

Thèse de Doctorat

Jean-Paul KOSO OMAMBODI

*Mémoire présenté en vue de l'obtention du
grade de Docteur de l'Université de Nantes*

Sous le sceau de l'Université de Bretagne Loire

Ecole doctorale : DEGEST

Discipline : Droit Privé

Spécialité : Droit de la Propriété Intellectuelle

Unité de Recherche : Institut de Recherche en Droit Privé (IRDP)

Soutenue le 6 Juin 2017

Thèse N° :

LA PREUVE DE LA QUALITE D'AUTEUR EN DROIT D'AUTEUR

JURY

Président : Monsieur André LUCAS, Professeur Emerite à l'Université de Nantes

Rapporteurs : - Madame Alexandra BENSAMOUN, Professeur à l'Université de Rennes 1
- Monsieur Jean-Michel KUMBU ki-NGIMBI, Professeur à l'Université de Kinshasa

Directrice de Thèse : Madame Carine BERNAULT, Professeur à l'Université de Nantes

La faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A ma chère épouse Nelly pour l'amour et le soutien,

A mes enfants Joseph, Marie-Grâce et Goretti-Michaëlle pour la patience.

Remerciements

La thèse n'est pas un travail solitaire malgré les grands moments de solitude que traverse l'auteur. Elle est aussi le fruit de la sollicitude de ceux et celles qui l'entourent.

Au-delà de la tradition à laquelle ils sont attachés, ces remerciements sont réellement l'expression profonde de mon cœur. Ma reconnaissance va donc à toutes les personnes qui m'ont guidé, accompagné ou tout simplement aidé et sans lesquelles ce que j'ai fait n'aurait pas été possible.

Je n'aurais jamais pu réaliser ce travail sans ma directrice de thèse, Madame le Professeur Carine BERNAULT que je tiens à remercier en premier lieu pour la confiance qu'elle m'a accordée, les conseils qu'elle m'a donnés et le temps qu'elle a consacré à orienter mes choix, à diriger mes recherches, à suivre mes rédactions tout en supportant mes faiblesses. Soyez assurée Madame le Professeur de toute ma reconnaissance.

J'adresse aussi mes sincères remerciements à Madame le Professeur Alexandra BENSAMOUN, à Monsieur le Professeur Jean-Michel KUMBU ki-NGIMBI et à Monsieur le Professeur Emérite André LUCAS pour l'intérêt qu'ils ont manifesté à l'égard de cette recherche et pour l'honneur qu'ils me font de participer au jury de thèse ; pour les deux premiers, en qualité de rapporteur de la thèse et pour le dernier, au titre de président du jury. Je remercie aussi Monsieur le Professeur Andréas Rahmatian de l'université de Glasnow au Royaume-uni pour la lecture du titre relatif au copyright.

Que ma famille soit assurée de mon amour et de ma reconnaissance sans limite. Je dis merci à mon père Vincent LOKASO qui, de son vivant, me disait que le travail honore celui qui l'honore. Que ma mère Hélène ONYA trouve ici l'expression de ma gratitude pour tous les sacrifices consentis pour moi. Je remercie de tout cœur mes oncles Damien LOMENA, Jean MUKANGA, Denis MULENDA, Liévin LUETETE, André BUCKINX, Franck MULENDA et Thomas ETAMBAKONGA pour le soutien. Un grand merci également à Yvon Laurier NGOMBE, Prémices KIOUNGOU, Pr. Jean-Louis ESAMBO, Pr. PANGADJANGA, les époux Djoni LUTALA, Jenny MUKOMA ainsi qu'à mes enfants Caroline TOKOMBE, Jean de Dieu LOKASO et Naomie KOSO pour les encouragements. Merci à ma belle-famille et à tous mes frères et sœurs particulièrement la Révérende Sœur Angélique DISHIKI, Damien LOMENA LOKASO et Clément LONGONDJO.

Je dis enfin merci à l'Institut de Recherche en Droit Privé (IRDP) pour le cadre de travail adéquat et pour les facilités qui m'ont été offertes.

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

- ADPIC : Accord sur les aspects de droit de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce.
- ADAGP : Société des Auteurs dans les Arts graphiques et plastiques.
- Al. : alinéa.
- ALAI : Association littéraire et artistique internationale.
- Art : article.
- CA : cour d'appel.
- Cass civ : chambre civile de la Cour de cassation.
- Cass crim : chambre criminelle de la Cour de cassation.
- Cass : Cour de cassation
- CCE : Commerce, Communication Electronique.
- Ch. : chambre.
- CJUE : Cour de justice de l'union européenne.
- CP : code pénal.
- CPC : code de procédure pénal.
- CPI : code de propriété intellectuelle.
- DMCA : Digital Millenium Copyright Act.
- Ed. : édition.
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais.
- J-Cl : JurisClasseur.
- JO : journal officiel.
- LDA : loi sur le droit d'auteur.
- LEPI : L'essentiel de la propriété intellectuelle.
- LGDJ : librairie générale de droit et de jurisprudence.
- N° : numéro.
- Obs. : observation.
- Op cit : opus citatum, œuvre citée.
- P : page.
- Préc. : précité.
- Puam : presses universitaires d'Aix-Marseille.

