas son analyse exclusivement sur le pouvoir de disposer de ces créateurs. Elle invoque également, et à parts égales, son pouvoir de jouissance, qu'elle juge immanquablement exclusif et absolu. Et c'est précisément ce qui nous arrête. Nonobstant la valeur simplement descriptive de l'*usus-fructus* du propriétaire, le décalage entre la jouissance économique d'une chose corporelle et celle d'une création industrielle nous paraît trop important pour pouvoir être complètement ignoré. L'ascendant exercé par l'autorité publique sur l'exercice de son pouvoir par le créateur, associé au nombre impressionnant des utilités de la création confisquées par les tiers, laissent à celui-ci un pouvoir qui n'a plus grand-chose à voir avec la plénitude de la souveraineté d'un propriétaire. Il peut sans doute librement disposer de ces prérogatives, mais ont-elles encore l'étoffe d'une propriété ? Sans trancher

définitivement, nous doutons.

3. Le fruit de la confrontation : droit d'auteur et triptyque de la propriété

591. Quant à l'auteur, en revanche, nous ne doutons pas. Certes, et tout d'abord, les remarques précédemment formulées à propos de l'*usus* du créateur en propriété industrielle sont tout aussi valables à propos de l'auteur, de sorte que cet obstacle est encore écarté.
Mais ensuite, celles qui concernent la jouissance économique sont également transposables, malgré quelques nuances. En effet, les prérogatives morales de l'auteur renforcent sa maîtrise du sort de son œuvre, et compensent les entorses à l'absolutisme de sa jouissance. Il apparaît ainsi mieux armé que le titulaire d'un brevet ou d'une marque. Par certains aspects, sa maîtrise dépasse même celle d'un propriétaire : non seulement son pouvoir apparait parfois quasi-discrétionnaire, mais de plus il déborde l'œuvre pour grever le support et les exemplaires. Cependant, et malgré tout, la plénitude de sa souveraineté reste très sérieusement entamée. C'est surtout son pouvoir d'exclure qui souffre, autant – peut-être plus – que celui d'un créateur en propriété industrielle : l'auteur ne peut pas plus qu'un autre créateur se réserver toutes les utilités de son œuvre, fussent-elles intellectuelles ou économiques. De plus, et nonobstant l'impossible destruction de l'œuvre, c'est encore son pouvoir de ne pas céder son droit à un tiers qui subit des assauts répétés. Sans doute les hypothèses dans lesquelles l'auteur est privé du pouvoir de se réserver la maîtrise juridique de son œuvre n'entament-elles que partiellement, et ponctuellement, sa jouissance ou sa disposition. Mais elles se multiplient et se systématisent, de sorte qu'entre les cessions légales, les licences, les exceptions, les limites, la gestion collective, etc…, le domaine réservé de l'auteur fait figure de véritable peau de chagrin. Pour nous, l'auteur n'est pas souverain en son royaume, et le droit moral n'est pas un rempart suffisant. L'œuvre n'est pas celle de l'auteur, qui la partage au contraire avec les tiers. Incapable d'interdire, d'exclure, ou même plus modestement de choisir, il est trop souvent muselé, et la faible amplitude de sa maîtrise, jamais plus que partielle, le distingue sans appel d'un véritable propriétaire. L'a-normativité de ces attributs n'autorise pas à les ignorer. Et nous n'adhérons pas à la lecture de la doctrine majoritaire qui se propose de minimiser, voire souvent de nier ce décalage.
Enfin, l'auteur ne peut jamais disposer juridiquement de son œuvre. Sur ce point, toutes les tentatives de contournement se soldent, à notre avis, également par un échec. De manière évidente, le droit d'auteur pris dans sa double composante est définitivement indisponible, puisque le lien moral entre l'œuvre et son auteur ne peut jamais être rompu. Mais même si

l'on admet de se concentrer uniquement sur la dimension patrimoniale du droit de l'auteur, l'obstacle persiste, car la dimension morale exerce sur elle un ascendant que la loi rend perpétuel. Le pouvoir patrimonial de l'auteur ne peut donc jamais être transféré intégralement à un tiers, puisque celui-ci reste pour toujours sous le joug de l'auteur. Finalement, il n'est même pas possible de renoncer à la normativité du pouvoir de disposer juridiquement, en admettant qu'il fasse défaut à l'auteur mais en proposant que la faculté pour ce dernier de démembrer son droit suffise à en faire un propriétaire : l'auteur qui aliène ses droits d'exploitation ne démembre pas, il n'exerce pas l'attribut d'un propriétaire. Globalement, et malgré les apparences, rien dans les actes de l'auteur qui exerce son droit d'exploitation ne peut être ramené à l'exercice de l'*abusus* d'un propriétaire. Et cet obstacle insurmontable sur le chemin de la propriété s'ajoute à celui que nous avons évoqué juste avant, achevant de condamner l'analogie entre le droit de propriété et le droit d'auteur.

Au total, peu importe que l'on s'en tienne au pouvoir de disposer juridiquement ou que l'on prenne en compte les autres attributs, ou encore que l'on examine la nature du droit d'auteur pris dans sa globalité ou seulement dans sa dimension patrimoniale. Quelle que soit la configuration retenue, le droit de l'auteur n'est pas pour nous un droit de propriété, ni de près, ni même de loin.

B. Le triptyque à l'aune du droit du créateur

592. Nous renversons la perspective : c'est ici le triptyque de la propriété que nous passons au crible des propriétés intellectuelles (1). Il se révèle d'abord surabondant : le créateur a moins de pouvoirs qu'un propriétaire traditionnel (2), mais également et surtout insuffisant : le créateur a plus de pouvoirs qu'un propriétaire traditionnel (3). Il faut donc l'abandonner (4).

1. La démarche

593. Nous avons examiné les pouvoirs du créateur à l'aune du triptyque de la propriété de manière linéaire, en nous attachant successivement à chacun des trois attributs de cette trilogie pour mesurer l'écho qu'ils trouvaient dans le droit du créateur. Nous avons fait le choix d'un tel découpage par souci de clarté.

Toutefois, en comparant systématiquement tel ou tel pouvoir du propriétaire à celui – éventuel – du créateur, nous sommes arrivée à des conclusions qui nous permettent, maintenant, de mettre en avant la grande originalité du droit du créateur. Certes, l'on ne retrouve pas entre

ses mains tous les pouvoirs d'un propriétaire, de sorte que le contenu de son droit apparaît comme un diminutif de la propriété. Mais dans le même temps, on dénombre parmi les attributs du créateur des pouvoirs que n'a pas un simple propriétaire, investissant le premier d'une puissance bien supérieure à celle du second.

C'est donc autour de cette double dialectique que nous voulons finalement conclure. Le triptyque est surabondant face au pouvoir du créateur, c'est ce qui est ressorti de notre comparaison systématique entre le pouvoir d'un propriétaire et celui d'un créateur. Mais le triptyque est également insuffisant à rendre compte du pouvoir de ce dernier, et cette dimension n'est peut-être pas apparue aussi clairement. Notre constante référence à la trilogie classique a en effet souligné ce qui manquait au créateur pour faire de lui un propriétaire, mais elle n'a pas forcément mis en avant ce qui manquait au propriétaire pour faire de lui un créateur. En d'autres termes, en examinant le droit du créateur à l'aune du triptyque, nous sommes partie du propriétaire pour arriver au créateur et il est temps de compléter cette démarche en inversant la perspective : il faut également partir du créateur, pour mesurer à quel point son pouvoir est, lui aussi, surabondant face à celui du propriétaire. Il s'agit donc ici, en définitive, de redistribuer nos conclusions autour de deux axes, en soulignant combien le droit du créateur se distingue de celui du propriétaire, en trop comme en trop peu.

2. Le droit du créateur est moins qu'une propriété traditionnelle

594. Comparé à celui d'un propriétaire, le pouvoir du créateur est bien moindre, on l'a suffisamment souligné. Même les auteurs qui maintiennent la qualification de propriété en conviennent. « La confrontation entre les pouvoirs du propriétaire tels que les décline l'article 544 du Code civil et les prérogatives des titulaires de nouveaux biens, tels que les organisent les lois spéciales ou la jurisprudence, crée souvent un contraste saisissant. Alors que le premier est placé par le Code dans la situation de souverain de sa chose, les seconds ne reçoivent, fréquemment, que des portions de pouvoirs de propriétaire »[1686]. De l'avis général, c'est donc bien d'une propriété « affaiblie »[1687] dont il s'agit ici.

Selon nous, deux facteurs, intrinsèque et extrinsèque[1688], se conjuguent pour donner au droit du créateur un contenu qui n'égale pas celui de la propriété traditionnelle. Premièrement, le créateur trouve des limites obligées dans la nature de la création, en tous points originale.

[1686] Th. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, préc., p. 279.
[1687] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Thèse, LGDJ, BDP t. 489, p. 101, n°341.
[1688] Dans ce sens, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 100, n°338.

D'une part, sa nature physique entrave sa maîtrise matérielle comme juridique : matériellement, elle se dérobe à la sujétion matérielle ou l'éradication définitive qu'autorise la propriété classique, et juridiquement, son ubiquité doit être canalisée comme son immatérialité apprivoisée. D'autre part, sa nature intellectuelle aggrave le décalage : elle répugne à la jouissance autarcique qu'organise la propriété : « la vocation d'une création est d'être divulguée, livrée au public »[1689].

Deuxièmement, le créateur trouve des limites délibérées dans la volonté du législateur : le droit examiné ne protège pas l'usage privatif mais seulement l'usage public, ne réserve pas une jouissance exclusive mais partagée, n'aménage pas une souveraineté absolue mais une liberté dirigée, refuse partiellement ou complètement au créateur le pouvoir de maintenir ou de rompre le lien avec sa création. Au total, le droit du créateur ne vaut tout simplement pas celui d'un propriétaire, il n'en est qu'une version édulcorée.

3. Le droit du créateur est plus qu'une propriété traditionnelle

595. Surabondante, la propriété traditionnelle est également, et paradoxalement, insuffisante à rendre compte du pouvoir du créateur. En effet, le triptyque décrit l'éventail des pouvoirs que le propriétaire détient au titre de sa propriété. Or, le créateur, au titre de son droit sur la création, est investi de certains pouvoirs que n'a pas le propriétaire. Ici, la puissance du créateur dépasse celle du propriétaire. Tandis que la maîtrise du propriétaire trouve sa limite dans la chose appropriée, celle du créateur rayonne bien au-delà, elle déborde véritablement la création.

Ceci vaut essentiellement pour l'auteur d'une œuvre de l'esprit, mais c'est également vrai, de manière plus ponctuelle, du titulaire d'un brevet. A côté de quelques hypothèses ponctuelles pour lesquelles nous renvoyons à la version intégrale[1690], ce sont essentiellement trois prérogatives principales que l'examen des pouvoirs du créateur conduit à ranger ici : le droit de destination (a), le droit de suite[1691] et le droit moral (b). Il n'est pas question d'en entamer une étude approfondie, mais seulement de rappeler leur contenu pour prendre position sur leur place éventuelle au sein de la propriété.

Il n'est pas pertinent d'opposer le droit moral et les droits de suite et de destination en retenant le critère de leur patrimonialité, parce que l'exercice de son droit moral par l'auteur

[1689] P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, préc., *résumé*.
[1690] Voir version intégrale n°1392 et s.
[1691] Voir version intégrale n°1386.

produit des conséquences patrimoniales en faisant obstacle à l'exploitation de l'œuvre ou à l'usage des supports. Il n'est pas davantage possible de distinguer entre les prérogatives qui prendraient pour objet l'œuvre et celles qui s'étendraient aux supports, parce que c'est précisément l'une des questions auxquelles il nous faut répondre : si les droits de destination et de suite dépassent la propriété, n'est-ce pas parce qu'ils débordent l'œuvre ? Nous nous contentons donc de les examiner une par une.

Il convient enfin de souligner que la (dé ?)mesure des pouvoirs du créateur n'apparaît pas au simple examen de son droit au repos. Peu importe que la création ne s'incorpore pas dans un support matériel (ni l'œuvre de l'esprit ni l'invention n'ont besoin d'une incarnation corporelle pour exister juridiquement), ou qu'au contraire elle s'incarne dans un support unique (une sculpture) ou dans des supports multiples (les exemplaires d'un livre ou la mise en œuvre d'une invention) : tant que le créateur reste maître de la création comme de toutes ses traductions, son pouvoir s'exerce sans concurrence et ressemble effectivement à celui d'un propriétaire. C'est dans l'action que le droit du créateur montre sa force. Lorsque le créateur contracte pour l'exploitation de sa création, et plus encore lorsque des supports incorporant sa création circulent sur le marché, son droit révèle tout son potentiel et la figure du propriétaire s'éloigne. C'est donc la situation du créateur dynamique, et de la création marchande, qui met en relief l'insuffisance du triptyque.

a. La place du droit de destination dans la propriété du triptyque

596. Position du problème. Il s'agit d'abord de ce qu'il est convenu d'appeler le droit de destination[1692]. Celui-ci donne à l'auteur le pouvoir « de contrôler la circulation des reproductions de l'œuvre et l'usage ultérieur que les tiers feront de celles-ci »[1693]. Son existence même est sujette à controverse, mais de nombreux auteurs[1694] prêtent au droit positif de le consacrer implicitement. Il faut cependant prendre en compte le droit communautaire, qui lui préfère un droit de distribution dont il organise l'épuisement tout en consacrant ponctuellement au profit de l'auteur un droit de prêt ou un droit de location. Il n'est pas ici question d'approfondir la question du domaine réel de cette faculté de

[1692] Sur la question, voir A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, préc., p. 131, n°103 et s. ; S. DUSOLLIER, *Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition*, Propriétés intellectuelles, juillet 2006, n°20, p. 285 et s. ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 119, n°133 et s.

[1693] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 116, n°128.

[1694] Par exemple A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 261, n°268 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 476, n°730.

l'auteur[1695], il suffit de relever que la réticence du droit communautaire laisse peu d'espoir à l'auteur français : s'il dispose actuellement du pouvoir de contrôler la circulation et l'usage des exemplaires de son œuvre, l'avenir semble plutôt lui réserver d'une part le seul contrôle de la première mise en circulation de ces derniers, et d'autre part la seule maîtrise ponctuelle du prêt et de la location de ces exemplaires. Ce « retour au droit commun » n'est pourtant pas acquis, et il convient donc de s'interroger ici sur la nature de cette faculté pour l'auteur de décider, aujourd'hui, de la circulation des supports de son œuvre et de l'usage qu'en font leurs acquéreurs légitimes : prérogative conférée au titre du droit d'auteur, a-t-elle sa place parmi les pouvoirs d'un propriétaire traditionnel ?

597. Lecture unitaire. Un pouvoir de propriétaire. En doctrine, beaucoup considèrent que le droit de destination n'est rien de plus qu'un attribut classique de propriétaire : il n'a pas pour objet l'exemplaire mais seulement l'œuvre elle-même, et investit légitimement l'auteur du pouvoir d'en contrôler la circulation et l'usage. Il se trouve que cette œuvre s'incarne dans un support, mais ce n'est pas ce dernier qui forme l'objet de la prérogative. « En réservant à une certaine destination les exemplaires fabriqués avec son consentement, l'auteur se contente d'exercer son droit de reproduction de manière conditionnée. (…) si l'auteur est en mesure de refuser toute reproduction, une autorisation partielle conserve l'opposabilité *erga omnes* dont les droits exclusifs sont revêtus et s'impose à tous, y compris aux acquéreurs des exemplaires, objets de la reproduction. Le droit de destination ne serait en définitive que l'exercice d'un droit de reproduction dont on a limité l'autorisation »[1696]. Inversement, lorsqu'en matière de brevet, l'article L. 613-6 du CPI organise l'épuisement du monopole du breveté, c'est d'abord la maîtrise de son invention – telle qu'incorporée dans les produits issus de son application industrielle – dont il est privé, alors même qu'il n'en a pas cédé la propriété.

On voit bien qu'effectivement, le droit de destination n'est qu'une manière d'isoler un aspect particulier du pouvoir de l'auteur sur son œuvre. Il dispose bien entendu du pouvoir de contrôler la représentation ou la reproduction de son œuvre, comme le breveté contrôle la fabrication d'un produit incorporant l'invention. Mais une fois ceci accompli, la création s'incarne dans un support sans pour autant que son créateur en ait cédé la propriété : il est donc légitime qu'il continue d'exercer sa maîtrise sur cette création. L'ubiquité de la création conduit à ce qu'elle puisse habiter une multitude de supports sans que le créateur renonce à sa

[1695] Voir sur ce point A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., p. 259 et s.
[1696] S. DUSOLLIER, *Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition*, préc., p. 284.

réservation. Le droit de destination exprime donc simplement la faculté pour l'auteur de prolonger sa maîtrise malgré l'incorporation. L'épuisement du monopole du breveté met fin prématurément et arbitrairement à ce pouvoir pourtant légitime du breveté, qui n'a cédé que des supports.

Cette première lecture insiste donc sur le fait que le droit de destination vise l'œuvre, et consacre sa maîtrise par l'auteur, ce en quoi il figure donc un pouvoir parfaitement légitime de propriétaire. Pourtant, cette lecture ne nous convainc pas, parce qu'elle nous paraît incomplète. Il est sans doute exact – au plan technique – de dire que le pouvoir de contrôle détenu par l'auteur prend pour objet direct l'œuvre elle-même et non son support. Il paraît donc logique de considérer que l'auteur – puisqu'il n'a pas cédé son œuvre – ne fait ici rien d'autre qu'exercer sa maîtrise légitime sur une chose qui lui appartient : cette faculté s'insère parfaitement dans l'exercice classique de la propriété. Mais cette lecture ne rend pas compte de la réalité : elle n'explique pas pourquoi, ou comment, l'exercice légitime de sa propriété par l'auteur conduit directement à priver les propriétaires des supports d'une partie de leur pouvoir, lui aussi légitime. Pour nous, c'est bien parce que le droit de destination déborde son objet naturel – l'œuvre – pour assujettir également les supports, qu'il produit un tel effet. En s'appliquant à un objet distinct de l'œuvre, autant qu'en transférant à l'auteur une partie des pouvoirs normalement affectés à un autre au titre de sa propriété, cette prérogative de l'auteur ne peut être ramenée à un pouvoir de propriétaire.

598. Lecture dissociée. Un pouvoir de propriétaire. Un auteur propose une lecture différente, qui tente de résoudre cette difficulté, sans pourtant nous convaincre davantage. Il dissocie[1697] au sein du droit de destination deux types de prérogatives : les premières confèrent à l'auteur un « droit de mise en circulation » qui lui permet de contrôler la distribution et la circulation des exemplaires, les secondes un « droit de contrôle de l'usage » par lequel l'auteur contrôle l'usage des exemplaires détenus par les tiers.

Le droit de mise en circulation ne poserait pas de difficulté. L'auteur reconnaît qu'il « concerne les seuls supports matériels de l'œuvre et n'intéresse jamais celle-ci en tant que création incorporelle »[1698]. Il en déduit logiquement que « (d)e ce point de vue, la reconnaissance d'un droit de mise en circulation figure une extension des attributions du titulaire du droit, dans la mesure où nous avons retenu que le droit sollicité par l'œuvre de

[1697] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 119, n°133.

[1698] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 126, n°139.

l'esprit ne s'étendait pas au support de celle-ci »[1699]. Mais cela ne le conduit pas à voir dans le droit d'auteur un pouvoir qui dépasse la propriété. En effet, pour cet auteur, même s'il fait partie des prérogatives conférées par le droit d'auteur, ce droit de mise en circulation a un objet différent et doit être conceptuellement dissocié du droit de reproduction dont on prétend traditionnellement le déduire. Cette scission permet de réconcilier le droit d'auteur avec la propriété : le droit de mise en circulation ne fait pas partie du droit d'auteur, il est autonome. Il constitue bien une extension des droits de l'auteur, mais pas une partie intégrante du droit d'auteur dont la qualité de propriété n'est dès lors plus menacée – sur ce point au moins[1700].

Le droit de contrôle de l'usage ne serait pas davantage un obstacle, parce qu'il trouverait naturellement sa place parmi les prérogatives d'un propriétaire. Pour cet auteur, si sa reconnaissance en droit positif reste incertaine[1701], c'est bien l'œuvre que cette prérogative prend pour objet, et l'usage qu'en font ceux qui n'acquièrent qu'un support l'incorporant. L'on rejoint ici la première lecture.

Quant à nous, cette seconde lecture ne nous convainc pas davantage que la première. Exclure le droit de mise en circulation des prérogatives du droit d'auteur permet sans doute de passer outre son objet – les supports – et son effet – le cantonnement des pouvoirs des propriétaires d'exemplaires au profit de l'auteur. Mais cela implique d'admettre le postulat selon lequel ce droit de mise en circulation ne fait pas naturellement partie du droit d'auteur. Cela nous parait inexact. Ce pouvoir de l'auteur a bien sa place parmi les attributs du droit d'auteur. Ni l'œuvre, ni le support ne forment son objet exclusif. Il a pour objet premier l'œuvre, mais il déborde sur le support, qui intègre également son assiette. Il n'est donc pas possible de l'exclure du champ du droit de l'auteur sur son œuvre. Sa singularité fait partie du droit d'auteur, et elle est double : son objet n'est pas seulement l'œuvre mais également ses supports, et son effet consiste, en investissant l'auteur du pouvoir légitime de contrôler la circulation de son œuvre, et pour rendre ceci possible, à transférer à l'auteur une partie du pouvoir légitime des propriétaires de contrôler leur support.

Sur ce second aspect, droit de mise en circulation et droit de contrôle de l'usage se rejoignent et encourent pour nous le même grief : s'il est possible de justifier le pouvoir de contrôle (de la circulation comme de l'usage) en arguant qu'il prend l'œuvre – restée entre les mains de l'auteur – pour objet, il n'est en revanche pas possible d'expliquer par ce seul

[1699] *Ibidem*.
[1700] Dans ce sens, *ibidem*.
[1701] Voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préc., p. 121, n°135.

argument la situation du propriétaire d'un exemplaire, dont la propriété s'en trouve singulièrement amoindrie.
Au total, cette seconde lecture nous conduit aux mêmes conclusions : le droit de destination fait partie du droit d'auteur, et il déborde son cadre naturel – l'œuvre – pour asservir la propriété d'un tiers.

599. Lecture réductrice. Un pouvoir de propriétaire. Plutôt que de gommer l'originalité du droit de destination, on peut, plus modestement, tenter de relativiser l'hypothèse en renvoyant au droit commun : le propriétaire corporel peut parfaitement céder un immeuble en le grevant d'une servitude au profit du fonds dont il reste propriétaire, ce qui lui permet effectivement d'en contrôler l'usage. Ici aussi, forme originale de servitude, la mainmise de l'auteur sur les supports pourrait être ramenée à un pouvoir de propriétaire.
Mais pour nous, la situation est différente. Le pouvoir de l'auteur déborde le cadre étroit de son œuvre pour assujettir systématiquement tous les exemplaires en circulation : la généralité de l'extension, autorisée par le caractère mobilier des exemplaires et l'ubiquité de l'œuvre, rompt avec le schéma de la servitude immobilière circonscrite à une relation entre un fonds dominant et le – ou les – fonds qui lui sont directement contigus. Il faut encore ajouter le degré de sujétion que l'auteur impose aux propriétaires. Contrairement à la servitude de vue, ou de passage, l'usage dont il les prive n'est ni ponctuel ni partiel, et s'il ne vide sans doute pas la propriété du support de sa substance, il nous semble cependant en confisquer une partie substantielle. Au total, armé de son droit de destination, l'auteur apparait davantage comme un despote que comme un propriétaire.

600. Lecture personnelle. Un pouvoir légitime. Pour conclure sur le droit de destination, nous voulons souligner que, pour la plupart des auteurs, il est finalement toujours possible de ramener cette faculté à un pouvoir de propriétaire, quitte à en exclure certains aspects. Il s'agit donc de minimiser la spécificité de ce pouvoir de l'auteur. Pour nous, le charme n'opère pas. Nous nous en tenons à notre constat : le propriétaire d'un exemplaire de l'œuvre est privé d'une partie de sa maîtrise légitime tandis que l'auteur est investi du pouvoir de contrôler l'exercice – voire même de cantonner le domaine – de la propriété de sa chose par un tiers.
Plutôt que d'affecter d'y voir une prérogative de propriétaire, on peut alors tenter de justifier cette faculté exorbitante de l'auteur, en admettant qu'elle va bien au-delà de l'objet du droit d'auteur – l'œuvre – mais en soulignant que c'est la nature particulière de cette dernière qui impose l'extension. Si le droit d'auteur confère à la fois le contrôle de la diffusion des œuvres

et le contrôle de la diffusion de leur support, c'est parce que faute d'une telle maîtrise du support, le pouvoir de l'auteur sur son œuvre serait en réalité privé d'effet. Pour que l'auteur puisse utilement exercer son droit d'exploiter, en communiquant l'œuvre aux tiers, il lui faut nécessairement l'incarner dans un substrat matériel, sur lequel il lui faut forcément détenir une certaine emprise. L'« entité immatérielle que constitue l'œuvre de l'esprit ne peut être « circulante » qu'au terme d'une incarnation dans un substrat matériel ; contrôler la diffusion de cette entité ne peut donc s'opérer que par un contrôle des supports matériels qui permettent cette diffusion »[1702].

Quant à nous, nous voulons bien admettre que le droit de destination soit légitime, et nécessaire. Mais encore une fois, cela ne change en rien sa nature : il n'est pas un attribut classique de la propriété.

601. Lecture personnelle. Un pouvoir de créateur. De manière générale, nous pensons donc qu'il s'agit là d'une prérogative exceptionnelle, irréductible à la propriété traditionnelle. Nous l'avons dit, le droit de destination investit le créateur d'un pouvoir doublement original.

D'une part, le contenu du droit du créateur dépasse celui du propriétaire, en retirant au propriétaire du support une partie de ses attributs naturels. Ce dernier en effet a normalement, au titre de sa propriété, le droit de faire tout ce qu'il veut de la chose (qu'il s'agisse d'un livre, d'un CD, d'un produit incorporant une invention ou un dessin ou modèle), en ce compris la reproduire. Or, le droit des propriétés intellectuelles lui confisque ce pouvoir au profit du titulaire du droit sur la création : « la propriété n'explique pas pourquoi l'auteur ou l'inventeur, ou leur ayant-cause, peuvent, même après qu'ils ont vendu un exemplaire de l'objet ou du volume, empêcher l'acheteur de le reproduire, à savoir de faire ce que tout autre propriétaire d'une chose matérielle pourrait faire. (…) cet effet n'est pas propre au droit de propriété, mais est bien au-delà de celui-ci. (…) nous sommes en dehors et au-delà du droit de propriété »[1703].

D'autre part, l'objet du droit du créateur déborde celui d'un propriétaire ordinaire, en s'étendant au-delà de la chose par lui appropriée, l'œuvre, pour toucher le support, approprié par un tiers. Or, la propriété donne bien le pouvoir d'interdire, mais sur son propre objet, pas sur celui des autres. « Alors que le pouvoir du propriétaire s'exerce sur une chose qui est reconnue comme étant la sienne, les droits de propriété intellectuelle restreignent, au profit de

[1702] B. HUMBLOT, *L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur*, préc., p. 146, n°43.
[1703] R. FRANCESCHELLI, *Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur,* préc., p. 460.

leur titulaire, les pouvoirs dont d'autres personnes disposent en principe sur les différents exemplaires de la chose de l'esprit qui sont, sous une forme intellectuelle ou intégrés à un support, leur propriété. Le propriétaire d'une chose peut uniquement exclure les tiers de la jouissance de sa chose, mais il ne saurait les empêcher de jouir des choses qui leur appartiennent. Au contraire, les droits intellectuels permettent à une personne d'atteindre des choses qui ne sont pas les siennes »[1704].

En bref, et pour nous, le droit de destination n'a pas sa place parmi les attributs classiques de la propriété, et fait du créateur bien davantage qu'un simple propriétaire. Si le droit communautaire retirait à l'auteur une partie de ce pouvoir, ce dernier conserverait tout de même une certaine supériorité sur le propriétaire traditionnel : il est de toute manière investi du pouvoir de contrôler le prêt et la location des supports de son œuvre, et il maitrise en tout état de cause la première mise en circulation de ceux-ci. Il a donc, en toute hypothèse, un véritable pouvoir sur des objets qui ne sont pas sa propriété. D'ailleurs, ces remarques valent également pour le titulaire d'un brevet : aux termes de l'article L. 613-6 du CPI, lui aussi maîtrise la première mise en circulation des applications de son invention, de sorte que son monopole sur l'invention déborde effectivement son objet naturel pour peser sur la propriété d'un tiers. Quelle que soit la configuration retenue pour le droit de destination, il s'agit donc bien d'une extension du droit de l'auteur, qui peine à entrer dans les cadres de la propriété.

b. La place du droit moral dans la propriété du triptyque

602. Lorsqu'il porte sur une œuvre de l'esprit, le droit de l'auteur est encore bien davantage qu'un simple pouvoir de nature patrimoniale, fut-il déjà assorti d'excroissances telles le droit de suite ou le droit de destination. Si l'on peut passer sous silence les prérogatives morales de l'inventeur, il n'est en effet pas possible d'ignorer celles de l'auteur.

. Le contenu du droit moral

C'est d'abord son contenu qui tranche avec la propriété : il déborde le domaine naturel de la souveraineté du propriétaire.

603. Le contenu du droit moral sur l'œuvre. D'une part, c'est sur son œuvre que l'auteur

[1704] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 464, n°1496. Dans ce sens également, B. HUMBLOT, *L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur*, préc., p. 141, n°34.

est investi d'un pouvoir qui cadre mal avec la propriété. Et premièrement, l'exercice normal et légitime du droit moral autorise l'auteur à faire échec aux règles du droit des contrats. Ainsi, l'auteur qui contracte pour l'exploitation de son œuvre n'investit jamais son cocontractant d'une véritable liberté, mais le maintient au contraire sous son joug. Alors qu'il a consenti à un contrat d'exploitation, son droit de divulgation lui permet par exemple de se soustraire à son obligation contractuelle, en refusant finalement de divulguer. Lorsqu'il a divulgué, il peut encore revenir sur sa parole grâce au droit de retrait et de repentir. Il peut également user de son droit au respect pour contrôler les formes de l'exploitation à laquelle il a pourtant consentie. Il peut enfin rétablir à tout moment sa paternité, alors même qu'il aurait consenti à la taire. En bref, l'auteur dispose, grâce à son droit moral, du pouvoir d'ignorer la force obligatoire des contrats auxquels il a lui-même consentis. Il a autorisé un usage concurrent de l'œuvre, et son droit moral lui permet de revenir unilatéralement sur cette autorisation. Le droit de propriété ne confère pas une telle prérogative.

Deuxièmement, et plus personnellement, nous voulons ici rappeler que l'auteur ne peut jamais se défaire complètement de son œuvre : il peut en concéder la dimension patrimoniale, mais il en conserve inéluctablement la dimension morale, puisque le droit moral est perpétuel et inaliénable. On peut sans doute en déduire que l'auteur a moins de pouvoir qu'un propriétaire, puisqu'il ne peut aliéner l'œuvre. Mais on peut au contraire en déduire que l'auteur a un pouvoir bien plus fort que celui d'un propriétaire, puisque son lien avec l'œuvre est indestructible. Si l'on retient cette lecture, on peut alors poser que le droit moral, et donc le droit d'auteur, confère à son titulaire une « propriété renforcée »[1705], voir une maîtrise qui dépasse celle de la propriété.

604. Le contenu du droit moral sur les supports. D'autre part, c'est sur les supports de l'œuvre que le droit moral investit l'auteur d'un pouvoir qui se démarque de la propriété. Cet aspect est inséparable du premier, car c'est dans la mesure où les supports incorporent et abritent l'œuvre que l'auteur reçoit un tel pouvoir. Ainsi, l'article L. 111-3 al. 2 du CPI lui permet d'obtenir du juge la sanction de l'abus du propriétaire du support qui ferait obstacle à la divulgation de l'œuvre. Egalement, son droit de ne pas divulguer l'autorise à imposer le secret au propriétaire du support. Et son droit au respect lui permet de contrôler l'usage matériel que le propriétaire fait du support : le juge admet que l'auteur s'oppose à la

[1705] C. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, Thèse, Editions universitaires européennes, 2010, p. 106, n°77.

modification[1706] ou à la destruction du support par son propriétaire, ou obtienne sa condamnation pour ne pas avoir évité la dégradation de l'œuvre[1707]. En résumé, ces quelques exemples montrent bien que l'auteur exerce une maîtrise légitime, au titre de son droit d'auteur, sur un objet qui n'est pas son œuvre, mais la propriété d'un tiers. Comment prétendre qu'il s'agit là du pouvoir classique d'un propriétaire ? La doctrine refuse pourtant de voir dans ces hypothèses un dépassement de la propriété.

De manière particulière, elle argumente à propos du droit de divulgation[1708] : s'il permet à l'auteur d'accéder au support pour divulguer, ce n'est qu'aux conditions de l'article L. 121-4 du CPI, qui exige un refus abusif du propriétaire du support. L'auteur n'exercerait donc pas ici une prérogative exorbitante du droit commun de la propriété qu'il détiendrait au titre de son droit d'auteur. Il ne ferait au contraire qu'exiger le respect du droit commun, à savoir la théorie de l'abus de droit. Par ailleurs, il n'émettrait aucune prétention sur le support, mais seulement sur l'œuvre, restée sienne, et qu'il prétend divulguer.

Mais cette analyse de l'article L. 121-4 ne nous convainc pas. D'une part, le support est ici par hypothèse unique, et l'exercice de son droit de divulgation par l'auteur implique nécessairement une mainmise sur celui-ci. Il est artificiel de prétendre le contraire. D'autre part, les auteurs retiennent une lecture large de ce pouvoir de l'auteur : pour eux, l'abus du propriétaire du support n'a pas à être grave ou caractérisé, au contraire le seul refus d'accès au support doit suffire à constituer l'abus, afin de laisser intact l'exercice discrétionnaire du droit de divulgation. Pour nous, il n'est donc pas possible de ramener cet attribut du droit d'auteur au simple jeu du droit commun. Le droit moral investit effectivement l'auteur d'un pouvoir qui asservit la propriété du support.

Selon nous, il faut également se rendre à l'évidence à propos du droit au respect de l'œuvre. Il concerne le respect intellectuel de l'œuvre elle-même, et il contraint donc tous ceux qui y portent atteinte, en ce compris les tiers aussi bien que le propriétaire du support. Mais la situation de ce dernier est particulière : il ne peut user de son bien que dans le respect de l'œuvre que celui-ci incarne, et ceci constitue donc bien une limite à la plénitude de son pouvoir. L'auteur peut déterminer de quelle manière un tiers doit exercer son droit de

[1706] Affaire « Réfrigérateur de Bernard Buffet », Civ. 1e, 6 juillet 1965, Gaz. Pal. 1965-2-126, cité par F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., p. 429, n°646, note 5.

[1707] Civ. 1e, 3 déc. 1991, RIDA 1992, n°153, p. 161, cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, préc., p. 366, n°555, note 5.

[1708] Dans ce sens, B. HUMBLOT, *L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur*, préc ;, p. 134, n°21 et 22, renvoyant dans ce même sens à C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, préc.

propriété sur un objet distinct de son œuvre[1709].

De manière générale, la doctrine raisonne alors comme en matière de droit de destination : le droit moral est une manifestation, originale mais légitime, en droit d'auteur, d'un mécanisme connu du droit commun. Il s'agit d'une servitude pesant sur le meuble corporel : « nous nous trouvons en présence d'un véritable démembrement de propriété. Le droit moral nous apparaît, entre les mains de l'auteur, comme une sorte de propriété retenue »[1710].

Mais ici encore, si la figure de la servitude peut sembler rassurante, elle n'est selon nous pas suffisante. Quoi de commun en effet entre les désagréments ponctuels et marginaux d'une servitude de droit commun (le propriétaire d'un fonds servant peut être contraint de supporter que son voisin passe sur son terrain, y écoule ses eaux usées, ou construise sur le fonds dominant un immeuble qui lui ménage une vue du fonds servant), et l'état de sujétion permanente et quasi-générale qui caractérise la propriété d'un support. L'exercice du droit de divulgation réalise sans doute une atteinte ponctuelle, parce que l'hypothèse concerne le support unique. Reste que le droit de ne pas divulguer retire au propriétaire du support une grande partie de sa liberté : que faire d'une chose qui doit rester cachée ? Quant au droit au respect, il vise également les supports multiples. Son caractère discrétionnaire autorise l'auteur à l'invoquer au(x) moment(s) de son choix, et pour des raisons qui relèvent de son appréciation souveraine : même avec les meilleures intentions du monde, le propriétaire du support n'est jamais totalement certain de satisfaire à la conception que l'auteur se fait du respect de son œuvre.

Au total, la propriété du support ne supporte pas une banale servitude, et l'auteur qui cède le support n'agit pas en simple propriétaire, qui renonce à la maîtrise principale d'un bien pour en investir un autre tout en se réservant un pouvoir marginal. L'auteur, unique maître de l'œuvre, se borne à partager avec un tiers la maîtrise du support, dans des conditions qui interdisent tout véritable transfert de propriété, et invalident le rapprochement avec la servitude. Paradoxalement, ni le titulaire du droit moral – et du droit d'auteur – sur l'œuvre, ni le titulaire du droit de propriété – amputée – sur le support, ne sont de véritables propriétaires. En trop pour le premier, en trop peu pour le second, le droit moral dénature la propriété.

Pour conclure, cette appréciation – personnelle – vaut aussi bien pour le propriétaire du support que pour le titulaire de droits d'exploitation sur l'œuvre (si tant est que l'on admette,

[1709] Voir B. HUMBLOT, *L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur*, préc., p. 137.

[1710] H. CABRILLAC, *La protection de la personnalité de l'écrivain et de l'artiste, Essai sur le droit moral*, Montpellier, 1926, p. 149, cité par B. HUMBLOT, *L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur*, préc., p. 138.

pour l'occasion, la propriété des droits). De manière globale cette fois, le droit moral de l'auteur investit l'auteur d'un pouvoir bien au-delà de la propriété, qui ne trouve pas d'équivalent dans le triptyque des attributs du propriétaire.

. La nature du droit moral

605. C'est ensuite sa nature qui tranche avec la propriété. Traditionnellement, le droit de propriété est un droit de nature patrimoniale : il tend à la protection d'un intérêt pécuniaire. Peu importe que l'on se situe dans la conception traditionnelle, qui y voit un droit réel principal prenant pour objet une chose corporelle, ou dans une lecture plus moderne, qui admet la propriété des droits – réels et personnels. Il faut simplement retenir qu'au sens classique, propriété rime avec patrimonialité. Les attributs de la propriété, *usus*, *fructus* ou *abusus*, proposent effectivement une classification des *différentes* manières de tirer profit d'un bien. Qu'il s'agisse d'en user personnellement, de l'exploiter commercialement ou de le céder pour capitaliser sa valeur, l'on en revient toujours à une manière ou l'autre, pour le propriétaire, de retirer du bien une utilité évaluable en argent.

Ce sont les droits patrimoniaux de l'auteur qui poursuivent ces finalités de nature pécuniaire. C'est essentiellement leur examen qui nous a révélé la présence – et d'ailleurs parfois le faible écho, voir même l'absence pure et simple – du triptyque dans le droit de l'auteur. Sans doute, la recherche des attributs de la propriété dans le droit d'auteur a été également l'occasion de s'arrêter sur les droits moraux, mais ces derniers ne sont pas l'outil que la loi donne à l'auteur pour exploiter la valeur pécuniaire de l'œuvre. Sans vouloir nier l'ambivalence du droit de divulgation, il faut reconnaître que la poursuite d'un intérêt patrimonial n'est pas la finalité première des droits moraux de l'auteur.

Le droit moral s'attache à la protection des intérêts non-pécuniaires de l'auteur. Par raisonnement *a contrario*, cela se déduit explicitement des termes de la loi, qui distingue le droit moral et le droit patrimonial. L'examen du contenu des attributs moraux de l'auteur confirme cette lecture : le droit de divulgation permet à l'auteur de décider du moment où sa création est digne d'affronter le regard du public, le droit de paternité de choisir d'assumer – ou pas – le jugement du public, le droit au respect et le droit de retrait et de repentir l'autorisent enfin à empêcher des usages qui trahiraient sa conception personnelle. Globalement, le droit moral poursuit la défense d'intérêts non-pécuniaires. Les droits moraux visent la protection de l'œuvre, et à travers elle celle de la personnalité de l'auteur, qui imprègne l'œuvre.

Pour nous, la césure entre la dimension patrimoniale du pouvoir de l'auteur, et sa dimension personnelle, est claire. Elle est inscrite dans la loi à l'article L. 111-1 du CPI. D'ailleurs, la preuve en est que l'auteur ne peut valablement invoquer l'un de ses droits moraux pour la défense d'un intérêt de nature patrimoniale. Sans doute l'exercice de l'un empiète-t-il souvent sur l'autre, mais quant à leur nature, elle est distincte. Cela nous conduit à une seule conclusion : si la propriété est un droit patrimonial, le droit d'auteur n'est pas une propriété. Le droit moral n'a pas sa place dans la propriété, dont il déborde le contenu autant qu'il fait mentir la nature. Il donne au droit d'auteur un visage irréconciliable avec le droit de propriété entendu au sens traditionnel[1711].

. La place du droit moral dans le droit d'auteur

606. Beaucoup d'auteurs[1712] vont plus loin, et distinguent dans le droit d'auteur d'une part un droit patrimonial qu'il faudrait qualifier de propriété, et d'autre part un droit moral qu'il faudrait ranger parmi les droits de la personnalité, de nature extrapatrimoniale donc. Pour nous, cette analyse est exclue : d'une part, elle implique de renoncer à analyser le droit d'auteur comme une unité, alors pourtant que le législateur le traite comme tel, et alors surtout que, selon nous, les prérogatives de l'auteur ne peuvent être définitivement dissociées : de nature différente, les attributs patrimoniaux et moraux sont cependant étroitement imbriqués l'un dans l'autre et il est artificiel de prétendre y voir deux droits conceptuellement distincts. D'autre part, elle implique d'admettre que ces deux droits puissent chacun être valablement rattaché à une catégorie définie. Or, selon nous, le pouvoir patrimonial de l'auteur n'est pas une propriété : non seulement l'on ne retrouve pas en lui le triptyque de la propriété – bien moins, mais de plus – puisque l'on exclut le droit moral – le titulaire du droit moral (auteur ou cessionnaire) n'est pas, tel un propriétaire, le maître unique de l'œuvre, dont il partage la souveraineté avec le titulaire du droit moral. Le droit moral de l'auteur ne peut pas davantage être rattaché à la catégorie des droits de la personnalité. En doctrine, les arguments sont nombreux, qui critiquent la catégorie des droits de la personnalité, ou qui soulignent l'originalité du droit moral pour refuser son rattachement. Nous ne nous y arrêtons pas. Pour nous, le droit moral de l'auteur ne peut être véritablement dissocié de son droit patrimonial, il n'est pas un droit autonome, et il est dès lors impossible de prétendre le ranger dans une

[1711] Dans ce sens, par exemple, C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 28, n°16 ; C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, préc., n°21.
[1712] Par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, préc., p. 368, n°542 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 28, n°17.

catégorie de droits subjectifs quelle qu'elle soit. Cela vaut également pour le droit patrimonial de l'auteur. La dualité du droit d'auteur n'autorise pas à nier son unicité.
Des auteurs[1713] proposent une analyse qui pourrait résoudre cette difficulté : la propriété n'est pas un droit patrimonial mais la relation entre la personne et les biens. Elle prend pour objet des biens patrimoniaux autant qu'extrapatrimoniaux. La dualité du droit d'auteur trouve ici sa place, l'œuvre est une propriété qui recèle une double dimension. Cette conception ne peut pourtant nous convenir, puisqu'elle revient sur notre postulat de départ : la propriété dont nous examinons la capacité à abriter le droit moral de l'auteur est celle du Code civil, celle qui s'illustre dans le triptyque et se caractérise par sa nature patrimoniale.