- Puf : presses universitaires de France.
- Rev. Dr. Prop. Intell. : revue de droit de la propriété intellectuelle.
- RIDA : revue internationale de droit d'auteur.
- RTD com : revue trimestrielle de droit commercial.
- SACD : Société des Auteurs Compositeurs Dramatiques.
- SACEM : Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique.
- SCAM : Société des Compositeurs et des Auteurs Multimédias.
- T. : tome.
- TGI : tribunal de grande instance.
- Trib. Corr. : tribunal correctionnel.
- Trib. Civ. : tribunal civil.
- TUE : tribunal de l'union européenne.
- US : United Nations of America.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I. INCERTITUDE DE LA PREUVE TIREE DE LA MENTION DU NOM

TITRE I. Champ d'application de la preuve

Chapitre I. Moyens de preuve de la qualité d'auteur

Chapitre II. Limites du champ d'application de la présomption de paternité

TITRE II. Présomption unique et dualité d'objectifs entre le copyright et le droit d'auteur

Chapitre I. De la qualité d'auteur et son évolution dans le copyright

Chapitre II. Mention du nom sur l'œuvre ou preuve de titularité des droits dans le copyright

PARTIE II. CERTITUDE DE LA PREUVE TIREE DE LA CREATION DE L'OEUVRE

TITRE I. Preuve par établissement de la création

Chapitre I. Justification de l'acte de création au titre de preuve

Chapitre II. Avantages probatoires de l'acte de création

TITRE II. Pour l'adoption d'un formalisme probatoire

Chapitre I. Fondement du formalisme probatoire

Chapitre II. Modalités du formalisme probatoire

CONCLUSION

INTRODUCTION

1. Le présent travail porte sur la preuve de la qualité d'auteur en droit d'auteur. Il s'inscrit dans la perspective de la protection du droit d'auteur dont le point focal se trouve être la personne de l'auteur. A cet égard, la législation française met en exergue le mécanisme de la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre. Toutefois, dans nombre des situations, la jurisprudence révèle qu'on recourt à la création de l'œuvre comme moyen d'identification de l'auteur. Le sujet n'ayant guère fait jusqu'ici l'objet d'une réflexion systématique, il est intéressant de l'étudier pour en savoir davantage.

2. A travers ces quelques propos introductifs, il va être question de préciser le contexte conceptuel de la présente étude et la position du problème (I), l'intérêt de traiter un tel sujet et la méthodologie suivie pour son analyse (II) enfin, le postulat et l'hypothèse de l'étude ainsi que l'annonce de grands axes du travail (III).

I. Cadre conceptuel de l'étude et position du problème

3. La clé de voûte de l'édifice du droit d'auteur, c'est l'auteur. Il est par conséquent l'épicentre. Les droits d'auteur naissent dans sa personne et dans son patrimoine. L'œuvre de l'esprit est le fruit de son activité intellectuelle. Cependant, chaque système juridique adopte la conception de l'auteur proche de sa culture et de ses besoins. En sus, l'intérêt et le niveau de certitude requis de la preuve de la qualité d'auteur varient en fonction de l'idée que l'on se fait de la qualité d'auteur.

4. Il existe, d'une part, une conception de l'auteur juridique qui peut se dissocier de l'auteur réel. Ici, l'auteur est l'entité abstraite à partir de laquelle s'établissent les relations juridiques qui régissent l'œuvre de l'esprit. Il s'apparente à une construction qui renvoie à un certain nombre de qualités par lesquelles le droit d'auteur distingue le bénéficiaire du monopole¹. On peut dès lors comprendre aisément que l'œuvre puisse appartenir, dans un tel système, à une autre personne que son créateur. Tel est le cas du copyright. D'autre part, dans la tradition personnaliste du droit d'auteur, la notion d'auteur se situe sous l'emprise d'un *jus*

¹ J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Monts, les presses du réel, 2013, p 414.

naturalisme faisant de l'être humain l'essence même du droit : « la loi n'est là que pour reconnaître un droit préexistant qui est lié au fait de la création ; loin de le forger de toutes pièces, elle en assure la sauvegarde car, aussi longtemps que l'œuvre survivra dans la mémoire des hommes, elle portera le reflet d'une personnalité jusque dans la tombe ». ² Desbois affirme que la qualité d'auteur est inséparable de la personne du créateur ; le processus créatif se nourrit de l'intériorité de l'auteur et exprime sa singularité, l'œuvre ne peut appartenir qu'à lui ³.

Cette idée se retrouve dans le code de la propriété intellectuelle notamment lorsqu'il dispose que le droit moral est inaliénable ⁴ car, renoncer à cette prérogative revient à renoncer à soi-même, aliéner sa propre personne. On en déduit que l'auteur est nécessairement une personne physique car une œuvre de l'esprit ne saurait émaner d'une fiction juridique. Desbois conclut cette pensée en écrivant : « puisque les droits d'auteur naissent dans la personne et dans le patrimoine du créateur, il faut exclure du cercle des auteurs les personnes morales car il est impossible de supposer qu'une société ait imaginé et composé une œuvre de l'esprit. » ⁵ Le droit d'auteur consacre le pouvoir de création de l'individu, la relation intime entre un auteur doté d'une subjectivité et une œuvre perçue comme l'expression de sa personnalité. Cet édifice conceptuel conduit à confondre la notion d'auteur avec un créateur incarné, la personne physique dont émane effectivement l'œuvre. L'attribution de l'œuvre à son auteur est représentée comme un principe de droit naturel, non comme le choix d'un système juridique ⁶. La présente étude qui porte sur la question de la preuve de la qualité d'auteur en droit d'auteur français s'inscrit dans cette seconde perspective d'essence personnaliste.

5. Dans ce contexte, la preuve devant permettre l'identification de l'auteur, à défaut de traduire la vérité absolue qui demeure, somme toute, un idéal pour le juriste, se doit tout au moins de garantir la certitude. On ne peut donc pas se contenter du probable ou encore du vraisemblable mais, autant que possible, tendre vers le réel. Le critère qui sous-tend une telle preuve mérite d'être regardé avec minutie.

² H. Desbois, Le droit moral, RIDA, I/1958, p 124.

³ Idem, p 124-129.

⁴ Art I 111 et 121 CPI.

⁵ H. Desbois, Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Paris, Litec, 1960-1961.

⁶ J. Ickowicz, Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art, préc., p 430.

6. Le droit positif français renferme deux présomptions qui portent les règles de preuve de la qualité d'auteur. Il s'agit de la présomption de la qualité d'auteur consacrée par l'article L 113-1 CPI ayant vocation à couvrir l'ensemble des œuvres de l'esprit et l'article L.113-7 CPI spécialement prévu pour les auteurs des œuvres audiovisuelles et radiophoniques.

7. S'agissant de la présomption de la qualité d'auteur, la jurisprudence renseigne que le juge joue un rôle très actif sur l'appréciation des conditions de son application ainsi que sur le choix des sujets de droit entre les personnes morales et les personnes physiques. A cet égard, il convient de savoir concrètement si le juge respecte scrupuleusement la vision personnaliste du droit d'auteur français lors de l'application de ladite présomption et si c'est le cas, s'il s'en tient aux prévisions légales de la présomption de paternité sans faire recours à une justification supplémentaire pour établir parfaitement la qualité d'auteur. De même, il est impératif de s'assurer que l'application de cette présomption permet à l'auteur d'être effectivement dispensé de la preuve de sa qualité en transférant la charge et les risques qui s'en suivent au contestataire.

8. Il est également à remarquer que la preuve de la qualité d'auteur repose sur l'exercice du droit de paternité de sorte qu'il s'avère nécessaire de connaître le champ réel d'application de la présomption de la qualité d'auteur. Car, l'exercice d'un tel droit dépend de l'auteur de sorte que son défaut peut entraîner quelques difficultés dans l'entreprise d'identification de l'auteur. Pourtant, le droit est avant tout une science sociale ; cela implique que les intérêts individuels ne doivent pas occulter l'impératif de la paix sociale et, partant, la nécessité d'en assurer ainsi le juste équilibre possible⁷. La preuve de la qualité d'auteur assise sur la base de la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée pourrait entraîner une atteinte à la paix sociale dans la mesure où elle peut parfois laisser libre cours à des revendications controversées dans le chef des personnes sans qualité réelle. En effet, malgré le lien solide et naturel qui existe entre l'auteur et son œuvre, que traduit le droit moral de paternité, celui-ci demeure une prérogative qui peut souffrir de violation par des tiers, un droit susceptible d'abdication volontaire ou involontaire par l'auteur ou simplement un droit dont l'exercice peut s'avérer délicat dans certains autres cas. Cet état des choses se manifeste par le défaut presque systématique de la mention du nom des auteurs sur certaines catégories

⁷ A. Simon, L'ordre public en droit privé, thèse, université de Rennes, 1941, p 119.

d'œuvres.

9. Faut-il rappeler que la question de la preuve de la qualité d'auteur se pose souvent lorsque l'auteur revendique ses droits contre le contrefacteur et que ce dernier lui conteste sa qualité ? La problématique de la preuve de la qualité d'auteur mérite donc une place de choix dans la réflexion compte tenu de l'ampleur mondiale du phénomène de la contrefaçon puisque c'est la qualité d'auteur qui établit et rend compte de la relation qui existe entre le sujet de droit et son œuvre. Et, si la qualité d'auteur n'est pas valablement établie ou bien lorsque sa preuve revêt un caractère quelque peu aléatoire, le contrefacteur peut soulever l'exception de défaut de qualité dans le chef du demandeur et ainsi paralyser toute la procédure par une décision d'irrecevabilité de l'action initiée.