607. Il faut conclure sur le droit moral : son contenu et sa nature tranchent avec la propriété. Son contenu prête à l'auteur un pouvoir qui rayonne bien au-delà de la relation privative que la loi organise entre un propriétaire et sa chose, une puissance qui menace les tiers quand la propriété trouve au contraire sa limite dans la chose qu'elle asservit. Et sa nature morale tranche avec le caractère patrimonial de cette dernière.
Peut-on alors trouver dans la dimension morale du droit d'auteur ce qui manque à sa dimension patrimoniale[1714] ? En dotant le droit moral des caractères classiques de la propriété (perpétuel, quasi-discrétionnaire, exclusif, absolu), la loi réalise-t-elle la double prouesse de compenser les amputations qu'elle inflige au droit patrimonial et de faire oublier la nature partiellement extrapatrimoniale du droit d'auteur ? Pour nous, une telle construction relève de l'artifice, et une réponse négative s'impose, du moins si l'on s'en tient à la définition traditionnelle de la propriété, celle que nous avons choisie comme référence pour notre étude. Comparé au droit de propriété tel que le définit la doctrine en droit commun des biens, le droit du créateur se démarque, le droit moral n'est pas le droit d'un propriétaire.

608. Renvois et bilan. Pour le droit de suite, nous renvoyons à la version intégrale. Et par ailleurs, tout le pouvoir de l'auteur, lorsqu'il déborde l'œuvre, ne peut être ramené à ces trois prérogatives principales. Nous en donnons quelques exemples dans la version intégrale[1715]. Et en conclusion, mises bout à bout, ces hypothèses dessinent les contours d'un droit surdimensionné, qui oblige à forcer le moule de la propriété.

[1713] En premier lieu F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc.
[1714] Dans ce sens, C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse Montpellier I, 1999, p. 222, n°308.
[1715] Voir version intégrale n°1392 et 1393.

4. Le triptyque n'est pas l'outil qui permet de cerner la nature du droit du créateur : il doit être abandonné

609. Pour certains, le triptyque est révélateur : il perce la nature du droit du créateur. C'est principalement « l'Ecole de Montpellier »[1716], que nous laissons définitivement de côté. Choisissant le même outil que nous, ils concluent en effet résolument en sens inverse : à l'aune de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*, ils prêtent au droit du créateur le contenu d'un véritable droit de propriété. Notre examen nous interdit désormais de rallier cette analyse.

Pour nous, le triptyque est finalement impertinent : il est incapable de qualifier le droit du créateur. En effet, le triptyque décrit des pouvoirs que le créateur *n'a pas*, sans pour autant décrire les pouvoirs que le créateur *a*. Tout à la fois insuffisant et surabondant, il met en relief non pas ce qui rapproche le créateur du propriétaire, mais au contraire ce qui le singularise. Sa valeur normative ne trouve pas – ou peu – d'écho, et sa valeur descriptive des prérogatives du créateur est faible. Négativement, le triptyque est donc un outil utile, puisqu'il conduit à exclure la qualification du droit du créateur en termes de propriété. Mais positivement, il se révèle inutile : si la propriété peut être définie par son contenu, et si ce contenu s'exprime fidèlement dans le triptyque, alors cet outil nous dit ce que le droit du créateur n'est pas, mais il ne nous dit pas ce qu'il est.

Pour la grande majorité de la doctrine, le triptyque est illégitime : il n'est pas l'outil de la qualification du droit du créateur. Pour certains, il faut simplement le bouter hors le droit des propriétés intellectuelles, tandis qu'il peut conserver sa place en droit commun[1717]. Après tout, il faut bien convenir qu'il est non seulement réformé par les propriétés intellectuelles, dans son contenu (hiérarchie bouleversée) et dans sa valeur (normativité invalidée), mais plus radicalement désavoué : les propriétés intellectuelles mettent à nu son impertinence (en trop ou en trop peu) et son outrecuidance (sa prétention de tout décrire). Mais pour d'autres[1718], il faut aller jusqu'à le répudier complètement, en le boutant hors le droit des biens. C'est le parti pris de ceux qui, en droit commun, lui refusent toute valeur normative et lui assignent un rôle purement descriptif, voir même simplement illustratif. Nonobstant ces divergences, la

[1716] J.M. MOUSSERON évidemment, mais également J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, préc., p. 119 ; et encore M. VIVANT, *Le droit des brevets*, préc., p. 82 et s. ; Ph. THERY, *Préface, in* M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préc. C. Simler conclut dans le même sens, mais elle se concentre sur le droit d'auteur, et laisse de côté son droit moral pour ne passer au crible de la trilogie que son droit patrimonial, voir C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., p. 108, n°129.

[1717] Par exemple, O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Thèse, Larcier, Coll. CIC, p. 388, n°576.

[1718] Par exemple F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 445, n°328, note 53 ; F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, préc., n°100 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 239, n°732.

doctrine s'accorde globalement sur l'essentiel : peu important le rôle qu'on lui reconnaît dans la définition de la propriété en général, il ne joue en tout cas aucun rôle dans celle du droit du créateur. Ce dernier est un droit de propriété, et la présence ou l'absence des éléments de la trilogie entre les mains du créateur est inopérante. En effet, l'essence de la propriété est ailleurs, et le triptyque n'est pas l'outil qui en trahit la présence, précisément parce qu'il n'est pas celui qui en traduit la substance.

En résumé, nous maintenons le lien entre le triptyque et la propriété, tandis que la doctrine le rompt. Cela nous conduit à refuser le rapprochement du droit du créateur et de la propriété, tandis que la doctrine s'autorise la qualification. Nous nous rejoignons donc sur un point : le triptyque n'est pas l'outil de la qualification du droit du créateur. Il n'est plus temps de renouveler, dépoussiérer, moderniser, épurer les attributs de la propriété. Il faut désormais, pour percer la nature du droit du créateur, nous détourner complètement de ce critère.

C. Le droit du créateur à l'aune de la propriété émancipée du triptyque

610. Beaucoup trouvent la nature du droit du créateur dans une propriété qui n'est pas celle du triptyque : pour eux, répudier le triptyque autorise à accueillir les créations dans le giron de la propriété. Nous ne sommes pas convaincue. Sur le fond, quelle est donc cette propriété dont on nous dit qu'elle épouse les contours du droit du créateur ? Non seulement la doctrine est incapable d'en donner *une* définition satisfaisante. Mais de plus, aucune de celles qu'elle propose ne s'avère réellement compatible avec le droit du créateur (1). Sur la forme, pourquoi vouloir à tout prix rattacher le droit du créateur à la propriété, alors que les conséquences de cet acharnement sont loin d'être négligeables (2) ?

1. Le droit du créateur : quelle propriété ?

611. Le triptyque est désormais répudié. La propriété gagne-t-elle en clarté ? En doctrine, la polyphonie cède rapidement la place à la cacophonie. Plutôt qu'à la sagesse, l'émancipation conduit au désordre (a). Le droit du créateur trouve-t-il au moins un hôte à sa mesure ? Nous ne le pensons pas (b).

a. A la recherche de *la* propriété dans *les* propriétés

612. Le tronc commun : la répudiation du triptyque. Le résultat : *les* propriétés. En doctrine, on considère que « la propriété peut parfaitement prendre la forme d'un faisceau de prérogatives non conforme au triptyque de l'article 544 : du moment que l'essence de la propriété est respectée, peu importe la fidélité au modèle initial »[1719]. Mais encore faut-il s'entendre sur ce faisceau qui suffit à caractériser la propriété, si ce n'est pas celui décrit par le triptyque. Or, précisément, lorsque la propriété s'émancipe du triptyque, cela ne conduit pas à *la* propriété, mais à *des* propriétés. La doctrine en propose de multiples analyses, dont on peut donner quelques exemples[1720].

Certains partent du droit commun de la propriété, pour la remodeler. Ils[1721] font de l'exclusivisme la condition nécessaire et suffisante de toute propriété. Certains[1722] se montrent plus exigeants, distinguant entre la propriété parfaite (celle qui cumule absolutisme, exclusivisme et perpétuité) et la propriété imparfaite (celle qui se satisfait de l'exclusivisme). Mais tous admettent que la propriété peut exister sans la réunion de tous ses attributs traditionnels, ni la présence de tous ses caractères classiques. Ils parviennent ainsi à dessiner un droit dont le contenu est réduit à un critère unique – le pouvoir d'exclure – au point de caractériser presque n'importe quel droit subjectif. Effectivement, les créations sont ici sans nul doute l'objet d'une propriété.

D'autres partent du droit du créateur, et prétendent trouver en lui le véritable contenu de la propriété : dématérialisé, il est ramené à un mécanisme de réservation purement intellectuel, dont l'éventuel prolongement matériel devient surabondant. Dégagé des contingences matérielles, il se détache également de la dimension pécuniaire si chère au propriétaire traditionnel, et s'enorgueillit désormais d'une dimension morale qui l'autorise à capter les valeurs extrapatrimoniales.

Les premiers et les seconds se rejoignent : « épurée »[1723], débarrassée du superflu, la propriété est réduite au minimum, et – peut-être parce qu'elle devient si légère ? – elle

[1719] D. GUTMAN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique*, dans *Le droit et l'immatériel*, APD t. 43, p. 73, renvoyant à M. Fabre-Magnan.
[1720] Pour un résumé, voir J.-P. CHAZAL, *La propriété : dogme ou instrument politique ?*, RTDCiv. 2014, p. 767.
[1721] F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Les biens*, préc., p. 315, n°192 ; V. BONNET, *La durée de la propriété*, préc., p. 305 ; M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préc., p. 118, n°181.
[1722] S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites, Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, Thèse Paris Dauphine, 2007.
[1723] C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p. 221.

s'échappe du carcan patrimonial qui l'enserrait. Désormais, elle transcende l'Etre et l'Avoir, elle protège les intérêts pécuniaires et moraux de son titulaire. Techniquement, la conception se satisfait de la seule disponibilité, même non translative, pour tracer la frontière du patrimoine, et se défait de toute exigence d'aliénabilité comme de disponibilité pour définir la propriété, désormais dissociée du patrimoine. Cette dernière peut donc épouser les contours de n'importe quelle valeur, fut-elle indétachable de la personne, et donc inaliénable[1724]. Plus particulièrement, le droit d'auteur trouve dans cette analyse un écrin à sa mesure : son inaliénabilité et sa dimension morale n'en font plus l'exception dénaturante d'une propriété patrimoniale, mais la norme d'une propriété dégagée de toute exigence de pécuniarité[1725].

Certains proposent des variantes. Pour l'un[1726] par exemple, la seule disponibilité non-translative ne suffit pas à la patrimonialité, qui exige l'aliénabilité. Les biens, éléments du patrimoine, sont nécessairement aliénables. Mais la propriété n'est pas un droit du patrimoine, et elle réserve autant les biens – du patrimoine donc – que les choses – hors patrimoine. Seules certaines choses deviennent des biens : elles intègrent le patrimoine, elles sont saisissables. Pour cet auteur, cette propriété, sans aliénabilité ni patrimonialité, n'est pourtant rien d'autre que celle de l'article 544 du Code civil. « Les choses inaliénables sont des objets extérieurs à la personne, qui lui sont devenus propres. C'est donc bien la propriété de l'article 544 du Code civil qui s'exerce sur ces choses. Toutefois, le lien qui les unit à la personne ne peut être rompu. La situation se rapproche ainsi du sens originaire. C'est pourquoi il semble que l'on puisse parler de « propriété personnelle » à leur propos »[1727]. L'œuvre – et *a fortiori* la création industrielle – est ici l'objet d'une véritable propriété.

D'autres poussent encore plus loin cette démarche qui consiste à rompre le lien entre aliénabilité et propriété : lorsqu'elle est inaliénable, la propriété est encore plus forte, mieux assurée que lorsqu'elle est aliénable. En limitant la disponibilité de la chose, on renforce sa propriété au lieu de l'interdire. « L'inaliénabilité des choses individuelles empreintes de subjectivité peut paraître la limite de leur propriété. Elle est certes la limite de leur disponibilité, mais elle renforce dans le même temps leur jouissance. Elle est ainsi ce qui maintient cette propriété, laquelle gagne sur le terrain de la jouissance, c'est-à-dire ce qui la caractérise fondamentalement, l'exclusivisme, ce qu'elle perd sur celui de la disponibilité. A

[1724] Voir par exemple F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc., p. 787, n°571 ; C. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, préc., p. 10, n°3 ; J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 216.
[1725] Dans ce sens, O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, préc., p. 385, n°672.
[1726] Par exemple, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 441, n°1422.
[1727] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 442, n°1423. Dans le même sens, pour une propriété inaliénable, J. RAYNARD, préc., n°374 ; C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, préc., p. 343, n°526 ; A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, préc., n°115 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, préc., n°61.

cet égard, loin d'apparaître comme des choses ne faisant pas l'objet d'une propriété, elles apparaissent au contraire comme des choses dont la propriété est non seulement consacrée juridiquement, mais encore juridiquement renforcée »[1728].

612-1. Il faut s'arrêter là, car chaque auteur formule sa propre définition de cette propriété qui accueille désormais tous les biens, et il n'est pas question ici d'en faire un exposé exhaustif. Au demeurant, les variations du droit de propriété sont quasi-infinies en doctrine, et il n'est de toute manière pas possible de toutes les recenser.

D'ailleurs, si cette polysémie – polyphonie, cacophonie ? – nous gêne, en revanche elle ne semble pas arrêter la doctrine, bien au contraire. Mettant de côté leurs divergences, la majorité des auteurs choisissent en effet de se concentrer sur ce qui les réunit : quelle que soit l'acception que l'on en retienne, la propriété a changé de visage et étendu son domaine. Sans plus poursuivre la recherche – illusoire – d'un *consensus* sur son contenu ou sa nature, on s'attache désormais – et de manière bien plus pragmatique – à l'insertion de cette propriété moderne dans notre système juridique. Il s'agit de déterminer, à un double niveau, d'une part les relations entre le droit de propriété traditionnel des meubles et immeubles corporels et les multiples régimes de propriété adaptés chacun à un objet nouveau, et d'autre part l'insertion de cette propriété élargie dans les cadres classiques du droit des biens, et plus largement du droit civil. L'on s'interroge ainsi sur « l'avenir du droit des biens »[1729], ou les différents « modèles propriétaires »[1730].

Sans nous désintéresser de cette question, nous voulons cependant insister sur le désordre qui règne en doctrine quant à la définition de la propriété, et les conséquences qui en découlent : comment en effet prétendre sérieusement trouver des réponses aux questions ci-dessus mentionnées, si au préalable, l'on est incapable de s'entendre sur les termes du débat. Peut-on réfléchir à la place des nouvelles valeurs dans le droit des biens, à la protection que notre droit civil peut leur offrir, à la pertinence des mécanismes du Code civil face à des biens qui n'existaient pas en 1804, le tout lorsque l'on ne s'accorde pas sur ce qu'il faut entendre par « propriété », ni sur la frontière entre les biens et les droits, entre la propriété et la responsabilité, ou entre le patrimoine et la personne ? Mais dans le même temps, ces interrogations sur l'avenir du droit des biens sont sans doute l'occasion idéale d'une

[1728] C. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, préc., p. 106, n°77.
[1729] C'est le thème du colloque organisé par R. Boffa à l'université de Lille II le 7 mars 2014. C'est aussi l'objet d'un rapport de l'association Capitant, qui, sous l'égide de D. Mazeaud et H. Périnet-Marquet, propose une refonte du Code civil.
[1730] C'est le thème du colloque publié sous le titre « Les modèles propriétaires », LGDJ 2012, mais également du colloque publié sous le titre « Repenser les biens communs », CNRS Editions 2014.

maturation de la réflexion relative aux concepts fondamentaux. En tout cas, nous sommes aujourd'hui très loin du *consensus* à propos de la propriété, et cela ne nous facilite pas la tâche dans notre recherche de la nature du droit du créateur.

b. A la recherche du droit du créateur dans *les* propriétés

613. Nous sommes donc contrainte de distinguer entre les diverses analyses retenues en doctrine, pour trouver la réponse à notre question : peut-on finalement y trouver la nature du droit du créateur ? Toutes ont en commun de considérer que le droit sur les créations est une propriété, mais pas la propriété du triptyque. Elles se distinguent ensuite les unes des autres en fonction de leur degré d'émancipation. Certaines continuent de rattacher cette propriété à l'article 544 (les droits examinés seraient toujours fidèles à la propriété que décrit l'article 544, pourvu qu'on le débarrasse de cet encombrant triptyque : la propriété serait celle de l'article 544 émancipé du triptyque) (α), tandis que d'autres abandonnent et le triptyque et l'article 544, ne conservant que le concept de propriété (les droits examinés auraient la nature d'une propriété tout comme le droit consacré par l'article 544, mais il s'agirait de propriétés émancipées de l'article 544) (β). Enfin, d'autres lisent dans ces droits des propriétés en rupture complète avec le modèle de l'article 544. Mais parmi ces derniers, certains voient dans les propriétés intellectuelles une forme de propriété alternative, sœur plutôt que fille de la propriété de l'article 544 (γ), tandis que d'autres y voient la résurgence d'une forme ancienne de propriété (δ). Tous en tout cas continuent de s'enfermer dans le vocable de propriété.

α. Le droit du créateur dans la propriété de l'article 544 émancipée du triptyque

614. Pour certains, si la trilogie de l'*usus-fructus-abusus* ne donne pas la définition de la propriété, c'est cependant dans l'article 544 qu'elle se trouve. La lecture qu'ils retiennent de ce texte les conduit à analyser le droit du créateur en termes de propriété, et à postuler que ce n'est là qu'une application de cet article. Autrement dit, les propriétés intellectuelles sont des propriétés de l'article 544, émancipé du triptyque, et relu par la doctrine.

Nous rejoignons partiellement cette analyse : la véritable propriété est celle que décrit l'article 544. Nous admettons nous aussi de renoncer à trouver dans le triptyque l'image d'une propriété idéale pour finalement nous satisfaire d'un pouvoir de moindre envergure. Nous pensons que c'est bien dans l'article 544 que se trouve l'essence de la propriété. Pourtant,

malgré cette concession commune (l'abandon du triptyque), et cette référence commune (l'article 544), nous n'arrivons pas à la même conclusion. Pour nous, le droit du créateur n'est pas celui que décrit l'article 544.

En effet, chaque auteur – ou presque – propose *sa* lecture de l'article 544. Selon nous, toutes ces définitions de la propriété se distinguent toujours – à divers degrés sans doute – de la propriété de l'article 544 dont elles prétendent pourtant révéler l'essence. Même émancipé de l'*usus-fructus-abusus*, les contours du droit qu'elles dessinent ne sont pas ceux de *la* propriété au sens classique que nous prêtons à ce texte. Sous prétexte d'en révéler l'esprit, les auteurs s'en émancipent toujours plus ou moins complètement.

615. Ce que l'article 544 ne dit pas : la lecture des anciens. Abandonnant le triptyque, nous ne nous rangeons pas non plus à la lecture la plus traditionnelle de l'article 544.

Pour les jurisconsultes de la première moitié du XIXe siècle, le droit de propriété est le droit exclusif et absolu d'une personne sur des choses matérielles »[1731]. « En un sens précis, technique, le droit de propriété signifie beaucoup plus que l'appropriation privative ; il signifie la confusion du droit et des pouvoirs qu'il confère, l'identification de la propriété et du *domaine*, droit direct et immédiat sur une chose, et par conséquent le caractère nécessairement indivisible, corporel de cette chose. Dans ce sens, précis, les biens immatériels sont insusceptibles de propriété, au sens de l'article 544 (…) »[1732]. « L'exclusion des propriétés immatérielles du champ conceptuel de la propriété est la conséquence cohérente de l'identification du droit à la chose »[1733].

Pour nous cependant, le droit de propriété est le droit exclusif et absolu d'une personne, mais il prend pour objet les choses au sens romain de *res* (ce dont il s'agit) sans s'arrêter au monde matériel. La doctrine a abondamment démontré l'inexactitude du postulat selon lequel la propriété se confondrait avec son objet. Faute de s'incorporer dans un *corpus*, la propriété peut donc parfaitement prendre pour objet des choses qui en sont dépourvues. Ainsi, son exclusivisme ou son absolutisme ne trouvent pas dans l'immatérialité des créations un obstacle naturel.

Pour autant, si ce n'est pas ce caractère particulier qui interdit la propriété des créations, c'est en revanche le choix arbitré et arbitraire du droit positif qui interdit l'assimilation. La loi dessine au profit du créateur un droit qui n'est ni exclusif ni absolu, de sorte que la propriété

[1731] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 25.
[1732] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 111.
[1733] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 112.

de l'article 544 lui est étrangère. Le caractère incorporel de la création n'entre pas en jeu, sauf pour expliquer le choix du Droit qui – décidant de prendre en considération l'incorporalité, mais également la personnalité et la finalité de la création – propose un modèle de réservation qui n'est pas celui de l'article 544.

616. Ce que l'article 544 ne dit pas : la lecture des modernes. Aujourd'hui, la doctrine ne s'arrête plus à l'incorporalité. Elle postule l'adéquation entre le droit de l'article 544 et le droit du créateur. Pour asseoir son analyse, elle exploite tout à la fois le premier et le second membres de ce texte : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Elle y trouve argument pour redéfinir la propriété dans des termes qui n'emportent pas notre conviction, et c'est sur ce fondement qu'elle s'autorise à rattacher le droit du créateur – sans parler des droits patrimoniaux ou même des droits extrapatrimoniaux – à la propriété de l'article 544, ce que nous refusons. Nous voulons donc examiner ces deux aspects de l'argumentaire, pour le réfuter.

Premièrement, nous refusons de trouver dans la première partie de l'article 544 la description d'un droit hégémonique, qui aurait vocation à réserver toute forme de valeur, fusse-t-elle incarnée dans une simple chose corporelle, dans un droit du patrimoine ou même dans un attribut ou une qualité de la personne. Nous ne pensons pas que l'extension de la propriété à toutes ces valeurs constitue une simple illustration de son potentiel tel que prévu dès la Révolution[1734].

Pour nous, c'est le *contenu du pouvoir* du propriétaire que le texte décrit comme sans bornes, et non le *domaine des choses* offertes à ce pouvoir. Aux termes de ce texte, l'on est *propriétaire* des *choses*. Mais on est *titulaire* de *droits*. Et lorsque la personne est *titulaire* de *droits* qui protègent certains aspects de sa personnalité ou certains intérêts qui lui sont personnels, ce lien juridique ne fait pas de ces valeurs des *choses*, de sorte qu'elle n'en est pas propriétaire. Il ne s'agit pas ici de refuser que les créations puissent constituer des choses au sens de ce texte, car les choses peuvent être corporelles ou incorporelles. Il s'agit simplement de dire que les choses sont des objets extérieurs à la personne (donc pas des attributs par exemple), et extérieurs au système juridique qui ne les crée pas mais se borne à les protéger (donc pas des droits)[1735]. A ce stade, la propriété de l'article 544 peut donc viser les choses

[1734] C'est l'opinion de T. REVET, *Rapport de synthèse*, dans *L'avenir du droit des biens*, Colloque 7 mars 2014.
[1735] Dans ce sens, W. DROSS, *Une approche structurale de la propriété,* RTDCiv. 2012, p. 421, n°4 et p. 430, n°22.

corporelles tout comme les créations, si un deuxième point ne nous arrêtait pas.

Deuxièmement en effet, nous refusons également de lire dans la seconde partie de l'article 544 la négation de la première partie. Pour la très grande majorité des auteurs, la propriété n'a jamais été absolue que dans les déclarations enflammées des révolutionnaires. En réalité, elle a toujours trouvé sa limite dans les finalités poursuivies par le législateur. Et chaque consécration du pouvoir d'une personne sur une chose obéissant à une finalité différente, chaque objet de propriété rencontre des limites qui lui sont propres. Ainsi, la faible amplitude du pouvoir du créateur sur sa création n'est pas un obstacle à sa qualification de propriété, puisqu'aucune chose appropriée n'est l'objet d'un pouvoir véritablement absolu.

Pour nous cependant, c'est prêter à la seconde partie de l'article 544 un sens qu'il n'a pas. Cela revient en effet à faire dire au législateur une chose et son contraire, le tout dans une même phrase. Sans doute le propriétaire doit-il, dans l'usage de sa chose, respecter les lois et règlements. Mais il s'agit ici d'une contrainte extrinsèque, d'une limite externe au droit de propriété : comme tout titulaire d'un droit subjectif, le propriétaire doit se conformer aux règles générales qu'impose la vie en société et respecter les droits des tiers. Il ne s'agit pas d'une limite interne, qui ferait de la propriété un droit au contenu défini et borné en lui-même, à raison non plus de sa coexistence dans le système juridique avec d'autres droits, mais tout simplement de la fonction particulière que ce système lui assigne. En effet, une telle lecture renverserait la perspective et le principe posés par la première partie de l'article 544 : elle confère au propriétaire précisément la liberté de faire tout ce qu'il veut, ce en quoi le contenu de son droit le distingue fondamentalement du titulaire d'un autre droit que la propriété, au contenu défini par opposition comme la somme limitative d'une série plus ou moins étendue de prérogatives déterminées.

En conclusion sur ce second point, le droit du propriétaire est par nature absolu. Nous ne nions pas qu'il rencontre aujourd'hui des limites croissantes lorsqu'il vise un objet traditionnel de propriété (corporel). Mais le recul actuel de l'absolutisme de la propriété traditionnelle ne peut servir à légitimer les limites encore plus importantes que le créateur doit supporter depuis la consécration première de son droit. Tout au plus peut-il illustrer la tendance générale du droit positif à finaliser tous les droits qu'il protège. Mais cela ne doit pas conduire ni autoriser à inclure dans la propriété tous les droits sur les choses incorporelles (voire même tous les droits, patrimoniaux ou extrapatrimoniaux) au motif que leurs limites intrinsèques ne sont pas pires, ou presque, que celles qui touchent désormais la propriété des choses corporelles. Techniquement, la seconde partie de l'article 544 ne peut servir de fondement à la finalisation de la propriété des choses corporelles, pas plus qu'elle ne légitime

ce qui singularise le droit du créateur : ni sa jouissance partagée et dirigée, ni sa disposition diminuée n'y trouvent l'absolution. Le décalage qui existe entre le droit du créateur et le contenu de la propriété tel que décrit par la première partie du texte ne trouve aucune justification dans sa seconde partie.

617. Ce que l'article 544 dit. Au risque d'encourir nous aussi la critique, nous proposons donc une lecture personnelle de l'article 544 émancipé du triptyque, qui ne rejoint pas les analyses proposées en doctrine. Nous trouvons dans l'esprit de l'article 544 le souffle d'une propriété synonyme de liberté. Mais nous n'en restons pas à une dimension philosophique ou lyrique. Techniquement, nous trouvons dans les termes de l'article 544 la protection d'une sphère de liberté privative dessinée et bornée par la loi. Le texte décrit d'abord le contenu du droit de propriété (« La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue… ») : expressément comme la faculté de faire tout ce qu'il est concevable de faire à propos d'une chose, et *a contrario* comme le pouvoir de se soustraire et de la soustraire à l'emprise des tiers. Il décrit ensuite la limite de ce droit (« pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ») : le droit de propriété est un droit parmi d'autres droits subjectifs, il s'insère dans notre système juridique dont il respecte les règles, et prince des droits réels, il n'en est pas moins sujet du roi, simple outil du Droit.

618. Ce que l'article 544 infère. Pour nous, si le contenu de la propriété de l'article 544 ne se trouve pas nécessairement dans le triptyque, il se trouve en revanche dans la notion de liberté. La propriété est une sphère de liberté privative : liberté vis-à-vis des choses (« pouvoir absolu sur les biens »[1736]) et liberté vis-à-vis des personnes (« autonomie de celui qui l'exerce par rapport à la sphère sociale »[1737]). Le propriétaire est libre d'agir ou pas, libre d'exclure ou d'autoriser, libre de se réserver toutes les dimensions du bien. Tous ces aspects se rejoignent dans la vocation fondamentale de la propriété à soustraire un bien à l'usage commun pour l'affecter égoïstement à la souveraineté d'un seul. En prolongement, parce qu'il est maître exclusif du bien dans toutes ses dimensions, le propriétaire est également libre de renoncer à sa souveraineté. La liberté du propriétaire implique nécessairement l'aliénabilité du bien.
Un auteur propose une définition qui insiste sur cette ambiguïté intrinsèque de la propriété, prise entre le pouvoir d'exclure et celui de transmettre : « la propriété exprime le lien sur les choses qui met à la disposition du titulaire deux pouvoirs contraires, lui offre la perspective de

[1736] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 278.
[1737] *Ibidem*.

deux comportements symétriques : elle donne la puissance d'immobiliser le bien, de l'empêcher d'aller dans d'autres mains, d'interdire à d'autres de le toucher, de faire en sorte que nul ne le prenne. La propriété, c'est le pouvoir – délicieux, lié à la définition négative donc première de la liberté – d'exclure autrui. Et puis, en même temps, par cette volte-face de l'*abusus*, la propriété signifie le droit de céder, de faire circuler, et d'avoir rémunération de cela. Le pouvoir du titulaire de disposer de la chose s'étend jusqu'au pouvoir de choisir au profit de qui la chose va circuler, entre les mains de qui la chose est transférée »[1738].

619. Ce en quoi le droit du créateur n'est pas la propriété de l'article 544 même émancipé. Pour nous, l'article 544 décrit un droit qui ne correspond pas à celui que le créateur détient sur sa création. Comparé au droit du propriétaire, celui du créateur est pris entre deux étaux exactement inverses.

D'un côté, le créateur est sans doute maître de sa création, mais ni l'auteur, ni l'inventeur, ni le titulaire de la marque ne sont investis de ce pouvoir de retenir, de soustraire la création aux tiers pour s'en réserver le seul usage. La maîtrise du créateur n'est ni exclusive ni absolue, puisqu'il est contraint d'en partager l'usage, de manière générale avec le public, et de manière particulière avec une foule de tiers auxquels on reconnaît un droit d'usage concurrent. Le partage du créateur prend donc le contre-pied exact de la confiscation qu'organise le droit de propriété. C'est précisément dans cette mise en commun de la création que le droit du créateur trouve sa légitimité et épouse la nature particulière de celle-ci. La dissémination de la création constitue la finalité première du pouvoir consenti au créateur, dont elle trace en conséquence les limites. Cette liberté surveillée caractérise la situation de l'auteur, mais surtout celle du breveté ou du titulaire d'un droit de marque.

Inversement, à propos de l'œuvre de l'esprit cette fois, la liberté de l'auteur est aussi bien confisquée dans la réservation positive que négative : contraint au partage, l'auteur n'est pas non plus libre d'échapper à la mission dont le législateur l'investit. Il ne peut pas aliéner son œuvre. S'il faut sans doute voir dans ce lien indéfectible une force de l'auteur plutôt qu'une faiblesse (au demeurant, il peut toujours renoncer en fait à l'exercice de son droit), il reste qu'entre ses mains, le pouvoir de droit que l'on nomme droit d'auteur restreint sa liberté en l'enfermant dans une relation dont il lui est difficile de se défaire (c'est vrai du droit moral, mais également des droits d'exploitation).

Globalement, le Droit installe l'auteur, et dans une moindre mesure le créateur en propriété

[1738] M.-A. FRISON-ROCHE, *Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine*, préc., p. 168.

industrielle, dans une relation « sous contrôle » avec sa création, qui n'a pas grand-chose à voir avec la propriété telle que nous la concevons. En conséquence, notre lecture de l'article 544 émancipé nous oblige, une fois encore, à le distinguer du droit du créateur. Ainsi, même lorsque nous abandonnons la trilogie traditionnelle, il nous parait impossible de ramener le droit du créateur au droit de propriété défini par l'article 544.

En résumé, lorsque les auteurs qualifient le droit du créateur de propriété de l'article 544, il ne nous est pas possible d'accepter cette terminologie. Le droit du créateur n'est ni un droit de propriété au sens de la trilogie que nous avions retenue (il fait mentir le triptyque), ni une propriété émancipée du triptyque telle que nous venons de la dessiner (il fait mentir l'essence de la propriété), ni une propriété au(x) sens moderne(s) que la doctrine se propose de dégager de l'article 544 émancipé (*ils* font mentir *et* le triptyque *et* la propriété de l'article 544 telle que nous la concevons).

β. Le droit du créateur dans la propriété émancipée *et* du triptyque *et* de l'article 544

620. Pour certains[1739], la propriété des créations, droits patrimoniaux, attributs de la personne, n'est sans doute pas celle du triptyque, mais elle n'est pas non plus celle de l'article 544 au sens classique. Elle se situe cependant dans le sillage de cet article, dans la lignée de la propriété au sens strict. Si elle ne correspond pas à *la* propriété de l'article 544, elle constitue néanmoins *une* propriété, une *autre forme* de propriété, une « nouvelle forme de propriété »[1740]. Dans cette lecture, la propriété de l'article 544 – avec ou sans le triptyque – est la matrice, le concept-mère, tandis que les droits qui lui empruntent son nom sans reproduire tous ses caractères sont ses descendants, tous issus du même moule, porteurs d'un patrimoine génétique qui les rattache indéfectiblement à la propriété, mais en même temps différents à la fois de leur parent et de leurs frères et sœurs. Autrement dit, tout comme l'article 544 a su s'émanciper du triptyque, les droits examinés ont su s'émanciper de l'article 544 tout en restant des propriétés.

C'est l'opinion de nombreux auteurs. L'extension de la propriété traduirait ainsi « une simple crise de croissance »[1741] du concept : « l'enfant grandit et change pour devenir lui-même »[1742]. Il s'agirait toujours de la propriété, et son émancipation de l'article 544 n'altèrerait pas son

[1739] Il faut préciser que ce sont parfois les mêmes auteurs qui retiennent tout à la fois l'analyse précédemment exposée et l'analyse ici examinée : ils ne semblent pas avoir choisi, et l'on trouve sous leur plume tantôt l'une tantôt l'autre.
[1740] Expression empruntée à P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc.
[1741] Th. REVET, *Rapport de synthèse*, dans *L'avenir du droit des biens*, Colloque 7 mars 2014.
[1742] *Ibidem*.

identité. Après tout, il est vrai que la propriété n'est pas un concept immuable, et l'histoire du Droit montre qu'elle a subi de profondes transformations, de la propriété romaine à la propriété contemporaine en passant par la propriété féodale ou révolutionnaire. Pourquoi l'évolution s'arrêterait-elle aujourd'hui [1743] ? On assisterait donc simplement à « l'accomplissement du modèle moderne »[1744].

Pourtant, ici encore, nous ne sommes pas convaincue. Pour nous, ces modèles juridiques ne peuvent pas être ramenés à de simples extensions de la propriété de l'article 544, qui, tout en renonçant à son carcan, en conserveraient – autant qu'elles en révéleraient – les traits essentiels. Nous admettons effectivement qu'il y a dans toutes ces hypothèses controversées des formes de réservation, tout comme la propriété de l'article 544 organise une forme particulière de réservation. Mais l'article 544 réserve privativement une chose, il l'affecte exclusivement à une personne qui la tient en son pouvoir. Au contraire, et pour nous en tenir aux créations, le droit du créateur affecte la création à un usage public, il organise une maîtrise partagée et finalisée. « Il y a là une évolution fondamentale qui transforme la définition même du droit de propriété. En effet, alors que le droit de propriété est traditionnellement défini comme le pouvoir d'exclure autrui, si bien que le Code civil reconnaît au propriétaire foncier le droit de se clore, l'accès des tiers aux nouveaux biens est au contraire la condition de leur valeur patrimoniale, car leur valeur économique est liée à leur circulation. Autrement dit, alors que le droit de propriété des immeubles se caractérise par la faculté d'en exclure les tiers, la propriété des nouveaux biens se caractérise par leur accessibilité aux tiers »[1745].

Pour nous, le droit du créateur réalise sans doute une forme de réservation. Mais s'il faut vraiment se résoudre à l'appeler propriété, c'est alors à la condition d'admettre que cette forme de propriété n'est pas celle de l'article 544, ni de près, ni de loin, et qu'elle n'en est pas non plus une extension ou une émancipation. Ces droits que l'on veut à tout prix nommer propriété reposent sur un mécanisme fondamentalement différent de celui qui sous-tend l'article 544, de sorte qu'il n'est pas possible d'y voir une simple évolution de la notion.

[1743] Dans ce sens, N. DISSAUX, *Quel avenir pour le patrimoine*, dans *L'avenir du droit des biens*, Colloque 7 mars 2014.
[1744] Th. REVET, *Rapport de synthèse*, dans *L'avenir du droit des biens*, Colloque 7 mars 2014.
[1745] J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 218.

γ. Le droit du créateur hors de la propriété de l'article 544 : une propriété alternative

621. Une rupture incomplète : le droit du créateur en dehors de l'article 544, mais une propriété tout de même. Certains auteurs consentent à abandonner définitivement et complètement l'article 544 et voient dans les droits examinés une propriété d'un genre entièrement nouveau. Il y a pour eux une véritable « *métamorphose de la propriété* »[1746]. Il s'agit donc toujours de propriété, mais celle-ci coupe les ponts avec celle de l'article 544. On ne considère plus que les droits examinés sont des émanations, plus ou moins fidèles, de cet article, mais on admet au contraire qu'ils incarnent une nouvelle forme de propriété : ce n'est pas une évolution de l'article 544, c'est une révolution, une transformation. On y voit « l'avènement d'un modèle post-moderne »[1747] qui rompt avec la propriété individualiste de 1804.

Ainsi, en droit positif, il n'existe pas *une* propriété mais *des* propriétés. La propriété de l'article 544 n'est qu'une application ponctuelle et particulière du concept général de propriété, dont le droit du créateur par exemple est une autre application ponctuelle, autonome et alternative. Il n'y a pas entre l'article 544 et les propriétés que nous examinons (et contestons) un lien d'ascendant à descendant, mais un lien de filiation collatérale : la propriété est le concept-mère, et l'article 544 l'un de ses descendants, le droit du créateur un autre de ses descendants[1748].

« Le droit subjectif disposé par l'article 544 du code civil n'est pas l'*archétype propriétaire*. L'archétype est en deçà de toute application : il consiste dans le pouvoir de retenir pour soi ou de concéder à autrui une maîtrise plus ou moins étendue de la chose grevée. Appliqué aux *choses matérielles*, il en résulte un *modèle juridique*, dont l'article 544 du code civil révèle une des conceptions possibles »[1749]. Autrement dit, si « l'archétype est un, la *propriété de droit positif* est, en revanche, susceptible de se décliner en constructions multiples, dont les formes sont déterminées par les caractères : de l'objet réservé (il peut être corporel ou incorporel) ; du titulaire (il peut être individuel ou collectif, réel ou fictif) ; et du modèle social que veut promouvoir le régime politique (il peut être égalitaire ou hiérarchique) »[1750].

[1746] Expression empruntée à J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 206.
[1747] Th. REVET, *Rapport de synthèse*, dans *L'avenir du droit des biens*, Colloque 7 mars 2014.
[1748] Sur cette distinction, voir M. CORNU, *Avant-Propos*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 8.
[1749] Ph. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, préc., p. 562. Dans le même sens, Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, RTDCom 2009, p. 323 ; Ph. GAUDRAT, *La structure juridique des propriétés intellectuelles*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 179 ; J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 220.
[1750] Ph. GAUDRAT, *La structure juridique des propriétés intellectuelles*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 180.

Par exemple, « *(s)ur un même archétype propriétaire* appliqué aux choses corporelles, peuvent se décliner des modèles très différents selon les projets sociaux voulus par le politique »[1751], de la théorie du double domaine (éminent-utile) en droit féodal, à la propriété individuelle, unitaire et absolue du Code civil, en passant par la propriété collectiviste des républiques socialistes ou la propriété collective des personnes morales.

L'article 544 est donc construit pour un certain type de choses : ce qui les réunit n'est pas, contre toute attente, leur corporéité, mais leur rareté. En effet, les choses corporelles sont faites de matière, elles sont « localisée dans le temps et dans l'espace, finie(s) et délimitée(s) par nature »[1752]. Elles sont rares, et c'est ce caractère qui leur confère une valeur parce qu'il crée une compétition entre les personnes. Le droit intervient pour mettre fin à la compétition en attribuant la chose. C'est le modèle de l'article 544. En conséquence, les choses incorporelles peuvent lui être soumises, pourvu qu'elles soient rares. C'est le cas des créances, qui n'existent qu'en un seul exemplaire, des fonds de commerce. « Le modèle civiliste de l'article 544 du code civil peut donc s'appliquer à des *objets incorporels*. Cà ne veut pas dire qu'il ait vocation à s'appliquer *à toutes les choses incorporelles*… »[1753].

En effet, les créations de l'esprit ne sont pas rares. « Au sein des *choses incorporelles*, les *objets intellectuels* ont des particularismes dus au processus d'engendrement de leur valeur économique qui fait *radicalement échec* au modèle civiliste ; cette caducité obligée du modèle civiliste contraint à développer des modèles alternatifs. (…) Le modèle civiliste de propriété puise son efficacité dans le croisement d'une *exclusion des tiers* appuyée sur une *rareté de fait*. Il est complètement pris en défaut quand la chose *est destinée au partage avec les tiers et, pour cette raison douée d'ubiquité* »[1754]. « Quand la chose incorporelle peut être multipliée à volonté par tous ceux *qui la convoitent, le modèle propriétaire n'a plus aucune valeur à saisir, ni à répartir* (…) »[1755]. La valeur de la chose corporelle lui est intrinsèque car elle tient à sa rareté de fait. L'ubiquité de la chose incorporelle l'empêche d'être rare, et donc d'avoir une valeur. Le modèle propriétaire qui exclut pour réserver la valeur objective ne fonctionne pas. La chose incorporelle n'a pas de valeur en soi, c'est le droit qui crée cette valeur artificiellement en interdisant l'ubiquité, en organisant la rareté qui n'existe pas en fait. Ensuite, après avoir créé la valeur, elle l'attribue par l'exclusion. « En cela, la propriété des biens intellectuels est nécessairement *spéciale* : la *valeur économique* doit être *juridiquement*

[1751] Ph. GAUDRAT, *La structure juridique des propriétés intellectuelles*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 181.
[1752] Ph. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, préc., p. 563.
[1753] Ph. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, préc., p. 564.
[1754] *Ibidem*.
[1755] *Ibidem*.

construite avant d'être *réservée*. Et, la construction juridique de cette valeur repose sur un paradoxe : *organiser la rareté dans le partage*… En effet, si la propriété civiliste est *jalouse*, fondée sur la *clôture* comme moyen d'*exclure*, la propriété des objets intellectuels est *oblative* parce que la *valeur essentielle* de ces créations *ne s'actualise en valeur économique que dans le partage* »[1756]. « Pour autant, sans l'*artifice réservataire* par lequel la propriété des choses intellectuelles est également *exclusive*, le partage détruit la *valeur économique*… »[1757].
Conséquence de cette analyse, la propriété est un concept générique, dont l'article 544 incarne une expression particulière aux traits spécifiques, et dont le droit d'auteur par exemple incarne une autre expression, aux traits particuliers. Tous ces modèles juridiques se rattachent à la propriété, mais pas celle de l'article 544.
Nous rejoignons cette analyse dans une certaine mesure : pour nous aussi, le droit du créateur est en rupture fondamentale avec l'article 544 dont il doit être strictement distingué. Il faut renoncer à trouver dans le Code civil la source, l'origine, l'inspiration de ces formes juridiques qui n'ont rien en commun avec la propriété de l'article 544.

622. Une rupture insuffisante : le droit du créateur en dehors de l'article 544 et en dehors de la propriété. Un *modèle de réservation* parmi d'autres plutôt qu'une *propriété* parmi d'autres. Pourtant, il reste un point sur lequel nous refusons de rejoindre l'analyse, et c'est un point à notre sens essentiel : sans exception, tous ceux qui reconnaissent finalement la dissociation fondamentale entre la propriété de l'article 544 et ces nouvelles formes de propriété continuent pourtant de s'enfermer dans sa terminologie et dans son système monothéiste. Ils voient invariablement dans ces droits des propriétés, même si elles sont sans rapport avec celle de l'article 544. Or, pour nous, « il n'y (a) d'autre propriété que celle définie à l'article 544 du code civil ». Cette opinion est moquée par beaucoup, qui y voient « un curieux défaut d'imagination »[1758]. Mais nous nous y tenons, et lorsque le législateur dispose expressément que le droit de l'auteur est une propriété, « il ne fau(t) y voir qu'une métaphore »[1759]. Il faut distinguer la propriété de l'article 544, au sens strict, et les droits qui prétendent constituer de simples alternatives issues d'un même concept. Ces autres propriétés n'ont en commun avec elle que le nom, et leur terminologie est une approximation, pour ne pas dire une affabulation. Les droits controversés ne sont pas des propriétés, et nous refusons

[1756] *Ibidem*.
[1757] Ph. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, préc., p. 565.
[1758] Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, préc., p. 326, n°9. Voir aussi Ph. GAUDRAT, *La structure juridique des propriétés intellectuelles*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 179.
[1759] C'est la formule de Ph. Gaudrat, qui critique cette opinion. Ph. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, préc., p. 562.

de succomber à l'hégémonie de ce vocable.

Même lorsque le droit de propriété est détaché de l'article 544, placé au-dessus de lui et appréhendé comme la référence, le concept générique dont l'article 544 n'est qu'une forme particulière, il nous semble que le droit du créateur n'en constitue pas une application, fut-elle originale. Pour être plus précise, dans l'acception qu'en retient la doctrine – du moins celle qui admet ce dédoublement conceptuel de la propriété, faite d'un concept général d'une part et de ses diverses applications d'autre part –, cette propriété d'essence supérieure reste pourtant selon nous irréconciliable avec le droit du créateur.

En effet, dans les termes de la doctrine contemporaine, que nous avons déjà citée, « Le droit subjectif disposé par l'article 544 du code civil n'est pas l'*archétype propriétaire*. L'archétype est en deçà de toute application : il consiste dans le pouvoir de retenir pour soi ou de concéder à autrui une maîtrise plus ou moins étendue de la chose grevée »[1760]. C'est également la conception retenue par la doctrine ancienne. Pour Demolombe, il existe en effet deux sortes de propriétés, et si les propriétés intellectuelles ne sont pas celles de l'article 544, elles sont cependant des formes de propriété. « Le mot propriété dans son acception la plus générale exprime le pouvoir souverain et absolu qui appartient à une personne sur un bien quelconque, corporel ou incorporel, et qui le lui rend *propre*. C'est ainsi que nous venons de dire la propriété littéraire (art. 39 du décret du 5 février 1810) ; que l'on dit aussi la propriété d'un usufruit, d'une servitude, d'une créance, la propriété des offices, la propriété d'une lettre de change, etc. (…). Mais dans son acception spéciale et technique, le mot propriété s'applique au droit de la personne sur les objets corporels, meubles ou immeubles qui lui appartiennent (…) »[1761].

Pourtant on le voit, ce dédoublement est loin d'être aussi clair qu'il y paraît, et cette propriété qui n'est pas celle du Code civil en est pourtant bien proche, dans la conception de ces auteurs. En effet, à les lire, la propriété du Code civil réalise une affectation exclusive d'un bien au profit d'une personne qui reçoit le pouvoir de se la réserver et d'en priver les tiers, ou alors de choisir et de les autoriser à accéder à certaines de ses utilités. Et « (e)n un certain sens, l'usage, le droit, la langue des juristes ont raison de parler de propriétés immatérielles, puisque les droits ayant pour objet les offices, les lettres de change ou un fonds de commerce, comme le droit de reproduire une œuvre sont des *appropriations privatives*, des exclusivités,

[1760] *Ibidem*.

[1761] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, (4), IX, n°540, p. 460, cité par M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 110.

le pouvoir souverain et absolu de rendre quelque chose *propre* »[1762]. On saisit mal non seulement la spécificité postulée du concept général par rapport à ses traductions censées s'en distinguer un minimum, mais également la distinction supposée entre l'application particulière qu'en fait l'article 544 et celle qu'en retiennent les autres formes de propriété.

La lecture de cette doctrine ne nous convainc pas. Le droit d'auteur tel que nous l'avons étudié ne peut pas être rattaché à ce concept général qui lui est au contraire fondamentalement étranger, ni ramené à la description qui en est proposée par une doctrine qui paradoxalement le prétend différent de l'article 544 alors qu'elle le présente comme en partageant les traits essentiels. L'auteur ne reçoit pas le pouvoir de priver les autres de son œuvre, pas plus que celui de choisir – et donc de refuser – le partage de certaines utilités. Il en va de même pour le titulaire d'un droit de propriété industrielle, qui reçoit seulement le droit de garder pour lui le profit qu'il retire de l'exploitation obligatoire et partagée de sa création. Pour nous, il n'y a pas dans ces droits une simple application du concept général. L'on ne retrouve pas non plus dans le schéma juridique qui en résulte les traits essentiels décrits par ces auteurs partisans du dédoublement de la propriété.

Aussi longtemps que la catégorie proposée en doctrine s'appuiera sur l'idée d'exclusivité et de contrôle, qu'il s'agisse d'une catégorie générique se déclinant ensuite en diverses applications ou d'une catégorie particulière de propriété, nous nous refuserons à y ranger le droit du créateur. D'ailleurs, indépendamment du fait que, sur le fond, nous jugeons inexact de qualifier le droit du créateur en termes de droit exclusif et absolu, nous voulons ajouter que nous ne voyons pas bien quelle est, sur la forme, l'utilité d'un tel rattachement. En effet, même si ces auteurs choisissent d'appeler propriété ce concept dédoublé et dégagé du carcan de l'article 544, ils admettent également dans le même temps que cette propriété, ou du moins ses applications autres que – justement – celle de l'article 544, échappent au régime juridique que le Code civil élabore uniquement pour les objets soumis à ce dernier. Ainsi, « (c)'est uniquement suivant cette acception (celle de l'article 544) que le droit de propriété est considéré dans le titre II du second livre du Code Napoléon »[1763]. Quelle est alors l'utilité de cette terminologie ?

Nous renonçons donc définitivement à rejoindre cette dernière analyse doctrinale. Si elle prétend tirer les conséquences de la différence fondamentale entre le mécanisme qui réserve les créations et celui de l'article 544, elle refuse de quitter le terrain de la propriété. Son attachement indéfectible à cette notion sur la forme la conduit à des remaniements qui, sur le

[1762] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 111.
[1763] *Ibidem*.

fond, nous semblent trop profonds. Si l'on peut concevoir une propriété en dehors du triptyque, il n'est en revanche pas de véritable propriété en dehors de l'article 544, et nous lui préférons alors les notions de titularité ou de réservation.

Pour nous, la réservation des créations constitue un modèle alternatif, véritablement *autre*. Le concept-mère, c'est la réservation. Il engendre différents modèles : celui de la propriété de l'article 544, type de réservation exclusive et privative, et celui du droit du créateur, type de réservation partagée. Même si le vocabulaire juridique se révèle insuffisant, il ne s'ensuit pas pour autant qu'il faille retenir une terminologie unique pour désigner des schémas aussi différents. Lorsque le Droit réserve une valeur à une personne, celle-ci est titulaire d'un droit. Parmi les droits dont elle peut être gratifiée, le droit de propriété lui permet particulièrement de réserver des choses de manière exclusive. D'autres droits que la propriété lui permettent par ailleurs de réserver d'autres formes de valeurs par le biais d'autres schémas juridiques, et par exemple les créations. Mais la propriété n'est pas synonyme de réservation, car c'est la titularité qui tient ce poste. Il est donc inexact de voir dans toute forme de réservation une propriété, et le droit du créateur, comme le droit qui réserve les droits patrimoniaux ou les valeurs extrapatrimoniales, n'est pas un droit de propriété mais un droit *autre.* La personne est titulaire de ces valeurs, et le schéma qui les affecte à sa maîtrise n'est pas celui de la réservation privative et exclusive spécifiquement organisée par l'article 544 et appelée propriété.

δ. Le droit du créateur hors de la propriété de l'article 544 : une propriété résurgente

623. Le droit du créateur privé de propriété : un orphelin en droit positif. Jusqu'à présent, il s'est agi de trouver dans notre droit positif une forme de propriété susceptible d'offrir son hospitalité au droit du créateur. Pour nous, cette recherche s'est soldée par un échec. En effet, lorsque la doctrine propose de voir dans le droit du créateur une propriété tantôt fidèle à l'article 544, tantôt directement inspirée de lui, ou enfin même radicalement différente de lui, il nous semble qu'il y a là un mésusage du terme. Le droit qui réserve ces valeurs n'est pas une propriété, ni même une forme de propriété. La propriété est celle de l'article 544 et les formes de réservation que l'on tente d'y rattacher en sont en réalité intrinsèquement et essentiellement différentes. Nous refusons donc de ramener le droit du créateur à toute espèce de propriété, quelle qu'elle soit. Pour nous, puisque les formes de propriété que la doctrine revendique nous paraissent un travestissement de la notion, il en résulte que le droit positif ne connait pas de véritable propriété susceptible de qualifier le droit

du créateur. Autrement dit, le droit du créateur n'est pas un droit de propriété au sens que notre droit positif *devrait* en retenir, c'est-à-dire celui de l'article 544 émancipé du triptyque. Peu nous importe que la doctrine trouve dans le droit positif d'autres formes de propriété plus accueillantes, car elles n'en sont pas selon nous.

Mais la conséquence peut inquiéter : la propriété est le socle unique de notre droit des biens, la « clef de voûte du Code »[1764], et proposer d'analyser un droit sans recourir à ce qualificatif est difficile, voire apparemment impossible, à concevoir. Le droit du créateur est-il un droit orphelin ? Notre droit positif est-il démuni face à ce schéma de réservation, incapable de lui fournir un modèle de référence dans lequel il puisse venir s'insérer ?

624. Une famille pour le droit du créateur : la propriété féodale ? Il existe encore un moyen de rassurer, de rattacher le droit du créateur à une forme de propriété, même si l'on quitte le terrain du droit positif et de ses catégories actuelles : il s'agit de trouver dans l'histoire du Droit le refuge que le droit positif ne peut offrir au droit du créateur. Le droit féodal connaissait en effet une forme de propriété qui semble bien faire écho au droit du créateur. C'est l'analyse qu'en retiennent certains auteurs[1765] dont nous avons déjà exposé l'analyse. Nous voulons ici examiner celle, particulièrement riche et lumineuse, que propose M. Xifaras.

Cet auteur prend un parti ambitieux : il ne se contente pas de relever que le droit féodal connaissait une forme de propriété proche de celle qu'organise le droit du créateur, ce qui reviendrait à renvoyer ce droit à une catégorie disparue et à renoncer à le classer parmi les catégories du droit positif. Au contraire, il propose de démontrer que le droit du créateur, et à travers lui le droit de propriété tel que le connaissait le droit féodal, s'insèrent parfaitement dans notre système juridique et font partie intégrante de notre droit positif. Il s'agit donc de débusquer et de révéler la survivance de la propriété féodale malgré l'éradication que la Révolution et le Code civil en avaient organisée. Il faut le reconnaître, la démonstration emporte – presque – notre adhésion.

M. Xifaras s'appuie sur les travaux d'un autre auteur, Klimrath, qui retient quant à lui une lecture encore plus radicale, et que l'on peut résumer ainsi[1766] : c'est dans le concept de saisine détaché de sa référence ponctuelle au droit féodal qui l'obscurcissait, et non dans le droit romain, que l'on trouve l'origine et la logique fondamentale de l'article 544 du Code

[1764] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 436.
[1765] Par exemple P. Recht. Voir également Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, préc., p. 331, n°22.
[1766] Pour le détail, voir version intégrale n°1409 à 1412.

civil[1767]. On mesure l'ambition de l'analyse : effacer toute référence au droit romain dans notre droit des biens pour y substituer une autre référence, celle de la saisine.

Au seuil d'un tel bouleversement, M. Xifaras opte pour un compromis : il adhère à l'analyse de Klimrath tout en lui assignant un domaine réduit[1768]. Pour lui, notre droit positif ne repose pas uniquement et exclusivement sur la saisine, mais combine au contraire trois types de propriétés, qui coexistent et s'appliquent à des objets distincts : la propriété réservataire traduit la propriété coutumière et s'attache aux créations, la propriété souveraine traduit la propriété romaine et s'exprime dans l'article 544 réservé aux choses corporelles (approximativement), et la propriété patrimoniale protège tous les objets du patrimoine.

Ramenée à cette place plus modeste, la saisine ou propriété coutumière propose effectivement une conceptualisation lumineuse du droit du créateur. La chose considérée en elle-même est indisponible, insuceptible d'une maîtrise souveraine. L'objet de la saisine ne consiste pas dans la substance de la chose mais dans « certains usages auxquels la chose est soumise, ainsi que dans les jouissances qu'on en tire »[1769]. Chaque saisine donne à son titulaire un droit privatif et exclusif, « mais l'exclusivité réalisée par ce droit est toujours limitée par les exclusivités simultanément constituées par des tiers sur la même chose »[1770]. Les saisines multiples décomposent les « divers usages possibles d'une même chose, alloués privativement à des personnes distinctes »[1771].

Effectivement, cette forme de propriété décrit bien le partage des utilités réalisé par la réservation des créations. C'est plus particulièrement vrai du droit d'auteur, qui non seulement organise le partage entre les exploitants et l'auteur, entre l'auteur et le public, entre l'usage intellectuel et l'usage économique, et mais également qui consacre effectivement l'inaliénabilité de l'œuvre. « Sans doute, en passant des maîtrises foncières de l'ancien droit aux œuvres littéraires et scientifiques, la saisine change-t-elle d'aspect : elle perd son caractère rural et communautaire, mais ses 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 certaines 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 (Renouard dirait l'objet) vers son exploitation économique fait fond, dans un cas

[1767] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 439.
[1768] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 430.
[1769] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 453.
[1770] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 455.
[1771] *Ibidem.*

comme dans l'autre, sur l'inappropriabilité de sa nature même »[1772]. M. Xifaras conclut : « Le droit d'auteur est bien une propriété, mais il n'est ni une maîtrise souveraine, ni une appartenance patrimoniale »[1773]. « (L)a saisine est bien la configuration de la propriété réservataire telle que le droit d'auteur nous la donne à voir dans le droit civil moderne : un monopole d'activité productive, octroyé *ad tempus* au titre de la réalisation d'un engagement moral »[1774].

625. Une fois pour toutes, le droit du créateur n'est pas une propriété. Pour nous, cette analyse est lumineuse : elle met en lumière les contours originaux du droit d'auteur, et des droits des autres créateurs. Elle emporte notre admiration, mais pas notre conviction : deux points nous empêchent finalement de nous y rallier.

En effet, l'auteur conclut sur l'idée que cette propriété réservataire qu'incarne le droit de créateur n'a pas pour objet la création, en elle-même inappropriable, mais ses utilités économiques. Sur ce point, d'autres auteurs retiennent la même analyse, sans pour autant en appeler au droit coutumier.

L'un[1775] d'eux par exemple conclut de l'inaliénabilité du droit d'auteur que l'œuvre n'est pas un bien. Cependant, pour rendre compte de son indéniable commercialité, l'auteur est conduite à voir des biens dans les droits d'exploitation : puisque ceux-ci sont aliénables, ils sont l'objet d'un droit de propriété. « Alors même que l'œuvre n'est pas assimilable à un bien en ce qu'elle est à la frontière des personnes et des choses, ses utilités économiques, que sont les différents droits d'exploitation, parce qu'elles sont insérées dans les relations patrimoniales, deviennent elles-mêmes des biens autonomes. Le législateur a ainsi procédé à une découpe des utilités de l'œuvre en érigeant chacune d'elles en droits autonomes et précis, éléments du patrimoine de l'auteur »[1776].

Un autre propose « un dépassement radical du pouvoir exclusif ayant pour objet la chose considérée dans son unicité et sa globalité, au profit de droits ayant pour assiette des places dans les choses, au point qu'en tant que telles, ces dernières instances ne constitueraient plus l'objet du droit de propriété ; plus exactement, les choses deviendraient des « milieux », habités par les personnes, et la propriété une « faculté d'habiter ». Les choses demeureraient

[1772] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 467.
[1773] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 471.
[1774] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 477.
[1775] Par exemple N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 237, n°272. Voir aussi C. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, préc., p. 144, n°105.
[1776] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préc., p. 242, n°279.

toujours en partie d'usage commun, les autres personnes que les propriétaires pourraient toujours en user, à charge de respecter les droits (ou places) des propriétaires »[1777]. L'auteur rejette donc « les discours respectifs de l'Ecole dite classique du droit des biens – celle de l'*usus*, *fructus*, *abusus* – et de son Ecole dite moderne – celle du *jus excluendi* (pour) le resserrement de l'assiette de la propriété sur les utilités des choses »[1778].

En résumé, même sans passer nécessairement par le droit coutumier, ces auteurs qui empruntent des chemins bien différents aboutissent pourtant tous à une même analyse – approximativement bien entendu. Il s'agit de dire que l'objet de la propriété de l'auteur consiste dans ces droits d'exploitation, comme l'objet de la propriété de la personne consiste dans des places dans les choses, comme l'objet de la propriété réservataire consiste dans les utilités économiques de l'œuvre. Ceci appelle selon nous deux objections.

Premièrement, c'est faire dire aux textes ce qu'ils ne disent pas. Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, le droit d'auteur a pour objet l'œuvre de l'esprit, le droit du breveté l'invention, et le droit du titulaire de la marque celle-ci précisément. Les textes organisent seulement la cession des droits d'exploitation, tandis qu'ils protègent la propriété de la création prise en elle-même. Il n'est pas possible de dire qu'elle est inappropriable, puisque le CPI dit le contraire. Parce que le Code prévoit la cession des droits d'exploitation, l'on peut comprendre qu'il soit tentant d'y voir une forme de propriété, pourquoi pas une propriété réservataire au sens du droit coutumier, mais pourquoi pas également une propriété patrimoniale au sens de la propriété des droits ? Pourtant, ceci repose sur le présupposé que seules les utilités sont des propriétés, tandis que la création dont on les isole ne l'est pas. Or, la lettre du CPI prend le parti inverse : elle affecte la création au créateur et la place sous son emprise principale. Elle n'en fait pas une chose extérieure et intouchable, soustraite à toute emprise juridique en tant que telle. Au contraire, elle insère la création dans les relations juridiques, elle organise sa disponibilité, fut-elle non translative.

Plus particulièrement, en propriété industrielle, la cession des droits d'exploitation, qu'il s'agisse de propriétés réservataires ou de propriété de droits, réalise, lorsqu'elle est totale, la cession de l'invention ou de la marque elle-même, qui est effectivement transférée en la souveraineté d'un autre. Cela signifie bien que la création industrielle est en elle-même non seulement appropriable, mais également aliénable. L'on ne voit plus très bien alors l'intérêt de chercher à qualifier les droits d'exploitation en termes de propriété réservataire.

[1777] T. REVET, *Préface*, dans S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, Thèse, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 35, 2012.
[1778] *Ibidem*.

Quant au droit d'auteur, il est certain, selon nous en tout cas, que la cession des droits d'exploitation de l'auteur n'en est pas une, ce qui conduit à dire que c'est non seulement l'œuvre qui est globalement inaliénable, mais également ses utilités économiques. Cela signifie pour nous que la propriété réservataire des utilités économiques de l'œuvre n'en est pas une non plus, puisque celles-ci ne sont pas transférées par l'auteur mais seulement concédées. Quant à l'œuvre elle-même, elle est en revanche appropriable, puisqu'elle est affectée à titre principal à l'auteur, et ce de manière indéfectible, eu égard au droit moral perpétuel. Le fait que cette propriété, qui n'est pas réservataire, soit inaliénable, ne remet pas en cause la conclusion qu'il faut en tirer : l'œuvre échappe selon nous à la propriété du Code civil, mais elle échappe également à la propriété réservataire telle que la décrit l'auteur. Elle est un bien, objet d'un droit, qui n'a pas encore trouvé de définition satisfaisante selon nous.

Enfin sur ce premier point, il faut souligner que l'analyse proposée, même si elle emportait notre conviction, ce qui n'est pas le cas, nous conduirait finalement à un échec. En effet, elle renonce à analyser *le* droit du créateur en tant que tel, c'est-à-dire comme un droit subjectif qui investit son titulaire d'un pouvoir sur une chose, la création, préférant analyser *les* droits du créateur sur les utilités de son œuvre. Que nous sert alors de voir des propriétés, réservataires ou autres, dans ces utilités économiques ? Même si l'auteur qualifie *le* droit d'auteur au singulier de propriété réservataire, ce sont bien en réalité *les* droits de l'auteur qu'il analyse ainsi en autant de propriétés, tandis que *le* droit de l'auteur sur son œuvre (droit subjectif qui organise la protection de son objet, l'œuvre, en investissant son titulaire de prérogatives morales et patrimoniales, lesquelles prennent en doctrine le nom de *droits* – moraux ou d'exploitation – sans pour autant revêtir la nature de véritables droits subjectifs) reste quant à lui l'orphelin de l'analyse.

Deuxièmement, nous voulons encore une fois objecter à cette analyse, comme à toutes les autres, qu'il nous paraît inutile, et vain, de vouloir à tout prix rattacher le droit du créateur à une forme de propriété. Si nous voulons bien « chercher l'esprit du droit d'auteur dans le passé du droit des biens, et plus exactement, en deçà des qualifications romaines, dans le droit coutumier de l'ancien droit français »[1779], il ne s'ensuit pas selon nous pour autant qu'il faille absolument aboutir à une forme de propriété. Sans aucun doute, l'analyse de M. Xifaras est très instructive. Elle a le mérite, pour nous, de reconnaître que le droit du créateur, et surtout celui de l'auteur, ne correspond pas aux canons du Code civil. Mais précisément, cela conduit à une conclusion simple : le droit de propriété du Code civil lui est inapplicable. Dès lors, le

[1779] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 430.

qualifier en termes de propriété coutumière ne produit aucune conséquence juridique particulière, et ne présente donc aucun intérêt technique. Sans doute est-il rassurant de constater que, finalement, le droit du créateur n'est pas orphelin. Il est également intéressant de relever que le législateur contemporain semble opérer un retour en arrière, revenir sur l'individualisme de la Révolution : il faut certainement s'interroger sur les tenants et les aboutissants de ces choix législatifs. Mais ce n'est pas notre propos. Nous nous penchons ici sur la nature du droit du créateur. La propriété réservataire, tout comme la propriété patrimoniale d'ailleurs, illustrent selon nous l'incapacité des auteurs à s'émanciper de ce terme même lorsqu'il est privé de tout ce qui, traditionnellement, fait sa force et son attrait, à savoir un contenu certain et un régime déterminé. Pour cette seconde raison donc, nous refusons de rejoindre l'analyse de M. Xifaras sur la forme, comme nous l'avons fait sur le fond. Il nous paraît inutile, en plus d'inexact, de voir dans le droit du créateur une propriété réservataire.

626. Conclusion : en finir avec la propriété. Pour conclure, la propriété n'est pas pour le créateur la voie royale mais une voie sans issue. Nous voulons retenir deux enseignements.
Premièrement, il est intéressant de revisiter l'histoire du droit ou d'envisager des analyses qui s'affranchissent complètement du droit positif – voire même du Droit tout court –, parce que cela nous apporte une meilleure compréhension de la spécificité du droit du créateur. Mais faute de constituer des catégories connues et admises du droit positif, ces analyses ne font pas avancer l'entreprise de qualification et de classification du droit du créateur.
Deuxièmement, il était nécessaire de s'essayer à faire entrer le droit du créateur dans la propriété telle que notre système juridique la connait aujourd'hui, ne serait-ce que parce que la quasi-totalité de la doctrine retient cette acception. Pourtant, à l'aune de toutes ces propriétés, le droit du créateur reste pour nous inclassable. Aucune d'entre elles ne lui correspond, et notre droit positif, dans la mesure où il fait rimer réservation et propriété, ne lui propose aucun écrin à sa juste mesure. Ni le triptyque, ni l'article 544 sans le triptyque, ni la propriété émancipée ou la propriété alternative ne lui rendent justice, et globalement selon nous, il n'est pas possible d'insérer le droit du créateur dans une forme quelconque de propriété en droit positif.

2. Le droit du créateur : la propriété à quel prix ?

627. Enjeux de la terminologie. Nous nous interrogeons d'ailleurs sur les raisons d'un tel acharnement : que sert aujourd'hui de vouloir tout rattacher à la propriété ? Techniquement, l'intérêt de la catégorie était sans doute avéré en 1804, lorsque le régime du droit réel garantissait la sécurité qui manquait au droit personnel, et lorsque les lois de 1791 et 1793 se contentaient de fixer les principes essentiels et laissaient au juge la charge de trouver ailleurs la réponse aux questions qu'elles laissaient ouvertes. Mais désormais, les créations font chacune l'objet d'un droit spécial, et le législateur prend soin d'en dessiner le régime dans ses moindres détails. En réalité, le recours au droit commun de la propriété relève de l'exception. Idéologiquement, il fallait effectivement, à la Révolution, la force d'une propriété pour asseoir le droit du créateur et mettre fin aux privilèges. Peut-être faut-il encore – ou à nouveau – aujourd'hui l'aura du droit de propriété pour maintenir – défendre, sauvegarder, rétablir ? – le droit du créateur, grignoté dans son domaine (multiplications des exceptions, limites, licences, etc.), contesté dans son principe (légitimité remise en cause, développement des commons), critiqué dans son efficacité (dangers des monopoles, défiance de l'analyse économique du droit)[1780]. Pour beaucoup, la propriété est sans doute encore « le symbole de la protection juridique absolue »[1781]. Mais le législateur doit-il nécessairement brandir l'étendard de la propriété pour vaincre ? Sa seule volonté n'y suffit-elle pas ? Surtout, le jeu en vaut-il la chandelle ? Il « convient (…) de mesurer les effets pervers d'un « forçage » systématique du système du droit des biens »[1782].

628. Conséquences de la terminologie : la valeur technique de la propriété. Le recours systématique au terme de propriété pour qualifier ou décrire une multitude de situations très différentes a un prix : le qualificatif de propriété n'a plus aucune valeur technique. Qu'il s'agisse de forcer ponctuellement les portes de la propriété pour y faire entrer telle ou telle création, ou encore l'une de ces valeurs personnelles qui se bousculent sur son seuil, ou qu'il s'agisse plus globalement de proposer une – ou *des* – nouvelle(s) définition(s) de la propriété, le résultat est identique : le droit de propriété est remodelé au point d'en devenir méconnaissable. Surtout, l'on a beau prétendre en retenir l'essentiel et se défaire du superflu,

[1780] Voir par exemple, S. L. CARTER, *Does it Matter Whether Intellectual Property is Property ?*, Chicago-Kent L.R., vol. 68, 1993, p. 719 ; M.-A. PIATTI, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles, L'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques*, RTDCom. 2006, p. 1.
[1781] C. ATIAS, *Ouverture*, préc., p. 9.
[1782] D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, préc., p. 65.

le fait est que son contenu s'effiloche dangereusement.

Idéalement, qualifier un droit en termes de propriété, c'est reconnaître en lui les caractères particuliers de ce modèle, et en conséquence lui attacher un régime juridique spécifique, aux contours bien définis. C'est lui faire produire certaines conséquences juridiques, attendues de tout droit de propriété et par hypothèse réservées à cette catégorie par opposition aux autres catégories.

Or, qui peut en dire autant, aujourd'hui, de la propriété ? Dire d'un bien qu'il est l'objet d'un droit de propriété permet-il d'en inférer, *ipso facto*, le régime juridique ? Sans doute est-il légitime que les détails varient au gré des biens, mais que penser d'une catégorie qui n'offre même plus ce tronc commun, ces lignes directrices censées former le noyau de la notion ? Aujourd'hui par exemple, ni l'exclusivisme, ni l'absolutisme, ni la perpétuité, et apparemment pas même la possession, ne trouvent de véritable écho en matière de créations. Plus largement, quoi de commun entre la propriété littéraire et artistique, la propriété industrielle, la propriété immobilière, la propriété indivise, la propriété commerciale, la propriété fiduciaire, etc. N'est-il pas désormais indispensable que le législateur précise les contours du droit de propriété particulier qu'il consacre ?

« Le technicien (du droit) a besoin de termes utilisables qu'il regarde froidement comme des instruments de travail »[1783]. Pourtant, pour beaucoup d'auteurs[1784], cette incertitude est parfaitement normale. Pour eux, la propriété doit accueillir tous les biens, et il est en conséquence logique que chacun appelle un régime juridique différent. Il ne faut pas s'arrêter à son caractère protéiforme, qui ne remet en cause ni son unité ni son utilité. C'est le choix d'auteurs respectés comme L. Josserand : « Il n'y a pas une propriété : il y a des propriétés , (…) le droit de propriété est un des plus souples et des plus nuancés qui figurent dans les différentes catégories juridiques ; sa plasticité est infinie »[1785], ou J. Carbonnier : « Sociologiquement, la propriété n'existe pas ; il n'existe que des propriétés diverses, autant que de catégories de choses et de personnes »[1786].

En Common law, l'incertitude est encore plus grande. L'analyse économique applique la *property* sans distinction aux choses comme aux personnes, et il en résulte une conception bien singulière de la *property*[1787] : elle n'a pas de contenu défini, fixe ou arrêté. C'est un

[1783] D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, préc., p. 66.
[1784] J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 206.
[1785] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, préc., p. 786 et 919. Dans le même sens, S. NORMAND, *La propriété spatio-temporelle*, préc., p. 324.
[1786] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, préc., p. 289.
[1787] Voir S. L. CARTER, *Does it Matter Whether Intellectual Property is Property ?*, préc., p. 176.

faisceau de droits, dont la caractéristique est de ne compter aucun tronc commun obligatoire, si bien que n'importe quelle configuration de tel et tel droit du faisceau peut constituer une propriété. Et puisque toute forme de prérogative est une *property*, ce qualificatif ne donne aucune indication quant au type de pouvoir détenu par son titulaire. On le voit, la conséquence du raz-de-marée de la *property* – la dilution complète de son contenu – est à la mesure de sa cause – l'empire sans bornes de l'appropriation.

Aujourd'hui, l'analyse économique du droit gagne du terrain en droit français, la même dérive est donc à craindre. Un auteur met en garde contre cette propension de l'analyse économique à faire de la propriété un concept aussi omnipotent que vide de sens, mais son analyse peut tout aussi bien être reprise ici : la doctrine française n'a pas eu besoin de – ni attendu – l'avènement de l'analyse économique en droit français pour vider la propriété de sa substance. « C'est de précision dont les juristes ont besoin (…). C'est pourquoi, il leur faut lutter contre une tentation permanente ; ils ne doivent pas admettre que « le terme de « propriété privée », dans le monde d'aujourd'hui, (soit) devenu un terme générique qui recouvre un univers extrêmement complexe où l'ensemble des droits afférents à la jouissance, l'usage et la disposition des biens peut se combiner et se recombiner selon une infinité de cas de figure ». Si « pour qu'il y ait liberté, toutes les libertés sont nécessaires », pour qu'il y ait propriété, il importe que tout ne soit pas assimilé à la propriété. Qui appelle propriété la situation du locataire commerçant, celle de l'artiste, de l'inventeur, celle du porteur légitime d'un nom de famille, celle de la personne dont l'image a été reproduite sans son consentement ne peut plus défendre la propriété des biens meubles et immeubles. Il peut mener un combat de philosophe ; mais dans la lutte pour la défense et l'amélioration du droit civil, il se disqualifie inévitablement »[1788].

En bref, pour y faire entrer les biens nouveaux, et notamment les créations, on vide la propriété de ce qui s'y oppose pour ne garder que le plus petit dénominateur commun – un rapport d'exclusivité tempéré par la finalité assignée au droit en question – de sorte que dire d'un bien qu'il est objet de propriété, c'est ne plus rien dire du tout, ou presque. A tout appréhender et à tout réserver, la catégorie se prive d'une véritable utilité. Il ne fait aucun doute que la propriété romaine, la propriété féodale, la propriété révolutionnaire, la propriété du Code civil et les propriétés modernes sont toutes des formes d'appropriation, de réservation, que l'on peut effectivement qualifier de « propriété ». Mais s'il l'on se satisfait

[1788] C. ATIAS, *La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face*, préc., p. 493, citant H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985, coll. Pluriel, p. 104 et 357.

d'un tel terme, aux contours sans cesse variables, on n'est pas plus avancé : quoi de commun entre toutes ces maîtrises, sauf le nom ? « Le sauvetage du monopole des concepts juridiques existants ne justifie donc pas leur naufrage sémantique »[1789]. Un auteur se demande « si le prix à payer pour la survie du système linguistique du droit des biens ne risque pas d'être la transformation des concepts fondamentaux du droit des biens en des *flatus vocis* dépourvus de toute signification, transposés à des objets auxquels ils ne conviennent nullement à la seule fin de survivre dans une unité purement verbale »[1790]. Pour nous, c'est acquis : la catégorie ne remplit plus sa fonction.

629. Conséquences de la terminologie : la valeur juridique de la propriété. Et la définition *a minima* a des répercussions plus générales : c'est sans doute la valeur de la propriété en tant qu'outil technique, en tant que catégorie proposant un statut juridique particulier, qui s'effondre. Mais c'est aussi la valeur de la démarche adoptée par la doctrine, et la valeur corrélative des analyses auxquelles elle arrive, qui peut laisser sceptique.

Certains étendent cette défiance à toute la doctrine : « La propriété est malade de sa doctrine. De sa doctrine classique autant que de sa doctrine moderne. Ce sont les faiblesses théoriques de la première qui ont ouvert la voie aux excès conceptuels de la seconde »[1791]. Mais pour nous, c'est avant tout la doctrine moderne, et son choix d'une définition *symbolique*, voire *sommaire* de la propriété, qui suscite la réserve, à la fois quant à la qualité de la réflexion qui le sous-tend et quant à l'orthodoxie des conséquences que l'on prétend en tirer.

En effet, si encore l'on s'en tenait en doctrine à des définitions *terminologiques* de la propriété, l'on se trouverait en présence de multiples formes de propriété certes, mais à chaque situation propriétaire correspondrait une définition particulière, issue d'un tronc commun éthéré, mais habillée d'un contenu adapté à son objet et offrant effectivement un certain degré de précision. Malgré la diversité des acceptions de la propriété, la catégorie pourrait continuer de jouer son rôle, puisqu'elle fournirait pour chacune de ses variantes une véritable référence, elle renverrait à un régime juridique particulier et déterminé.

Or, au contraire, la doctrine se détourne des définitions terminologiques pour leur préférer une définition *réelle* de la propriété : celle qui prétend à un véritable degré de généralité et d'abstraction, et qui perd donc nécessairement son contenu. Les auteurs « préfèrent élargir *la*

[1789] D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, préc., p. 76.
[1790] D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, préc., p. 68.
[1791] W. DROSS, *Une approche structurale de la propriété,* préc., p. 419, n°1.

définition de la propriété de façon considérable, au point de réconcilier la multipropriété de l'ancien régime avec la propriété du code civil, gommant au passage l'évidence de la rupture révolutionnaire. Plus sûrement, ils n'hésitent pas à donner de la propriété les définitions les plus floues, pour en faire, par exemple, la technique de base permettant l'échange en société, voire le modèle ultime du droit subjectif. (…) La propriété deviendrait une affaire de jeu de mots, (…) un paradigme sur lequel on pourrait divaguer à l'infini sur le mode métaphorique. Le droit privé dans son ensemble – hormis peut-être certains aspects du droit des personnes – ne serait plus qu'une vaste broderie sur le canevas du droit de propriété »[1792]. Il s'agit alors de « faire jouer (à la propriété) le rôle de soubassement général de la vie en société » [1793] !

Techniquement, ce mode de définition de la propriété produit les conséquences que nous avons déjà dénoncées : la catégorie n'en est plus une, elle ne présente plus aucune utilité puisqu'elle ne renvoie pas à un régime juridique déterminé.

Mais ce n'est pas tout. Les auteurs qui arrivent à cette définition éthérée de la propriété estiment avoir dépoussiéré la notion, l'avoir débarrassée de ce qui l'obscurcissait, et révélé ce qui formait sa véritable essence. Ils considèrent avoir mené à son terme une véritable réflexion analytique, avoir su mettre à jour le sens juridique profond de la propriété en tant que concept, avoir fait progressé la compréhension de la notion. Ils arguent de la *qualité juridique* de leur définition[1794].

Nous restons réticente. Est-il permis de suggérer que la *définition juridique* de la propriété comme concept identifiable, schéma ou mécanisme pris en tant que tel, est remplacée par une *définition fonctionnelle* : on définit la propriété non plus par ce qu'elle implique en Droit, mais par ce qu'elle sert en Fait, non plus pour ce qu'elle est mais pour ce qu'elle vise, non plus pour les conséquences qu'elle produit mais pour les finalités qu'elle poursuit. La propriété n'est plus un concept juridique particulier, un outil technique auquel on renvoie pour classer une situation juridique, un mode d'emploi que le juriste utilise pour préciser le régime juridique de certains biens. Elle est une idée, une philosophie, une idéologie, à laquelle on en appelle pour justifier, légitimer l'emprise de l'homme sur le monde. Désormais, lorsqu'elle s'applique à une situation nouvelle, la propriété n'est plus porteuse d'un sens juridique, elle est porteuse d'un message philosophique.

Le raisonnement par analogie, qui s'enferme dans la propriété, ne conduit donc finalement

[1792] D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, préc., p. 75.
[1793] *Ibidem*.
[1794] D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, préc., p. 71.

pas à remonter à l'essence juridique du concept, mais à l'occulter au profit de sa fonction, de sa mission : « en tant que droit subjectif, (le droit de propriété) constitue le pendant, dans l'ordre du droit, de la puissance créatrice dont l'homme à l'égard de la Nature : l'homme moderne est créateur ; il crée des choses et ne cesse même de s'adonner à cette activité ; pour s'en assurer la maîtrise et l'exploitation, il s'est doté, par le droit subjectif, d'une *puissance créatrice de liens de droit*. Le droit de propriété de la société industrielle, c'est la capacité de la personne juridique à établir des relations avec les choses afin de s'assurer la maîtrise juridique des créations humaines. Le pouvoir créateur de lien d'appropriation est proportionné au pouvoir créateur de choses nouvelles que l'homme a identifié en lui »[1795].

Nous ne sommes pas seule à le penser : « il n'est pas satisfaisant théoriquement que les définitions juridiques disparaissent purement et simplement au profit de la référence à des fonctions sociales »[1796]. On vide la propriété de sa juridicité, et à la place, on l'emplit d'une mission : constituer l'*alpha* et l'*omega* de la relation entre l'homme et le monde. Les répercussions de l'impérialisme de la propriété ne s'arrêtent pas là.

630. Conséquences de la terminologie : la propriété de la valeur. Hégémonique, omnipotente, impérialiste, la propriété provoque un changement de paradigme : son objet n'est plus le bien, la chose, le droit (quelle que soit la conception que l'on retienne de ces termes et de leurs rapports[1797]), mais la valeur[1798].

Le temps de la propriété des seules choses corporelles est bien loin. D'ailleurs, a-t-elle vraiment existé ? Des auteurs[1799] ont mis en doute le postulat de la confusion de la propriété et de son objet corporel dans le Code civil, comme ils ont contesté cette lecture réductrice des Institutes de Gaïus. De la propriété des choses, l'on est passé à la propriété des choses et des droits – du patrimoine. La propriété s'est ensuite dédoublée : ayant désormais pour objet nécessaire un droit, la propriété s'est appliquée tantôt au droit de propriété portant sur des choses tantôt aux autres droits du patrimoine. Enfin, on a quitté le carcan du patrimoine pour admettre également la propriété des droits extrapatrimoniaux[1800]. Aujourd'hui, même poussée dans ses ultimes retranchements, la propriété des droits est dépassée. « La valeur pécuniaire

[1795] Th. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, préc., p. 289.
[1796] D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, préc., p. 75.
[1797] Voir par exemple J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 215 et s.
[1798] Dans ce sens, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 236, n°15.
[1799] En premier lieu F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, préc.
[1800] Sur cette évolution, voir par exemple P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 165, n°514 et s.

(est désormais la) substance unique de tout bien »[1801]. Les biens ne sont plus les droits, mais leur valeur.

Pour que cette valeur existe, il faut – mais il suffit – que le droit qui l'abrite circule sur un marché. Cela vise aussi bien les droits patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. En effet, pour qu'il ait une valeur, et constitue un bien objet de propriété, il n'est pas nécessaire que le droit soit pleinement aliénable, il suffit qu'il soit susceptible de conventions non-translatives. « En d'autres termes, dès lors qu'une personne a juridiquement le pouvoir exclusif de retirer la valeur d'une chose, notamment par la conclusion de conventions la prenant pour objet, elle peut en être dite propriétaire, et cette chose qualifiée de bien, quoiqu'elle ne puisse être aliénée »[1802]. Dès lors que le droit peut être exploité, il produit une valeur, donc il acquiert lui-même une valeur marchande. C'est cette valeur que l'on qualifie de bien et que l'on réserve par la propriété.

C'est dire que le droit du créateur s'identifie sans peine à une propriété, puisque peu important toutes les restrictions – ou les extensions – que subit son pouvoir, il conserve toujours au minimum la faculté de tirer un profit de sa création par la conclusion de conventions d'exploitation – fussent-elles non translatives. Son droit a une valeur marchande, il (le droit) – ou elle (la valeur) – est un bien objet de propriété.