10. Sous l'angle de l'effectivité des droits d'auteur, la présomption de paternité comporte le désavantage d'orienter les débats sur la caractérisation de la contrefaçon essentiellement vers les concepts de divulgation et d'antériorité de la création susceptibles d'entraîner la confusion entre les parties litigantes. Ce qui revient à se demander si la divulgation de l'œuvre coïncide nécessairement avec la création et si l'examen des antériorités qui pourrait en résulter peut pertinemment départager les protagonistes qui prétendent avoir divulgué une même œuvre sous leurs noms respectifs.

Au départ, la présomption de la qualité d'auteur se veut une vérité légale apparente et statistique en considérant que celui dont le nom est mentionné sur l'œuvre est dans la plupart des cas l'auteur ; ensuite, son application ne couvre qu'une partie des œuvres et non pas la totalité. Enfin, en dehors de son champ d'application, on constate une certaine inefficacité dans la lutte contre la contrefaçon là où l'action en contrefaçon a justement pour vocation d'assurer l'effectivité des droits des auteurs. En effet, le fait que l'œuvre ne soit pas divulguée sous le nom de son auteur peut permettre au contrefacteur d'échapper à la rigueur de la loi en arguant simplement la mention de son nom sur l'œuvre illicitement exploitée. Si la preuve de la qualité d'auteur peut s'en trouver bien compliquée dans le système présomptif faute pour l'auteur de signer son œuvre, le contrefacteur sera pour sa part dans l'impossibilité de produire un contrat de cession de droits d'exploitation de l'œuvre s'il prétend en être cessionnaire. Mais, le contrefacteur pourrait se prévaloir de la présomption établie en faveur

de l'exploitant⁸ pour contourner l'exigence de la preuve de sa qualité à l'encontre du titulaire de droits d'auteur agissant en contrefaçon, en l'absence de la revendication de l'auteur de l'œuvre. Dans une telle situation, seule l'intervention de l'auteur peut départager les parties litigantes. Il en résulte une certaine inefficacité de la stratégie de lutte contre la contrefaçon à cause du défaut de l'édifice probatoire de la qualité d'auteur ayant pour fondation la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée ; et partant, une incertitude probatoire et une insécurité juridique à l'égard de tous.

11. La solution jurisprudentielle consistant à renvoyer dos à dos les parties litigantes ayant des prétentions sur une même œuvre divulguée sous des noms différents symbolise un certain aveu d'impuissance du système mis en place. Dès lors, on est sceptique face au système de présomption mis en place dans la plupart de législations dans un domaine aussi sensible que celui qui se rapporte à la titularité⁹.

12. En dépit de l'architecture juridique probatoire exposée *supra*, les auteurs ont comme qui dirait le goût de l'inachevé ; ils ne cessent de s'interroger sur les mécanismes efficaces de détermination plus ou moins certaine de la qualité d'auteur notamment du fait de la mondialisation du marché de l'art et de la dématérialisation des œuvres dans l'univers numérique¹⁰. Le dispositif mis en place est donc souvent ponctué des nombreuses tentatives pour pallier la carence de preuve ; la fixation, le marquage informatique, le tatouage électronique.... Le dépôt de l'œuvre effectuée, y compris en ligne¹¹, au titre de preuve ne semble pas résister à cause notamment de son préjugé historique lié au contrôle du roi sur la production culturelle mais aussi du fait qu'il ne participerait pas à la définition de l'œuvre. Le système de registres des œuvres est actuellement en vogue tant au niveau national et sectoriel qu'à l'échelle internationale dans la même perspective¹². Le défaut de généralisation et d'harmonisation de la pratique d'enregistrement ainsi que son manque de valeur probante reconnue constituent une faiblesse. Il suit de tout ce qui précède que certains auteurs ont

⁸ Cass civ., Ire, 24 mars 1993, SA Aréo et a vs Syndicat d'initiative de l'office de tourisme de Villeneuve-Loubet et a., n° 91-16.543, Bull. civ. I, n° 126 ; JCP 1993, II, 22085, note F. Greffe ; RIDA, octobre 1993, n° 158, p 200 et obs. Kéréver, p 191 ; RTD com. 1995. 418, note A. Françon.

⁹ C. Bernault, La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel, Paris, LGDJ, 2003, p 103, n° 282.

¹⁰ B. Warusfel, La propriété intellectuelle et l'internet, Evreux, Dominos Flammarion, 2001, p 25 : les associations des auteurs réfléchissent sur les bases des données des œuvres numériques.

¹¹ Idem, p 24 : l'auteur parle du « séquestre en ligne de créations numérisées »

¹² C. Bernault et J-P Clavier, Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle, 2è édition, Paris, Ellipses, 2015, p 436-439.

même clamé non pas la faiblesse du droit mais celle de la preuve (*non jus deficit probatio*)¹³. D'où, l'intérêt à étudier cette question de la preuve de la qualité d'auteur.

II. Intérêt du sujet et méthodologie d'étude.

13. Malgré l'importance primordiale et fondamentale de la qualité d'auteur dans le système personnaliste du droit d'auteur, il n'y a pas à proprement parler un titre réservé à la question de la preuve de cette qualité dans le code de la propriété intellectuelle. On retrouve néanmoins, comme on l'a souligné plus haut, une règle relative à ce sujet à l'article L 113-1 du code précité qui dispose : « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». Cette disposition légale, il faut le souligner, se situe au chapitre III du code consacré aux titulaires du droit d'auteur.