« De là procède l'idée qu'en matière de biens nouveaux, le droit de propriété se recentrerait sur la disposition. (…) Une grande partie des nouveaux biens n'existe comme tels qu'en considération d'un échange »[1803]. « Ce recentrage sur l'échange annonce le recentrage de l'essence du bien sur la valeur »[1804]. S'il n'est pas choquant d'insister sur la valeur qu'abritent les créations, ou d'y trouver désormais le siège du bien en tant qu'objet juridique, il peut en revanche être inquiétant de se focaliser sur la valeur lorsque l'on appréhende les droits extrapatrimoniaux et les intérêts non-pécuniaires qu'ils sont censés protéger. En effet, dire que le bien consiste dans la valeur, et poser que tous les droits – nonobstant leur (extra)patrimonialité – sont objets de propriété, c'est dire que tous les droits extrapatrimoniaux ont une valeur marchande. Sans doute faut-il admettre que c'est là une évolution inéluctable du droit positif, dont il faut prendre acte. Mais cela revient à invalider la distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial, qui repose précisément sur la possibilité d'évaluer en argent. Et gommer cette frontière entre les intérêts valorisables et ceux qui sont

[1801] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 170, n°528. Dans le même sens, J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 204 ; F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, préc., p. 94.
[1802] P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préc., p. 200, n°615.
[1803] Th. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, préc., p. 289. Dans le même sens, J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 206.
[1804] *Ibidem*.

incommensurables, c'est se priver d'un rempart contre la « marchandisation »[1805] rampante en confondant l'Avoir et l'Etre. Désormais, « (t)out est ou peut devenir valeur. Autant dire que le redoutable défi de la société post-moderne sera de trouver l'anti-valeur »[1806].

On le comprend, trouver le bien juridique dans la valeur peut effrayer. L'on peut craindre – et regretter – cette dérive du Droit qui consiste à accorder une place désormais centrale à une notion finalement assez mal connue, au contenu semble-t-il plus économique que juridique, et qui plus est intrinsèquement instable, puisque la valeur est nécessairement variable non seulement d'une chose à l'autre mais également pour une même chose d'un moment à un autre. Est-il raisonnable d'asseoir tout notre système juridique sur une notion dont le degré d'abstraction et d'objectivité posent question ?

Ici pourtant, l'analyse d'un auteur peut rassurer. La valeur est effectivement « l'objet naturel du droit de propriété »[1807], mais l'auteur lui assigne un contenu qui l'affranchit de la critique. En effet, les choses ont toutes une valeur, et cette valeur n'est pas une valeur pécuniaire. « La valeur attachée à chaque chose est une valeur-essence, une substance autre que matérielle », qui coexiste avec la substance matérielle de la chose. C'est une « valeur objective (…), attachée à la chose comme son ombre, (…) immanente à la chose »[1808]. Elle préexiste à l'appréhension de la chose par le Droit. La société ne fait que découvrir la valeur-essence des choses. A cet instant, la société choisit la manière dont elle se représente la valeur, et décide si celle-ci doit être marchande ou pas. « Ainsi, lorsque la représentation économique de la valeur est possible, alors la chose et la valeur qui y est attachée constituent un bien. Lorsque la représentation économique est impossible, alors la chose et sa valeur ne peuvent constituer un bien »[1809].

Cette conception de la valeur peut rassurer : lorsque la société choisit de voir dans la valeur-essence une valeur économique, la valeur-substance économique de la chose est synonyme de bien, objet de propriété. Mais toujours, cette valeur reste objective et stable : elle est une « substance au sens philosophique du terme, c'est-à-dire ce qui est en soi et par soi, ce qu'il y a de permanent dans les choses qui changent »[1810]. Elle est un contenant et non un contenu, elle « existe en dehors de toute évaluation »[1811]. Par suite, la valeur est un concept suffisamment autonome, abstrait et objectif, pour pouvoir être détachée de la chose qu'elle

[1805] Sur ce terme, voir M. J. RADIN, *Property and Personhood*, Stanford L.R., vol. 34, 1982, p. 957 et s.; et *Market Inalienability*, Harvard L.R., vol. 100, 1987, p. 1849 et s.
[1806] Th. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, préc., p. 289.
[1807] C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, L'Harmattan, 2009, p. 29.
[1808] C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, préc., p. 10.
[1809] C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, préc., p. 16.
[1810] C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, préc., p. 56.
[1811] C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, préc., p. 73.

habite, et devenir en elle-même une chose, une *res*, un bien.

Autrement dit, si l'on suit cet auteur, la notion de valeur revêt les qualités qui lui permettent de revendiquer légitimement – de mériter – la place centrale que notre système juridique semble désormais lui assigner. Mieux : « paradoxalement, la notion de valeur en droit civil, qui suppose une approche désincarnée des biens, permet (…) de distinguer la personne, sujet de droit, des biens, objet de droit »[1812]. Loin de gommer la distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial, ou de réifier la personne en lui affectant – même indirectement – une valeur pécuniaire, la notion de valeur ainsi comprise restaurerait au contraire cette frontière entre l'Etre et l'Avoir, et se poserait précisément en rempart contre la patrimonialisation de la personne.

En tout état de cause, et pour conclure sur ce point, la valeur[1813] occupe désormais la place du bien dans notre système juridique, elle forme l'objet de la propriété, et ouvre à cette dernière un champ infini : dès lors qu'elle est utile, une chose (dans son sens le plus large, la *res*, ou encore « ce dont il est question ») a une valeur. Seules les choses qui ne présentent aucune utilité sont exclues du champ de la propriété, et l'on est bien en peine d'en citer quelques-unes. Et partant, sans vouloir insister encore, l'on mesure ici sans peine la clarté qui résulte de l'emploi du terme de propriété… . Faute de trouver l'anti-valeur, n'est-il pas temps de chercher l'anti-propriété ?

D. Le droit du créateur à l'aune de l'a-propriété

631. C'est la nature du droit du créateur pris dans sa globalité que nous examinons. Nous l'avons cherchée dans la propriété. Nous sommes arrivée à une certitude personnelle : cette catégorie du droit positif, quel que soit le contenu qu'on lui prête, ne peut accueillir le droit du créateur.

D'une part, la nature du droit du créateur ne peut être trouvée dans le droit de propriété au sens classique de l'article 544 : le triptyque ne renvoie pas un reflet fidèle de son contenu. D'autre part, elle ne se trouve pas non plus dans la propriété telle que la conçoit la doctrine aujourd'hui : de deux choses l'une, les définitions étroites proposées en doctrine sont proches de celle que propose le triptyque, de sorte qu'elles offrent sans doute sécurité et rigueur, mais, comme le triptyque, elles ne peuvent accueillir les créations qu'au prix d'un forçage que nous

[1812] C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, préc., p. 316.

[1813] Voir J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, préc., p. 277 et s. ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses du droit privé*, préc., n°494 et s. Dans ce sens, F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, préc., p. 92.

refusons. Les définitions larges s'éloignent du triptyque, mais elles perdent alors la précision et la substance qui, seules, font de la propriété une qualification à nos yeux satisfaisante. Elles accueillent sans peine les créations, mais nous refusons leur hospitalité, que nous jugeons sans intérêt.

En résumé, le droit du créateur *n'est pas* une propriété au sens – étroit – que nous en retenons, celui de l'article 544 émancipé du triptyque. Il *ne doit pas* être une propriété aux sens qu'en propose la doctrine, parce que cela implique un forçage du concept, dont les inconvénients dépassent de loin les avantages. La nature du droit du créateur ne se trouve pas dans la catégorie de la propriété, quelle que soit l'acception que l'on en retienne.

Peut-être méritons-nous cette critique : « Un curieux défaut d'imagination semble conduire la plupart des juristes à ne pouvoir imaginer d'autre propriété que celle de l'article 544 du code civil : ou la propriété doit avoir les caractères du droit que décrit cet article, ou ce n'est pas une propriété »[1814]. Mais en retour, peut-on se permettre de regretter ce « curieux défaut d'imagination (qui) semble conduire la plupart des juristes à ne pouvoir imaginer » d'autre modèle que celui – ou ceux – de la propriété ?

Il faut en sortir. Le monothéisme propriétaire provoque le désordre, le polythéisme réservataire apporte l'apaisement. Sans doute est-il « douloureux de se résoudre à accepter que la propriété ne soit pas le seul rapport éminent de l'homme au monde, le fondement de la domination de l'homme sur les éléments »[1815]. La doctrine majoritaire pourrait le formuler ainsi : il n'est pas de véritable choix, c'est la propriété ou le néant (1). Mais pour nous non plus, il n'y a pas de véritable choix : c'est l'a-propriété ou le chaos (2).

1. La propriété ou le néant

632. La propriété est-elle donc la seule voie ? Le droit positif est inadapté : il ne connait pas de catégorie pertinente pour le droit du créateur. L'a-propriété n'y laisse aucune place au créateur (a). Le droit prospectif est inabouti : il ne parvient pas à élaborer une nouvelle catégorie qui parvienne à la fois à faire justice au droit du créateur et à éclipser la propriété. L'a-propriété y est immanquablement décriée (b).

[1814] Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, préc., p. 326, n°9.
[1815] D. GUTMAN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique*, préc., p. 77.

a. L'insuffisance des catégories du droit positif

633. Ce que le droit du créateur n'est pas : les classiques. C'est acquis, la propriété ne peut accueillir le droit du créateur. Mais sauf à voir dans le droit de propriété *le droit subjectif*, « l'*alpha* et l'*omega* de la réalité juridique »[1816], notre Droit compte bien entendu d'autres catégories. L'une d'elles peut-elle accueillir le droit du créateur dans sa globalité ?
Sans pousser plus avant la démonstration, nous nous contentons de poser d'emblée que le droit du créateur n'est pas un droit de la personnalité : il n'a pas pour objet la personne mais une chose qui lui est extérieure, et il a une dimension patrimoniale qui interdit le rattachement. Il n'est pas non plus un droit de créance, parce qu'il ne consiste pas dans le droit pour une personne d'exiger d'une autre personne l'exécution d'une prestation.
Parce que le droit du créateur est le droit d'une personne sur une chose, il faut examiner la catégorie du droit réel (α). Parce que la création est l'objet d'un usage partagé, il faut examiner la catégorie des choses communes (β).

α. La catégorie du droit réel

634. Le droit du créateur est le droit d'une personne sur une chose. C'est donc dans les catégories qui organisent ce type de relation qu'il faut chercher sa nature. Cela renvoie à la catégorie des droits réels, et il faut en mesurer l'hospitalité.

635. Ce que le droit d'auteur n'est pas : un droit réel. Au préalable, nous voulons dire que, en tout état de cause, la catégorie du droit réel est une catégorie qui ressortit de la sphère des droits patrimoniaux, laquelle s'oppose à celle des droits extrapatrimoniaux. Or, le droit d'auteur contient une dimension extrapatrimoniale (le droit moral) que nous refusons d'ignorer, ou même de marginaliser. En conséquence, pour nous, la catégorie du droit réel ne peut accueillir le droit d'auteur. La démonstration ne s'arrête pourtant pas ici, parce que d'une part, d'autres arguments s'opposent à l'intégration du droit d'auteur dans cette catégorie, et parce que d'autre part, les droits de propriété industrielle sont dépourvus de cette dimension morale, de sorte que la catégorie du droit réel leur reste pour le moment ouverte.

[1816] W. DROSS, *Une approche structurale de la propriété,* préc., p. 419.

636. Ce que le droit du créateur n'est pas : un droit réel sur la chose d'autrui. La catégorie des droits réels regroupe deux types de droits : d'une part, le droit de propriété est le droit d'une personne sur une chose qui lui est affectée à titre principal. D'autre part, les autres droits réels dits principaux sont les droits d'une personne sur une chose qui est la propriété d'un autre. Il faut donc que le droit du créateur se rattache à l'une ou l'autre de ces sous-catégories.

Le droit du créateur peut-il être un droit réel sur la chose d'autrui ? C'est le mécanisme même du droit réel sur la chose d'autrui qui s'y oppose : son titulaire est par définition inféodé à un propriétaire, il ne détient qu'un droit secondaire sur la chose dont un autre est le maître. Or le créateur a un droit principal sur sa création, et personne d'autre que lui n'exerce une maîtrise plus importante, ni même aussi importante. Il n'est inféodé à personne, et dans le schéma du droit réel sur la chose d'autrui, sa situation est bien plus proche de celle du propriétaire que de celle du titulaire du droit réel démembré.

Pour terminer sur cette catégorie, il faut mentionner la question du *numerus clausus*. La doctrine a longtemps considéré que le Code donnait une liste close des droits réels, de sorte qu'il était impossible d'en créer de nouveaux en dehors de la loi. Or, le droit du créateur ne correspond à aucun des droits réels sur la chose d'autrui énumérés par la loi, et cela devrait conduire à exclure la qualification. Pourtant, il faut mentionner que ce *numerus clausus* est contesté depuis longtemps, et clairement remis en cause par la jurisprudence récente. Ainsi, il n'est plus possible aujourd'hui de trouver dans le *numerus clausus* un obstacle à la qualification en droit réel sur la chose d'autrui. Au demeurant peu importe puisque, redisons-le, le droit du créateur ne correspond pas au schéma de cette catégorie.

637. Ce que le droit du créateur n'est pas : un droit réel à titre principal. Le droit du créateur n'est donc ni un droit réel sur la chose d'autrui, ni un droit de propriété. Quelle place reste-t-il pour lui dans la catégorie des droits réels ? Si le droit du créateur ne peut s'arrimer aux droits réels sur la chose d'autrui, peut-il s'arrimer à la propriété ? La sous-catégorie du droit réel de propriété ne peut accueillir le droit du créateur en son sein. Peut-elle l'accueillir à ses côtés ?

D'emblée, il faut régler la question du *numerus clausus*. Si tant est que l'on en admette désormais l'existence, celle-ci ne concerne de toute manière que les droits réels sur la chose d'autrui. Elle vise en effet à limiter le morcellement de la propriété, à préserver son unicité, à favoriser la réunion de tous les pouvoirs sur une chose entre les mains d'un seul. Elle n'interdit donc que la création de nouveaux démembrements de la propriété, l'attribution

d'une prérogative particulière nouvelle sur la chose à un autre que son maître principal, la création d'une relation de type original entre une personne inféodée et un propriétaire, le tout en dehors de ce que connait et admet déjà le Code civil. Elle n'interdit nullement, en revanche, la reconnaissance d'un pouvoir autonome sur une chose par ailleurs non appropriée, au profit d'une personne soustraite à toute forme d'emprise éventuelle au profit d'un tiers. Dans ce cas de figure, l'unicité de la maîtrise de la chose est en effet préservée, tout comme la souveraineté de son titulaire. Seule l'enveloppe contenant les pouvoirs reconnus au maître de la chose se distingue de celle de la propriété, plus légère, moins fournie. Et la règle du *numerus clausus* ne trouve donc pas ici à s'appliquer, car ce n'est pas l'unicité mais l'omnipotence de la propriété qui est seule menacée : on ne cherche pas à la diviser mais seulement à l'imiter, à la remplacer. En conséquence, le droit du créateur pourrait *a priori* trouver une place aux côtés de la propriété, en tant que droit réel à l'image de la propriété.

Le droit du créateur peut-il vraiment être qualifié de droit réel nouveau, à l'égal d'un droit de propriété ? A première vue, le droit du créateur ressortit bien de cette catégorie : il est un droit principal, ne souffrant aucun véritable concurrent sur la création. Il place le créateur dans la situation d'un souverain, maître unique de la création. Il organise au profit du créateur un monopole juridique sur la création. Il se distingue d'un droit de propriété par son contenu (des pouvoirs moins importants) tandis qu'il s'en rapproche par son principe (une affectation à titre principal), tout comme les droits réels sur la chose d'autrui se distinguent par leur contenu (variable) tout en reposant sur le même schéma général (un droit sur la chose d'autrui).

Pourtant, un premier argument conduit à écarter cette qualification. C'est l'esprit de notre droit des biens qui s'y oppose. En effet, notre droit civil ne connait qu'une seule manière d'affecter une chose à la souveraineté d'une personne : c'est la propriété. Lorsque la personne exerce sur la chose une emprise souveraine à titre principal, son droit est un droit de propriété, parce que l'affectation d'une chose à l'empire d'une personne ne peut se faire que sur ce mode. Lorsqu'une chose est réservée, la seule forme de réservation connue du droit positif est la propriété. « (T)oute la théorie du droit subjectif est élaborée en songeant, parfois exclusivement, à la propriété »[1817]. Tous les rapports juridiques qui peuvent exister entre une personne et une chose semblent devoir passer par la propriété[1818]. Il n'existe pas de rapport juridique à la chose en dehors de la propriété. Il n'est donc pas possible d'imaginer un rapport

[1817] C. ATIAS, *Ouverture*, préc., p. 9.

[1818] Dans ce sens, M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 10 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 220 ; C. ATIAS, *Ouverture*, préc., p. 10.

de domination entre une personne et une chose qui échappe à la propriété.

Un second argument conforte cet interdit. C'est la lettre de notre droit des biens qui s'y oppose. En effet, en tant que sous-catégorie unique de droit réel à titre principal, la propriété ne se caractérise pas seulement par le fait qu'elle réserve une chose à titre principal, par opposition aux droits réels qui réservent la chose à titre secondaire et concurrent. Elle se définit également par le mécanisme réservataire qui la sous-tend : elle confisque la chose au profit d'un seul et l'assujettit à son entière domination par principe. Si l'on peut concevoir des droits dont le contenu est amoindri par telle ou telle restriction ponctuelle, on ne peut en revanche jamais aller jusqu'à une remise en cause complète du principe même de cette réservation, qui se veut et se doit d'être *privative*. Cette dimension de la propriété fait partie intrinsèque de sa nature juridique, et bien plus, elle fait également partie intégrante de notre système juridique : la réservation privative, la propriété privée, l'exclusion sont au cœur de notre droit des biens et il n'est pas concevable d'organiser une autre forme de réservation.

Or, le droit du créateur satisfait sans doute à la première exigence : celle d'une réservation à titre principal. Mais il se dérobe face à la seconde exigence, celle qui constitue le prolongement de la première et qui sous-tend tout notre droit des biens : la réservation qu'il organise est principale, mais elle n'est pas privative, bien au contraire. Il figure une forme de réservation fondamentalement différente de la propriété, qui interdit d'y voir un droit réel nouveau à l'image de celle-ci, et qui lui ferme les portes de cette catégorie traditionnelle du droit des biens, toute entière tournée vers l'exclusion et l'emprise privative.

En effet, l'auteur est effectivement le maître principal de son œuvre, mais le nombre des utilités dont il est privé, l'absence de choix dans l'étendue de sa maîtrise résiduelle, le nombre des personnes qui détiennent un pouvoir concurrent sur l'œuvre, sans parler des contraintes qu'il supporte dans l'exercice de sa maîtrise, interdisent de dire qu'il détient sur son œuvre un droit véritablement privatif. Et lorsqu'il cède ses droits d'exploitation, il conserve le droit moral et se trouve alors dans une situation encore plus ambivalente, irréductible aux canons de notre droit des biens. C'est également vrai du droit du créateur en propriété industrielle, au moins en partie : il rencontre les mêmes difficultés que l'auteur lorsqu'il conserve entre ses mains tous les pouvoirs conférés par son droit, et il paraît inexact de qualifier son droit de privatif. Globalement, la création appelle une répartition des pouvoirs entre de nombreuses personnes, de sorte que l'opposition quasi-manichéenne entre la catégorie du propriétaire – maître unique et despote de sa chose – et celle des autres droits réels – dont les titulaires sont tout au plus détenteurs d'un pouvoir marginal et nécessairement inféodé, ne rend pas justice au droit du créateur. La création est l'objet d'un droit principal, ce en quoi il imite le droit réel

de propriété, mais elle n'est pas l'objet d'un droit privatif, ce en quoi il se distingue non seulement de la propriété mais également du droit réel en tant que catégorie.

C'est en essayant de trouver dans le droit réel une catégorie adaptée au droit du créateur que l'on met finalement en lumière la véritable originalité de ce dernier par rapport à la propriété. Ce qui distingue le droit du créateur d'un droit de propriété, et qui l'exclut du même coup de la catégorie des droits réels, ne peut être réduit à une circonstance secondaire, un léger décalage que l'on pourrait relativiser. Si le droit du créateur n'est pas une propriété même prise dans son sens le plus large, ce n'est pas à cause de l'incorporalité de son objet (seule une conception archaïque de la propriété s'y arrêterait), ce n'est pas non plus à cause de sa dimension morale (seule une conception classique s'y oppose aujourd'hui, même si nous la retenons personnellement). Même si nous avons mesuré le contenu du droit du créateur à l'aune de la propriété, pour conclure que le premier est à la fois insuffisant et surabondant face au second, ce n'est finalement pas non plus ce contenu original qui nous arrête dans la qualification en termes de propriété ou même de droit réel à titre principal.

Selon nous, c'est le *mécanisme* du droit du créateur qui le singularise au point de l'exclure des catégories connues de notre droit des biens. Sans doute, le droit du créateur affecte la création à son créateur, comme la propriété affecte la chose à son propriétaire, de sorte qu'elles ont toutes deux un maître. Mais le mécanisme de cette réservation diffère fondamentalement : celui de la propriété est par nature exclusif et absolu[1819] (sans vouloir nier toutes les exceptions qui, pour nous, ne font que confirmer la règle), tandis que celui des propriétés intellectuelles est par nature non-exclusif et non-absolu. Il se situe entre réservation et partage, et l'un ne va pas sans l'autre : la réservation exclusive est conditionnée – et donc invalidée – par le partage de la création, de sorte que le créateur ne peut jamais prétendre qu'à une *exclusivité partagée*. « Alors que le droit de propriété vise à assurer l'emprise privative absolue d'un sujet sur un objet, le droit d'auteur (par exemple) s'attache, quand l'auteur y a consenti, à garantir les modalités de l'utilisation publique de l'œuvre. On est en présence d'un droit introverti et d'un droit extraverti »[1820]. Quand la propriété du Code civil organise une réservation privative, le droit du créateur postule au contraire une réservation partagée. Pour être propriétaire, il faut chasser les tiers. Ce sont donc l'essence même de la propriété, et plus largement du droit réel, en tous points opposés au partage, qui trouvent ici leurs limites.

[1819] Dans ce sens, G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire*, RTDCiv. 2013, p. 743, n°3.

[1820] J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, Thèse, BDP t. 226, LGDJ, 1996, p. 82, n°108.

β. La catégorie des choses communes

638. C'est donc une dernière catégorie du droit positif qu'il faut examiner : si la propriété trouve ses limites dans les droits réels sur la chose d'autrui, elle trouve son contrepoint dans les choses communes. En effet, lorsque la chose a un maître, c'est forcément par la propriété qu'elle passe. Mais la chose peut aussi échapper à toute maîtrise, et se dérober à la propriété : lorsqu'un nombre indéterminé de personnes peuvent y accéder sans exclusion, la chose est commune.

La création est-elle une chose commune ? Il est bien évident que non : sans être complètement confisquée par un seul, la création n'est pas non plus librement partagée par tous. Le droit du créateur est à mi-chemin entre exclusion et partage, il oscille donc entre les catégories de la chose appropriée et de la chose commune, sans entrer complètement ni dans l'une ni dans l'autre. La catégorie des choses communes ne permet donc pas non plus de qualifier la création en tant que chose, ni le droit qui la protège. Néanmoins, l'analyse d'un auteur à l'aune de cette catégorie met, elle aussi, en lumière certains aspects du droit du créateur, que l'analyse en termes de propriété avait occultés, et qui font avancer notre entreprise de qualification.

En effet, l'auteur relève qu'une « partie des utilités des biens considérés est, en effet, soustraite à la jouissance exclusive de leur maître et, par là même, offerte à l'usage commun de tous »[1821]. Mais elle souligne également que le créateur se trouve ici dans une situation particulière, qui ne peut être ramenée à celle d'un propriétaire. On trouve en effet fréquemment en doctrine propriétairiste l'idée que les exceptions et limites au droit du créateur au profit des tiers ne seraient qu'une forme originale de servitude ou de droit réel grevant la propriété du créateur. C'est l'idée classique que le droit du créateur est une propriété qui supporte, comme n'importe quelle propriété, des entorses sous la forme d'exceptions ou de limites, dont la nature s'apparente à celle d'un droit réel sur la chose d'autrui.

Mais l'auteur relève que « contrairement au sujet passif d'un droit réel, tel un nu-propriétaire, le propriétaire n'est pas dépouillé de la jouissance de sa chose par la jouissance des tiers : il continue à jouir de toutes les utilités de sa chose, même de celles tombées dans l'usage commun concurremment avec tout un chacun »[1822]. Elle ajoute que, contrairement au sujet actif d'un droit réel sur la chose d'autrui, l'utilisateur n'a pas sur la création un véritable droit

[1821] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préc., p. 363.
[1822] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préc., p. 397.

subjectif, mais une simple liberté, une faculté, un usage ouvert à tous, « concurrent (…), libre, égal et gratuit »[1823]. En résumé, les modalités du partage des utilités de la création entre le créateur et les utilisateurs ne rentrent pas dans les catégories du droit réel : le créateur ne partage pas à la manière d'un propriétaire, et les utilisateurs n'usent pas à la manière de titulaires de droits réels sur la chose d'autrui.

Pour nous, il faut y trouver un argument de plus pour exclure la qualification de propriété. Ce n'est pourtant pas la conclusion de l'auteur de l'analyse, qui au contraire convient simplement qu'il en résulte pour le créateur « une figure hétérodoxe de la propriété »[1824], sur une chose composée d'utilités réservées par une propriété classique et d'utilités partagées à l'image des choses communes. Effectivement, l'on pourrait être tenté de dépasser cet obstacle, en jugeant que, faute d'être investis d'un véritable droit subjectif, les utilisateurs de la création ne remettent pas sérieusement en cause la souveraineté et l'omnipotence du créateur, qui continue donc malgré tout de s'apparenter à un propriétaire. Pourtant, ce serait selon nous occulter la profonde remise en cause de son pouvoir : cet usage concurrent de la création est imposé au créateur sans qu'il puisse s'y opposer ou même le tempérer, et il gratifie indistinctement et sans aucune limite quantitative un nombre indéterminé de personnes. En outre, il affecte un nombre toujours plus important d'utilités de la création. En bref, la généralité de cet usage interdit de voir dans la création une chose réservée à un seul à l'image de la chose appropriée.

En définitive, si les utilisateurs ont seulement la liberté d'user de certaines utilités de la création, il en résulte cependant que la création est confisquée au créateur au profit des utilisateurs, autant qu'elle est confisquée au public au profit du créateur. En conséquence, ce sont à la fois la catégorie de la chose appropriée privativement et de la chose commune qui font faux bon au créateur. Et si la création se dérobe à cette dichotomie fondamentale de notre droit des biens, qui oppose la chose appropriée et la chose commune sans connaitre d'autre forme d'affectation, c'est encore une fois la preuve de l'irréductibilité du droit du créateur aux catégories du droit positif.

639. Conclusion : la suffisance des catégories du droit positif. Nous nous trouvons au pied du mur, face à une véritable insuffisance de notre système juridique : les catégories qu'il propose ne suffisent pas à la qualification de la situation du créateur. Et il s'agit ici « de lacunes, non pas ponctuelles, mais bien structurelles (…). L'immatériel met à l'épreuve la

[1823] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préc., n°388.
[1824] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préc., p. 397, n°383.

complétude du système des concepts juridiques ayant pour vocation d'appréhender le réel (…) »[1825].

L'on peut dénoncer cet état d'esprit : face aux nouveaux venus, tel le droit du créateur, notre système juridique (ou plutôt ses interprètes ?) est persuadé de sa suffisance – prise comme la qualité d'un système qui se juge capable de résoudre toutes les difficultés – alors qu'il démontre simplement sa suffisance – prise comme le défaut d'un système qui prétend à l'omniscience.

De manière générale, c'est en effet tout notre système juridique qui est imprégné de suffisance. On relève en doctrine « la prétention du code civil de décrire de façon exhaustive les biens et les droits sur les biens »[1826], comme si les paramètres de toute relation à la chose avaient été définis une fois pour toutes en 1804, comme s'il fallait que les lois postérieures s'insèrent dans ce schéma, ou au moins qu'elles en respectent les préceptes fondamentaux.

De manière plus particulière, chacun des mécanismes particuliers de notre droit résiste à sa remise en cause, et si des aménagements sont admis lorsqu'ils sont absolument nécessaires (par exemple, le gage sans dépossession, les exceptions à l'absolutisme, etc.), il faut nécessairement que ceux-ci laissent intact le schéma général dessiné par le législateur en 1804, parce qu'il incarne *le* modèle de notre société, et parce que le débat déborde largement le seul domaine de la cohérence juridique : en faisant de notre régime des biens une référence immuable, on entend réaffirmer l'actualité des postulats philosophiques de la Révolution et du Code Napoléon.

Ainsi, c'est bien évidemment en premier lieu le droit de propriété qui peut être qualifié de prétentieux. « Pour le Code, la propriété individuelle reste à la base de l'organisation sociale. Tous les droits patrimoniaux (droits réels, droits personnels), ainsi que leurs modes d'acquisition et d'extinction (successions, contrats, etc.) sont étudiés et réglementés en fonction du droit de propriété »[1827]. Il se pose comme la seule technique juridique qui permette à l'homme d'asservir les choses. Sa suffisance confine parfois au ridicule : paradigme de la relation entre personnes et biens, il sert de modèle de référence même pour les situations qui lui sont par nature réfractaires. On pense à la propriété publique, qui constitue pourtant l'exact contraire de la propriété puisqu'elle est collective au lieu d'individuelle, ou encore à la propriété des personnes morales, qui nie la dimension

[1825] D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, préc., p. 67.
[1826] *Ibidem*.
[1827] F. TERRE, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, préc., p. 33.

fondamentalement humaine et individualiste de la propriété[1828]. En matière de créations, sa suffisance est sans bornes. Lorsqu'il intègre le droit du créateur dans son giron, il prétend que le phénomène est naturel. Mais pour accueillir le droit de l'auteur comme celui de l'inventeur ou du titulaire d'une marque, la propriété les contraint à mentir, à se prétendre absolus, exclusifs, ou encore aliénables, alors qu'ils en sont bien éloignés. Particulièrement à l'égard du droit d'auteur, elle l'oblige à se renier en gommant ou en marginalisant ce qui fait sa spécificité et surtout sa force : le droit moral. De plus, et corrélativement, c'est la propriété elle-même qui se travestit pour les attirer en son sein : elle renonce à – ou en tout cas elle nuance – ses caractères essentiels pour atténuer le décalage avec les droits des créateurs.

C'est encore le droit réel qui fait preuve de suffisance : catégorie qui rassemble toutes les formes juridiques de droits directs d'une personne sur une chose, elle a longtemps revendiqué son *numerus clausus*, qui interdirait toute création, toute velléité d'émancipation ou d'autonomie. Si le juge tempère aujourd'hui ce défaut, l'idée d'une liste close des droits réels laisse cependant sa marque dans « l'imaginaire collectif des juristes »[1829].

C'est aussi le droit de la personnalité qui montre une certaine suffisance : pensé à l'origine pour qualifier les droits extrapatrimoniaux, donc dépourvus – ou presque – de dimension pécuniaire, il doit faire face à la valorisation et à l'exploitation des attributs qu'il protège. Et plutôt que de reconnaître ses insuffisances, voir même plus objectivement son inaptitude, il se fait schizophrène, s'inventant une dimension patrimoniale sous le nom de droit patrimonial de la personnalité.

Finalement, c'est la distinction fondamentale du patrimonial et de l'extrapatrimonial qui tente désespérément de se maintenir en droit positif, alors que la limite entre l'Etre et l'Avoir se brouille un peu plus chaque jour et qu'il apparaît vain de vouloir continuer de classer tous les droits en fonction de cette dichotomie. La porosité de ses frontières devrait conduire à abandonner la construction telle qu'elle survit aujourd'hui. Mais face à des droits inclassables comme celui de l'auteur, mais également ceux qui protègent des biens patrimoniaux à caractère personnel ou inversement des attributs patrimonialisés de la personne, l'on choisit non pas de remettre en cause un système de classement manifestement dépassé, mais plutôt de minimiser les obstacles à la classification, ou plus radicalement de scinder le droit examiné aux fins de le faire entrer par fractions dans les catégories connues.

En définitive, lorsque les catégories du droit positif proposent d'accueillir le droit du créateur

[1828] Voir R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, préc. p. 312.

[1829] W. DROSS, *L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel*, note sous Civ. 3e, 31 oct. 2012, RTDCiv. 2013, p. 141, n°1.

en leur sein, ne s'agit-il pas plutôt de le phagocyter ?

b. L'insuffisance des catégories du droit prospectif

640. Toutes les catégories connues du droit positif sont inadaptées au droit du créateur. Il faut donc résolument rompre avec la méthode traditionnellement retenue en doctrine lorsqu'il s'agit de réfléchir à la nature d'un droit. Celle-ci en effet s'enferme dans son carcan et, confrontée à des situations inconnues, elle raisonne exclusivement par analogie. C'est le « mode de raisonnement (…) privilégié par lequel un système parvient à trouver à l'intérieur de lui-même la solution à un cas qu'il n'avait pas prévu. (…) le raisonnement par analogie est un procédé d'auto-intégration dans un système juridique d'un cas non expressément résolu par celui-ci. Il s'oppose en cela aux procédés d'hétéro-intégration par lesquels le comblement de la lacune s'opère par création ou application d'une règle juridique extérieure au système »[1830]. A « l'ultime question qui fonde toutes les autres : du matériel à l'immatériel, doit-on passer par analogie ou par néologie ? »[1831], il faut désormais choisir la seconde réponse.

De nombreux auteurs s'y sont essayés. S'aventurant en dehors des sentiers battus, les analyses qui quittent le terrain de la propriété sont souvent audacieuses, pleines de panache. Elles sont également nombreuses, et il n'est pas question de les examiner dans le détail. En effet, entre les idéalistes (théorie du contrat social de A.-C. Renouard, théories personnalistes) et les pragmatiques (droit intellectuel de E. Picard, Kholer, J. Dabin[1832], droit de clientèle de P. Roubier, monopole), et sans être exhaustif, l'on apprend sans doute à mieux connaitre le droit du créateur. Mais aucune ne parvient à s'imposer réellement.

A celles qui proposent de réunir les créations intellectuelles au sein d'une catégorie unique et nouvelle, on[1833] oppose généralement que ce qui rapproche effectivement ces biens (leur incorporalité et certains aspects de leur régime juridique) ne suffit pas à compenser leurs dissemblances (entre droit d'auteur et droit de marque par exemple, mais encore plus entre les propriétés intellectuelles classiques et les valeurs plus personnelles encore aux portes de la loi). Et faute d'homogénéité ou de cohérence interne, la catégorie ainsi formée ne parvient pas à se distinguer suffisamment des catégories reconnues pour constituer à elle seule un véritable

[1830] D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, préc., p. 68.
[1831] *Ibidem*.
[1832] J. DABIN, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, préc., p. 413 et s.
[1833] Par exemple, Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, préc., p. 334, n°31.

concurrent. C'est ainsi que l'on qualifie par exemple les droits intellectuels de « catégorie « balais »[1834], ou que l'on refuse de se satisfaire de la qualification en termes de monopole. Parfois également, l'évolution du droit positif (la patrimonialisation croissante) invalide une qualification *a priori* adéquate (les théories personnalistes).

elles qui, plus modestement, mettent en avant la spécificité de telle ou telle forme de création particulière, ne prospèrent pas davantage. Lorsqu'elles proposent une véritable lecture alternative de la nature du droit sur tel ou tel bien incorporel (droit de clientèle), on leur reproche leur manque de rigueur. Lorsqu'elles s'arrêtent à mi-chemin en considérant que telle création, faute d'entrer dans une catégorie admise, n'est rien de plus qu'un droit *sui generis*, le jugement de la doctrine majoritaire est sans appel : rien n'excuse une telle paresse de raisonnement.

Au total, toute tentative – générale ou ponctuelle – d'émancipation des cadres classiques est désavouée en doctrine. D'ailleurs, certains auteurs[1835] vont même jusqu'à lire une forme de propriété dans les analyses de ceux qui, pourtant, proposent expressément de rompre avec l'analyse propriétaire. Il n'y a point de salut en dehors des chemins balisés du droit commun des biens. Rien ne détrône l'analyse en propriété, à laquelle on en revient toujours – inexorablement.

641. Conclusion. Pour conclure sur la recherche de la nature du droit du créateur pris dans sa globalité, il faut donc admettre que celle-ci ne se trouve ni dans la propriété, ni dans l'a-propriété. Aucune des catégories connues de notre système juridique, ni aucune de celles que l'on voudrait créer, ne fournit une grille de lecture adaptée à la spécificité de ce droit. En d'autres termes, toute entreprise de rattachement du droit du créateur à *autre chose*, à une catégorie qui lui préexisterait et qui lui serait extérieure, se solde par un échec.

Pourtant, peut-on aller jusqu'à dire : la propriété ou le néant ? Nous ne le pensons pas. Au contraire, il faut persévérer dans l'a-propriété, parce qu'il est juste de dire : l'a-propriété ou le chaos. Parce qu'il est insuffisant, cela ne veut pas dire que notre système juridique n'est d'aucun secours, ni que les catégories qu'il connait doivent être ignorées. Cela veut simplement dire qu'il faut se fixer un but paradoxalement plus modeste et plus ambitieux à la fois : le Droit recèle des ressources insoupçonnées.

[1834] Expression de J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, préc., p. 117. Dans le même sens, J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, préc., p. 268, n°243.

[1835] Par exemple, M. Xifaras à propos de l'analyse de A. C. Renouard, dans M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 349.

2. L'a-propriété ou le chaos

642. La propriété ne qualifie pas le droit du créateur. S'enfermer dans cette catégorie provoque le chaos, parce que cela conduit à en retenir une définition dont il faut se défier : le domaine des choses soumises à son empire ne connait plus de bornes et l'Etre se perd dans l'Avoir, le pouvoir reconnu au propriétaire perd en substance autant qu'en constance et la catégorie de la propriété se mue en a-catégorie. Il faut donc sortir de la propriété, tempérer son ardeur impérialiste et arrêter sa fuite en avant.

Mais l'a-propriété ne qualifie pas non plus le droit du créateur. Les catégories connues comme les catégories nouvelles échouent à en épouser les contours ou à lui fournir un outil pertinent. Il en résulte incertitudes et insécurité juridique.

En résumé, toutes les catégories du droit positif rejettent le droit du créateur, mais c'est avant tout l'exclusion de la propriété qui donne le vertige : orphelin du Droit, le droit du créateur est-il condamné à rester sans qualification, à errer comme une âme en peine ? Techniquement, la propriété n'est pas indispensable. Une qualification unitaire et globale du droit du créateur n'est pas nécessaire pour assurer son régime juridique (a). Idéellement, la propriété n'est pas irremplaçable (b).

a. Les ressources techniques du droit positif

643. Nous en demandons trop à notre système juridique. Il faut revoir nos ambitions à la baisse : aucune des catégories connues de notre droit positif ne correspond au droit du créateur dans sa globalité, certes, mais l'entreprise de qualification peut encore avancer grâce à elles (a).

α. La qualification par fractions

644. « La qualification de droit de propriété ne s'impose pas pour étendre au droit d'auteur la mise en œuvre des mécanismes du droit commun des biens ou la protection des instruments internationaux. Ainsi, par exemple, l'indivision ou l'usufruit ne sont-ils pas nécessairement liés à la qualification de propriété. S'agissant de l'application des normes internationales, notamment du Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme, il peut être observé que la qualification de droit de propriété ne s'impose pas dans un sens technique : la protection est aussi indubitable que l'est celle des créances, qui ne sont pas des droits de

propriété »[1836].

Les catégories du droit interne suffisent à la qualification du droit du créateur par fractions. Il trouve ainsi sa place dans notre système juridique, et des réponses aux questions que le législateur aurait pu laisser en suspens. En effet, si le droit du créateur peine à entrer dans la catégorie royale de la propriété, c'est bien parce qu'il combine des prérogatives de natures diverses, dont la propriété ne rend pas compte. Il suffit donc de rattacher chacune des dimensions particulières de son droit à la catégorie générique qui lui correspond exactement, sans plus prétendre chercher dans la propriété ce qui ne s'y trouve pas. Techniquement, la qualification des pouvoirs dont la loi investit le créateur est possible, et le droit positif propose des références qui épousent ses contours particuliers. Il suffit pour cela d'adopter une démarche prosaïque, en admettant de fractionner le droit du créateur, non pas bien entendu au stade de l'analyse de sa nature globale, mais seulement à celui de la détermination ponctuelle de son régime. La crainte de l'insécurité juridique qui résulterait du rejet de la propriété, et le vertige face au néant de l'a-propriété, disparaissent alors d'eux-mêmes.

645. Un droit réel. Dans sa dimension patrimoniale, le droit du créateur est un droit réel. Il n'est pas un droit de créance parce qu'il n'est pas le droit d'un créateur d'exiger d'une personne déterminée une prestation particulière. Il n'est pas un droit de la personnalité parce qu'il n'est pas le droit extrapatrimonial d'un créateur d'obtenir le respect d'un aspect de sa personnalité. Il est le droit d'un créateur sur une chose qui lui est extérieure, sa création. Il est un droit opposable à tous. Il est un droit évaluable en argent, ayant vocation à protéger l'intérêt patrimonial de son titulaire.

Pour répondre aux éventuels silences de la loi, il suffit donc sur ce point de renvoyer aux règles qui régissent les droits réels. Et peu importe que celui-ci ne corresponde pas exactement à l'un des droits réels énumérés par le législateur. Nous avons dit plus haut que la liste close des droits réels, si tant est qu'elle ait existé un jour, ou qu'elle soit encore d'actualité au vu de la jurisprudence récente, ne concerne que les droits réels sur la chose d'autrui, tandis que le droit patrimonial du créateur figure au contraire et à l'évidence un droit réel principal à l'image de la propriété. Le régime juridique des prérogatives patrimoniales du créateur est donc assuré par le cumul des dispositions spéciales de la loi et des dispositions générales du droit commun des biens.

[1836] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 281, n°409.

646. Un droit extrapatrimonial. Dans sa dimension morale, le droit du créateur est un droit extrapatrimonial. Il protège un intérêt *a priori* dégagé de toute considération pécuniaire.

Toutefois, pour nous, il n'est pas un droit de la personnalité. Outre les insuffisances intrinsèques de cette catégorie, à laquelle on peut reprocher son imprécision et ses incohérences[1837], il faut encore remarquer que même le tronc commun des droits de la personnalité ne trouve pas d'écho véritable dans le droit moral du créateur, et surtout de l'auteur. En effet, il est d'une part perpétuel alors qu'ils s'éteignent au décès de leur titulaire. Il a d'autre part pour objet une chose extérieure à la personne, à savoir l'œuvre ou l'invention, et pour vocation explicite la protection de celle-ci, à l'exclusion de celle de la personne du créateur. Et au contraire, les droits de la personnalité ne protègent rien d'autre que la personne elle-même, s'attachant à tel ou tel aspect de la personnalité en tant que dimension intime et indétachable de la personne. Pour nous, ici tout est dit : le droit moral du créateur protège la création, l'Avoir, une chose, et il dure aussi longtemps qu'elle, tandis que le droit de la personnalité protège la personne, l'Etre, et prend fin avec lui.

Le droit moral du créateur est donc un droit extrapatrimonial nouveau, et rien n'oblige à le faire entrer dans le moule des droits de la personnalité. Il intègre la sphère des droits extrapatrimoniaux, à côté des catégories existantes, sans qu'aucune forme de *numerus clausus* puisse ici non plus lui être opposé. Ici encore, le renvoi au régime général des droits extrapatrimoniaux suffit à combler les éventuelles lacunes du législateur à propos de telle ou telle création.

647. Une création partiellement commune. Le créateur doit supporter de nombreuses entorses à son pouvoir d'exclure. Une « partie des utilités des biens considérés est, en effet, soustraite à la jouissance exclusive de leur maître et, par là même, offerte à l'usage commun de tous »[1838]. Lorsque d'autres que lui usent de la création, il faut qualifier le titre en vertu duquel ils y sont autorisés, aux fins de déterminer le régime juridique de ces prérogatives.

Quant au créateur, il se trouve dans une situation originale : il continue d'être titulaire du droit d'user de l'utilité commune de la création, mais il perd le droit d'en exclure les tiers[1839]. Quant aux utilisateurs, ils n'ont en réalité pas un droit au sens de droit subjectif, mais seulement une liberté. La loi aménage à leur profit « un usage qui est ouvert à tous, librement et gratuitement. Il profite donc, de manière égale, à un nombre indéterminé de personnes,

[1837] Voir par exemple J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 163.
[1838] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préc., p. 363.
[1839] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préc., p. 397.

anonymes et indifférenciées. C'est un usage individuel concurrent »[1840].

Tandis que les utilités affectées exclusivement au créateur suivent le régime des choses réservées, s'arrimant tantôt au droit réel tantôt au droit extrapatrimonial, c'est au contraire le régime juridique des choses communes qui s'applique aux utilités affectées à cet usage commun. Il convient donc de renvoyer, pour ce que la loi n'aurait pas réglé, au régime des choses communes de droit commun. Et ici, on peut souligner l'actualité de la question, lorsque l'on songe au nombre de ces utilités communes, et à la vigueur du débat qui anime la doctrine et les praticiens, quant à la nature de l'exception de copie privée par exemple, et surtout quant aux conséquences qu'il faut en tirer en termes de pouvoirs et de légitimité.

β. La qualification globale

648. Faute de toute autre qualification globale, nous voyons dans le droit du créateur un droit *sui generis*. Que vaut cette analyse ?

649. La valeur de l'analyse en un droit *sui generis* : un aveu d'échec ? Pris globalement, le droit du créateur est un droit *sui generis*.

Beaucoup dénoncent le choix d'une telle analyse : « La qualification *sui generis* est un sauf-conduit, voire une solution de facilité. On a même pu la taxer d' « aveu d'impuissance, (d')embarras incontestable (qui) ne font pas avancer la question d'un pas ». Elle réduit l'imprécision mais elle ne fait pas taire l'incertitude »[1841]. Et encore « Cette méthode est peu satisfaisante parce qu'elle est elle-même une source d'incomplétude ou, au minimum, d'insatisfaction. (…) le *sui generis* fait image. Il conduit à arrêter toute forme de raisonnement, toute forme de rattachement ou de qualification ultérieure, c'est-à-dire plus poussée, plus fine, plus précise. « Le recours à l'institution *sui generis* n'est souvent qu'un refus paresseux d'analyse » »[1842]. Ou enfin « Le droit *sui generis* est aux juristes ce que les hypothèses ad hoc sont aux physiciens : l'aveu d'un échec à relier le cas étudié au système »[1843].

Pourtant, qualifier le droit du créateur de *sui generis* n'est pas, pour nous, un échec, ou un

[1840] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préc., p. 397, n°383.
[1841] M. PAINCHAUX, *La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?*, RRJ 2004-3, p. 1571, citant R. MEURISSE, note sous Cass. Com. 20 déc. 1949, S. 1950, I, p. 61.
[1842] M. PAINCHAUX, *La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?*, préc., citant Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Paris, Cujas, 2001/2002, 14e éd., p. 34, §19.
[1843] M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, préc., p. 159.

renoncement. Au contraire, c'est le résultat d'une analyse qui nous estimons objective et impartiale, et qui nous conduit à refuser de minimiser ou de nier l'originalité irréductible de ce droit pour satisfaire à l'hégémonie de la propriété.

A propos de la spécificité, non plus du droit sur les créations, mais cette fois des créations elles-mêmes en tant que biens, un auteur prend le même parti et conteste l'opprobre associée au choix du *sui generis* : « il est vrai que tous ces nouveaux biens ont en commun leur immatérialité et leur virtualité et qu'ils sont tous issus d'une « industrie humaine ». C'est en cela qu'ils diffèrent des autres catégories de biens connues du droit classique et qu'ils acquièrent donc leur spécificité de nature et de régime, au fur et à mesure de leur maturation. Ce sont donc des biens *sui generis*. Mais il ne faut pas limiter cette qualification « *sui generis* » à un constat d'échec auquel on ne se soumet que par résignation. Elle est inhérente à toute œuvre de qualification, dès lors qu'on tente de l'affiner davantage. Il arrive forcément un moment où la spécificité d'une situation la différencie de celles auxquelles on peut la rattacher à un niveau de plus grande généralité »[1844].

650. Le contenu de l'analyse en un droit *sui generis* : un coup d'épée dans l'eau ? Pour apprécier objectivement la valeur de l'analyse en *sui generis*, encore faut-il au préalable en déterminer la portée. Autrement dit, que faut-il entendre lorsque l'on parle de *sui generis* ?

« (U)n droit *sui generis* serait un droit qui ne pourrait être subsumé sous aucune catégorie existante, soit positivement, soit négativement, dans l'ordre juridique considéré »[1845]. Une première chose est donc certaine : qualifier de *sui generis* le droit du créateur, c'est l'exclure des catégories reconnues par le droit positif. Dans son unité, le droit du créateur est un droit *sui generis*, parce qu'il n'est ni un droit de propriété, ni un droit de créance, ni un droit réel même nouveau, ou un droit extrapatrimonial même également nouveau. Il est un droit original, qui ne peut prétendre à aucune des qualifications nommées du droit positif.

Mais le *sui generis* signifie-t-il davantage ? Fait-il avancer l'entreprise de qualification ? Est-il porteur d'un contenu ? Pour certains, le *sui generis* est dépourvu de tout contenu positif. Il n'est ni une catégorie, ni même une véritable qualification, dans le sens où qualifier un droit de *sui generis* n'impliquerait même pas que celui-ci forme un ensemble cohérent appréhendable en tant qu'unité. Ainsi, le droit d'auteur serait sans doute « un droit parfaitement *sui generis*, rétif à toute insertion dans l'une des catégories du droit civil »[1846],

[1844] J.-L. BERGEL, *Rapport général*, préc., p. 214.
[1845] M. PAINCHAUX, *La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?*, préc., p. 1567.
[1846] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 250, n°368.

mais le choix de cette terminologie aurait une portée uniquement négative : elle consisterait seulement à refuser au droit d'auteur toute autre qualification unitaire. A l'inverse, aucune portée ne pourrait positivement être associée à ce classement en *sui generis* : le droit d'auteur ne serait « pas un ensemble unitaire mais hétérogène »[1847], aucune analyse globale ne pourrait en être proposée et ses composantes devraient dissociées les unes des autres et rattachées chacune à telle ou telle catégorie du droit commun. Autrement dit, voir dans le droit d'auteur un droit *sui generis* reviendrait, peu ou prou, à refuser d'y voir un véritable droit, au sens de prérogative juridique déterminée, identifiée et circonscrite par le droit positif.

Nous ne pouvons rejoindre cette acception. Le *sui generis* est davantage que ce néant. D'une part, et à propos du droit d'auteur, l'analyse nous paraît inexacte, car elle refuse toute véritable reconnaissance à ce droit que le législateur consacre pourtant expressément comme une unité, un véritable droit subjectif[1848] affectant une chose à une personne, une prérogative juridique assortie d'une sanction particulière et prévue *a priori*. D'autre part, et de manière plus générale, il ne nous paraît pas raisonnable de vider à ce point le *sui generis* de toute substance. Puisque l'on en appelle au *sui generis*, c'est bien que l'on se place dans une démarche de qualification, et cela implique que l'on ait identifié un objet en quête de qualification : le droit d'auteur, comme le droit des autres créateurs, est donc un ensemble de prérogatives juridiques dont se dégage une certaine unité. Il n'est pas possible de dire que le droit d'auteur se borne à désigner un ensemble de pouvoirs qui se juxtaposent sans s'unir, par plus qu'il n'est raisonnable de suggérer que la qualification de *sui generis* consiste à exclure un droit des catégories connues *précisément parce qu'il ne serait pas un droit*. Cela reviendrait à nier qu'il puisse exister des droits irréductibles aux catégories déjà connues. On s'enfermerait encore une fois dans cette impasse (hors des catégories du droit civil, et surtout hors de la propriété, point de salut) que le *sui generis* avait vocation à dépasser. En résumé, dire d'un droit qu'il est *sui generis*, et ici de celui du créateur, c'est forcément au minimum admettre qu'il existe en tant qu'unité, qu'il constitue un droit subjectif reconnu par le droit positif, et que, négativement, il n'entre pas dans les catégories générales que ce dernier consacre.

Faut-il pour autant tomber dans l'excès inverse, et voir dans le *sui generis* une véritable catégorie juridique ? Le *sui generis* est-il conceptuellement assez fort pour, non seulement accueillir les laissés-pour-compte des catégories classiques, mais surtout les fédérer autour d'un tronc commun qui suffise à faire de lui davantage qu'une catégorie fourre-tout

[1847] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préc., p. 252, n°370.
[1848] Sur la notion, voir par exemple J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 179.

dépourvue d'unité ou de cohérence ? La réponse est bien évidemment négative. Il est vain de chercher dans ces irréductibles de véritables points communs qui les réunissent tous. Il est déraisonnable d'investir le *sui generis* d'une telle mission, celle de proposer un régime juridique à la fois cohérent et spécifique, qui non seulement épouserait les formes multiples des objets qu'il réunit, mais aussi se poserait en véritable concurrent des catégories connues. Le *sui generis* n'a pas l'étoffe d'une véritable catégorie. En effet, il faudrait pour cela qu'il soit « gage de sécurité et de prévisibilité juridiques »[1849], or il se borne à rassembler « des montages atypiques et inclassables par ailleurs »[1850].

Peut-on alors, plus modestement, se servir du *sui generis* comme d'un tremplin vers de nouveaux horizons ? Parmi tous les irréductibles, peut-on en isoler certains qui se ressemblent, et les réunir au sein d'une catégorie nouvelle ? Autrement dit, le *sui generis* peut-il – doit-il – produire une catégorie, déboucher sur davantage que la simple reconnaissance de l'originalité irréductible de tel ou tel droit ? Pour nous en tenir aux droits *sui generis* qui nous intéressent, peut-on imaginer trouver dans le *sui generis* les prémisses d'un *droit du créateur* en tant que tel ?

On l'a vu, la démarche n'est pas neuve et beaucoup d'auteurs s'y sont déjà essayés. Pour eux, le *sui generis* ne constitue pas en lui-même une catégorie, mais il a engendré des catégories qui se sont posées en concurrentes de la propriété, comme les droits intellectuels, les droits de clientèle, nées de la reconnaissance préalable du caractère *sui generis* du droit du créateur. Pourtant, nous avons dit qu'elles ne nous paraissaient pas convaincantes.

A cet effet, nous voulons souligner que, selon nous, ce n'est pas l'incorporalité de la création qui, fondamentalement, réunit les droits de propriété intellectuelle et les oppose aux droits de propriété classiques. Ce qui rapproche les droits des différents créateurs, c'est en effet non pas leur objet dans sa nature physique immatérielle, ni même dans sa nature morale empreinte de la personnalité de son créateur (parce que seule l'œuvre de l'esprit est véritablement imprégnée de la personnalité de son auteur). C'est finalement la nature publique de la création qui la caractérise dans son essence de chose : elle a une propension naturelle et irrésistible à circuler, et une vocation juridique à être partagée plutôt que confisquée. Elle est une chose dynamique, qui doit rester insaisissable, échapper à l'emprise d'un seul. La saisir, l'asservir, la confisquer (par un droit de propriété), contredit son essence au point de compromettre ce qui fait son noyau dur, au point de la dénaturer.

C'est bien ce caractère particulier, commun à toutes les créations, et inconnu des biens

[1849] M. PAINCHAUX, *La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?*, préc., p. 1571.
[1850] M. PAINCHAUX, *La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?*, préc., p. 1567.

traditionnels, qui explique et détermine leur régime juridique. En négatif, il conduit à exclure tout ce qui caractérise la propriété : la possession matérielle, l'exclusivisme, l'absolutisme, la liberté, l'aliénabilité. En positif, il dessine effectivement un véritable tronc commun qui autorise à voir dans le droit des créations une catégorie en tant que telle. Quel qu'il soit, le créateur a en effet toujours un pouvoir de maîtrise de sa création, qui lui est affectée à titre principal et sans qu'aucune personne ne puisse prétendre à un pouvoir égal ou supérieur au sien. Il peut donc se dire maître de la création, du moins par rapport aux tiers. Mais quant au contenu de sa maîtrise, il est dessiné par référence à la finalité que le Droit choisit d'assigner à cette affectation. En conséquence, le créateur ne détient jamais tous les pouvoirs sur toutes les utilités de sa création. Parce qu'elle a vocation à – et obligation de – circuler, le créateur doit partager la création avec les tiers, et se plier aux directives de l'autorité.

Ceci suffit-il à former une catégorie nouvelle, née du *sui generis* ? Nous ne sommes pas à même d'en juger. Il faut d'ailleurs rappeler que la démarche reste avant tout essentiellement gratuite, une quête idéelle à la recherche d'une satisfaction purement intellectuelle. En effet, le régime juridique de ces droits est d'ores et déjà bien assuré, puisque le législateur se montre prolixe, et le droit commun des biens pallie ses éventuelles insuffisances. Il existe bien entendu quelques points discutés (comme la possession, l'occupation) et l'absence de systématisation globale laisse la place à quelques insuffisances (par exemple l'absence d'un véritable régime de publicité). Des auteurs[1851] appellent de ses vœux l'élaboration d'un régime juridique commun aux créations, à la fois pour combler les derniers silences des lois spéciales, et pour réaliser une certaine unité – si toutefois celle-ci est possible et même souhaitable (quant aux conditions de naissance du droit ou quant au délai de protection ?). Mais en définitive, il faut reconnaître que la sécurité juridique n'est pas sérieusement menacée par l'absence d'une qualification désignant les droits du créateur et faisant office de véritable catégorie.

En résumé, la *qualification* de *sui generis* nous convient, parce qu'elle consiste à reconnaître l'originalité du droit du créateur, et à renoncer à forcer les portes de la propriété. Mais le *sui generis* n'est pas une *catégorie*, il n'en a pas le contenu. Et techniquement, il n'est pas indispensable qu'il *débouche* sur une catégorie, parce que la sécurité juridique du créateur n'est pas menacée. Qualifier le droit du créateur en *sui generis* n'est pas un coup d'épée dans l'eau, puisque cela revient à admettre l'altérité de sa nature juridique, et c'est déjà beaucoup. Mais ce n'est pas non plus une révolution : en soi, le classement en *sui generis* ne modifie ni

[1851] Par exemple J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 249 ; Ch. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle,* JCP 2004.I.162.

la nature ni le régime du droit du créateur. Toutefois, c'est la perception du droit du créateur, et la place de la création dans notre système juridique, qui s'en ressentent. Et par retour de bâton, sans doute le contenu du droit du créateur s'en trouvera-t-il réajusté, à plus ou moins longue échéance.

En tout cas, nous avons revu nos ambitions à la baisse, en admettant de renoncer à une catégorisation du droit du créateur et de nous arrêter à une simple qualification, qui plus est en termes de droit *sui generis*. Il est temps, pour terminer, de revoir nos ambitions à la hausse : en délaissant la propriété, le droit du créateur ne préfigure-t-il pas le renouvellement des piliers de notre système juridique ?

b. Les ressources idéelles du droit prospectif

651. Pour l'instant, nous avons admis, modestement, que l'hégémonie de la propriété, mode premier de réservation, connait des limites et tolère en conséquence des exceptions : certaines formes de réservation lui échappent, et trouvent chacune leur place à ses côtés, sans plus se perdre en elle, mais sans prétendre à davantage qu'une simple, et ponctuelle, distinction. Pour l'heure, il y a une place en droit positif pour le droit du créateur.

Toutefois, peut-on aller plus loin, détrôner la propriété, la déchoir, la faire descendre de son piédestal ? Peut-on substituer à notre système moniste – monothéiste, pourrait-on dire – de réservation par la propriété un système dualiste, qui reposerait sur une opposition entre la propriété et une autre forme de réservation d'envergure égale, susceptible d'accueillir les créations, mais également et pourquoi pas les droits patrimoniaux ou les valeurs extrapatrimoniales ?

Nos derniers développements s'organisent donc autour de deux idées. Pour nous, cela ne fait pas de doute, il faut rompre avec notre culte de la propriété. Contre toute attente, cela pourrait se révéler plus facile que prévu : il semble bien que la rupture soit déjà consommée. Reste – seulement ? – à en prendre acte.

652. Il faut envisager un véritable bouleversement, une remise en cause fondamentale des notions fondatrices de notre système juridique. La place de la propriété, la protection des biens, la réservation de la valeur, le rôle du créateur, la légitimité de l'exclusion autorisée par la loi, sont autant de questions qu'il faut repenser.

C'est d'abord le paradigme de la propriété qu'il faut revisiter, et désacraliser. Notre droit des biens est organisé « en système clos, reposant sur un pilier unique. Nous répugnons à

démultiplier les principes et les sphères de justice, à accepter que les droits spéciaux soient autre chose qu'un démembrement du Droit commun »[1852]. « Construit sur la propriété et pour la propriété, le droit des biens »[1853] a vocation à appréhender toutes les choses par ce seul mécanisme.

Ce monothéisme propriétaire n'est d'ailleurs pas si surprenant : si l'on élargit le spectre de notre examen, on se rend compte que c'est en réalité tout notre *monde* qui s'organise de la sorte, en vase clos, en cercle fermé, reposant sur un socle unique. Le « monologisme »[1854] n'est pas seulement juridique : nous ne connaissons qu'une seule source de contrainte – l'Etat –, qu'une seule incarnation de l'autorité – le président de la république, et avant lui le Roi –, nous croyons en un seul Dieu, en une seule Eglise (sainte et apostolique…), nous jugeons efficace un seul système économique – l'échange –, etc…. Le « monologisme juridique » n'est donc qu'une des multiples traductions de notre propension irrépressible à la « monolâtrie »[1855], entendue comme le fait d'adopter systématiquement le culte du « un seul », et qui caractérise notre manière de concevoir le monde.

Si l'on rétrécit maintenant ce spectre, notre incapacité à dépasser le modèle de la propriété dans l'analyse du droit du créateur est la conséquence directe de « l'enfermement étroit dans lequel nous a confiné la modernité juridique occidentale. Celle-ci nous a habitués depuis trois siècles à raisonner selon un schéma binaire : un bien est soit privé soit public »[1856]. « La dichotomie propriété privée/propriété publiée (est regardée) comme l'épine dorsale de la seule relation concevable entre l'homme et les biens »[1857]. Le communisme comme mode de répartition des biens étant durablement discrédité, c'est forcément par la propriété privée, exclusive et individuelle, que passe la réservation. On ne conçoit pas d'autre voie[1858].

Or, cette vision monologique est dépassée. De la même manière que c'est désormais « le paradigme de la pluralité des mondes qui s'impose progressivement »[1859], la « question des relations de l'homme au monde matériel ne devrait pas être ramenée à celle de la propriété en

[1852] D. GUTMAN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique*, préc., p. 77.
[1853] G. LOISEAU, *Pour un droit des choses*, Dalloz 2006, chr. p. 3015, n°1.
[1854] E. LE ROY, *Sous les pavés du monologisme juridique. Prolégomènes anthropologiques*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions, 2014, p. 91.
[1855] P. Veyne, cité par E. LE ROY, *Sous les pavés du monologisme juridique, préc.*, p. 91.
[1856] B. PARANCE et J. de SAINT VICTOR, *« Commons, biens communs, communs » : une révolution juridique nécessaire*, préc., p. 14.
[1857] V. MANNINO, *Le « bien commun » : la fausse impasse du droit romain et du droit savant*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions, 2014, p. 36.
[1858] Dans ce sens, J. ROCHFELD, *Quel modèle pour construire des « communs » ?*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions, 2014, p. 104.
[1859] E. LE ROY, *Sous les pavés du monologisme juridique,* préc., p. 92.

elle-même »[1860]. Sans doute, à la Révolution, la propriété privée, individuelle et exclusive, fut conçue comme la condition, l'outil de la liberté, et l'on rejeta précisément son antithèse, les communs, pour rompre avec la féodalité[1861]. Mais la propriété privée n'est pas le seul mode de réservation des choses, l'exclusion de tous et la confiscation au profit d'un seul ne sont pas la seule manière de consacrer le pouvoir d'une personne sur une chose. Cette forme d'appropriation a fait son œuvre, en affranchissant l'individu. Si elle ménage effectivement une sphère d'autonomie au propriétaire, elle conduit également à l'isolement, celui du propriétaire, mais aussi celui des tiers. Pour cette raison, le lien entre propriété privée et liberté doit parfois être rompu. Aujourd'hui, c'est d'une toute autre forme de liberté dont l'homme a besoin, et corrélativement, c'est une toute autre forme de réservation que le Droit doit promouvoir : « une liberté d'avoir accès à la jouissance de certaines ressources »[1862], consacrée par un « droit de ne pas être exclu »[1863].

Dans le domaine des créations (mais pas seulement), des voix s'élèvent depuis les années 1990 pour vanter les mérites d'une articulation – d'une cohabitation – entre la propriété exclusive du créateur et l'usage concurrent qu'en revendiquent les tiers. Les commons proposent une conceptualisation de la relation à la chose qui correspond à ce schéma, et qu'il faut donc redécouvrir. Si ce concept de commons trouve en doctrine plusieurs traductions très différentes[1864], l'une d'entre elles fait particulièrement écho à notre sentiment quant à la nature du droit du créateur. L'analyse d'un auteur, J. Rifkin[1865], s'insère dans ce schéma. Il propose une conceptualisation véritablement alternative à la propriété : il oppose la propriété, synonyme d'exclusion et d'isolement, à ce qu'il nomme un « droit d'accès », reposant au contraire sur « l'accès et l'inclusion ». Il serait donc – enfin – possible de concevoir deux modes concurrents de réservation : l'appropriation pourrait être « exclusive » ou « inclusive »[1866]. Un second auteur nomme ce mécanisme « transpropriation »[1867]. Le bien est réservé à un propriétaire, qui détient sur lui un droit de propriété classique au sens d'exclusif.

[1860] C. ATIAS, *Ouverture*, préc. , p. 11.

[1861] Dans ce sens, par exemple F. ZENATI-CASTAING, *Le crépuscule de la propriété moderne, essai de synthèse des modèles propriétaires*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 227 ; G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ?*, préc., p. 742, n°2.

[1862] J. ROCHFELD, *Quel modèle pour construire des « communs » ?*, préc., p. 123.

[1863] *Ibidem*.

[1864] Par exemple M. CLEMENT-FONTAINE, *Internet et la résurgence des « communs »*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions 2014, p. 261.

[1865] J. RIFKIN, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, trad. M. Saint-Upéry, La découverte, 2005, cité par J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 325, n°31. Voir aussi J. ROCHFELD, *Quel modèle pour construire des « communs » ?*, préc., p. 123.

[1866] B. PARANCE et J. de SAINT VICTOR, *«* Commons*, biens communs, communs » : une révolution juridique nécessaire*, préc., p. 12.

[1867] F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 2003, cité par J. ROCHFELD, *Quel modèle pour construire des « communs » ?*, préc., p. 124.

Mais dans le même temps, certains individus sont titulaires sur ce même bien d'un droit, dont l'objet se limite à certains usages particuliers. L'on retrouve bien ici le schéma du droit du créateur, mais également celui des communs du droit féodal.

Cette nouvelle voie ne doit pas effrayer. Tout dépend de l'acception que l'on en retient, mais dans cette version nuancée, la « doctrine du « bien commun » n'est pas un retour au collectivisme »[1868] : on ne prétend pas retirer entièrement les créations à leur créateur pour en faire de véritables « biens communs », sans maître attitré, mais seulement tempérer l'exclusivisme du créateur par un partage – partiel – de certaines utilités de la création. Et plus globalement, ce schéma juridique nouveau ne vise pas à remplacer purement et simplement la propriété privée mais à la compléter ponctuellement, à épouser les contours de certains biens, lorsque cette dernière se révèle inadaptée. On propose de « cantonner la propriété à la théorie individualiste et libérale, qui a été inventée à l'époque moderne (…) et tenter de penser par un autre concept que la propriété les relations sociales qu'il n'est pas opportun de soumettre à l'intérêt privé et au monopole souverain d'un individu »[1869].

C'est d'ailleurs ici que nous refusons de suivre J. Rifkin : il va plus loin, considérant que nous nous trouvons dans une période de transition entre ces deux systèmes, et incline à « remplacer le modèle de la propriété privée par une « logique de l'accès » ; elle en serait le substitut « post-moderne » »[1870]. Pour nous, cela revient à remplacer un dieu par un autre, à s'enfermer à nouveau dans un système monothéiste, à prétendre que tous les biens peuvent être traités de la même manière puisqu'un seul mode de réservation – quel qu'il soit par ailleurs – peut y suffire. Pourquoi persister à gommer la diversité des situations, la richesse des choses et ce qui fait leur singularité ? Pourquoi refuser que le Droit connaisse différentes formes de relations à la chose ? Il n'est pas nécessaire d'éradiquer la propriété privée, il suffit de mettre un terme à son impérialisme, en laissant une place à ses côtés pour une autre forme de relation à la chose. Il ne s'agit pas de passer d'un système monologique à un autre, d'une propriété féodale partiaire à une propriété révolutionnaire exclusive, puis inversement. Pourquoi ne pas choisir une cohabitation, une « coexistence pacifique entre la propriété absolue de l'article 544 du code civil et les « propriétés » simultanées de l'Ancien Droit »[1871] ? « Ne peut-on pas (…) admettre la capacité du droit français des biens à accueillir simultanément deux systèmes d'appropriation, le premier officiellement marqué par l'absolutisme dont le code civil le revêt,

[1868] B. PARANCE et J. de SAINT VICTOR, *« Commons, biens communs, communs » : une révolution juridique nécessaire*, préc., p. 20.
[1869] J.-P. CHAZAL, *La propriété : dogme ou instrument politique ?*, RTDCiv. 2014, p. 787, note 12.
[1870] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 325, n°31 et p. 350, n°44.
[1871] G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ?*, préc., p. 744, n°5.

et le second, conventionnel, reprenant l'idée d'une maîtrise partagée des biens ? »[1872]. N'est-ce pas ce que la Cour de cassation tente de nous dire[1873] ?

653. Avec le paradigme de la propriété, c'est donc aussi celui du bien qu'il faut interroger : c'est seulement à propos de certains biens que la propriété doit être déchue « en tant que modèle d'appropriation »[1874] au profit d'un « modèle alternatif »[1875]. Le Code n'appréhende les choses que comme l'objet potentiel d'une affectation privative, « ne concevant le destin des choses que comme offertes à la propriété »[1876]. Or, si « l'on a pris l'habitude de voir les choses comme des objets de désir, il est peut-être temps d'en regarder certaines comme des objets de respect »[1877]. Et d'en tirer les conséquences : les choses n'ont pas toutes vocation à faire l'objet d'une réservation privative. Certaines d'entre elles ont précisément vocation à échapper à ce schéma. « (C)ertains types de choses, dont la fonction sociale pose leur rapport à la personne autrement que dans une relation d'appartenance, appellent effectivement une attention particulière, qui ne peut leur être portée qu'en les sortant de la compétition des biens »[1878]. C'est donc tout à la fois la qualité de biens de certaines choses et leur capacité à faire l'objet d'une propriété qu'il faut repenser. Il faut « briser la circularité carcérale d'une définition juridique du bien souvent avancée, et qui veut que le bien au sens juridique du terme équivale à la chose susceptible d'appropriation »[1879].

Un auteur, S. Vanuxem, fait écho à ce sentiment. Elle veut rompre avec la vision de la chose comme l'opposé de la personne, objet quand la personne est sujet, moyen quand la personne est fin. Elle rejette cette conception qui ne rend pas compte de ces « entités » qui ne sont ni des choses-objets ni des personnes-sujets, qu'elle nomme « hybrides proliférant de choses et de personnes »[1880] et dans lesquelles elle classe par exemple les œuvres de l'esprit ou les attributs de la personnalité. Elle propose de « modifier notre manière de concevoir les choses et les personnes afin que ces mixtes de choses et de personnes puissent être pleinement accueillis »[1881]. A cet effet, elle remet en cause le paradigme du bien, en posant que « les biens ne sont plus (…) une espèce appartenant au genre des choses. (…)Les *choses* sont des

[1872] *Ibidem*.
[1873] Voir Civ. 3e, 31 oct. 2012, RTDCiv. 2013, p. 141.
[1874] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 325, n°31.
[1875] *Ibidem*.
[1876] G. LOISEAU, *Pour un droit des choses*, préc., p. 3015, n°1.
[1877] G. LOISEAU, *Pour un droit des choses*, préc., p. 3015, n°2.
[1878] *Ibidem*.
[1879] D. GUTMAN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique*, préc., p. 77.
[1880] S. VANUXEM, *Du propriétaire-souverain au propriétaire-habitant*, préc., p. 97.
[1881] *Ibidem.*

milieux, (…) les *biens*, identifiés aux droits, sont des places dans les choses qu'occupent certaines personnes privilégiées : les propriétaires »[1882]. Corrélativement, la propriété est « une faculté des personnes (…) d'habiter les choses »[1883].

Ces définitions permettent à l'auteur de renvoyer une image originale de la relation entre les personnes et les choses : le propriétaire est « une personne habitant une chose, un environnement, dont elle se doit de respecter le règlement intérieur »[1884], la personne n'a pas la propriété de la chose elle-même, mais seulement de places dans la chose : ce sont les biens ou droits. La personne-propriétaire occupe effectivement une place privilégiée dans la chose, mais « la communauté des autres personnes peut toujours en user »[1885]. Et si la personne-propriétaire peut s'opposer à l'usage que les autres personnes se proposent de faire de la chose, les usages admissibles de la chose ne sont pas déterminés par le propriétaire mais par la destination de la chose. Comment mieux dire qu'il s'agit d'en finir avec le mécanisme classique de la relation chose-personne qu'est la propriété ? Et comment mieux décrire cette relation qui unit l'auteur et son œuvre, partant, le droit du créateur ?

Cependant, cette analyse ne nous apporte pas ce que nous recherchons : d'une part, elle s'apparente davantage à une réflexion fondamentale – philosophique – sur la place respective des choses et des personnes, et sur les vecteurs juridiques du pouvoir que les secondes exercent sur les premières. D'autre part, – et c'est sans doute une grande part du mérite que lui prête la doctrine – elle élabore une grille de lecture du droit positif qui conduit non seulement à gommer la différence entre les hybrides et les choses-objets classiques mais aussi à rassembler le tout sous l'égide ô combien rassurante de la propriété. Autrement dit, il s'agit encore une fois, même si la méthode est ici véritablement nouvelle, de proposer une nouvelle définition de la propriété, capable d'absorber tous les biens. Nous avons déjà dit à de nombreuses reprises ce que nous pensions de cet attachement à la propriété, et de cette obsession du monologisme.

Au demeurant, beaucoup d'auteurs soulignent que le droit positif prend déjà en compte la particularité de certains biens. Ils citent pêle-mêle le corps humain, les animaux, les choses communes[1886], les biens environnementaux[1887], les biens culturels[1888], les biens d'intérêt

[1882] S. VANUXEM, *Du propriétaire-souverain au propriétaire-habitant*, préc., p. 94.
[1883] *Ibidem*.
[1884] S. VANUXEM, *Du propriétaire-souverain au propriétaire-habitant*, préc., p. 98.
[1885] S. VANUXEM, *Du propriétaire-souverain au propriétaire-habitant*, préc., p. 100.
[1886] G. LOISEAU, *Pour un droit des choses*, préc., p. 3015, n°2.
[1887] M. MEKKI, *Quel avenir pour l'environnement*, dans *L'avenir du droit des biens*, Colloque 7 mars 2014.
[1888] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 238.

général, les biens personnels, les biens de dignité[1889], les immeubles classés monuments historiques, les médicaments essentiels[1890]. Ils relèvent alors que le droit positif prend en compte leur singularité en tant que biens, et adapte en conséquence le régime de leur propriété. Mais c'est bien ce qui nous laisse insatisfaite : malgré leur altérité, ces choses continuent d'être appréhendées à travers les concepts traditionnels : ce sont des biens, fussent-ils singuliers, et ils font l'objet d'une forme de propriété, aussi originale soit-elle. L'on ne sort pas du carcan de la propriété, alors qu'il importe justement de « briser (cette) circularité carcérale » !

Quant à nous, nous nous intéressons bien entendu aux créations. A leur égard, la même remarque peut être faite : « nous sommes comme enfermés dans le cercle suivant : puisque les réalités immatérielles ont de la valeur, il est inévitable qu'elles soient appréhendées par le droit ; il faut donc qu'elles soient des biens, puisqu'à l'exception des personnes morales, ces réalités immatérielles ne sont pas des personnes ; et puisqu'il faut qu'elles soient des biens, il faut nécessairement qu'elles soient appropriables. Voici le vice fondamental de l'enchaînement : pour donner prise au droit, les réalités immatérielles sont autoritairement encadrées par l'*a priori* du bien et de la propriété »[1891]. Même si le régime juridique de leur réservation prend en compte leur singularité, on le rattache toujours, de près ou de loin, à une forme de propriété, parce que l'on est incapable de sortir véritablement de ce carcan.

Pour nous, la relation entre le créateur et sa création ne se conçoit pas en termes de propriété exclusive ou d'appartenance privative. Elle renvoie sans doute à l'idée de réservation, dans le sens où le Droit organise sa protection à travers la reconnaissance d'un droit qui l'affecte à une personne. Mais la notion plus neutre de titularité nous paraît plus exacte. Pour être franche, c'est dans l'idée de répartition – par opposition à celle de confiscation – que nous trouvons l'esprit du droit du créateur. Et c'est dans le mécanisme du partage – par opposition à celui de l'exclusion – que nous trouvons sa nature juridique. Pour s'en convaincre, il nous suffit de comparer le propriétaire, *seul* maître de son bien, et maître de *tout* son bien, avec le créateur, qui n'est jamais *seul* maître à bord (il partage sa maîtrise avec les exploitants et avec le public), pas plus qu'il ne maîtrise *toute* sa création (les utilités jugées « gratuites » lui sont confisquées d'office par le public, et les utilités « économiques » sont réparties, plus souvent par contrainte de fait ou de droit que par choix, entre lui et un mais plus souvent plusieurs exploitants). L'exclusivité échoue à définir le droit du créateur. « La dimension collective fait

[1889] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 253.
[1890] J. ROCHFELD, *Quel modèle pour construire des « communs » ?*, préc., p. 124.
[1891] D. GUTMAN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique*, préc., p. 77.

partie de l'économie même (…) des propriétés intellectuelles »[1892].

654. La rupture avec la propriété n'est pas seulement nécessaire, elle est déjà consommée. Notre examen du droit positif nous en a convaincue à propos du droit du créateur. Ce n'est qu'un exemple parmi d'autres. Aujourd'hui, sous couvert d'exceptions ponctuelles à une propriété encore définie comme exclusive, absolue et individuelle, de nombreux biens sont en réalité protégés par un droit qui s'en distingue fondamentalement, et qui gagnerait à être reconnu pour ce qu'il est – ou au moins pour ce qu'il n'est pas, une propriété.

C'est bien là le nœud du problème pour nous : les modes alternatifs de réservation ne sont pas inconnus en droit positif, ils prolifèrent. Mais ils sont ignorés par les acteurs du Droit qui s'enferment dans leur horizon étriqué, borné par la propriété. Ils « partagent (…) les mêmes méthodes pour sauvegarder leur modèle, lequel aurait normalement dû être abandonné de longue date, tant le droit positif lui inflige d'innombrables démentis. (…) Pour le dire vite, on enseigne que le droit est, en principe, absolu mais un peu relatif et limité tout de même, exclusif mais pas toujours, unitaire mais seulement si on en retient une vision restreinte »[1893]. Ils refusent de tirer les conséquences de ce qu'ils refusent de voir. En réalité, le règne de la propriété a d'ores et déjà pris fin. Le droit du créateur en constitue une preuve flagrante[1894], et c'est seulement la résistance délibérée des acteurs du Droit, relayée par la résilience d'une terminologie multiséculaire[1895], qui expliquent que l'on puisse aujourd'hui encore affecter d'en ignorer la consécration.

Il faut accepter d'ouvrir les yeux sur notre modèle. « Il est grand temps de délester notre appareil doctrinal de la figure du propriétaire souverain. Elle nous empêche de voir ou d'assumer franchement que le propriétaire n'est pas seul au monde avec sa chose, que ses pouvoirs sont limités, non pas par exception ou anomalie, mais par principe »[1896].

Il faut aussi et surtout changer de terminologie. Le recours au vocable de propriété n'est pas une simple question de forme. Persister à parler de propriété à propos du droit du créateur, c'est sans doute faire mentir le droit positif tel que nous l'avons découvert au cours de notre examen. Mais c'est aussi manipuler – consciemment ou pas – les acteurs du Droit, en leur faisant croire que la propriété est la seule manière de réserver la création. C'est encore malmener le créateur comme le public, en les forçant à couler leurs intérêts dans un moule qui

[1892] M. CORNU, *Avant-Propos*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 8.
[1893] J.-P. CHAZAL, *La propriété : dogme ou instrument politique ?*, préc., p. 770.
[1894] Dans ce sens, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 326.
[1895] Par exemple, M. XIFARAS, *Propriété : un ou plusieurs modèles et lesquels ?*, dans *Les modèles propriétaires au XXIe siècle*, Direction M. Cornu, 2012.
[1896] J.-P. CHAZAL, *La propriété : dogme ou instrument politique ?*, préc., p. 787.

les dénature. Même si l'on en retient des conceptions de plus en plus accueillantes, au point parfois d'appeler propriété – partiaire ou simultanée – un schéma très exactement contraire à la propriété du Code civil, on continue envers et contre tout de s'enfermer dans ce vocable. On est ainsi toujours conduit à concevoir le partage des utilités d'une chose comme une exception, une entorse, un bémol, une nuance, etc…, en tout cas une situation qu'il faut envisager avec circonspection, voir avec méfiance, et qu'il faut avant tout cantonner au strict minimum. Cette démarche n'est-elle pas singulièrement paralysante ?

Pour conclure, le droit du créateur est sans doute un fauteur de trouble, qui met à mal les cadres de notre droit des biens, et en péril notre système juridique. Mais il se double d'un prophète : il cristallise les insuffisances de notre droit positif, il catalyse ses résistances, et enfin il incarne le renouveau. Rédempteur, il met un terme à l'hégémonie oblitératrice de la propriété. Salvateur, il restaure l'équilibre et la mesure dans notre droit des biens. Précurseur, il préfigure l'avènement d'un ordre nouveau, dans lequel les choses ne seraient pas toutes et toutes entières confisquées par l'Homme armé de la propriété, mais dans lequel c'est à l'Homme que l'on confisquerait – parfois – ce pouvoir de propriété. A travers la propriété, c'est la liberté de l'Homme qui s'en trouve remise en cause[1897]. Certaines choses appellent une autre forme de réservation : une relation axée sur le partage plutôt que l'exclusion. Il ne s'agit plus d'affecter une chose à un homme, qui l'asservit par sa volonté, pour satisfaire son intérêt personnel. Il s'agit, à propos des créations, d'affecter l'homme à la chose, qui l'asservit par sa destination, pour satisfaire sa vocation au partage, et partant, l'intérêt général. N'est-on pas alors dans une sorte de propriété inversée (où l'on voit que l'on est finalement incapable de s'affranchir complètement de ce terme…) ?

[1897] Dans ce sens, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 350, n°44.

BIBLIOGRAPHIE FRANÇAISE

Articles

- A. ABELLO, *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché »*, dans *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341.
- E. AGOSTINI, *Corporel et incorporel, Etre, Voir et Avoir*, D. 2004, chr. 821.
- C. ALBIGES, *L'obligation d'exploiter un bien*, RTDCiv. 2014, p. 795.
- S. ALMA-DELETTRE, *Marque : nature juridique du droit*, dans *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 1004, p. 348.
- S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 25 et s.
- J. ANTIPPAS, *Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité*, RTDCiv. 2012, p. 35.
- A.-J. ARNAUD, Imperium *et* Dominium : *Domat, Pothier et la codification*, dans *Souveraineté et Propriété*, Revue Française de Théorie Juridique, Droits, n°22, PUF nov. 1995, p. 55.
- C. ATIAS, *Ouverture*, dans *Destins du droit de propriété*, Revue Française de Théorie Juridique, Droits, n°1, PUF, mars 1985, p. 5.
- C. ATIAS, *La distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face*, dans *L'analyse économique du Droit*, Colloque d'Aix-en-Provence, RRJ 1987-2, p. 485.
- L. AYNES, *Les caractères de l'usufruit*, Droit et patrimoine 2005, p. 42.
- J. AZEMA, *La protection juridique des nouvelles techniques*, Mélanges dédiés à P. Mathély, Litec 1990, p. 43.
- T. AZZI, *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, RTDCiv. 2007, p. 227.
- T. AZZI, *La cession à titre gratuit du droit d'auteur*, RIDA 2013, p. 91.
- H. BATIFFOL, *Problèmes contemporains de la notion de biens*, dans *Les biens et les choses*, APD t. 24, p. 9 et s.
- E. BAUD, *Contentieux du droit des marques : la liberté d'expression menace-t-elle le monopole du titulaire de marque ?*, dans *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 405.
- F. BELLIVIER, *Matériaux et résultats de la recherche en génétique humaine : richesses sans propriétaires ?*, dans *Renouveau du droit de propriété ?*, Droit et patrimoine 2001, p. 56.
- V.-L. BENABOU, *La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien*, dans *Renouveau du droit de propriété ?*, 4èmes rencontres juridiques de l'Université Lumière-Lyon 2, Droit et patrimoine n°91, mars 2001, p. 84.
- F. BENHAMOU, *De l'appropriation du texte lorsque disparaît le livre : réflexions à propos du livre numérique*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 45.
- A. BENSOUSSAN, *Droit de l'innovation, droit à l'innovation : un droit en devenir*, dans *Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, Droit et Patrimoine 2003, n°119, p. 68.
- J.-L. BERGEL, *Rapport général*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 203 et s.
- J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, p. 255 et s.
- J.-L. BERGEL, *Servitudes et autres droits réels spéciaux*, dans *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec Lexis-Nexis, Carré Droit, 2009, p. 85.
- L.P. BIRRA, *Le droit d'auteur est-il une nouvelle forme de propriété ?*, Mémoire du DEA de Droit Privé, sous la direction de C. Colombet, 1996.
- N. BINCTIN, *Droit d'auteur et droit des successions*, RIDA 2012, p. 3.
- N. BINCTIN, *Le régime matrionial de l'auteur*, RIDA 2012, p. 45.
- J.-B. BLAISE et J. HUET, *Commerce électronique et Code de commerce*, dans *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 423.
- G. BLANC-JOUVAN, *Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle*, dans Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 455.
- G. BLANLUET, *Brèves réflexions sur la propriété économique*, dans *Renouveau du droit de propriété ?*, Droit et patrimoine 2001, p. 80.
- G. BONET, RTDE 1995, p. 844.
- G. BONET, *Préface,* dans J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, Thèse Paris II, Litec, IRPI, t. 31, 2007.
- G. BONET, *Avant-propos*, dans A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Thèse, Litec, IRPI, t. 24, 2004.