14. Cette logique semble rattacher la preuve de la qualité d'auteur à l'attribution des droits, particulièrement le droit moral, à tel point que la présomption de paternité est effectivement établie pour ce faire. Plus explicitement, la version originelle de la loi du 11 mars 1957 traite de cette présomption à l'article 8 juste après avoir évoqué le droit de paternité à l'article 6. Ce qui semble tout à fait normal tant il est évident que la fonction du droit moral consiste à établir le lien entre l'auteur et son œuvre. L'exercice du droit de paternité constitue ainsi dans ce système le moyen de preuve de la qualité d'auteur. Cependant, l'étendue du domaine d'application de cette présomption et les conditions de sa mise en œuvre en tant que règle de preuve ne semblent pas garantir l'identification certaine de l'auteur.

15. L'intérêt d'étudier cette question de la preuve de la qualité d'auteur consiste également à analyser les conditions de protection de l'auteur aussi bien dans le sens de son allègement probatoire (fardeau de la preuve ou *onus probandi*) que dans la perspective de l'effectivité de ses droits par le biais de l'action en contrefaçon. En effet, il ne serait pas juste pour l'auteur que le législateur pense à le protéger en le dispensant de la charge de la preuve de sa qualité et que dans la pratique, ce bénéfice devienne simplement une possibilité soumise à l'appréciation souveraine du juge. L'auteur vivrait ainsi dans un simulacre de protection et donc, dans une certaine mesure, dans l'illusion. C'est ainsi que la solution de la prise en

¹³ J-M. Bruguière, Droit des propriétés intellectuelles, 2è édition, Paris, Ellipses, 2011, p 87, n° 103 ; M. Vivant et J-M. Bruguière, Droit d'auteur, 1ère édition, Paris, Dalloz, 2009, P 159.

compte de l'antériorité dans la création lorsque l'œuvre est réalisée par plus d'une personne, voir même divulguée en leurs noms respectifs, mérite d'être évaluée. Il en est de même de la liberté probatoire chaque fois invoquée lorsque la preuve contraire admise par cette présomption doit être rapportée. Cette liberté probatoire est-elle de nature à faciliter l'identification ou non de l'auteur ? Cet état des choses mérite clarification pour éviter de nourrir l'auteur des illusions de protection ou de transfert de la charge probatoire.

Enfin, sur le plan du respect des droits d'auteur, il va être question de s'assurer que la présomption de paternité participe efficacement à la lutte contre la contrefaçon. Concrètement, il conviendra d'évaluer le mécanisme probatoire institué sur le plan de la rigueur de son application face aux manœuvres des contrefacteurs.

16. Pour tout dire, l'intérêt de l'étude de la preuve de la qualité d'auteur en droit d'auteur s'attache à la préoccupation fondamentale de la protection de l'auteur. Il se situe aussi au niveau du progrès de la science du droit, de l'effort constant à fournir pour placer la preuve de la qualité d'auteur dans l'orbite de la certitude quant à son application, aux sujets de droits sur lesquels la preuve trouve son application et quant à son rayonnement sur l'ensemble de la création. Enfin, cette étude permet de ramener la question de la preuve de la qualité dans son contexte réel qui est celui du marché de la culture en marge duquel le droit d'auteur a évolué pendant longtemps et de comprendre que l'efficacité de la preuve en général est d'ordre pratique ou encore relève du réalisme et non pas de considérations d'ordre métaphysique.

Le défi à relever est de taille et commande de s'outiller en conséquence afin de mener cette entreprise intellectuelle à bon port.

17. Pour tenter de trouver des réponses à l'ensemble du questionnement évoqué ci-haut, nous utiliserons la méthode juridique ou exégétique consistant à interpréter la loi et la jurisprudence avec le concours de la doctrine. Il s'agira ici, comme l'a écrit Carbonnier, de rechercher l'intention du législateur notamment jusque dans les travaux parlementaires afin de dégager la colonne vertébrale de sa volonté et en apprécier les conséquences¹⁴. Elle le sera

¹⁴ J. Carbonnier, Droit civil, Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple, vol I, Paris Puf, 1956, p 297.

tant sous l'angle historique que sous celui du droit comparé. L'approche historique éclairera l'évolution de l'institution de la règle probatoire de la qualité d'auteur, ses origines du Common Law, les changements subis au fil du temps et dans l'espace, son contexte ainsi que sa finalité originelle. La technique du droit comparé pour sa part permettra de comprendre la différence de vision qui existe entre le copyright britannique, à la base de la présomption d'attribution, et le système du droit d'auteur sur la même question. L'un étant orienté vers l'attribution des droits même aux non créateurs, tandis que l'autre l'est vers la preuve de la qualité d'auteur à laquelle les droits sont naturellement attachés par la création.