- V. BONNET, *La durée de la propriété*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2002, p. 273.
- E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, RIDA 2011, p. 69.
- J.-M. BRUGUIERE, *Propriété intellectuelle et choses communes*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 39.
- J.-M. BRUGUIERE, *Préface*, dans B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Thèse, Defrénois, t. 33, 2008.
- J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, *Propriété intellectuelle et droit à l'image*, dans *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 1004, p. 407.
- J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, *Proposition de loi sur le droit à l'image. Pitié pour les juristes !*, D. 2003, p. 2643.
- P. BRUNET, *Rapport français, Les garanties de la propriété par le juge constitutionnel*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 531.
- A. BURGE, *Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTDCiv. 2000, p. 1.
- J.-J. BURST, *La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ?*, Mélanges dédiés à P. Mathély, Litec 1990, p. 93.
- M. BUYDENS, *L'intérêt général, une notion protéiforme*, dans *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, sous la direction de M. Buydens et S. Dusollier, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 49.
- CAMBACERES, *Premier projet du Code civil de Cambacérès*, Livre II, Titre 2, dans P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, p. 40.
- A. CANDIAN, *Rapport italien, Les nouveaux biens*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 291.
- G. CANIVET, *Le droit doit-il protéger l'innovation ?*, dans *Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, Droit et Patrimoine 2003, n°119, p. 60.
- Ch. CARON, *Les virtualités dangereuses du droit de propriété*, Defrénois 1999, p. 897.
- Ch. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée*, D. 2001, chr., p. 3421.
- Ch. CARON, *Le droit à l'image des biens : le propriétaire peut s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal*, JCP 2004.II.10085.
- Ch. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle,* JCP 2004.I.162.
- Ch. CARON, *Les contrats d'exploitation de l'image de la personne*, dans *L'image*, Journée nationale, Tome VIII, Grenoble, Association Henri Capitant, Dalloz, 2005, p. 95.
- Ch. CARON, *Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle*, Droit et patrimoine 2005, p. 90.
- Ch. CARON, *Quelques considérations sur le phénomène du* peer-to-peer, dans *La propriété intellectuelle en question(s), regards croisés européens*, Colloque des 16-17 juin 2005, Litec, IRPI, 2006, p. 105.
- Ch. CARON, *Préface*, dans Ch. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse, Litec, 2008, Collections du CEIPI, t. 55.
- C. CARREAU, *Propriété intellectuelle et abus de droit*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 17.
- S. CARRE, *Exceptions : courte citation, représentation accessoire…,* dans *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 1004, p. 155.
- S. CARRIE, *La qualification des modes d'exploitation en ligne des œuvres*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 365.
- R. CASSIN, *L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit*, Mélanges M. Plaisant, Sirey, 1960, p. 225.
- C. CASTETS-RENARD, *La proposition de loi visant à donner un cadre juridique au droit à l'image : une occasion manquée*, P.A. 6 janv. 2004, n°4, p. 7.
- P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne,* RTDCiv. 1966, p. 185 et s.
- P. CATALA, *La « propriété » de l'information*, Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p. 97 et s.
- P. CATALA, *L'évolution du droit des biens*, rapport de synthèse, Troisièmes journées Savatier, Poitiers, Oct. 1990, p. 181.
- P. CATALA, *Au-delà du droit d'auteur*, Ecrits en hommage à Jean Foyer, PUF 1997, p. 215.
- P. CATALA, *L'immatériel et la propriété,* dans APD 1999, *Le droit et l'immatériel*, p. 61 et s.
- P. CAYE, *La belle propriété, Architecture palladienne et droit de propriété*, dans APD 1996, *Droit et esthétique*, Sirey, p. 159.

- B. CHATEAU, *L'évolution de la propriété littéraire et artistique*, L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes journées Savatier, Poitiers, oct. 1990, p. 167.
- J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, RTDCiv. 2000-3.
- J.-P. CHAZAL, *La propriété : dogme ou instrument politique ?*, RTDCiv. 2014, p. 763.
- M. CLEMENT-FONTAINE, *Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 51.
- M. CLEMENT-FONTAINE, *Internet et la résurgence des « communs »*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions 2014, p. 261.
- J. COMBEAU, T. SUEUR, *Un monument en péril : le système des brevets en Europe*, dans *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 95.
- G. CORNU, *L'expression corporelle dans le langage du droit*, Mélanges D. Tallon, Société de législation comparée 1999, p. 45.
- M. CORNU, *L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres*, RTDCiv. 2000, p. 697 et s.
- M. CORNU, *L'image des biens publics*, dans *L'image*, Journée nationale, Tome VIII, Grenoble, Association Henri Capitant, Dalloz, 2005, p. 77.
- M. CORNU, *Avant-Propos*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 7.
- J. DABIN, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, Rev. Crit. Légis. & Juris. 1939, p. 413.
- J. DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTDCiv. 1962, p. 20.
- C. DE DORLODOT, *Le concept de la propriété dans les droits de l'antiquité*, Rev. Dr. Intl. & Dr. Comp., vol. 35, 1958, p. 7.
- B. DE ROQUEFEUIL, *Le statut juridique des logiciels libres : un régime juridique qui n'est pas unifié*, Gaz. Pal. 18 janv. 2007, p. 49.
- H. DESBOIS, *La conception française du droit moral de l'auteur*, Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 519.
- X. DESJEUX, *Le « Character Merchandising » et le droit français*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, 1991, p. 193.
- P. DEUMIER, *Le contrôle de l'image des biens en droit privé*, dans *L'image*, Journée nationale, Tome VIII, Grenoble, Association Henri Capitant, Dalloz, 2005, p. 55.
- F. DE VISSCHER, *Du jus abutendi*, RTDCiv. 1913, p. 341.
- N. DISSAUX, *Quel avenir pour le patrimoine*, dans *L'avenir du droit des biens*, Colloque 7 mars 2014.
- E. DREYER, *Pitié pour le Code civil !*, P.A. 6 mai 2004, p. 3.
- W. DROSS, *Une approche structurale de la propriété,* RTDCiv. 2012, p. 419.
- W. DROSS, *La perpétuité des droits réels* sui generis, JCP G 2012.930, p. 1557.
- W. DROSS, *L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel*, note sous Civ. 3e, 31 oct. 2012, RTDCiv. 2013, p. 141, n°1.
- S. DRUFFIN-BRICCA, *La mauvaise volonté en droit des biens*, dans *Volonté et biens, Regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 299.
- A. DUFOUR, *Notion et division des choses en droit germanique*, APD 1979, p. 96.
- S. DUSOLLIER, *Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition,* Propriétés intellectuelles, 2006, n°20, p. 281.
- B. EDELMAN, *Création et banalité*, D. 1983, chr. p. 73.
- B. EDELMAN, *Commentaire de la loi du 3 juillet 1985*, ALD 1987, p. 25.
- B. EDELMAN, *De la propriété-personne à la valeur-désir*, D. 2004, Doctrine, p. 155.
- A. EICHENBAUM-VOLINE, *L'applicabilité du concept de propriété aux œuvres de l'esprit*, Mémoire du DEA de Philosophie du droit, sous la direction de B. Oppetit, 1996.
- M. FABRE-MAGNAN, *Propriété, patrimoine et lien social*, RTDCiv. 1997, p. 583 et s.
- A. FAVREAU, *Le droit d'auteur et le droit des successions*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 181 et s.
- R. FERNAY, *Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur*, RIDA, 1981, p. 165.
- J. FOYER, *Le droit de la propriété industrielle à la fin du XXe siècle*, Mélanges J. Derruppé, Litec 1991, p. 379.
- R. FRANCESCHELLI, *Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur,* Mélanges P. Roubier, Dalloz 1961, p. 453.
- A. FRANCON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, Dalloz 1976, chr. p. 55.
- A. FRANCON, *Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de Common Law*, RIDA, p. 3.
- F. FRENETTE, *Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues*, Les Cahiers de Droit, 1979, vol. 20, p. 447.

- M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRE-FORNACCIARI, *Quelques remarques sur le droit de propriété*, dans *Vocabulaire Fondamental du Droit*, APD 1990, t. 35, p. 233.
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété*, dans *Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Mélanges P. Catala, Litec 2001, p. 759.
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Vers une rente pour autrui*, dans *Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, Droit et Patrimoine 2003, n°119, p. 73.
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine*, dans *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Colloque, Dalloz, 2004, p. 165.
- C. FRUTEAU, *De l'exclusion des idées*, dans *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, sous la direction de M. Vivant, Dalloz 2004, p. 78.
- J.-C. GALLOUX, *Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français,* Les Cahiers du Droit, 1989, p. 1011.
- J.-C. GALLOUX, *Du droit de l'inventeur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit fabuleux*, Revue juridique Thémis, vol. 25, 1991, p. 65.
- J.-C. GALLOUX, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, D. 1994, chr. p. 229.
- J.-C. GALLOUX, *Le droit des brevets en fin de XXe siècle : éclatement ou recomposition ?*, Mélanges J.-J. Burst, Litec 1997, p. 207.
- J.-C. GALLOUX, *Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ?*, *Liber amoricum* George Bonet, IRPI, Litec 2010, p. 199.
- J. GAUDEMET, Dominium – Imperium. *Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne*, dans *Souveraineté et Propriété*, Revue Française de Théorie Juridique, Droits, n°22, PUF nov. 1995, p. 3.
- P. GAUDRAT, *Loi n°98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement Européen sur les bases de données*, RTDCom. 1998, p. 598, et 1999, p. 86 et 398.
- P. GAUDRAT et M. VIVANT, *Marchandisation*, dans *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Colloque, Dalloz, 2004, p. 31.
- P. GAUDRAT, *Le droit d'auteur au lendemain de la transposition*, RTDCom. 2006, p. 814.
- P. GAUDRAT, *L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957*, RIDA juillet 2009, p. 1.
- P. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, RTDCom. 2009, p. 323.
- P. GAUDRAT, *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?*, RTDCom. 2011, p. 562.
- Ph. GAUDRAT, *La structure juridique des propriétés intellectuelles*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 179.
- P.-Y. GAUTIER, *L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabiniens,* D. 1988, chr., p. 152.
- P.-Y. GAUTIER, *Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français*, RIDC 1994, p. 507.
- P.-Y. GAUTIER, *Rapport de synthèse*, APD t. 42, *L'immatériel et le droit*, p. 233 et s.
- P.-Y. GAUTIER, *La protection juridique de l'innovation aux confluents de l'économie et de l'éthique*, dans *Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, Droit et Patrimoine 2003, n°119, p. 70.
- C. GEIGER, *De la nature juridique des limites au droit d'auteur, une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux*, Prop. Int., oct. 2004, p. 882.
- C. GEIGER, *La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle*, D. 2010, chr. 510.
- S. GINOSSAR, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, RTDCiv. 1962, p. 573.
- J.C. GINSBURG, *Droit d'auteur et propriété de l'exemplaire d'une œuvre d'art : étude de droit comparé*, RIDC 1994, p. 811.
- J.C. GINSBURG, *Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international privé*, Mélanges A. Françon, Dalloz 1995, p. 245.
- B. GLEIZE, *L'image et la propriété*, dans *Image et droit*, sous la direction de P. Bloch, L'Harmattan, 2002, p. 17.
- B. GLEIZE et J.-M. BRUGUIERE, *Propriété intellectuelle et droit à l'image*, dans *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 1004, p. 407.
- B. GLEIZE et J.-M. BRUGUIERE, *Proposition de loi sur le droit à l'image. Pitié pour les juristes !*, D. 2003, p. 2643.
- G. GOLDSTEIN, *La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne,* RJT 1990, vol. 24, p. 505.

- J.-L. GOUTAL, *Présomption de titularité des droits d'exploitation au profit des personnes morales : la Cour de cassation maintient sa jurisprudence*, RIDA 1/1998, p. 65.
- F. GOTZEN, *Le droit d'auteur en Europe :* quo vadis *? Quelques conclusions après la transposition de la directive d'harmonisation dans la société de l'information,* RIDA 2007, p. 3.
- S. GOYARD-FABRE, *La chose juridique dans l'idéalisme moderne*, APD 1979, p. 151.
- C. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, APD 1979, p. 259.
- D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique*, dans APD 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 65 et s.
- D. GUTMANN, *La nature de l'image*, dans *L'image*, Journée nationale, Tome VIII, Grenoble, Association Henri Capitant, Dalloz, 2005, p. 5.
- F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTDCiv. 1982, p. 705.
- J.-L. HALPERIN, *Propriété et souveraineté de 1789 à 1804*, dans *Souveraineté et Propriété*, Revue Française de Théorie Juridique, Droits, n°22, PUF nov. 1995, p. 67.
- J. HENRIOT, *De l'obligation comme chose*, APD 1979, p. 235.
- M.-A. HERMITTE, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels*, APD 1985, *La jurisprudence*, p. 331.
- F. HEPP, *Le droit d'auteur, « propriété incorporelle » ?*, RIDA 1958, p. 161.
- M. HIANCE, *La propriété industrielle, un outil de développement économique*, dans *La propriété intellectuelle en question(s), regards croisés européens*, Colloque des 16-17 juin 2005, Litec, IRPI, 2006, p. 9.
- Y. HIGUCHI, *Rapport général, Les garanties de la propriété dans une mutation de la vie économique*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 495.
- J. HUET, *Droit de l'informatique : la liberté documentaire et ses limites, ou les banques de données à l'épreuve du droit d'auteur*, D. 1984, chr., p. 129.
- J. HUET et J.-B. BLAISE, *Commerce électronique et Code de commerce*, dans *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 423.
- B. HUMBLOT, *L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 123.
- B. HUMBLOT, *Droit commun et protection des marques d'usage*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 241.
- B. HUMBLOT, *Vices de l'invention : les recours du cessionnaire contre le cédant*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 281.
- A. IONASCO, *La nature juridique du droit de copropriété*, Etudes réunies en l'honneur de M. de Juglart, LGDJ 1986, p. 21.
- P. JESTAZ, *Prescription et possession en droit français des biens*, D. 1984, chr., p. 27.
- S. JOLY, *Teneur des droits : le droit moral au cœur du dispositif du droit d'auteur*, dans *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 2004, p. 137.
- S. JOLY, *L'ordre public et le droit d'auteur*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 343.
- L. JOSSERAND, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau,* dans Mélanges Sugyiama, p. 100.
- P. JULIEN, *Les clientèles civiles, remarques sur l'évolution de leur patrimonialité*, RDCiv., vol. 71, p. 14.
- P. KAMINA, *De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles*, RRJ 1998-3, p. 881.
- P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques,* RTDCiv. 1971, p. 445.
- F. KENDERIAN, *L'image des biens : nouveau droit subjectif ou faux débat ?*, D. 2002, Doctrine p. 1161.
- F. KENDERIAN, *Le fondement de la protection de l'image des biens, propriété ou responsabilité ?*, Dalloz 2004, Doctrine p. 1470.
- A. KEREVER, *Le droit d'auteur est-il anachronique ?*, Droit d'Auteur, 1983, p. 369.
- C. KRAMPE, *Obligation comme bien, Droit français et droit allemand,* dans *L'obligation,* APD, t. 44, 2000, p. 205.
- T. LANCRENON, *Epitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur*, RIDA 2009, p. 1.
- G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire*, RTDCiv. 2013, p. 741.
- C. LARRERE, *Propriété et souveraineté chez Rousseau*, dans *Souveraineté et Propriété*, Revue Française de Théorie Juridique, Droits, n°22, PUF nov. 1995, p. 39.
- A. LATREILLE, *L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet de droit d'auteur,* D. Aff. 2002, chr., p. 299.

- D. LEFRANC, *Le nouveau public (réflexions comparatistes sur les décisions « Napster » et « MP3.com »)*, D. 2001, p. 107.
- A.-V. LE FUR, *L'acte d'exploitation de la chose d'autrui*, RTDCiv., p. 429.
- D. LEGEAIS, *Rapport français, La propriété sûreté*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 419.
- R. LEGEAIS, *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, RIDC 1990, p. 677.
- H. LEPAGE, *L'analyse économique et la théorie du droit de propriété,* dans *Destins du droit de propriété*, Revue Française de Théorie Juridique, Droits, n°1, PUF, mars 1985, p. 91.
- E. LE ROY, *Sous les pavés du monologisme juridique. Prolégomènes anthropologiques*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions, 2014, p. 81.
- Ch. LE STANC, *L'exception de possession personnelle antérieure*, dans *Inventions et droits antérieurs*, 7e rencontre de propriété industrielle, Lyon 1978, Litec 1979, p. 109.
- Ch. LE STANC, *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées »*, D. 1993, chr., p. 4.
- Ch. LE STANC, *Rapport introductif*, dans *L'image*, Journée nationale, Tome VIII, Grenoble, Association Henri Capitant, Dalloz, 2005, p. 1.
- P. LE TOURNEAU, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin),* RTDCiv. 1988, p. 505.
- P. LE TOURNEAU, *Peut-on entonner le requiem du parasitisme ?*, D. 2001, p. 1226.
- G. LEYTE, Imperium *et* Dominium *chez les glossateurs*, dans *Souveraineté et Propriété*, Revue Française de Théorie Juridique, Droits, n°22, PUF nov. 1995, p. 19.
- R. LIBCHABER, *L'usufruit des créances existe-t-il ?*, RTDCiv. 1997, p. 615.
- R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 297.
- G. LOISEAU, *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français*, McGill L. J., vol. 42, 1997, p. 319.
- G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Dalloz 1999, chr. p. 245.
- G. LOISEAU, *Typologie des choses hors du commerce*, RTDCiv. 2000, p. 47.
- G. LOISEAU, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, dans *Renouveau du droit de propriété ?*, Droit et Patrimoine 2001, p. 59.
- G. LOISEAU, *La nature juridique du nom de domaine*, Droit des technologies avancées, 2001, p. 129.
- G. LOISEAU, *L'article 2279 du Code civil ne s'applique pas à une licence de débit de boissons*, JCP G 2006.II.10143.
- G. LOISEAU, *Pour un droit des choses*, Dalloz 2006, chr. p. 3015.
- G. LOISEAU, *Droit à l'image. Le droit patrimonial à l'image en attente*, JCP G 2009.II.10025.
- G. LOISEAU, *La crise existentielle du droit patrimonial à l'image*, D. 2010, p. 450.
- H.-J. LUCAS, *Introduction*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 9.
- A. LUCAS, *La responsabilité civile du fait des « choses immatérielles »*, dans *Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Mélanges P. Catala, Litec 2001, p. 817.
- A. LUCAS, *Droit des biens et biens spéciaux, L'exemple de la propriété intellectuelle,* dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 15.
- E. MACKAAY, *L'économie des droits de propriété émergeants sur l'Internet*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, vol. 9, p. 282.
- E. MACKAAY, *La propriété intellectuelle et l'innovation – Analyse économique du droit*, dans *Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, Droit et Patrimoine 2003, n°119, p. 61.
- A. MAFFRE-BAUGE, *Le formalisme contractuel en droit d'auteur*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 265.
- B. MAGERAND, *L'image des biens*, RRJ 2004, p. 149.
- D. MAINGUY et J.-M. MOUSSERON, *La liberté d'exploitation de l'industriel*, Mélanges J.-J. Burst, Litec 1997, p. 349.
- D. MAINGUY, *Propriété et contrat*, dans *Renouveau du droit de propriété ?*, Droit et patrimoine 2001, p. 73.
- N. MALLET-POUJOL, *Naissance extraordinaire des droits de propriété intellectuelle*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 19.
- N. MALLET-POUJOL, *Droit d'auteur et droit de la concurrence : à propos de l'abus de position dominante en droit d'auteur*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 211.
- N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, *Introduction*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 13.

- L. MANDERIEUX, *Perspective historique sur le droit des brevets : réflexions et éléments de discussion sur le brevet, entre propriété et contrat*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 87.
- V. MANNINO, *Le « bien commun » : la fausse impasse du droit romain et du droit savant*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions, 2014, p. 35.
- N. MARTIAL, *Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles à l'aune de la réforme du droit des sûretés*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 307.
- N. MARTIAL-BRAZ, *Sûretés réelles et droit d'auteur : l'impossible union ?*, RIDA 2013, p. 51.
- R. MARTIN, *De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété*, p. 53.
- B. MATHIEU, *La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales*, D. 2001, chr., p. 13.
- M. MEKKI, *Quel avenir pour l'environnement*, dans *L'avenir du droit des biens*, Colloque 7 mars 2014.
- G. MORIN, *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, Mélanges G. Ripert, t. II, 1950, p. 3.
- P-E. MOYSE, *La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?*, McGill Law Journal, vol. 43, 1998, p. 507.
- J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT, *Les mécanismes de réservation et leur dialectique*, dans *L'information et le droit*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1988/1, p. 2.
- J.-M. MOUSSERON, *L'évolution de la propriété industrielle*, dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées Savatier, Poitiers, oct. 1990, p. 157.
- J.-M. MOUSSERON, *Responsabilité civile et droits intellectuels*, Mélanges A. Chavanne, Litec, 1990, p. 247 et s.
- J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, Mélanges A. Breton et F. Derrida, 1991, p. 277.
- J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, Mélanges A. Colomer, Litec 1993, p. 281.
- J.-M. MOUSSERON et D. MAINGUY, *La liberté d'exploitation de l'industriel*, Mélanges J.-J. Burst, Litec 1997, p. 349.
- J.-M. MOUSSERON, *Secret et contrat. De la fin de l'un à la fin de l'autre,* Ecrits en hommage à J. Foyer, PUF 1997, p. 257.
- H. MUIR-WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, RIDC 3-2000, p. 503.
- H. MUIR-WATT, *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain*, APD t.45, 2001, *L'américanisation du droit*, p. 29.
- P. MURAT, *Le contrôle de l'image de la personne en droit civil*, dans *L'image*, Journée nationale, Tome VIII, Grenoble, Association Henri Capitant, Dalloz, 2005, p. 17.
- B. NICHOLAS, *Le langage des biens dans la common law*, APD 1979, p. 55.
- S. NORMAND, *La propriété spatio-temporelle*, Les Cahiers de Droit, vol. 28, n°2, juin 1987, p. 272.
- S. NORMAND, *Rapport canadien, Les nouveaux biens*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 235.
- M. PAINCHAUX, *La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?*, RRJ 2004-3, p. 1571.
- B. PARANCE et J. de SAINT VICTOR, *«* Commons*, biens communs, communs » : une révolution juridique nécessaire*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions 2014, p. 9.
- J. PASSA, *La propriété de l'information : un malentendu ?*, dans *Renouveau du droit de propriété ?*, Droit et Patrimoine 2001, p. 64.
- J.-E. PERREAU, *Des droits de la personnalité*, RTDCiv. 1909, p. 501.
- S. PESSINA-DASSONVILLE, *Les attraits du droit de la propriété intellectuelle au regard du droit commun, à la lumière des droits des artistes-interprètes*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 79.
- L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle*, RIDA juillet 2005, p. 117.
- M.-C. PIATTI, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles. L'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques,* RTDCom. 2006, p. 1.
- A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, Mélanges M. De Juglart, LGDJ 1986, p. 55.
- R. PLAISANT, *Les conventions relatives au droit moral de l'auteur*, dans *Hommage à Desbois*, Dalloz 1974, p. 63.
- R. PLAISANT, *La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution*, dans *Mélanges A. Françon,* p. 351.
- R. PLAISANT, *L'auteur salarié et la propriété littéraire et artistique*, Droit d'auteur 1977, p. 262.

- F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit moral en France*, dans ALAI, *Le droit moral de l'auteur*, Congrès d'Anvers, 19-24 sept. 1993, Paris, p. 144.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Droit moral et droits de la personnalité*, JCP G 1994.I.3780.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Pour le droit moral*, Les cahiers de la propriété intellectuelle, vol. 7, p. 7.
- F. POLLAUD-DULIAN, *De la prescription en droit d'auteur*, RTDCiv. 1999, p. 585.
- F. POLLAUD-DULIAN, *L'existence d'un contrat de travail n'emporte pas dérogation à la jouissance des droits de propriété intellectuelle*, JCP G, 2002.II.10014.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Loi n°2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information,* RTDCom. 2006, p. 779.
- F. POLLAUD-DULIAN, *La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans : bilan et perspectives*, RIDA 2007, p. 3.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Nature du droit d'auteur*, RTDCom. 2008, p. 732.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Copie privée, nature juridique*, RTDCom. 2009, p. 131.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Le patrimoine et les biens qui le composent*, dans *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec Lexis-Nexis, Carré Droit, 2009, p. 15.
- F. POLLAUD-DULIAN, *La présomption prétorienne de titularité du droit d'auteur dans l'action en contrefaçon : la jurisprudence* Aéro *à l'épreuve du temps,* RTDCom. 2011, p. 45.
- C. POURQUIER, *La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit*, RTDCom. 2000, p. 569.
- R.-M. RAMPELBERG, *Pérennité et évolution des* res incorporales *après le droit romain*, dans APD 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 35.
- L. RAVILLON, *Le recours à la technique du « premier arrivé, premier servi » dans le droit des nouvelles technologies, ou comment gérer la rareté des ressources naturelles ou informatiques*, JCP 2000.I.273.
- J. RAYNARD, J.-M. MOUSSERON et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, Mélanges A. Colomer, Litec 1993, p. 281.
- J. RAYNARD, *Le tiers au pays du droit d'auteur*, JCP 1999.I. 138, p. 962.
- J. RAYNARD, *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier*, Mélanges J.-J. Burst, p. 527.
- Y. REBOUL, *Avant-propos*, dans C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse, Litec, 2008, Collections du CEIPI, t. 55.
- M.-F. RENOUX-ZAGAME, *Du droit de Dieu au droit de l'Homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété*, dans *Destins du droit de propriété*, Revue Française de Théorie Juridique, Droits, n°1, PUF, mars 1985, p. 17.
- T. REVET, J.-M. MOUSSERON et J. RAYNARD, *De la propriété comme modèle*, Mélanges A. Colomer, Litec 1993, p. 281.
- T. REVET, *Notion de bien*, RTDCiv. 2001.
- T. REVET, *Clientèle civile*, RTDCiv. 2001, p. 167.
- T. REVET, *L'image des biens*, RTDCiv. 2001, p. 621.
- T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 271.
- T. REVET, *L'image de la personne est un bien*, RTDCiv. 2009, p. 342.
- T. REVET, *La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel*, RTDCiv. 2010, p. 584.
- T. REVET, Cons. Const. Décis. n°2011-193, RTDCiv. 2012, p. 342.
- T. REVET, *Un nouveau cas de propriété divisée*, RTDCiv. 2012, p. 553.
- Th. REVET, *Rapport de synthèse*, dans *L'avenir du droit des biens*, Colloque 7 mars 2014.
- L. RIGAUD, *A propos d'une renaissance du « jus ad rem » et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux*, RIDComp. 1963, p. 557.
- F. RIZZO, *Le sportif, son image et son patrimoine*, dans *Image et droit*, sous la direction de P. Bloch, L'Harmattan, 2002, p. 71.
- R. ROBAYE, *Du « dominium ex iure Quiritium » à la propriété du Code civil des Français,* Revue internationale des droits de l'antiquité, 1997, p. 311.
- A. ROBIN, *Destin ordinaire du droit de la propriété intellectuelle*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 205.
- A. ROBIN et N. MALLET-POUJOL, *Introduction*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 13.
- J. ROCHFELD, *Quel modèle pour construire des « communs » ?*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions, 2014, p. 103.
- T. ROOSEN, *Le droit d'auteur sur les réseaux numériques : droit réel ou droit virtuel ?*, Revue de droit U.L.B., 1996, p. 81.

- P. ROUBIER, *Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale*, RDCiv., vol. 50, p. 11.
- P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, RTDCiv. 1935, p. 251 et s.
- P. ROUBIER, *Unité et synthèse des droits de propriété industrielle*, Mélanges M. Plaisant, *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire, artistique*, Sirey, 1960, p. 161.
- A. SAINT-MARTIN, *Les spécificités de l'action en contrefaçon au regard du droit commun*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 57.
- J. de SAINT VICTOR et B. PARANCE, *« Commons, biens communs, communs » : une révolution juridique nécessaire*, dans *Repenser les biens communs*, CNRS Editions 2014, p. 9.
- G. SALORD, *Propriété collective et exclusivité : proposition d'une conciliation des contraires*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 193.
- F. SARDAIN, *La place du public dans la structure propriétaire du droit d'auteur*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 69.
- R. SAVATIER, *La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique et les problèmes du notariat*, JCP 1957.I.1398.
- R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, RTDCiv. 1958, p. 331.
- R. SAVATIER, *Le droit et l'échelle des valeurs*, Mélanges P. Roubier, Dalloz 1961, p. 441.
- R. SAVATIER, *L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français,* Mélanges Maury, p. 559.
- E.-M. SAVOURET, *Droit des biens incorporels, Incorporels : vers une adaptation de notre droit ?*, D. Aff. 1997, p. 750.
- J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé*, dans *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Colloque du 10 mars 2005, Editions Tec & Doc, p. 5.
- A. SERIAUX, *La notion juridique de patrimoine, brèves annotations civilistes sur le verbe avoir*, RTDCiv. 1994, p. 80.
- F. SIIRIAINEN, *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ?*, dans *Immatériel, nouveaux concepts,* Economica 2001, p. 127.
- P. SIRINELLI, *L'auteur face à l'intégration de son œuvre dans une base de données doctrinale. De l'écrit à l'écran,* D. 1993, chr., p. 323.
- P. SIRINELLI, *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, dans *Mélanges A. Françon,* Dalloz 1995, p. 397.
- J.-F. SPITZ, Imperium *et* Dominium *chez Locke*, dans *Souveraineté et Propriété*, Revue Française de Théorie Juridique, Droits, n°22, PUF nov. 1995, p. 27.
- J.-L. SOURIOUX, *Les exemples de Pothier*, RTDCiv. 2006, p. 493.
- Y. STRICKLER, *Droit des biens : évitons la dispersion*, D. 2007, p. 1149
- S. STROMHOLM, *Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement, Etude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957*, dans *Hommage à Desbois*, Dalloz, 1974, p. 73.
- A. STROWEL, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, Les cahiers de propriété intellectuelle, 1990, p. 161.
- T. SUEUR, J. COMBEAU, *Un monument en péril : le système des brevets en Europe*, dans *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 95.
- P. TAFFOREAU, *De la possession d'un droit d'auteur par une personne morale*, Com. com. électr. 2001, p. 9.
- P. TAFFOREAU, *Possession et propriété intellectuelle*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 111.
- E. TARDIEU-GUIGUES, *Transmission du droit de marque et du fonds de commerce*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 293.
- F. TERRE, *Variations de sociologie juridique sur les biens*, APD 1979, p. 17.
- F. TERRE, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, dans *Destins du droit de propriété*, Revue Droits, PUF, 1985, p. 33.
- D. TERRE-FORNACCIARI et M.-A. FRISON-ROCHE, *Quelques remarques sur le droit de propriété*, dans *Vocabulaire Fondamental du Droit*, APD 1990, t. 35, p. 233.
- F. X. TESTU, *L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux*, JCP G 2012, n°1400, p. 2352.
- Ph. THERY, *Préface*, dans M. Laroche, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Thèse Defrénois, t. 24, 2007.
- A. TOURNIER, *Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?*, p. 19.

- M. TORRE-SCHAUB, *La place de l'analyse économique dans le droit américain du copyright, l'affaire Napster, entre usage légitime, droit à exclure et pouvoir de marché*, dans *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 385.
- R. TUCK, *Natural Rights Theories, Their Origin and Development*, 1971, p. 7.
- R. VAN DEN BERGH, *Le droit civil face à l'analyse économique du droit*, RIDEco. 1988, p. 229.
- S. VANUXEM, *Du propriétaire-souverain au propriétaire-habitant*, dans *Volonté et biens, regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 93.
- M. de VAREILLES-SOMMIERES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, RTDCiv. 1905, p. 443 et s.
- L. VAUNOIS, *L'évolution du droit moral*, Mélanges M. Plaisant, Sirey 1960, p. 295.
- C. VERBAERE, *Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention*, RRJ 1999-3, p. 685.
- S. VICENTE et J.-P. CHAZAL, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, RTDCiv. 2000-3.
- J.-P. VIENNOIS, *La revendication des créances*, RRJ 2001-4, p. 1421.
- M. VILLEY, *Droit subjectif I. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, dans *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969.
- M. VILLEY, *Préface historique*, dans *Les biens et les Choses*, APD t. 24, p. 1.
- M. VIVANT, *Informatique et propriété intellectuelle*, JCP 1984.I.3169.
- M. VIVANT et J.-M. MOUSSERON, *Les mécanismes de réservation et leur dialectique*, dans *L'information et le droit*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1988/1, p. 2.
- 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, p. 275.
- M. VIVANT, *Logiciel 94 : tout un programme ?*, JCP 1994.I.3792.
- M. VIVANT, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 415.
- M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et ordre public,* dans *Jean Foyer, auteur et législateur,* Ecrits en hommage à Jean Foyer, PUF 1997, p. 307.
- M. VIVANT, *Le droit d'auteur, un droit de l'Homme ?*, RIDA 1997, p. 61.
- M. VIVANT, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles,* Mélanges C. Mouly, Litec 1998, p. 441.
- M. VIVANT et P. GAUDRAT, *Marchandisation*, dans *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Colloque, Dalloz, 2004, p. 31.
- M. VIVANT, *Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété…*, Prop.intell., 2007, p. 193 et s.
- M. VIVANT, *Préface*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007, p. 11.
- M. VIVANT, *Préface*, dans *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, A. Abello, LGDJ, 2008.
- M. VIVANT, *An 2000 : L'information appropriée ?*, dans *Mélanges J.-J. Burst*, p. 651.
- J.-L. VULLIERME, *La chose, (le bien) et la métaphysique*, APD 1979, p. 32.
- M. XIFARAS, *Propriété : un ou plusieurs modèles et lesquels ?*, dans *Les modèles propriétaires au XXIe siècle*, Direction M. Cornu, 2012.
- F. ZENATI, *Sur la constitution de la propriété*, D. 1985, chr., p. 171.
- F. ZENATI, *Le droit des biens dans l'œuvre du Doyen Savatier*, dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées Savatier, Poitiers, oct. 1990, p. 13.
- F. ZENATI, *Préface*, dans T. Revet, *La force de travail*, Thèse, Litec, 1992.
- F. ZENATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTDCiv. 1993, p. 305 et s.
- F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, APD tome 43, *L'immatériel et le droit*, Sirey, 1999, p. 79.
- F. ZENATI, *La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsycose de la valeur)*, dans *Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Mélanges P. Catala, Litec, 2001, p. 605.
- F. ZENATI, *Du droit de reproduire les biens*, Dalloz 2004, chr. 962.
- F. ZENATI-CASTAING, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTDCiv. 2006, p. 445.
- F. ZENATI-CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil. Etude critique*, RTDCiv. 2009, p. 211.
- F. ZENATI-CASTAING, *Le crépuscule de la propriété moderne, essai de synthèse des modèles propriétaires*, dans *Les modèles propriétaires*, LGDJ 2012, p. 225.

Thèses

- A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, Thèse, LGDJ, 2008.
- J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, Thèse, LGDJ, BDP t. 159, 1979.
- S. BECQUET, *Le bien industriel*, Thèse, BDP t.448, LGDJ, 2005.
- J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, Thèse, BDP t. 226, LGDJ, 1996.
- P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Thèse, 2007, LGDJ, BDP t. 489.
- N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Thèse, Dalloz, NBT, 2010.
- R. BOFFA, *La destination de la chose*, Thèse, Defrénois, t. 32, 2008.
- A. BORIES, *Le formalisme dans les contrats d'auteur*, Thèse, PU Aix-Marseille, 2010.
- E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, Thèse, PU Rennes, 2013.
- A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Thèse, Litec, IRPI, t. 24, 2004.
- J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, Thèse Paris II, Litec, IRPI, t. 31, 2007.
- M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèse, LGDJ, BDP t. 464, 2006.
- C. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, Thèse, Editions universitaires européennes, 2010.
- M. CLEMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier, Ercim, 2006.
- J. DERRUPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Thèse Toulouse, 1951.
- Y. DIRINGER, *Gestion collective des droits d'auteur et droit de la concurrence*, Thèse, PUF Aix-Marseille, 2011.
- L.-H. DUNOYER, *Blackstone et Pothier*, Thèse Paris 1927.
- Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004.
- S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Thèse, LGDJ, 1960.
- B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Thèse, Defrénois, t. 33, 2008.
- P. GOURDON, *L'exclusivité*, Thèse, LGDJ, BDP t. 455, 2006.
- S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles, Contribution à l'étude du droit des créations*, Thèse, Litec, 2004.
- S. JOLY, *L'ordre public et le droit d'auteur*, dans *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007.
- M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique. Etude de droit comparé et de droit international privé*, éd° GNL Joly 1995.
- B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, Thèse, PUAM, 2008.
- C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, L'Harmattan, 2009.
- O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, Thèse, LGDJ, 1983.
- M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Thèse, Defrénois, t. 24, 2007.
- B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PU Aix-Marseille, 2006.
- J. LAURENT, *La propriété des droits*, Thèse, LGDJ, BDP t. 537.
- M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Thèse, Economica 1989.
- Ch. LE STANC, *L'acte de contrefaçon de brevet d'invention,* Thèse, Litec, Collection du CEIPI, 1977.
- C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Thèse, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2001.
- G. LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat,* Thèse, LGDJ, BDP t. 274, 1997.
- A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité, Etude de droit comparé français et allemand*, Thèse, PU Aix-Marseille, 2002.
- M. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Thèse Paris, 1900.
- G. MICHAELIDES-NOUAROS, *Le droit moral de l'auteur. Etude de droit français, de droit comparé et de droit international*, Paris, 1935.
- J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, Thèse, LGDJ, BDP, t. 23, 1961.
- C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse Montpellier 1999.
- P. ORTSCHEIDT, *La possession en droit civil français et allemand*, Thèse Strasbourg 1977.
- B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Thèse, LGDJ, 2008.

- S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Thèse, LGDJ, 2006.
- A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse, Dalloz, NBT, 2001.
- O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Thèse, Larcier, Coll. CIC.
- F. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théorie du droit*, Thèse, Lille II, 2004.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Thèse, LGDJ, 1989.
- C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, Thèse, PUF, 2000.
- S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Thèse, Litec, IRPI, 2009.
- J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Dalloz, 1927.
- S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites, Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, Thèse Paris Dauphine, 2007.
- J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Litec, 1990.
- P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Thèse.
- T. REVET, *La force de travail*, Thèse, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992.
- G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUF Clermont-Ferrand, 2005.
- P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Thèse.
- C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse, Litec, 2010.
- P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985.
- A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Thèse, Bruylant, LGDJ, 1993.
- I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, Thèse, LGDJ, 2006, BDP t. 471.
- J.-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers*, Thèse Paris II, Economica, 1981.
- S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, Thèse, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 35, 2012.
- M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, Thèse, Litec, Collection du CEIPI, 1977.
- C. WITZ, *La fiducie en droit français*, Thèse, 1981, Economica.
- M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, PUF, Coll. Fondements de la politique, 2004.
- F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, Thèse Université Jean Moulin 1981.

Encyclopédies

- J. AUDIER, *Propriété, Droit d'accession*, Jurisclasseur civil, Fasc. 80, 1998.
- J. AUDIER, *Droits dont les biens peuvent être l'objet*, Jurisclasseur 1998, Fasc. 543.
- J.-S. BERGE, *Nature du droit d'auteur, Objet matériel*, Jurisclasseur 2001, Fasc. 1130.
- N. BINCTIN et Ch. CARON, Jurisclasseur, *Propriété littéraire et artistique,* Fasc. 1510, 2008.
- Ch. CARON et V. RANOUIL, *Propriété*, Juris-Classeur civil 2001, fasc. 10.
- Ch. CARON et N. BINCTIN, Jurisclasseur, *Propriété littéraire et artistique,* Fasc. 1510, 2008.
- H. DESBOIS, *Propriété littéraire et artistique*, Encyclopédie Dalloz, 1974.
- J. DJOUDI, *Occupation*, Rép. Civ. Dalloz 2003.
- J. DJOUDI, *Possession*, Rép. Civ. Dalloz 2002.
- B. EDELMAN, *Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur, Nature du droit d'auteur, Principes généraux,* Jurisclasseur civil, fasc. 1112, 2001.
- M. FABRE-MAGNAN, *Biens, Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels*, Jurisclasseur, Droit civil, Art. 527 à 532, Fasc. 70, 1996.
- P. GAUDRAT, *Propriété littéraire et artistique. Droits des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9)*, Jurisclasseur civil, fasc 1210, 2001.
- P. GAUDRAT, *Propriété littéraire et artistique*, Rép. Civ. Dalloz, 2007.
- P. GAUDRAT, *Droits des auteurs (…) Droit de représentation*, Jurisclasseur PLA, Fasc. 1242.
- P. KAIGL, *Biens sans maître*, Jurisclasseur 1997, Fasc. 20.
- R. LIBCHABER, *Biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002.
- G. LOISEAU, *Biens meubles par nature ou meubles corporels*, Jurisclasseur 2003, Fasc. 60.
- V. RANOUIL et Ch. CARON, *Propriété*, Juris-Classeur civil 2001, fasc. 10.
- A. SERIAUX, *Propriété*, Répertoire civil Dalloz, janvier 2001.
- F. SIIRIAINEN, *Théorie générale de la gestion collective, Logique de droit exclusif de la gestion collective*, Jurisclasseur PLA, Fasc. 1550, 2006.

- J.-J. TAISNE, *Prescription et possession, Prescription : domaine d'application*, Jurisclasseur Civil, Art. 2226 et 2227, Fasc. 30, 2002.

Ouvrages généraux

- J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 7e éd., 1998.
- J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2004.
- M. BUGNET, *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Paris, 1846.
- J. CARBONNIER, *Flexible droit.*
- F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9e éd., 2011.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1998. et 8e éd. 2000.
- G. GOUBEAUX, *Les personnes*, Traité de J. Ghestin, LGDJ 1989.
- R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 9e éd., sous la direction de S.GUINCHARD et G. MONTAGNIER, Dalloz, 1993.
- J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008.
- R. LINDON, *Dictionnaire juridique, Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.
- Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 7e éd..
- MARCADE, *Explication du code civil*, 7e éd, t. 2.
- R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome I, 6e éd., Editions Domat Montchrestien 1947, p 390, n°280.
- P. OURLIAC et J de MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien Droit*, *Tome II, Les biens*, Collection Thémis, PUF, 1961, p. 93, n°53.
- A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989.
- J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011.
- H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2002.
- R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui, 2e série : l'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, Dalloz, 1959.
- F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 5e éd., 2000.
- F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis Dalloz ; 6e éd., 1996.
- J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, Champs Université Flammarion, 2e éd., 2003.
- M. VIVANT, sous la direction de, *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004.
- A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, 3e éd. 1973.

Ouvrages de droit des biens

- C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Cosse, Marchal et Cie, 4e éd., 1869.
- C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, Tome II, 6e éd. Par E. BARTIN, 1935, Paris, Librairie Marchal et Billard.
- Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Litec, 10e éd., 2009 ; 9e éd., 2007 ; 4e éd., 1999.
- G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription*, 1905.
- J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CINAMONTI, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 1999 ; 2e éd., 2010.
- P. BERLIOZ, *Droit des biens*, Ellipses, 2014.
- R. BEUDANT et P. LEREBOURGS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français, Tome I, Introduction et explication du titre préliminaire du code civil*, avec la collaboration de Mme BEQUIGNON-LAGARDE, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1934, p. 734, n°666.
- J. CARBONNIER, *Les biens, Droit civil*, t. 3, 19e éd., PUF 2000.
- J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004.
- C. CARON et H. LECUYER, *Le droit des biens*, Dalloz, 2002.
- F. CHABAS, H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, Montchrestien, 8e éd., 1994.
- A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 1, refondu par L. JULLIOT de la MORANDIERE, Dalloz, 1953, p. 1018, n°1825.

- G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 9e éd., 1999 ; et *Droit civil, Les biens*, Montchrestien, 13e éd., 2007.
- W. DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012.
- L. GUILLOUARD, *Traité de la Prescription*, Tome I, Paris, 1900.
- L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Recueil Sirey, 1932.
- C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, Economica, 5e éd. 2006.
- P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les biens, La publicité foncière*, Paris, Cujas, 4e éd. mise à jour par Ph. THERY, 1998.
- P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 2004 ; 3e éd., 2007 et 4e éd., 2010.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 2, Paris Sirey, 1961
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, par P. JOURDAIN, 1995.
- H., L., J. MAZEAUD & F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Biens*, 1994, par F. CHABAS.
- H. PERINET-MARQUET, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec Lexis-Nexis, Carré Droit, 2009.
- M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd., T. I, Paris, Cotillon, 1904.
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome III, Les biens*, 2e éd. par M. PICARD, LGDJ, 1952, p. 159, n°143.
- E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3e éd., 1908.
- F. C. SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, 7e éd., trad. H. Staedtler, Paris, 1866. P220
- B. STARCK, *Cours de droit civil*, Licence 2e année, 1969-1970, Cours de Droit.
- Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, Thémis Droit, 2006.
- F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 5e éd., 1999 ; 6e éd., 2002 et 7e éd., 2006.
- F. ZENATI & T. REVET, *Les biens*, PUF, 2e éd. 1997 et 3e éd., 2008.

Ouvrages de droit des propriétés intellectuelles

- C. ALLEAUME, *Propriété intellectuelle*, Montchrestien, 2010.
- J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6e éd., 2006.
- J.-M. BRUGUIERE et M. VIVANT, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1e éd., 2009.
- A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2001-2012.
- N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010.
- J.-M. BRUIGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2e éd., 2011.
- C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2e éd., 2009.
- C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9e éd., 1999.
- H. LE CROSNIER et M. DULONG de ROSNAY, *Propriété intellectuelle, Géopolitique et mondialisation*, Coll. Les Essentiels d'Hermès, 2013.
- H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978.
- M. DULONG de ROSNAY et H. LE CROSNIER, *Propriété intellectuelle, Géopolitique et mondialisation*, Coll. Les Essentiels d'Hermès, 2013.
- B. EDELMAN, *Droit d'auteur, Droits voisins, Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993.
- J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2000.
- J.-C. GALLOUX et J. AZEMA, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6e éd., 2006.
- H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, Objectif Droit, LexisNexis, 3e éd. 2013.
- P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 3e éd., 1999, 6e éd., 2007, 7e éd. 2010, 8e éd. 2012.
- P. et F. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, Litec, 7e éd., 2003.
- A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3e éd., 2006.
- A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexisnexis, 4e éd., 2012.
- L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, Thémis Droit, PUF, 2013.
- T. PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, 2002.
- J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2006.
- J.-L. PIERRE et J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, et Economica, 2011.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005.
- A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t .1, Paris, 1838.
- P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Recueil Sirey, 1954.
- J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007.

- M. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éditeur, 2004.
- M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1e éd., 2009, 2e éd. 2013.
- M. VIVANT, *Les créations intellectuelles et le droit*, *Le droit en questions,* Ellipses 1997.
- M. VIVANT, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 2003.
- M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Connaissance du droit, 2e éd., 2005, Dalloz.

Jurisprudence

- Cass. Req, 13 févr. 1834, S. 1834, 1, 205.
- CA Paris, 5 août 1844, DP 1844.2.117.
- CA Paris, 8 déc. 1853, S.1854.2, p. 109.
- Trib. civ. Seine, 3 févr. 1858, Ann. Prop. indus., 1859, p. 390.
- CA Paris, 14 nov. 1859, Ann. Prop. indus., 1859, p. 390.
- Cass. Req., 25 mai 1869, DP 1869, 1, 367.
- Trib. civ. Seine, 20 mars 1895, D., 1898.2.465.
- Civ., 25 juill. 1887, S. 1888, 1, 17.
- Civ., 14 mars 1900, DP 1900, 1, p. 497.
- Cass. Req., 23 mai 1900, DP 1902, I, p.405.
- Req., 30 oct. 1900, DP 1901, 1, 134.
- Civ. 25 juin 1902, DP 1903.1.5, note A. COLIN, concl. BAUDOUIN.
- CA Paris, 16 avr. 1908, DP 1909, 2, 119.
- Cass. Req., 3 févr. 1909, D.P., 1919-1-441.
- Civ., 14 nov. 1910, DP 1912.1.483.
- CA Paris, 17 mai 1923, Ann. Propr. Ind. 1927.4.
- Trib. Seine, 15 nov. 1927, D. 1927.2.89.
- CA Paris, 6 mars 1931, DP 1931, 2, p. 88.
- Paris, 29 nov. 1932, Ann. Propr.ind. 1935, p. 204.
- CA Paris, 6 mars 1933, Ann. 1934, 59.
- Trib. Com. Seine, 1er déc. 1933, Annales 1934, p.136.
- Trib. Seine, 6 déc. 1933, Revue critique du droit international privé, 1934, 421.
- CA Paris, 27 avr. 1934, DH 1934.385.
- Trib. Seine, 1er avr. 1936, D. 1936.2.69, note M. NAST.
- Civ., 14 mai 1945, D. 1945, p. 285, note H. DESBOIS.
- Civ., 28 avr. 1947, D. 1948, jur. p. 390.
- CA Paris, 14 juin 1950, D. 1951, p. 9.
- Civ. 1ère, 7 mars 1956, D. 1956, p. 523.
- CA Paris, 25 sept. 1956, JCP G 1956.II.9560.
- Civ. 1e, 4 déc. 1956, RTDCom. 1957, p. 390.
- Déc. 59-1, 27 nov. 1959, *Rec*., 71.
- Com., 29 nov. 1960, RTDCom. 1961, 607.
- Com., 15 avr. 1964, Ann. Propr. Ind. 1964.105.
- CA Rouen, 17 mars 1965, JCP 1965.II.14186.
- CA Aix-en-Provence, 21 oct. 1965, D. 1966, II, jur. 70.
- Com., 28 mars 1966, Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire, 1967, n°113, p. 56.
- C.A. Nîmes, 4 juillet 1966, J.C.P. 1967.II.14961.
- C.A. Paris 15 novembre 1966, D. 1967.284.
- Civ., 22 nov. 1966, D. 1967.485.
- Paris, 17 mai 1969, D. 1969, p. 107.
- CA Paris, 13 mai 1970, Gaz. Pal. 1970.2.46.
- CA Paris, 20 janv. 1971, D. 1971.307.
- Civ. 4 juin 1971, D. 1971, p. 585.
- Paris, 9 juillet 1971 RIDA 76 avril 1973 p. 160.
- Civ. 1e, 23 nov. 1971, JCP 1972.II.16995.
- CJCE, 21 févr. 1973, Aff. 6/2, Rec., p. 215.
- Civ. 1e, 13 nov. 1973, Bull. Civ. I, n°102, p. 269.
- CJCE, 21 mars 1974, Aff. 127/73, Rec. p. 313.
- CJCE, 31 oct. 1974, Centrafarm, Aff. 16/74, Recueil, p. 1183.
- CA Paris, 27 mai 1975, JCP 1975.II.18297, note P. GREFFE ; D. 1976, p. 105, note H. DESBOIS.
- CJCE, 22 juin 1976, Terrapin/Terranova, Rec., p. 1039.
- TGI Toulouse, 13 sept. 1976, D. 1978, IR p. 259, note J.-M. MOUSSERON et Ch. LE STANC.

- CA Paris, 23 mars 1977, PIBD 1977.III.346.
- CA Paris, 8 janv. 1979, PIBD 1979, 242, III, 294.
- CJCE, 25 oct. 1979, Aff. 22/79, Rec. P. 3275.
- CJCE, 13 déc. 1979, Hauer, Aff. 44/78.
- CA Paris, 4 mars 1980, D. 1981, IR 82.
- CJCE, 18 mars 1980, Coditel, RIDA juill. 1980, p. 156.
- Civ. 8 octobre 1980, D. 1981, I.R. 85.
- CJCE, 20 janv. 1981, Musik Vertrieb c/Gema, Rec. p. 117.
- Cons. Const., 16 janv. 1982, déc. n°81-132 DC, JO du 17 janv. 1982, p. 300.
- Civ. 1e, 17 mars 1982, D. 1983, jur., p. 71, note P. GREFFE.
- CJCE, 8 juin 1982, Semences de maïs, Aff. C-258/78, Rec. 1982, p. 2015.
- Civ. 1e, 29 juin 1982, D. 1983.33.
- Civ. 1e, 20 déc. 1982, JCP G 1983.II.20102.
- Civ. 1e, 9 nov. 1983, JCP G 1984.II.20189, note A. FRANCON.
- Civ. 1e, 7 mars 1984, Bull. Civ. I, n°90.
- TGI Paris, 30 mars 1984, RIDA oct. 1984, p. 220.
- Cass. Com., 12 mars 1985, JCP G 1985-II-20400.
- Civ. 1e, 4 févr. 1986, RIDA 1986/3, p. 128.
- Com, 4 mars 1986, PIBD 1986, 392, III, 205.
- Civ. 1e, 27 mai 1986, D. 1987, somm. p. 154.
- Civ. 1e, 27 mai 1986, RIDA 2/1987, p.62.
- CA Paris, 10 juin 1986, RIDA, n°133, p. 193.
- CA Paris, 12 nov. 1986, Ann. Propr. Ind. 1987, p. 181.
- Crim. 18 nov. 1986, RIDA 2/1989, p. 186.
- Cass. 7 avril 1987, D. 1988.97, note B. EDELMAN.
- Civ. 1e, 16 juill. 1987, Bull. civ. I, n°225.
- AP, 30 oct. 1987, D. 1988, Jur., p. 21, concl. J. CABANNES ; JCP G 1988.II.20932, rap. X. NICOT, note J. HUET.
- CA Paris, 17 févr. 1988, D. 1989, somm. p. 50.
- TGI Bordeaux, 19 avr. 1988, D. 1989, Somm. p. 93.
- Com, 7 juin 1988, PIBD 1988.III.437.
- CA Paris, 8 juin 1988, RIDA 1989, p. 190.
- Civ. 1e, 28 juin 1988, Bull. civ. I, p. 148, n°212.
- CJCE, 5 oct. 1988, Maxicar c. Renault, Aff. 53/87, Recueil p. 6067.
- CJCE, 5 oct. 1988, Volvo v. Erik Veng, Aff. 238/87, Recueil p. 6211.
- Crim., 12 janv. 1989, Bull. Crim. n°14.
- TGI Paris, réf., 8 mars 1989, RIDA 3/1989, p. 288.
- TGI Paris, réf. 8 juin 1989, RIDA 1989, p.344.
- CEDH 7 juill. 1989, Tre Traktörer Aktiebolag c/ Suède, n°10873/84.
- Civ. 1e, 18 déc. 1989, D. 1990.505.
- Com., 12 mars 1985, JCP G 1985-II-20400.
- CJCE, 17 oct. 1990, Hag 2, aff. C.10/89, Recueil I.3711.
- CA Paris, 6 mars 1991, D. 1992, S.C., p. 75.
- Civ. 1e, 4 avr. 1991, D. 1992.261.
- CJCE, 23 avr. 1991, Aff. C-41/90, Rec., p. I-1979.
- Civ. 1e, 14 mai 1991, JCP G 1991.II.21760, obs. F. POLLAUD-DULIAN.
- Com., 4 juin 1991, JurisDate n°1991-002524.
- TPICE, 10 juillet 1991, Aff. T. 89/89, Recueil II, p. 485.
- Cass., Civ. 1e, 9 oct. 1991, D. 1993, somm. p. 91.
- Civ. 1e, 5 nov. 1991, RIDA 2/1992, p. 186.
- CA Versailles, 13 févr. 1992, D. 1993, jurisp. p. 402.
- Civ. 3e, 4 mars 1992, Bull. civ. III, n°73, p. 44.
- Cons. Conc., 5 mai 1992, Dossiers Brevets 1992, I, 8.
- AP, 16 juill. 1992, Bull. civ. n°10.
- CA Metz, 26 nov. 1992, D. 1994, somm. p. 161.
- Civ. 1e, 16 déc. 1992, RIDA 1993, n°156, p. 193.
- Rapport de la Cour de cassation 1993.
- Civ. 1e, 10 mars 1993, JCP 1993.II.22161, note J. RAYNARD, p. 463.
- Civ. 1e, 24 mars 1993, JCP 1993.II.22085, note F. GREFFE.
- Civ. 1e, 5 mai 1993, RIDA 1993, n°158, 205.

- CEDH, Papamichalopoulos, 24 juin 1993, Série A n°260-b, §43.
- Com., 23 nov. 1993, RDPropr. Intell. 1994, n°51, p. 64.
- Civ. 1e, 8 déc. 1993, RIDA 1994, n°161, p. 303.
- Com., 4 janv. 1994, RIDA 1994/2, p. 220.
- Civ. 1e, 6 avril 1994, Bull. Civ. I, n°144.
- CEDH, 9 déc. 1994, RTDCiv. 1994, p. 652, note F. ZENATI.
- Civ. 1e, 4 janv. 1995, RTDCiv. 1996, p. 933, note F. ZENATI.
- Civ. 1e, 17 janv. 1995, Bull. Civ. I, n°39, p. 27.
- Civ. 1e, 31 janv. 1995, Bull. Civ. I, n°63.
- TGI Paris, 22 févr. 1995, PIBD 1995, n°587.III.257.
- CJCE, 6 avr. 1995, Magill, Recueil I, p 743.
- CA Paris, 12 avr. 1995, JCP 1997.II.22806.
- Civ. 1e, 10 mai 1995, Bull. civ. I, n°203.
- Civ. 1e, 4 juill. 1995, Bull. Civ. I, n°295 et 296.
- Com., 12 déc. 1995, Dalloz Aff., 1996, p. 70.
- Com, 13 déc. 1995, RIDA 1996/3, p. 307.
- Cass. Civ. 1re, 9 janv. 1996, RTDCom. 1997.95, obs. A. FRANCON, RIDA 1996, p. 341.
- Com., 16 janv. 1996, PIBD 1996.III.175.
- CA Paris, 13 mars 1996, PIBD 1996, n°612.III.299, Ann.PIAL 1997, p. 27.
- Cons. Const., n°96-373n DC, 9 avril 1996.
- Civ. 1e, 3 juil. 1996, D. 1997, p. 328, note A. FRANCON.
- Civ. 2e, 2 avr. 1997, D. 1997, p. 411.
- Civ. 1e, 6 mai 1997, RIDA oct. 1997, p. 231.
- CA Paris, 14 mai 1997, D. 1998, somm. 194.
- CA Paris, 19 déc. 1997, RIDA 1998/2, p. 433.
- Civ. 1e, 24 févr. 1998, D. 1998.IR.82.
- Com., 7 avr. 1998, D. Aff., 1998, p. 1054.
- Civ. 1e, 13 oct. 1998, RTDCom. 1999, p. 393, note A. FRANCON.
- CA Paris, 24 févr. 1999, PIBD 1999, n°678, III, 257.
- Civ. 1e, 10 mars 1999, RTDCiv. 1999, p. 859, note F. ZENATI ; D. 1999, p. 319 concl. SAINTE-ROSE, RTDCom. 1999, p. 397, note A. FRANCON, RIDA 1999, p. 217, note A. KEREVER.
- CEDH, 29 avril 1999.
- Civ. 1e, 11 mai 1999, Com. com. électr. 1999, comm. 1, C. CARON.
- CA Paris, 19 oct. 1999, PIBD 2000, n°704, III, 424.
- CA Paris, 21 oct. 1999, D. 2002, p. 1195.
- TGI Paris, 30 nov. 1999, Com. Com. Electr., 2001, n°87, C. CARON.
- Civ. 1e, 25 janv. 2000, JCP G 2001.II.10554, note A. TENEBAUM.
- Civ. 1e, 22 févr. 2000, JCP 2000.IV.1626.
- CA Paris, 31 mars 2000, D. 2001, p. 770, com. B. EDELMAN.
- Civ. 1e, 24 oct. 2000, Comm. com. électr. 2000, comm. 123, C. CARON ; D. 2001, p. 918, com. C. CARON.
- Civ. 1e, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n°283.
- Crim., 14 nov. 2000, D. 2001, p. 1423, com. B. LAMY.
- CA Grenoble, 18 janv. 2001, RIDA 2001, p. 362.
- TGI Lyon, 4 avr. 2001, D. Aff. 2002, p. 1417, com. B. EDELMAN.
- Civ. 1e, 2 mai 2001, D. 2001, p. 1973, com. J.-P. GRIDEL ; JCP G 2001.II.10553, note C. CARON.
- Civ. 1e, 6 mars 2001, Bull. Civ. I, n°58, p.37.
- Civ. 1e, 12 juin 2001, Propr. Intell. 2001, n°1, p. 62.
- CA Paris, 10 sept. 2001, Comm. Com. Electr. 2002, comm. 95, C. CARON.
- CA Angers, 10 sept. 2001, Comm. com. électr. 2003, comm. 1, C. CARON.
- CA Paris, 12 sept. 2001, D. Aff. 2002, Jur. p. 1894, com. N. OLSZAK ; JCP G 2002.II.10000, note F. POLLAUD-DULIAN.
- CJCE, 21 oct. 2001, Toshiba, Rec. p. I-7945.
- TPICE, 26 oct. 2001, Comm. Com. Electr. 2002, comm. 67, C. CARON.
- CJCE, 20 nov. 2001, Davidoff et Levi Strauss, Aff. C.414/99 à C.416/99, 920, n°1586, Recueil p.I-8691.
- CA Paris, 28 nov. 2001, Gaz. Pal. 12-13 juillet 2002, p. 40.
- Com., 4 déc. 2001, Cont. Conc. Cons., 2002, n°31.
- CA Paris, 12 déc. 2001, Propr. Intell. 2002, n°5, p. 43.
- TGI Clermont-Ferrand 23 janv. 2002, D. 2002, p. 1226, com. J.-M. BRUIGUIERE.

- CA Paris, 19 févr. 2002, JCP G 2003.II.10073, note J.-M. BRUGUIERE.
- CJCE, 14 mai 2002, Höleterhoff c. Freiesleben, Aff. C.2/00, Recueil I, p. 4187.
- CJCE, 18 juin 2002, Philips, Rec. P. I-5475.
- Soc., 10 juill. 2002, Comm. Com. Electr. 2002, comm. 139, C. CARON ; JCP G 2003.II.10001, note C. CARON.
- Civ. 1e, 6 nov. 2002, CCE janv. 2003, C. CARON.
- CJCE, 12 nov. 2002, Rec. P. I-10273.
- Civ. 1e, 28 janv. 2003, Bull. Civ. I, n°28, p. 23.
- CA Paris, 26 févr. 2003, Légipresse, n°200, avr. 2003, p. 41.
- Cons. Conc., 5 mars 2003, Comm. Com. Electr. 2003, comm. 94, C. CARON. P655
- Com., 6 mai 2003, *Droit et patrimoine*, oct. 2003, p. 85, note G. LOISEAU.
- CA Toulouse, 15 avril 2003, *Droit et patrimoine*, oct. 2003, p. 85, note G. LOISEAU.
- CJCE, 8 avr. 2003, Van Doren c. Lifestyle Sports, Aff. C.244/00, Recueil I, p. 3051.
- CJCE, 8 avr. 2003, Pippig Augenoptik c. Hartlauer, Aff. C.44/01, Rec. I, p. 3095.
- CA Paris, 30 avril 2003, Gaz. Pal., 2003, n°365.
- Com., 6 mai 2003, Droit et patrimoine, oct. 2003, p. 85, note G. LOISEAU.
- Civ. 1e, 6 mai 2003, Bull. civ. I, n°110.
- CA Paris, 9 mai 2003, PIBD 2003, III, p. 522.
- Civ. 2e, 5 juin 2003, *Droit et patrimoine*, oct. 2003, p. 83, note G. LOISEAU.
- Com., 24 sept. 2003, RTDCiv 2004, p. 117, note T. REVET.
- Civ. 1e, 30 sept. 2003, D. 2004, Jur., p. 86, note G. LOISEAU.
- Civ. 3e, 1er oct. 2003, RTDCiv. 2003, p. 730, note T. REVET.
- CJCE, 23 oct. 2003, Rioglass, Aff. C-115/02, Rec. p. I-12705
- CA Paris, 31 oct. 2003, PIBD 2004, n°779, III, 73.
- Civ. 1e, 13 nov. 2003, D. 2004, Jur. 200.
- CA Paris, 12 févr. 2004, Propr. Intell. Avril 2004, n°11, p. 626.
- Civ. 1e, 27 avr. 2004, Comm. Com. Electr 2004, comm. 84, C. CARON.
- CJCE, 29 avril 2004, IMS, Rec. P. I.5039.
- A.P., 7 mai 2004, Dalloz 2004, jur. p. 1545, note J.-M. BRUGUIERE ; p. 1547, note E. DREYER ; JCP G 2004.II.10085, note C. CARON.
- Crim., 22 sept. 2004, n°04-80285 ; RTDCiv. 2005, p. 164, note T. REVET.
- Civ. 1e, 19 oct. 2004, Com. com. électr. 2005, comm. 27, C. CARON.
- CJCE, 9 nov. 2004, Jurisclasseur Propriété industrielle, janv. 2005, p. 19, note F. GREFFE, P. KAMINA, et P. GREFFE.
- CA Paris, 15 déc. 2004, Comm. Comm. Electr., févr. 2005, comm 28, C. CARON.
- Déc. T. 201/04, 22 déc. 2004, IIC 2005, I, p. 63.
- CA Paris, 12 janv. 2005, PIBD 2005, n.805-III-208.
- CA Paris, 19 janv. 2005, OOO Schmidt n°342
- TGI de Paris, 21 janv. 2005, PIBD 2006, n°806, III, 247.
- Civ. 1e, 15 févr. 2005, Bull. civ. I, n°84.
- Cass. Civ. 1e, 16 fevr. 2005, Bull. civ. I, n°84, p. 74.
- CA Paris, 1er juin 2005, D. 2005, p. 2467.
- Civ. 1e, 14 juin 2005, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 132, C. CARON.
- CEDH 5 juill. 2005, Melnychuk c/ Ukraine, n°28743/03.
- Com., 12 juill. 2005, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 149, C. CARON.
- CA Paris, 20 sept. 2005, Comm. Com. Electr. 2006, comm. 23, C. CARON.
- Soc., 19 oct. 2005, Comm. Com. Electr. 2006, comm. 1, C. CARON.
- CA Paris, 16 nov. 2005, PIBD 2006, n°822.III.53.
- CA Paris, 25 nov. 2005, Propr. Intell. 2006, n°19, p. 183.
- Civ. 1e, 29 nov. 2005, Bull. civ. I, n°457.
- Soc. 8 fév. 2006, Juris-data n°2006-032093.
- Civ. 1e, 28 févr. 2006, D. 2006, AJ. 784.
- Com., 7 mars 2006, JCP G 2006.II.10143, note G. LOISEAU ; RTDCiv. 2006, p. 348, note T. REVET
- Crim., 30 mai 2006, CCE sept. 2006, n°9, p. 27, C. CARON.
- CJCE, 1er juin 2006, Uradex SCRL c/ RTD et Brutel, aff. C-169/05, RTDCom. Juill./sept. 2006, p. 603.
- CA Paris, 2 juin 2006, PI janv. 2007, n°22, p. 87.
- CA Douai, 27 juin 2006, RG n°2002/835.
- Cons. Const., 27 juil. 2006, RTDCiv. 2006, p. 791, note T. REVET.
- Civ. 1e, 21 nov. 2006, Comm. Com. Electr. 2007, comm. 3, C. CARON.
- Cass., Civ. 1e, 21 nov. 2006, Propr. Intell. 2007, n°22, p. 93.

- CA Paris, 27 nov. 2006, Propr. Ind. Janv. 2007, comm. 6.
- TGI Nanterre, 15 déc. 2006, Comm. Com. Electr.
- TGI Paris, 20 déc. 2006, Comm. Com. Electr 2007, chr. 6, C. CARON.
- CA Paris, 17 janv. 2007, JCP E 2007.2065.
- Civ. 1e, 13 fév. 2007, Prop. intell. 2007, n°23, p. 207.
- CA Paris, 7 avr. 2007, Comm. Com. Electr. 2007, comm. 68, C. CARON.
- CJCE, 13 sept. 2007, Aff. C-234/06, Rec. I, p. 7333.
- TPICE, 17 sept. 2007, Comm. Com. Electr. 1008, etude 6.
- CEDH 18 sept. 2007, Paeffgen gmbh (I-VI) c/ Allemagne, n°25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, RTDCiv. 2008, p. 503, note T. REVET.
- Civ. 3e, 24 oct. 2007, Bull. civ. III, n°183, p. 165.
- CJCE, 11 nov. 2007, Céline, Rec. p. I-7041.
- CEDH 29 janv. 2008, Balan c/Moldavie, n°19247/03.
- CJCE, 12 juin 2008, 02 Holdings, Rec. p. I-4231, PIBD 2008, n°883, III, 593.
- CA Paris, 4 juill. 2008, PID 2008, n°881, III, 537.
- CA Paris, 12 sept. 2008, Comm. Com. Electr. 2008, étude 23.
- CA Paris, 12 nov. 2008, RIDA 2009, p. 3, note T. LANCRENON.
- Civ. 1e, 27 nov. 2008, Comm. Com. Electr. 2009, comm. 13, C. CARON ; RTDCom. 2009, p. 131, note F. POLLAU-DULIAN.
- CJCE, 9 déc. 2008, Aff. C-442/07, Rec. I, p. 9223.
- CA Paris, 27 mars 2009, Juris-Data n°003796.
- Cass. Civ. 1e, 2 avril 2009, Propr. intell. 2009, n°32, p.264.
- Com., 16 févr. 2010, PIBD 2010, n°916.III.243.
- CA Paris, 12 mars 2010, PIBD 2010, n.291.III.447.
- TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 27 janv. 2011, PIBD 2011, n°940, III.370.
- Cons. Const. Décis. n°2011-193, RTDCiv. 2012, p. 342.
- Civ. 3e, 23 mai 2012, RTDCiv. 2012, p. 553, note T. REVET ; JCP G 2012.930, note W. DROSS.
- Civ. 3e, 31 oct. 2012, RTDCiv. 2013, p. 141, note W. DROSS ; JCP G 2012, n°1400 ; Defrénois 2013, p. 13.

BIBLIOGRAPHIE ÉTRANGÈRE

Articles

- J. B. AMES, *The disseisin of Chattels, The Nature of Ownership, Inalienability of Choses in Action*, Harvard L.R., vol. 3, 1890, p. 23 et s.
- G. M. ARMSTRONG, *From the Fetishism of Commodities to the Regulated Market : the Rise and Decline of Property*, Northwestern U.L.R., vol. 82, 1988, p. 79 et s.
- C. E. BAKER, *Property and its Relation to Constitutionally Protected Liberty*, U.Pa.L.Rev. 1986, p. 741.
- S. A. BARNETT, *At a Crossroads : the Right of Publicity in the United States*, RIDA, p. 5.
- L. C. BECKER, *Too Much Property*, Phil.&Pub.Aff. 1992, p. 196.
- L. C. BECKER, *Deserving to Own Intellectual Property*, Chicago-Kent L.R., vol. 68, 1993, p. 609 et s.
- E. BELLINI, *Moral Right and Droit moral : A Matter of Paradigms*, RIDA 2005, p. 2.
- J. W. BINGHAM, *The Nature and Importance of Legal Possession*, Michigan L.R., vol. XIII, 1915, p. 535 et s.
- P. BIRKS, *The Roman Law Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership*, Acta Juridica, 1985, p. 1 et s.
- L. C. BOLLINGER, *Introduction : Property in Mass Media Law*, Harvard. J.L. & P.P., Panel on Intellectual and Informational Property Rights, vol. 13, 1990, p. 97 et s.
- Dr. B. BOUCKAERT, *What is Property ?*, Harvard L.R., vol. 13, p. 775 et s.
- J. BOYLE, *A Theory of Law and Information : Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading*, California L.R., vol. 80, 1992, p. 1413 et s.
- T. J. BRENNAN, *Copyright, Property, and the Right to Deny*, Chicago-Kent L.R., vol. 68, 1993, p. 675 et s.
- S. BRODHURST, *Is Copyright a Chose in Action ?*, L.Q.R., 1895, p. 64 et s.
- M. CANTIN-CUMYN, *Essai sur la durée des droits patrimoniaux*, Revue du Barreau, 1988, p. 3.
- CARTER, *Owning what doesn't exist*, Harvard J.L.& P.P., Panel on Intellectual Property, 1990, vol. 13, p. 104.
- S. L. CARTER, *Does It Matter Whether Intellectual Property is Property ?,* Chicago-Kent L.R., vol. 68, 1993, p. 715 et s.
- M. CHAFEE, *Reflections on the Law of Copyright*, Colum.L.R. 1945, p. 503.
- W. R. CORNISH, *The International Relations of Intellectual Property*, CLJ 1993, p. 46.
- R. CORNISH, *Auteurs et New Equities en droit anglais*, Mélanges A. Françon, Dalloz 1995, p. 73. S. L. J. E. CRIBBET, *Concepts in Transition : the Search for a New Definition of Property*, U. Illinois L.R., 1986, p. 1 et s.
- R. DANKNER GOLDMAN, *From Gaius to Gates : can Civilian Concepts survive the Age of Technology ?,* Loyola L.R., vol. 42, 1996, p. 147 et s.
- D. J. DEVINE, *The Objects of Rights in the Wider Sense*, Acta Juridica, 1973, p. 257 et s.
- F. H . EASTERBROOK, *Intellectual Property is still Property,* Harvard J.L & P.P., Panel on Intellectual Property, 1990, vol. 13, p. 109.
- P. ELEFTHERIADIS, *The Analysis of Property Rights*, Oxford J.L.S., vol. 16, 1996, p. 31 et s.
- H. W. ELPHINSTONE, *What is a Chose in Action ?*, L.Q.R., 1893, p. 311 et s.
- R. A. EPSTEIN, *Why restrain alienation?*, Columbia L.R., 1985, p. 970.
- R. A. EPSTEIN, International News Service v. Associated Press : *Custom and Law as Sources of Property Rights in News,* Virginia L.R., vol. 78, 1992, p. 85 et s.
- T. FRAZER, *Appropriation of Personality – A New Tort ?*, L.Q.R., vol. 99, 1983, p. 281 et s.
- R. K. GARDINER, *Industrial and Intellectual Property Rights: their nature and the law of the European Communities,* L.Q.R., vol. 88, 1972, p. 507 et s.
- Y. GENDREAU, *La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil*, RJT 1993, p. 85.
- Y. GENDREAU, *La constance du droit d'auteur canadien*, dans Mélanges en l'honneur de A. Françon, Dalloz 1995, p. 235.
- Y. GENDREAU, *La civilisation du droit d'auteur au Canada*, RIDC 2000, p. 101.
- P. GOLDSTEIN, *Preempted State Doctrines, Involuntary Transfers and Compulsory Licences : Testing the Limits of Copyright,* UCLA L.R., 1977, vol. 24, p. 1128.
- H. R. GORDON, *Right of Property in Name, Likeness, Personality and History*, Northwestern L.R., vol. 55, 1960, p. 553 et s.
- K. GRAY, *Property in Thin Air*, Cambridge L.J., vol. 50, 1991, p. 252 et s.
- C. I. HARRIS, *Whiteness as property*, Harvard L.R., 1993, vol. 106, p.1707.
- M. A. HELLER, *The Boundaries of Private Property*, Yale L.J., vol. 108, 1999, p. 1163 et s.

- E. C. HETTINGER, *Justifying Intellectual Property*, Philosophy & Public Affairs 1989, p. 31.
- J. HUGHES, *The Philosophy of Intellectual Property*, Georgetown L.J., vol. 77, 1988, p. 287 et s.
- K. KAGAN, *Use and Enjoyment in the Notion of Property*, J.Leg. & Pol. Sociology, vol. 4, 1945, p. 19.
- K. KAGAN, *Res Corporalis and Res Incorporalis – A Comparison of Roman and English Law of Interests for Life*, Tulane L.R., vol. 21, 1946, p. 74 et s.
- C. KEMP ALLEN, *Things*, California L.R., vol. 28, 1940, p. 421 et s.
- D. KENNEDY & F. MICHELMAN, *Are Property and Contract Efficient ?*, Hofstra L.R., vol. 8, 1980, p. 711 et s.
- E. W. KITCH, *Property Rights in Inventions, Writings, and Marks,* Harvard J.L. & P.P., Panel on Intellectual Property, 1990, vol. 13, p. 120 et s.
- J. E. KRIER, *The (Unlikely) Death of Property*, Harvard J.L. & P.P., vol. 13, 1990, p. 75 et s.
- R. J. KROTOSZYNSKI, *Fundamental Property Rights*, Georgetown L.J., vol. 85, 1997, p. 555 et s.
- D. LADD, *The Harm of the Concept of Harm in Copyright*, J. of the Copyright Soc. 1983, p. 421.
- W. M. LANDES & R. A. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law*, J.Leg.Stud., 1989, p. 325 et s.
- W. M. LANDES & R. A. POSNER, *Trademark Law : An Economic Perspective*, J.L.Eco., 1986, p. 265.
- R. H. LOWIE, *Incorporeal Property in Primitive Society*, Yale L.J., 1928, p. 551 et s.
- D. F. LIBLING, *The Concept of Property : Property in Intangibles*, L.Q.R., 1978, vol. 94, p. 104.
- E. MACKAAY, *Legal Hybrids : Beyond Property and Monopoly ?*, Columbia L.R., vol. 94, 1994, p. 2630 et s.
- E. MACKAAY, *L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, vol. 9, p. 281.
- R. E. MEINERS & R. J. STAAF, *Patents, Copyrights, and Trademarks : Property or Monopoly ?*, Harvard J.L.& P.P., vol. 13, 1990, p. 911 et s.
- R. P. MERGES, *Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property*, Columbia L.R., vol. 94, 1994, p. 2655 et s.
- T. W. MERRILL, *Property and the Right to Exclude*, Nebraska L.R., vol. 77, 1998, p. 730 et s.
- F. MICHELMAN & D. KENNEDY, *Are Property and Contract Efficient ?*, Hofstra L.R., vol. 8, 1980, p. 711 et s.
- R. S. MURPHY, *Property Rights in Personal Information : An Economic Defense of Privacy, G*eorgetown L.J., vol. 84, 1996, p. 2381 et s.
- D. A. NANCE, *Foreword : Owning Ideas,* Harvard L.J. & P.P., Panel on Intellectual Property, 1990, vol.13, p. 757 et s.
- T. G. PALMER, *Are Patents and Copyrights Morally Justified ? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, Harvard J.L. & P.P., vol. 13, 1990, p. 819 et s.
- M. PARE, *La philosophie du droit d'auteur au Canada*, La revue canadienne du droit d'auteur, 1983-1985, vol. 3-4, p. 13.
- J. E. PENNER, *The « Bundle of Rights » Picture of Property*, UCLA L.R., 1996, p. 71A et s.
- B. PIERRE, *Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law,* RGD, vol. 28, 1998, p. 235 et s.
- F. POLLOCK, *What is a Thing ?*, L.Q.R., 1894, p. 319 et s.
- R. A. POSNER & W. M. LANDES, *An Economic Analysis of Copyright Law*, J.Leg.Stud., 1989, p. 325 et s.
- R. A. POSNER & W. M. LANDES, *Trademark Law : An Economic Perspective*, J.L.Eco., 1986, p. 265.
- R. C. POST, *Rereading Warren and Brandeis : Privacy, Property, and Appropriation*, Case Western Reserve L.R., vol. 41, 1991, p. 647 et s.
- A. POTTAGE, *Instituting Property*, Oxford J.L.S., vol. 18, 1998, p. 331 et s.
- M. J. RADIN, *Property and Personhood*, Stanford L.R., vol. 34, 1982, p. 957 et s.
- M. J. RADIN, *Time, Possession, and Alienation*, Washington U.L.Q., vol. 64, 1986, p. 739 et s.
- M. J. RADIN, *Market Inalienability*, Harvard L.R., vol. 100, 1987, p. 1849 et s.
- C. A. REICH, *The new property*, Yale L.R., vol. 73, 1964, p. 733.
- K. G. C. REID, *Obligation and property : Exploring the Border,* Acta Juridica, 1997, p. 225 et s.
- J. H. REICHMAN, *Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms*, Columbia L.R., vol. 94, 1994, p. 2432 et s.
- R. J. ROBERTS, *Is Information Property ?*, Intellectual Property Journal, vol. 3, 1987, p. 209 et s.
- C. M. ROSE, *Possession as the Origin of Property*, University of Chicago L.R., vol. 52, 1985, p. 73.
- C. M. ROSE, *Crystals and Mud in Property Law*, Stanford L.R., vol. 40, 1988, p. 577 et s.

- C. M. ROSE, *The Several Futures of Property : Of Cyberspace and Folk Tales, Emission Trades and Ecosystems,* Minnesota L.R., vol. 83, 1998, p. 129 et s.
- C. M. ROSE, *Canons of Property Talk, or, Blackstone's Anxiety,* Yale L.J., vol. 108, 1998, p. 601 et s.
- S. ROSE-ACKERMAN, *Inalienability and the theory of property rights*, Columbia L.R., 1985, p. 931.
- R. ROSENTHAL KWALL, *Fame,* Indiana L.J., vol. 73, 1997, p. 1 et s.
- C. ROTHERHAM, *Conceptions of property in common law discourse*, Legal Studies, vol. 18, 1998, p. 41 et s.
- S. J. SCHNABLY, *Property and Pragmatism : A Critique of Radin's Theory of Property and Personhood*, Stanford L.R., vol. 45, 1993, p. 347 et s.
- J. L. SCHROEDER, *Virgin Territory : Margaret Radin's Imagery of Personal Property as the Inviolate Feminine Body*, Minnesota L.R., vol. 79, 1994, p. 55 et s.
- M. SOKOL, *Bentham and Blackstone on Incorporeal Hereditaments*, Legal History, vol. 15, 1994, p. 287 et s.
- H. L. SPECTOR, *An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights*, EIPR 1989, p. 270.
- B. SPILLMAN SCHWEIGER, *The Path of E-Law : Liberty, Property, and Democracy from the Colonies to the Republic of Cyberia*, Rutgers Computer & Technology L.J., vol. 24, 1998, p. 223 et s.
- R. J. STAAF & R. E. MEINERS, *Patents, Copyrights, and Trademarks : Property or Monopoly ?*, Harvard J.L.& P.P., vol. 13, 1990, p. 911 et s.
- C. SWEET, *Choses in Action*, L.Q.R., 1894, p. 303 et s.
- A. E. S. TAY, *The Concept of Possession in the Common Law : Foundations for a New Approach*, Melbourne U.L.R., vol. 4, 1964, p. 477 et s.
- A. S. THAYER, *Possession and Ownership*, L.Q.R., 1907, p. 175 et s.
- X. THUNIS & F. van der MENSBRUGGHE, *A la recherche de la « possession » en droit anglais,* RIDC 2000, p. 77 et s.
- R. TUCK, *Natural Rights Theories, Their Origin and Development*, 1971, p. 7.
- K. J. VANDEVELDE, *The New Property of the Nineteenth Century : the Development of the Modern Concept of Property*, Buffalo L.R., vol. 29, 1980, p. 325 et s.
- P. VAN WARMELO, *Real Rights*, Acta Juridica, 1959, p. 84 et s.
- D. VAVER, *Intellectual Property Today : of Myths and Paradoxes*, Canadian Bar R., vol. 69, 1990, p. 99 et s.
- J. WALDRON, *What is Private Property*, Oxford J.L.S., vol. 5, 1985, p. 313 et s.
- J. WALDRON, *The Normative Resilience of Property*, Otago L.R., vol. 9, 1998, p. 195 et s.
- D. WAYAND, *Owners Beware : Themes and Variations in Property Law,* U.N.B. Law Journal, 1979, vol. 28, p. 155.
- T. C. WILLIAMS, *Property, Things in Action and Copyright,* L.Q.R., 1895, p. 223 et s.
- A. N. YIANNOPOULOS, *Common, Public, and Private Things in Louisiana : Civilian Tradition and Modern Practice*, Louisiana L.R., 1961, p. 697 et s.
- A. N. YIANNOPOULOS, *Introduction to the Law of Things : Louisiana and Comparative Law,* Louisiana L.R., 1962, p. 756 et s.
- M. Y. YOUNG, *Neither Intellectual nor Property,* Yale L.J., vol. 107, 1997, p. 267 et s.

Ouvrages

- M. BRIDGE, *Personal Property Law*, Blackstone Press Limited, 2nd ed., 1996.
- D. CAMPBELL & S. COTTER, *International Intellectual Property Law, European Jurisdictions,* 1995.
- P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, 1996.
- M. EDENBOROUGH, *Intellectual Property Law*, Cavendish Publishing Limited, 1995.
- A. FIRTH, *Perspectives on Intellectual Property*, Sweet & Maxwell, 1997.
- T. HART & L. FAZZANI, *Intellectual Property Law*, Macmillan, 1997.
- L. W. MELVILLE, *Precedents on Intellectual Property and Commercial Choses in Action*, Sweet & Maxwell, 1965.
- J. LOCKE, *Two Treatises of Government,* éd. P. Laslett, Cambridge, New-Yord, Cambridge University Press, 1988, 2e ed.
- J. E. PENNER, *The Idea of Property in Law*, Clarendon Press Oxford, 1997.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes de la version abrégée (v.a.) et de la version intégrale (v.i.).