Grâce à cette méthodologie, on comprendra que le système de la présomption de la qualité d'auteur a été, dans ses origines du Common Law, un mécanisme d'attribution des droits d'auteur dans un contexte marqué par le dépôt des œuvres suivi de leur enregistrement en dehors du souci d'identifier absolument leurs créateurs. C'est pour cette raison que dans le système du droit d'auteur, la théorie du droit moral sera mise à contribution pour permettre à l'auteur d'avoir la mainmise sur son œuvre divulguée, et donc en phase d'exploitation. Cette option ne va pas sans poser des problèmes qu'il importe de relever succinctement.

III. Problématique et annonce du sujet

18. L'identification de l'auteur dans le système en vigueur se caractérise, comme on le verra, par l'incertitude et cela incite à rechercher si la faiblesse de la preuve de la qualité d'auteur est le fait des règles de preuve pour déterminer la qualité d'auteur ou si, elle résulte d'éléments intrinsèques au droit d'auteur en tant que droit substantiel. Il faut se projeter pour esquisser un mécanisme probatoire de la qualité d'auteur qui soit pratique et efficace. Ce qu'apparemment n'assure pas de manière satisfaisante la présomption de paternité compte tenu des faiblesses relevées.

On remarque par ailleurs que des prescrits de l'article L 113-1 du code de la propriété intellectuelle disposant que : « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* », la doctrine déduit que la divulgation vaut titre ou fonde la paternité¹⁵. Dans le même sens, on indique que l'acte d'exploitation est la notion-cadre du droit d'auteur¹⁶. Cette position doctrinale selon laquelle la divulgation fonde la paternité, tirée de l'interprétation de la loi, mérite d'être examinée en ce qu'elle engendre un autre fondement de la paternité, différent de la création qui est consacrée par le législateur. Toutefois, comme il a été relevé précédemment, la loi et la jurisprudence soulignent que quiconque conteste la qualité de l'auteur présumé est fondé d'utiliser tous les moyens, notamment ceux tendant à démontrer la réalisation par lui de l'œuvre dont il revendique la paternité. C'est la qualité d'auteur revendiquée, dit-on¹⁷. Ici, l'auteur qui revendique sa qualité doit prouver son implication effective dans la réalisation de l'œuvre de l'esprit¹⁸ ; autrement dit, la création de l'œuvre.

L'on reconnaît dès lors que la notion d'auteur d'une œuvre de l'esprit est étroitement liée à celle de la création dans les pays de conception personnaliste du droit d'auteur et que l'œuvre est réputée créée indépendamment de toute divulgation¹⁹. On peut ici dire que la création vaut titre et constitue sans nul doute le fondement de la paternité²⁰. Cependant, l'acte de création paraît une notion qui ne se prête pas facilement à la saisie probatoire. La majorité

¹⁵ C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, 4^e édition, Paris, LexisNexis, 2015, p 169 ; P-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, 10^e édition, Paris, Puf, 2017, p 229-230 ; J-M. Bruguière, Droit des propriétés intellectuelles, 2^e édition, préc, p 86, n° 102 ; A. Kessler-Michel, Présomptions et droit d'auteur, Paris-sud, 2001, n° 44, 472 et s ; J. Raynard, Le tiers au pays du droit d'auteur, JCP, 1999 I 138, n° 7 et s ;

¹⁶ S. Dussolier, L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur, in Mélange à l'honneur du professeur André Lucas, Paris, 2014, p 274.

¹⁷ S. Le Cam, L'auteur professionnel. Entre droit d'auteur et droit social, Paris, LexisNexis, 2014, p 225.

¹⁸ Civ 1^{re}, 3 juil. 1990, RIDA, avr. 1991, n° 148, p 116 cité in chron. LPA, p 10, obs. J- Ch. lenne.

¹⁹ Art L 111-1 et L 111-2 CPI.

²⁰ A. Gastambide, Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, ou de la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture, dessin, gravure, dessins des manufactures, sculpture industrielles, marques, noms, raisons commerciales, enseignes etc, Paris, 1837, p 48 ; O. Laligant, La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?, Presses universitaires d'Aix-Mareilles, 1999, p 171 : « la question de la création n'a guère été approfondie par la doctrine ; elle reconnaît néanmoins qu'elle fonde et justifie l'application du droit d'auteur » ; S. Le Cam, op cit, p 126.

de la doctrine soutient que sa preuve est soit impossible, difficile ou délicate ou tout simplement non aisée²¹ ; d'où, le choix de la contourner au profit de la présomption de la qualité d'auteur fondée sur la divulgation qui présente une trace matérielle susceptible de démonstration probatoire, question de réaliser ce que M. Girard appelle le passage de la preuve-raisonnement à la preuve-matériel²².

19. L'analyse jurisprudentielle révèle en revanche que le rappel en filigrane de l'acte de création, comme étalon de mesure au sein même de l'institution de la présomption de paternité pour établir la preuve de la qualité d'auteur, demeure une donnée permanente. Elle permet de distinguer le créateur de l'œuvre du non créateur. La preuve de la qualité des auteurs des œuvres audiovisuelles et radiophoniques s'inscrit dans cette perspective en mettant en exergue les fonctions créatrices ou les titres de ceux-ci. Au surplus, l'examen de l'originalité de l'œuvre comme condition du bénéfice du droit d'auteur révèle que ce critère n'est perçu comme tel qu'en tant que critère de la création²³. Aussi, existe-t-il une relation intime entre la preuve de la qualité d'auteur et la preuve de l'originalité de l'œuvre. Dès lors, si la création est le critère de l'examen de l'originalité de l'œuvre, son activité peut parfaitement être mise en évidence par l'auteur lui-même, une fois appelé à prouver sa qualité. Bien plus, il est tout à fait possible de concevoir un formalisme probatoire consistant en la déclaration de la création afin de répondre justement à la préoccupation de la trace matérielle de la preuve de la qualité d'auteur tirée de l'acte de création. Car, en effet, le progrès du droit consiste à diminuer le plus possible la marge de l'incertitude, à rapprocher le probable du réel, le vraisemblable du vrai²⁴.

20. La position que nous allons soutenir est que la preuve de la qualité d'auteur s'établit dans le champ de la création et non pas dans la sphère d'exploitation de l'œuvre. Et compte tenu de l'impératif de précision qui s'impose pour la question sensible de la titularité de droits d'auteur liée à la nouvelle économie, la preuve de la qualité d'auteur devra éviter, dans la mesure du possible, le domaine du vraisemblable ou du probable. Aussi,

²¹ C. Bernault et J-P. Clavier, Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle, 2è édition, préc, p A 40 ; C. Caron, op cit, p 168, n° 201.

²² F. Girard, Essai sur la preuve dans son environnement culturel, T. I et T. II, Marseille, Presses universitaires de Marseille, 2013, p 23.

²³ P. Gaudrat, Le point de vue d'un auteur sur la titularité, in I De Lamberterie, Le droit d'auteur aujourd'hui, Paris, CNRS, 1991, p 44.

²⁴ H. Lévy-Bhrul, La preuve judiciaire, Essai de sociologie judiciaire, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1963, p 25.

se fera-t-elle par l'acte de création. La déclaration obligatoire de création sera enregistrée auprès d'un organisme impartial. Elle sera l'œuvre du créateur ou de son représentant. L'organisme d'enregistrement de ladite déclaration œuvrera en synergie tant horizontalement avec les organismes de gestion collective des droits d'auteur et les divers syndicats que verticalement avec les organisations similaires d'intégration aux niveaux régional et international. Ce système de substitution du régime actuel de la preuve de la qualité d'auteur participera, d'une part, au maintien de l'équilibre nécessaire entre la protection de l'auteur et la sécurité de l'exploitation de l'œuvre et d'autre part, à l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon tant dans l'univers numérique que physique.

21. Il convient de préciser avant tout que cette étude sera menée en droit d'auteur sans aborder le volet des droits voisins. Elle prendra en compte l'aire géographique européenne et internationale auxquelles renvoient respectivement aussi bien la directive sur la lutte contre la contrefaçon du 29 avril 2004 que la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques relativement à la question sous étude. Mais, pour des raisons pragmatiques, le point d'encrage des réflexions sera le droit d'auteur français.

22. Pour y arriver, nous allons, dans un premier temps, analyser les insuffisances de la règle du droit positif s'agissant de la preuve de la qualité d'auteur ainsi que les conséquences de son application. L'étude démontrera que la preuve de la qualité d'auteur tirée de la mention du nom sur l'œuvre, ci-après désignée « preuve », n'offre pas les garanties de certitude quant à identifier l'auteur-créateur. Cela procède notamment du fait que le bénéfice de la présomption de paternité est parfois reconnu aux personnes morales et que la base de l'exercice du droit de paternité sur lequel est assis ladite présomption est en inadéquation avec le domaine de la création. L'exercice du droit de paternité est en même temps limité quant à son application au plan international. Cette série d'objections entraîne quelques faiblesses dans la lutte contre la contrefaçon. Puis, dans un second temps, on tentera de démontrer que la solution aux limites du droit positif consiste au recentrage sur l'acte de création comme preuve de la qualité d'auteur en lieu et place de la présomption de paternité. Et pour des raisons pratiques, la preuve centrée sur l'acte de création sera suivie d'un formalisme probatoire de la déclaration de création, laquelle sera à la base de la constitution de la base de données des œuvres et de leurs auteurs. Cette base de données jouera ensuite un rôle stratégique pour la lutte anti-contrefaçon.

23. Ainsi, la présente étude comporte deux parties portant respectivement sur l'incertitude de la preuve tirée de la mention du nom de l'auteur et sur la certitude de la preuve tirée de la création de l'œuvre. La première partie traitera du champ d'application de la preuve ainsi que ses limites et, au niveau international, de sa dualité d'objectif avec le copyright. La deuxième partie quant à elle se focalisera sur l'établissement de l'activité de création comme moyen de preuve par excellence de la qualité d'auteur et sur le formalisme probatoire conçu pour faciliter ledit moyen de preuve.