Abstention : v.i. 11
Abusus
- Actes matériels et juridiques : v.i. 29
- Définition : v.a. 281 et s. / v.i. 13, 28 et s.
- Disposition (distinction) : v.i. 30 et s., 65 et s.
- Normativité : v.i. 50 et s.
- Valeur en doctrine : v.i. 60 et 61
- Valeur en jurisprudence : v.i. 59

Actes conservatoires / d'administration / de disposition : v.i. 15, 31, 222
Actes matériels / juridiques : v.a. 22, 23 / v.i. 11 à 13, 209 et s.
Activité : v.a. 278 / v.i. 873 et s.
Affectation en garantie : v.i. 16 et 17
Aliénation : v.i. 13
Arrière-droit : v.i. 19
Artistes-interprètes : v.a. 8, 10, 337 / v.i. 8, 10, 942, 1022, 1204 et s.
Attributs de la personnalité : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10, 134, 724, 1249 et s.
Auteur : v.a. 8 / v.i. 8
- Auteur entrepreneur : v.a. 109
- Auteur fonctionnaire : v.i. 451
- Auteur journaliste salarié : v.a. 294 / v.i. 937 et s.
- Auteur marié : v.i. 938
- Auteur salarié : v.a. 92 et s. / v.i. 928 et s.

Bases de données : v.a. 8, 10/ v.i. 8, 10, 685 à 688, 721 et s., 1207
Bien d'exploitation : v.a. 277 / v.i. 854 et s.
Bien non rival : v.a. 123-2, 528
Bonalité : v.a. 4 / v.i. 4
Brevet
- Abus de position dominante : v.a. 211
- Brevet de dépendance : v.a. 212
- Cession : v.a. 471 / v.i. 1217 et s.
- Disposition : v.a. 467 et s. / v.i. 1213 et s.
- Droit moral : v.a. 338
- Ententes : v.a. 214
- Epuisement : v.a. 38
- Exceptions : v.a. 32
- Exceptions légales : v.a. 36 / v.i. 308
- Exploitation obligatoire : v.a. 209 et s.
- Expropriation : v.i. 944
- Formalités : v.i. 144 et s., 709 et s.
- Inventions de salariés : v.a. 40 / v.i. 313, 944
- Liberté : v.i. 944
- Licence : v.a. 31, 472 / v.i. 944, 1223 et s.
- Licences exclusives : v.a. 215
- Licences obligatoires : v.a. 34 / v.i. 303 et s.
- Licences prétoriennes : v.a. 39
- Limites : v.a. 32
- Naissance du droit : v.i. 144 et s.
- Non-usage : v.i. 145
- Possession : v.i. 271
- Possession personnelle antérieure : v.a. 37 / v.i. 147, 251 et s.
- Secret : v.i. 144 et s.

Choses communes : v.a. 638, 648
Clientèles : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10, 724, 1248
Code civil
- Art. 516 : v.i. 190, 197
- Art. 544 : v.i. 197
- Art. 1240 : v.i. 238
- Art. 2255 : v.i. 238
- Art 2276 : v.i. 247

Code de la propriété intellectuelle
- Art. L. 111-1 : v.i. 154 et s.
- Art. L. 111-2 : v.i. 154 et s.
- Art. L. 111-3 : v.i. 201
- Art. 121-3 : v.a. 201
- Art. L. 122-3 : v.i. 163 et s., 204
- Art. L. 122-4 : v.i. 165

Contrat
- D'édition : v.a. 419 et s.
- De commande pour la publicité : v.a. 294, 423 / v.i. 908, 1137 à 1139
- De production audiovisuelle : v.a. 294, 423 / v.i. 909, 1123 à 1126
- De représentation : v.a. 423 / v.i. 1127 à 1131

Corpus : v.a. 8, 22 / v.i. 8, 190 et s.
COV : v.i. 1233
Créations
- Définition : v.a. 8 / v.i. 8
- Disposition matérielle : v.i. 947 et s.
- Exploitation : v.a. 176 et s.
- Marque comme création : v.a. 8, 42 / v.i. 8

Dématérialisation : v.i. 189 et s., 229
Démembrement : v.a. 4, 534 et s. / v.i. 4, 35 et s.
Dénomination sociale : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10, 1243
Dessins et modèles : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10
- Disposition : v.i. 1208 et s.
- Divulgation : v.i. 152 et s.
- Droit moral : v.a. 337 / v.i. 1021
- Formalités : v.i. 152 et s., 718 et s.
- Liberté : v.i. 648 à 650, 943
- Possession : v.i. 270
- Secret : v.i. 152 et s.

Destination : v.a. 20 et 21 / v. i. 177 et s.
Destruction : v.a. 292 / v.i. 13
Disponibilité / aliénabilité : v.a. 305 et s.
Disposition
- En droit commun : v.i. 13, 65 et s.

Typologie : v.i. 93 et s.
Division : v.a. 534 et s.
Divulgation : v.a. 19 à 21, 312 et s. / v.i. 143 et s.
Dominium : v.i. 196
Droit d'auteur : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10
Disposition matérielle : v.a. 298 et s. / v.i. 950 et s.
Divulgation : v.a. 233 / v.i. 153 et s.
Droit moral
Disponibilité : v.a. 305 et s., 481 et s.
Droit de divulgation : v.a. 181 et s., 312 et s., 502
Droit de paternité : v.a. 333, 504 / v.i. 596 et s.
Droit de repentir et de retrait : v.a. 335, 503 / v.i. 596 et s.
Droit au respect de l'œuvre : v.a. 334, 504 / v.i. 596 et s.
Exclusif / limité: v.a. 100 et s.
Notion : v.a. 602 et s.
Droit patrimonial
Cession
Action en contrefaçon : v.a. 393 et s.
Cession à titre onéreux : v.a. 344 et s.
Cession à titre gratuit : v.a. 460 / v.i. 1174 à 1180
Cession de contrat : v.a. 399 et s., 510
Cession partielle : v.a. 346 et s.
Cession pure et simple : v.a. 368 et s., 513
Cession totale : v.a. 360 et s.
Droit personnel : v.a. 442 et s.
Droit réel : v.a. 442 et s.
Durée : v.a. 510
Exclusivité : v.a. 454, 510, 561
Louage : v.a. 439 et s.
Vente : v.a. 439 et s.
Droit de destination : v.a. 88-1, 193, 596 et s.
Droit de distribution : v.a. 88-2
Droit de représentation : v.a. 194 / v.i. 204 et s.
Droit de reproduction : v.a. 192 / v.i. 204 et s.
Droit de reproduction par reprographie : v.i. 913
Droit de suite : v.a. 59, 195 / v.i. 1392
Durée : v.a. 203
Exceptions/limites/limitations : v.a. 58 et s.
Abus de position dominante : v.a. 85, 222 et s.
D'analyses et courtes citations : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
D'illustration artistique à des fins d'information du public : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
De conservation et de consultation : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
De copie privée : v.a. 77 et s.
De courte citation : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
De diffusion des discours : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
De l'accessoire : v.a. 66 et s., 75 et s.
De parodie : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
De procédure et de sécurité : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
De recherche : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
De représentation dans un cercle de famille : v.a. 81 et s.
De reproduction provisoire : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
De revues de presse : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
Des commissaires-priseurs : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
Epuisement : v.a. 86 et s.
Pédagogique : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
Pour les handicapés : v.a. 89 / v.i. 443 à 447
Test des trois étapes : v.a. 58-3
Limites
Droit communautaire : v.a. 107
Droit de la concurrence : v.a. 108
Droit de représentation et communication au public : v.a. 62 et s.
Droit de reproduction et communication au public : v.a. 70 et s.
Droits et libertés fondamentaux : v.a. 106
Abus des héritiers : v.a. 224
Constitution de droit réel : v.a. 465 et s.
Droit de l'exploitant : v.a. 551
Durée de la cession : v.a. 388 et s., 560
Echanges peer-to-peer : v.a. 111-1
Ententes : v.a. 220 et s.
Expropriation : v.i. 904
Formalisme : v.a. 204
Formalités : v.a. 231 et s., 346 et s. / v.i. 700 et s.
Consentement : v.a. 348 /v.i. 1038
Ecrit : v.a. 349 et s.
Principe d'interprétation stricte : v.a. 350 et s.
Gestion collective : v.a. 110 et s., 206 et s., 294 / v.i. 915 et s.
Licences : v.a. 209 et s.
Licence globale : v.a. 111-1
Licence gratuite : v.a. 461 et s.
Licence libre : v.a. 414 et s.
Licences obligatoires : v.a. 111, 901 et s.
Mesures techniques de protection : v.a. 112, 225

Nantissement : v.a. 465 / v.i. 1191 à 1195
Nature : v.a. 480 et s., 547
Obligation d'exploiter : v.a. 370, 378 et s., 511
Rémunération proportionnelle : v.a. 369, 377 et s., 511
Secret : v.i. 153 et s.
Servitudes : v.i. 903
Support (conflits) : v.a. 97 et s.
Transmission à cause de mort : v.a. 464 / v.i. 1184 à 1189
Usufruit : v.a. 465 / v.i. 1191 à 1195
Droit de clientèle : v.a. 277 / v.i. 862 et s.
Droit d'exclusion : v.i. 18
Droit de jouissance : v.i. 22
Droit-fonction : v.i. 182 et s.
Droit résiduaire : v.i. 19
Droit romain : v.i. 191 et s.
Droits
Droits de la personnalité
Droits intellectuels : v.i. 21
Droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux : v.a. 647
Droits personnels : v.a. 6, 521 et s. / v.i. 6, 21
Droits réels : v.a. 5, 6, 521 et s., 634 et s., 645 / v.i. 5, 6, 21
Droit *sui generis* : v.a. 649 et s.
Multiplication : v.a. 521 et s.
Superposition : v.a. 521 et s.
Droits voisins : v.a. 8, 1à / v.i. 8, 10

Enseigne : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10, 1244
Exceptions/limites/limitations : v.a. 32, 58 et s., 131 et s., 294

Fonds de commerce : v.i. 275
Fructus
En droit commun
Définition : v.a. 16 / v.i. 12
Distinction de l'usus : v.a. 16, 148 et s. /v.i. 25 à 27, 215 et s.
Fruits : v.i. 12
Fruits et produits : v.i. 29
En droit des créations : v.a. 162 et s.

Garantie (fonction de) : v.i. 16

Idées
Appropriabilité : v.a. 20 et 21 / v.i.
Confusion idée / création : v.i. 108 et s.
Définition : v.i. 107 et s.
Information (distinction) : v.i. 120 et s.
Image du bien
Attribut de la propriété : v.i. 20
Usage intellectuel / usage économique : v.a. 139 et s. / v.i. 521 à 538
Information : v.a. 20 et 21 / v.i. 120 et s.
Appropriabilité : v.i. 123 et s.
Création (distinction) : v.i. 126 et s.
Définition : v.i. 121 et s.
Idée (distinction) : v.i. 120 et s.
Institutes de Gaïus : v.i. 191, 196

Jouissance :
Droit commun : v.a. 16 / v.i. 69 et s., 104,
Jouissance personnelle : v.a. 17 et s. / v.i. 105 et s.

Logiciel : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10, 941 et s.
Décompilation
Divulgation : v.i. 174
Disposition : v.i. 1198 et s.
Droit moral : v.a. 337 / v.i. 1020
Libre : v.a. 59 / v.i. 1200

Marque : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10
Abus de position dominante : v.i. 683
Art. 713-2 et 3 CPI (vie des affaires) : v.a. 47 et s.
Art. 713-3 CPI (risque de confusion) : v.a. 50 et s.
Art. 713-4 CPI (épuisement) : v.a. 54 / v.i. 347 à 349
Art. 713-6 a) CPI : v.a. 54 / v.i. 350 à 361
Art 713-6 b) CPI : v.a. 54 / v.i. 362 à 364
Cession : v.i. 1236 et s.
Contrefaçon
Création : v.a. 8 / v.i. 8
Déceptive : v.i. 680
Déchéance : v.i. 668
Disposition : v.i. 1234 et s.
Divulgation : v.i. 149 et s.
Droit moral : v.a. 337 / v.i. 1024
Exceptions : v.a. 54 / v.i. 346 à 368
Forclusion pour tolérance : v.i. 672
Formalités : v.a. 238 / v.i. 149 et s., 713 et s.
Générique : v.i. 681
Liberté : v.i. 945
Licence : v.i. 1239 et s
Possession : v.i. 272
Pratiques anti-concurrentielles : v.i. 682
Principe de spécialité : v.a. 42 / v.i. 677 et s.
Publicité comparative : v.a. 54 / v.i. 365 à 367
Renommée ou notoire : v.a. 43
Secret : v.i. 149 et s.
Usage parodique : v.a. 49-1
Vie des affaires : v.i. 678
Matérialisme : voir Usus/Usage
Monopole : v.a. 243 et s. / v.i. 727 et s.
Multiplication des droits : v.a. 521 et s.

Nom : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10
Nom commercial : v.i. 273, 1245

Nom de domaine : v.i. 274, 1247
Nom patronymique : v.i. 1246
Numerus clausus : v.a. 546 et s.

Œuvre
Collective : v.a. 95, 294 / v.i. 454, 933 et s.
Composite : v.a. 95-1 / v.i. 455
De collaboration : v.a. 94
Possession : v.i. 257 et s.
Ubiquité : v.a. 120 et s.

Possession : v.i. 232 et s.
Animus : v.i. 234
Comportement : v.i. 243 et s.
Corporalité : v.a. 4 / v.i. 4
Corpus : v.i. 234
Définition : v.i. 234
Des créations : v.a. 5, 6 / v.i. 5, 6, 246 et s., 265 et s.
Des droits : v.i. 249
Etymologie : v.i. 235
Fonctions : v.i. 242
Histoire : v.i. 235
Mode d'acquisition de la propriété : v.i. 242, 247
Mode de preuve : v.i. 242
Personnes morales : v.i. 257 et s.
Quasi-possession : v.i. 235
Usucapion : v.i. 242
Possession personnelle antérieure : v.i. 147, 251 et s.
Pouvoir d'administration : v.i. 15
Privilège : v.a. 243 et s. / v.i. 727 et s.
Propriété
Absolutisme : v.a. 5, 6, 263 et s. / v.i. 5, 6, 178 et s.
Abus : v.i. 178 et s.
Appropriation : v.a. 156
De marché : v.a. 159, 274 / v.i. 185, 849 et s.
Des droits : v.a. 567
Droit commun : v.a. 4 / v.i. 4
Droit de l'Homme : v.a. 4 / v.i. 4
Droit naturel : v.a. 4 / v.i. 4
Droit fonction : v.a. 126, 272 / v.i. 834 et s.
Droit fondamental : v.a. 4 / v.i. 4
Droit réel : v.a. 5, 6, 127, 634 et s. / v.i. 5, 6
Droit romain : v.i. 46
Droit subjectif : v.a. 125
Exclusivisme : v.a. 5, 6, 115 et s., 158 / v.i. 5, 6, 18, 46
Faisceau de droits : v.a. 570
Féodale : v.a. 568, 623 / v.i. 46
Finalisée : v.a. 271 / v.i. 182 et s., 833 et s.
Glossateurs : v.i. 46
Histoire : v.i. 36 et s., 46,
Incorporation : v.i. 191 et s.
Juridique : v.a. 564
Légitimité : v.a. 4 / v.i. 4
Liberté : v.a. 177 et s. / v.i. 46, 178 et s.

Perpétuité : v.a. 5, 6, 560 / v.i. 5, 6
Plurivocité : v.a. 3, 4 / v.i. 3, 4
Réservation : v.a. 622
Révolution : v.a. 2 / v.i. 2
Saisine : v.a. 155-1
Terminologie : v.a. 2, 627 / v.i. 2
Unitaire : v.i. 49
Utile : v.a. 273 / v.i. 840 et s.
Valeur constitutionnelle : v.a. 4 / v.i. 4
Valeur (de la) : v.a. 630

Régimes matrimoniaux : v.a. 478
Renommée : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10
Res corporales/Res incorporales : v.i. 191
Réserve de propriété : v.i. 16 et 17

Secret : v.i. 139
Semences : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10
Semi-conducteurs : v.a. 8, 10 / v.i. 8,10
Signes distinctifs : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10
Sui generis : v.a. 649 et s.
Support de la création : v.i. 199 et s.

Trilogie / triptyque : v.a. 5, 7, 9, 11 à 15 / v.i. 5, 7, 9, 10 et s.
Article 544 Cciv. : v.i. 39
Caractère limitatif, exhaustif : v.i. 14 et s., 21
Contenu : v.a. 12 / v.i. 11 et s.
Droit féodal : v.i. 65
Droit romain : v.i. 38, 64
Hiérarchie : v.a. 162 et s. / v.i. 562
Histoire : v.a. 11, 162 et s. / v.i. 11, 35 et s., 65 et s.
Valeur : v.a. 13 à 15 / v.i. 35 et s., 41 et s.
A-normativité et théorie moderne : v.i. 63 et s.

Ubiquité : v.a. 120 et s. / v.i. 248
Utilitarisme : v.i. 840 et s.
Utilités : v.i. 22, 36 et 37
Usage gratuit : v.a. 119
Usage intellectuel / usage économique : v.a. 133 et s.
Usus / usage : v.a. 7, 16 / v.i. 7, 105
En droit commun
Corporalité de l'objet de l'usage : v.i. 189, 190 et s.
Définition : v.a. 16, 17 / v.i. 11
Distinction du fructus : v.a. 16 / v.i. 25 à 27, 215 et s.
Matérialisme de l'acte d'usage : v.i. 189, 199

En droit des créations
Usus privatif : v.a. 18 et s. / v.i. 105 et s.
Usage matériel : v.i. 199 et s.
Usage privatif et légitimité : v.a. 19 / v.i. 106 et s.
Usage et secret : v.a. 20 / v.i. 136 et s.
Usage et communication : v.i. 141 et s.
Distinction du *fructus* : v.a. 148
Usus et possession : v.i. 280 et s.

Valeur : v.a. 630
Vie privée : v.i. 276
Vis attractiva : v.i. 19, 46
Voix : v.a. 8, 10 / v.i. 8, 10

PLAN DETAILLE DE LA VERSION ABREGEE

p.1 **Introduction générale**

p.1 I. Problématique générale
p.7 II. Problématique particulière
p.12 III. Plan
p.15 IV. Version intégrale / version abrégée

p.21 **Partie préliminaire. La place du triptyque dans la propriété** *(résumé et renvoi)*

p.25 **Partie 1. La jouissance de la création : la place de l'*usus* et du *fructus* dans les droits de propriété intellectuelle**

p.27 **Titre 1. La jouissance personnelle de la création : l'*usus***

p.28 **Chapitre 1. L'impensable *usus* privatif de la création**

p.28 Section 1. L'*usus* privatif illégitime *(résumé et renvoi)*
p.29 Section 2. L'*usus* privatif impertinent *(résumé et renvoi)*

p.31 **Chapitre 2. L'impossible *usus* matériel de la création**

p.32 Section 1. La dématérialisation postulée de l'*usus (résumé et renvoi)*
p.32 Section 2. La dématérialisation confirmée de l'*usus (résumé et renvoi)*

p.35 **Titre 2. La jouissance économique de la création : l'*usus* et le *fructus***

p.36 **Chapitre 1. La jouissance économique exclusive – ou partagée**

p.37 Section 1. La mesure de l'exclusivité

p.38 §1. La place de l'exclusivité dans les droits de propriété industrielle
p.38 A. En droit des brevets
p.41 1. Les exceptions légales
p.42 a. La perte de l'*usus* exclusif
p.43 b. La perte de l'*usus* et du *fructus* exclusifs
p.43 α. Les entorses au principe exclusif
p.47 β. Les remises en cause du principe exclusif
p.47 L'exception de possession personnelle antérieure
p.48 L'épuisement du droit du breveté
p.50 2. Les exceptions prétoriennes
p.52 Le droit exclusif de l'inventeur salarié (*résumé et renvoi*)
p.53 B. En droit des marques
p.53 Les limites
p.54 1. L'article L. 713-1 CPI
p.54 a. La limite du principe de spécialité
p.60 b. La limite de la limite : le paradoxe de la marque renommée ou notoire
p.63 2. Les articles L. 713-2 et 3 CPI
p.63 a. La limite implicite des articles L. 713-2 et 3 CPI : l'exigence d'un usage de la marque à titre de marque dans la vie des affaires
p.72 La question de l'usage parodique
p.75 b. La limite explicite de l'article L. 713-3 CPI : l'exigence d'un risque de confusion dans l'esprit du public
p.79 Les exceptions *(résumé et renvoi)*

p.83 §2. La place de l'exclusivité dans le droit d'auteur
p.83 . Le postulat de la jouissance exclusive de l'auteur
p.84 . Le constat de la jouissance partagée de l'auteur
p.86 . Préalable : les instruments de la mesure

p.97 . Terminologie et droit exclusif de l'auteur
p.98 A. Les limites au droit exclusif de l'auteur
p.98 1. Les limites implicites
p.98 a. La communication au public, limite naturelle du droit de représentation
p.98 α. Le postulat : une limite naturelle
p.100 β. La critique : une limite artificielle
p.102 γ. Le contenu de la limite
p.105 δ. Le droit de représentation et le caractère accessoire de la communication
p.110 b. La communication au public, limite naturelle du droit de reproduction posée par l'article L. 122-3 CPI
p.110 α. Le postulat de la limite naturelle
p.111 β. La critique : une limite artificielle
p.111 . Premier point : les critères de l'article L. 122-3, leur contenu
p.115 . Deuxième point : les critères de l'article L. 122-3, la pertinence du cumul
p.118 . Troisième point : les critères de l'article L. 122-3, la notion de public
p.122 γ. Le droit de reproduction et le caractère accessoire de la reproduction
p.123 2. Les exceptions qualifiées de limites
p.123 a. L'exception de copie privée, art. L. 122-5, 2) CPI
p.123 α. Le contenu de l'exception
p.126 β. La portée de l'exception
p.127 . Critique du contenu subjectif de l'exception
p.130 . Critique du contenu objectif de l'exception
p.142 b. Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille, art. L. 122-5 CPI
p.146 B. Les exceptions au droit exclusif de l'auteur
p.147 1. Les exceptions déclarées
p.147 a. Les exceptions imposées par le droit de la concurrence
p.147 α. L'abus de position dominante
p.148 β. L'épuisement du droit
p.149 . Epuisement du droit de représentation
p.149 . Epuisement du droit de reproduction
p.154 b. Les exceptions imposées par des droits et libertés concurrents *(résumé et renvoi)*
p.154 2. Les exceptions discrètes
p.155 a. La qualité de l'auteur
p.156 α. Le droit exclusif de l'auteur face à son supérieur hiérarchique
p.158 β. Le droit exclusif de l'auteur face à ses coauteurs
p.160 b. La qualité de l'œuvre
p.160 α. L'œuvre incorporelle et le droit exclusif de l'auteur
p.161 . La jouissance de l'œuvre implique l'usage du support
p.162 . La jouissance du support implique l'usage de l'œuvre
p.164 β. L'œuvre personnelle et le droit exclusif de l'auteur
p.165 . Postulat : le droit moral de l'auteur est lui aussi exclusif
p.166 . Mesure de l'entorse au droit exclusif de l'auteur sur la dimension morale de son œuvre
p.166 → Atteintes
p.167 → Limites internes
p.169 → Limites externes

p.171 Bilan : l'état objectif du droit exclusif de l'auteur
p.172 Premier facteur : la montée en puissance des droits et libertés fondamentaux
p.173 Deuxième facteur : le droit communautaire
p.174 Troisième facteur : le droit de la concurrence
p.175 Quatrième facteur : l'auteur-entrepreneur supplanté par son médiateur
p.175 Cinquième facteur : la gestion collective
p.179 Sixième facteur : les licences obligatoires
p.181 la licence globale face aux échanges « pair à pair »
p.183 Septième facteur : les mesures techniques de protection

p.184 Section 2. La valeur de l'exclusivité

p.187 §1. Les tenants du postulat d'exclusivité
p.187 A. Les arguments
p.187 1. Tentative de dénégation
p.188 2. Tentative de banalisation
p.190 3. Tentative de dédramatisation
p.191 4. Tentative de rationalisation
p.192 a. Ubiquité et exclusivité, l'association
p.192 . Exclusivité impossible
p.193 . Propriété impossible
p.194 b. Ubiquité et exclusivité, la dissociation
p.195 . Exclusivité possible
p.200 . Propriété possible
p.202 5. Tentative de légitimation
p.202 La propriété comme droit subjectif
p.203 La propriété comme droit fonction
p.204 La propriété comme droit réel
p.208 6. Tentative de disqualification
p.211 B. La synthèse
p.212 1. La construction
p.212 a. Le contenu
p.213 b. La place en droit positif
p.213 α. Consécrations en matière de créations
p.215 β. Consécration en matière de biens corporels : l'image du bien
p.218 2. L'appréciation
p.219 a. Les qualités
p.219 b. Les défauts
p.220 α. La méthode
p.220 . Description de la méthode
p.221 . Critique de la méthode
p.226 β. L'esprit

p.230 §2. Les aboutissants du postulat d'exclusivité
p.230 A. Maintien du postulat d'exclusivité et propriété
p.230 1. La propriété étroite du créateur
p.232 2. La propriété extensible
p.233 B. Dépassement du postulat d'exclusivité et propriété
p.233 1. Une propriété non exclusive
p.235 2. Une propriété économique exclusive

p.238 **Chapitre 2. La jouissance économique absolue – ou dirigée**

p.239 Section 1. Jouissance économique absolue et régime du droit : la mesure de la liberté du créateur

p.240 §1. La jouissance économique, attribut principal du droit du créateur
p.240 A. Les créations, trublion de la hiérarchie classique des attributs du triptyque
p.240 1. De principale à accessoire : la déchéance de l'*usus* et de l'*abusus*
p.240 a. Place de l'*usus* et de l'*abusus* dans le triptyque du propriétaire
p.241 b. Place de l'*usus* et de l'*abusus* dans le triptyque du créateur
p.242 2. D'accessoire à principale : la place du *fructus*
p.242 a. Place du *fructus* dans le triptyque du propriétaire
p.243 b. Place du *fructus* dans le triptyque du créateur
p.243 . Le *fructus*, attribut idéal du créateur
p.244 . Le *fructus*, attribut efficace du créateur
p.245 . Le *fructus*, attribut principal du triptyque
p.246 → Consécration de la place du *fructus* en droit d'auteur
p.247 → Consécration de la place du *fructus* dans les autres droits de propriété intellectuelle

p.249 B. Les créations, aiguillon de la hiérarchie moderne des attributs du triptyque
p.249 1. La nouvelle hiérarchie des attributs
p.251 2. Le nouveau visage du *fructus*

p.253 §2. La jouissance économique, attribut obligatoire du droit du créateur
p.255 A. De facultative à obligatoire : l'exploitation de la création
p.255 1. Exploitation et maintien du droit sur la création
p.257 a. La propriété littéraire et artistique
p.257 α. La jouissance économique absolue de l'auteur
p.258 → L'exercice des prérogatives morales
p.259 . Le principe de la divulgation
p.259 La liberté de divulguer
p.260 Le degré de liberté de la divulgation
p.263 La liberté de ne pas divulguer
p.264 . Les modalités de la divulgation
p.266 Les autres prérogatives morales *(résumé et renvoi)*
p.268 → L'exercice des prérogatives patrimoniales
p.268 . Liberté quant au choix d'exploiter ou pas
p.269 . Liberté quant aux formes de l'exploitation
p.270 Le droit de reproduction
p.271 Le droit de destination
p.273 Le droit de représentation
p.273 Le droit de suite
p.274 . Liberté quant à la personne de l'exploitant
p.275 . Liberté quant aux modalités de l'exploitation
p.277 β. La jouissance économique dirigée de l'auteur
p.278 → Le cantonnement des prérogatives morales
p.278 → Le cantonnement des prérogatives patrimoniales
p.278 . Liberté d'exploiter v. extinction du monopole
p.279 . Liberté d'exploiter v. dirigisme protecteur
p.280 . Liberté d'exploiter v. sociétés de gestion collective
p.284 . Liberté d'exploiter v. nécessité d'exploiter
p.285 . Liberté d'exploiter v. licences non volontaires
p.286 Licences légales
p.289 Licences prétoriennes
p.293 Portée des licences non volontaires
p.297 . Liberté d'exploiter v. droit de la concurrence
p.298 Ententes prohibées
p.299 Abus de position dominante
p.301 . Liberté d'exploiter v. abus des héritiers
p.302 . Liberté d'exploiter v. mesures techniques et interopérabilité
p.304 b. Les propriétés industrielles
p.304 α. Le brevet
p.305 → Le principe de l'exploitation imposé
p.305 . Le refus d'exploiter
p.307 . Le refus de laisser exploiter
p.308 Refus de licence et abus de position dominante
p.311 Refus de licence et brevet de dépendance
p.312 → Les modalités de l'exploitation encadrées
p.312 . Les finalités de l'exploitation
p.314 . Les conditions de l'exploitation
p.316 . Les outils de l'exploitation
p.317 β. La marque *(résumé et renvoi)*
p.318 2. Exploitation et pérennité de la création
p.318 Exploitation et pérennité de la chose corporelle
p.319 Exploitation et pérennité objective de la création
p.320 Exploitation et pérennité subjective de la création
p.321 Exploitation et valeur de la création
p.323 Exploitation et existence de la marque

p.327 B. De supplétive à impérative : l'activité du créateur
p.328 1. Activité et droit d'auteur
p.328 a. Formalités et existence du droit d'auteur
p.328 b. Activité et existence du droit d'auteur
p.333 2. Activité et propriétés industrielles
p.333 a. Activité et brevet *(résumé et renvoi)*
p.334 b. Activité et marque
p.334 → Formalités et existence du droit de marque
p.336 → Activité et naissance du droit de marque

p.340 Section 2. Jouissance économique absolue et nature du droit : la portée du musellement du créateur

p.342 §1. Monopole ou privilège, une analyse en trompe-l'œil *(résumé et renvoi)*

p.349 §2. Etre ou ne pas être une propriété : d'une impasse à l'autre
p.349 A. L'impasse de la propriété
p.350 1. Propriété, monopole, privilège : différentes combinaisons possibles
p.350 a. La pyramide : la création, objet d'un privilège, lui-même objet d'une propriété
p.354 b. La fusion : privilège, monopole et propriété
p.353 α. La propriété enferrée par le monopole ou le privilège
p.355 β. La propriété éclairée par le monopole ou le privilège
p.356 2. Propriété, propriétés : la boîte de Pandore
p.357 a. Tentative de banalisation et propriété relative
p.357 α. Propriété relative avérée
p.363 β. Propriété absolue maintenue
p.365 b. Tentative de légitimation et propriété finalisée *(résumé et renvoi)*
p.368 B. L'impasse de l'a-propriété
p.369 1. Exploitation et nature du droit du créateur *(résumé et renvoi)*
p.370 2. Activité et nature du droit du créateur *(résumé et renvoi)*

p.374 **Partie 2. La disposition de la création : la place de l'*abusus* dans les droits de propriété intellectuelle**

p.382 **Titre 1. La disposition a-normative de la création**

p.382 **Sous-titre 1. La faculté de ne pas disposer de la création**

p.382 **Chapitre 1. La liberté de ne pas disposer matériellement** *(résumé et renvoi)*

p.383 **Chapitre 2. La liberté de ne pas disposer juridiquement**

p.383 Section 1. La liberté de l'auteur *(résumé et renvoi)*
p.385 Section 2. La liberté des autres créateurs *(résumé et renvoi)*

p.386 **Sous-titre 2. Le pouvoir de disposer matériellement de la création**

p.386 **Chapitre 1. L'impossible disposition matérielle de la création** *(résumé et renvoi)*

p.386 **Chapitre 2. La disposition matérielle résiduelle de la création** *(résumé et renvoi)*

p.389 **Titre 2. La disponibilité normative de la création**

p.389 **Sous-titre 1. La mesure de la disponibilité juridique de la création**

p.389 **Chapitre 1. L'indisponibilité des prérogatives morales du créateur**

p.389 Section 1. L'indisponibilité du droit moral de l'auteur

p.390 §1. Le postulat de l'indisponibilité
p.390 A. Son contenu

p.393 B. Ses écueils

p.395 §2. La réalité de l'indisponibilité
p.395 A. L'aliénabilité – la transmissibilité entre vifs – du droit de divulgation
p.395 1. Consécrations ponctuelles de l'aliénabilité du droit de divulgation
p.400 2. Consécration générale de l'aliénabilité du droit de divulgation
p.403 B. La disponibilité non-translative – les conventions abdicatives
p.404 1. Réponse attendue : le degré de disponibilité du droit de divulgation
p.406 2. Réponse inattendue : le degré d'utilité du droit de divulgation
p.409 3. Réponse inattendue : le degré de pertinence du droit de divulgation
p.409 La disponibilité des autres prérogatives morales de l'auteur *(résumé et renvoi)*

p.409 Conclusion sur la disponibilité du droit moral de l'auteur

p.418 Section 2. La disponibilité du droit moral des autres créateurs

p.418 Les autres créateurs *(résumé et renvoi)*
p.418 La disponibilité du droit moral du breveté

p.421 **Chapitre 2. La disponibilité des prérogatives patrimoniales du créateur**

p.422 Section 1. La disponibilité des prérogatives patrimoniales du créateur

p.422 §1. La disponibilité du droit de suite *(résumé et renvoi)*

p.423 §2. La disponibilité des droits de représentation et de reproduction
p.423 A. La cession à titre onéreux
p.424 1. Les limites extrinsèques à l'aliénabilité des droits patrimoniaux : les conditions des conventions
p.424 a. La cession partielle, une faculté strictement encadrée
p.425 α. Le formalisme protecteur de l'auteur
p.426 → La question du consentement personnel de l'auteur
p.426 → La question de l'écrit
p.429 β. Le formalisme incapacitant de l'auteur
p.429 → Le contenu du principe de l'interprétation stricte
p.429 . Présentation du principe de l'interprétation stricte
p.431 . Consécrations du principe de l'interprétation stricte
p.433 → La portée du principe de l'interprétation stricte
p.434 . Les nuances
p.434 . Les limites
p.439 . L'exception au principe / La négation du principe ?
p.440 b. La cession totale, une faculté marginalisée
p.440 α. Le principe de la cession totale
p.440 → La dimension temporelle de la cession totale
p.445 → La dimension matérielle de la cession totale
p.446 β. Le formalisme de la cession totale
p.448 γ. Les modalités de la cession totale : la question connexe de la cession pure et simple
p.453 2. Les limites intrinsèques à l'aliénabilité des droits patrimoniaux : la nature des conventions
p.454 a. Les outils du cantonnement de l'aliénabilité
p.454 α. Le cadre de la déchéance de la cession : la dichotomie des cessions et des licences
p.456 β. Les critères de la déchéance de la cession
p.457 → La rémunération proportionnelle
p.458 → L'obligation d'exploiter
p.458 . Décalage
p.459 . Extension aux autres contrats nommés
p.463 . Extension aux contrats innommés
p.464 . Portée

p.465 → La durée de la cession
p.466 → Le droit moral
p.470 → L'action en contrefaçon
p.476 → La cession de contrat
p.483 b. Les degrés du cantonnement de l'aliénabilité
p.483 α. La dichotomie dans tous ses états
p.483 → L'éviction d'un des termes de la dichotomie
p.483 . Tous les contrats d'auteur sont des cessions
p.483 . Tous les contrats d'auteur sont des licences
p.486 → La cohabitation des termes de la dichotomie
p.486 . La licence est admissible à côté des contrats nommés d'auteur
p.494 . La licences est admissible à côté des contrats nommés d'auteur, en revanche les contrats nommés par le législateur sont tous des cessions
p.495 . La licence est admissible à côté des contrats nommés d'auteur, et ces contrats nommés par le législateur ne sont pas forcément tous des cessions
p. 495 Le contrat d'édition
p.501 Les autres contrats (*renvoi*)
p.503 . La licence est admissible à côté des contrats nommés d'auteur, et ces contrats sont par ailleurs tous des licences, mais la cession est également admissible, à côté de ces licences.
p.503 β. La dichotomie hors d'état de nuire
p.504 → Les limites de la dichotomie
p.505 . La limite externe : la dichotomie n'est pas nécessaire
p.505 Ce que le législateur ne dit pas
p.508 Ce que le législateur dit
p.512 . La limite interne : la dichotomie n'est pas suffisante
p.512 Un contenu insuffisant
p.516 Un principe inadapté
p.520 → Le dépassement de la dichotomie
p.520 . La dichotomie émancipée
p.524 . La dichotomie transfigurée
p.528 . La dichotomie répudiée
p.528 Conclusion sur la cession à titre onéreux des droits patrimoniaux de l'auteur
p.529 B. Les autres formes de disposition en droit d'auteur
p.529 1. La disponibilité à titre gratuit
p.530 La cession à titre gratuit *(résumé et renvoi)*
p.530 La licence gratuite
p.532 2. La transmissibilité à cause de mort *(résumé et renvoi)*
p.532 3. La constitution de droits réels *(résumé et renvoi)*

p.533 Section 2. La disponibilité du droit patrimonial des autres créateurs

p.533 Les autres créateurs *(résumé et renvoi)*
p.534 La disponibilité du droit patrimonial du breveté

p.542 Conclusion générale sur la disponibilité des droits patrimoniaux en matière de propriété industrielle et de droit d'auteur

p.547 **Sous-titre 2. La valeur de la disponibilité juridique de la création**

p.550 **Chapitre 1. Pouvoir de disposition juridique du créateur et du propriétaire : le rapprochement condamné par le droit moral**

p.550 Section 1. L'indisponibilité du droit moral : l'obstacle évident

p.552 §1. La lecture extensive de l'indisponibilité du droit moral
p.552 A. L'indisponibilité totale du droit moral
p.558 B. L'indisponibilité globale du droit d'auteur

p.561 §2. La lecture réductrice de l'indisponibilité du droit moral
p.561 A. La dilution du droit moral dans le droit d'auteur
p.566 B. La dilution de l'indisponibilité dans la propriété
p.566 Bilan de la section 1

p.573 Section 2. L'indisponibilité *due* au droit moral : l'obstacle insidieux

p.575 §1. Le postulat : le droit moral *rend* les droits d'exploitation inaliénables
p.575 A. Le décalage
p.575 B. La portée

p.576 §2. La démonstration : la liberté de l'exploitant à l'épreuve du droit moral
p.577 A. Le droit de divulgation
p.578 B. Le droit de repentir et de retrait
p.579 C. Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et au respect de la paternité de l'auteur

p.583 **Chapitre 2. Pouvoir de disposition juridique du créateur et du propriétaire : le rapprochement condamné par les droits d'exploitation**

p.584 Section 1. Aliénabilité des droits d'exploitation < pouvoir de disposition juridique du propriétaire

p.584 §1. *Aliénabilité* des droits d'exploitation : un postulat inexact
p.584 A. Le contenu du postulat
p.586 B. La validité du postulat

p.590 §2. Aliénabilité des *droits d'exploitation* : un postulat insuffisant
p.590 A. Droit moral
p.591 B. Droit patrimonial

p.595 Section 2. Aliénabilité des droits d'exploitation ≠ pouvoir de disposition juridique du propriétaire

p.596 §1. Multiplication, superposition et disposition juridique
p.596 A. Le pouvoir extraordinaire de l'auteur : la multiplication des droits réels
p.596 1. Multiplication et droit commun
p.598 2. Multiplication et droit d'auteur
p.598 La multiplication des droits réels autorisée par la terminologie légale
p.600 La superposition des droits réels autorisée par l'incorporalité
p.602 B. Le pouvoir très ordinaire de l'auteur : la superposition des droits personnels
p.602 1. Rejet de la thèse de la multiplication des droits réels
p.603 2. Rejet de la thèse de la superposition des droits réels

p.606 §2. Division, démembrement et disposition juridique
p.606 A. Premier décalage : le principe de la division
p.606 1. En droit commun de la propriété
p.608 2. En droit d'auteur
p.608 a. Le principe de la division
p.609 b. La mise en œuvre de la division
p.613 B. Second décalage : la technique de la division
p.616 1. Les arguments qui ne condamnent pas l'analyse en démembrement
p.616 a. Démembrement du droit d'auteur et *numerus clausus*
p.620 b. Démembrement du droit d'auteur et attributs du triptyque
p.620 . Le droit de l'exploitant n'est pas un attribut du triptyque
p.623 . Le droit de l'exploitant est moins qu'un attribut du triptyque
p.625 . Le droit de l'exploitant est plus qu'un attribut du triptyque
p.628 2. Les arguments qui condamnent l'analyse en démembrement
p.628 a. Démembrement et durée du droit de l'exploitant
p.630 b. Démembrement et exclusivité du droit de l'exploitant
p.631 c. Démembrement et liberté d'action de l'exploitant
p.632 d. Démembrement et cession du droit d'exploitation
p.633 α. Le droit de l'exploitant dans la théorie de la propriété du droit d'auteur

p.634 β. Le droit de l'exploitant dans la théorie de F. Zénati
p.637 γ. Le droit de l'exploitant dans la théorie modérée de la propriété
p.639 δ. Le droit de l'exploitant dans la théorie de la propriété de chaque droit d'exploitation
p.641 ε. Le droit de l'exploitant dans la théorie féodale de la propriété
p.647 Bilan provisoire sur la nature du droit de l'exploitant
p.649 ζ. Le droit de l'exploitant dans la jurisprudence de la Cour de cassation

p.654 Bilans et conclusions

p.658 **Conclusion générale**

p.658 I. Résumé

p.673 II. Conclusion : la nature du droit du créateur

p.673 A. Le droit du créateur à l'aune du triptyque
p.673 1. La démarche : les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque
p.673 2. Le fruit de la confrontation : propriété industrielle et triptyque de la propriété
p.676 3. Le fruit de la confrontation : droit d'auteur et triptyque de la propriété

p.677 B. Le triptyque à l'aune du droit du créateur
p.677 1. La démarche
p.678 2. Le droit du créateur est moins qu'une propriété traditionnelle
p.679 3. Le droit du créateur est plus qu'un propriété traditionnelle
p.680 a. La place du droit de destination dans la propriété du triptyque
p.686 b. La place du droit moral dans la propriété du triptyque
p.686 . Le cotenu du droit moral
p.690 . La nature du droit moral
p.691 . La place du droit moral dans le droit d'auteur
p.693 4. Le triptyque n'est pas l'outil qui permet de cerner la nature du droit du créateur : il doit être abandonné

p.694 C. Le droit du créateur à l'aune de la propriété émancipée du triptyque
p.694 1. Le droit du créateur : quelle propriété ?
p.695 a. A la recherche de *la* propriété dans *les* propriétés
p.698 b. A la recherche du droit du créateur dans *les* propriétés
p.698 α. Le droit du créateur dans la propriété de l'article 544 émancipée du triptyque
p.704 β. Le droit du créateur dans la propriété émancipée *et* du triptyque *et* de l'article 544
p.706 γ. Le droit du créateur hors de la propriété de l'article 544 : une propriété alternative
p.711 δ. Le droit du créateur hors de la propriété de l'article 544 : une propriété résurgente
p.718 2. Le droit du créateur : la propriété à quel prix ?

p.726 D. Le droit du créateur à l'aune de l'a-propriété
p.728 1. La propriété ou le néant
p.728 a. L'insuffisance des catégories du droit positif
p.728 α. La catégorie du droit réel
p.732 β. La catégorie des choses communes
p.736 b. L'insuffisance des catégories du droit prospectif
p.739 2. L'a-propriété ou le chaos
p.739 a. Les ressources techniques du droit positif
p.739 α. La qualification par fractions
p.742 β. La qualification globale
p.747 b. Les ressources idéelles du droit prospectif