PREMIERE PARTIE

INCERTITUDE DE LA PREUVE TIREE DE LA MENTION DU NOM.

24. La preuve de la qualité d'auteur doit rendre compte de l'idée réelle que la société se fait de l'auteur d'une œuvre. Si l'auteur d'une œuvre en est le créateur, la preuve de sa qualité doit pouvoir le traduire de manière adéquate et précise. Le droit ne doit pas être enfermé dans une sorte d'équivocité sur le concept d'auteur ; il est à la fois une construction sociale, un produit historique et un instrument d'organisation de la société. Entendu de cette façon, le droit se doit d'être efficace et rigoureux dans sa logique essentielle afin d'exprimer la volonté commune, comme le dit Mme Bouchet-le Mappian²⁵.

25. La présomption selon laquelle la qualité d'auteur appartient à celui ou ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée constitue l'objet principal de cette partie du travail. Son étude et l'appréciation de son application permettent de cerner de près la question fondamentale de la preuve de la qualité d'auteur en droit d'auteur. De même, une analyse du contenu de la présomption de la qualité d'auteur dans le système juridique du Common Law pourrait rendre compte de la dualité des systèmes en présence sur la qualité d'auteur et témoigner les limites conceptuelles du système du droit d'auteur sur la question de la preuve de la qualité d'auteur. En effet, le *modus operandi* de la présomption de la qualité d'auteur a fini par révéler ses limites en tant que mode de preuve de la qualité d'auteur dans le système du droit d'auteur. A titre d'illustration, une œuvre publicitaire ne comporte pas la mention du nom de son auteur mais, plutôt celui du commanditaire à qui sont cédés les droits patrimoniaux. Il s'en suit que dans ce cas, la présomption ne s'appliquera pas.

Cette présomption se retrouve aussi bien dans le copyright qu'en droit d'auteur. Cependant, la portée de la mention du nom sur l'œuvre divulguée, comme élément d'identification de l'auteur de l'œuvre, varie selon que l'on est dans l'un ou l'autre système de droit d'auteur. Le fait que l'auteur peut définitivement et dès le départ renoncer à son droit de mentionner son nom sur l'œuvre au profit d'un tiers contractant et que le nom porté sur l'œuvre ne soit qu'un avis fait au public témoigne une certaine dualité entre le copyright et le droit d'auteur pour lequel la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre relève de l'exercice du droit inaliénable de paternité.

²⁵ E. Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, Collection Univers des normes, p 185.

26. Aussi, convient-il de mettre en lumière le contenu de la présomption de la qualité d'auteur et son inadéquation avec la création de l'œuvre (Titre I) avant de voir la portée de la mention du nom sur l'œuvre entre le copyright et le droit d'auteur (Titre II).

TITRE I. CHAMP D'APPLICATION DE LA PREUVE.

27. Le mécanisme probatoire de la qualité d'auteur par la présomption de paternité tient plus à la mention du nom de l'auteur sur son œuvre qu'à la divulgation de celle-ci. Aussi conviendra-t-il de préciser la portée de la maxime « divulgation vaut titre ». Au surplus, la preuve de la qualité d'auteur-créateur tirée du principe de « divulgation de l'œuvre sous son nom » n'est pas évidente à l'égard de certaines catégories d'œuvres. L'application de la présomption de la qualité d'auteur est limitée aux œuvres sur lesquelles sont mentionnés les noms des auteurs. Mais, pour diverses raisons, les auteurs n'exigent pas forcément la mention de leurs noms sur certaines œuvres ; ils y renoncent soit par manque d'intérêt soit parce que placés dans une situation de fait qui ne leur permet pas de faire valoir leur droit moral de paternité. De même, certains usages professionnels propres à certains arts ne permettent pas aux auteurs de faire mention de leurs noms sur leurs œuvres. Il appert que le champ d'application de la preuve de la qualité d'auteur par la présomption de paternité se trouve bien limité.

Pour s'en convaincre, il semble indiqué, dans un premier temps, d'étudier le contenu des mécanismes de preuve de la qualité d'auteur (Chapitre I), puis examiner, en second lieu, l'inadéquation de la présomption de paternité en tant que mode de preuve de la qualité d'auteur avec le domaine de la création (Chapitre II).

Chapitre I. Moyens de preuve de la qualité d'auteur

28. Considérant que l'acte de création de l'œuvre est délicat à appréhender comme preuve de la qualité d'auteur, il a été institué des présomptions de la qualité d'auteur²⁶. Quiconque revendique la qualité d'auteur sans remplir les conditions requises pour bénéficier du jeu de la présomption de la qualité d'auteur peut utiliser tous les moyens de fait et de droit pour y parvenir. Tel est le régime général de la preuve de la qualité d'auteur en droit d'auteur. Le cas particulier du régime de la preuve de la qualité d'auteur de l'œuvre audiovisuelle sera étudié séparément. Mme Kessler Michel résume bien cette différence de régime de la qualité d'auteur lorsqu'elle dit que la qualité d'auteur est attribuée de manière générale pour toutes les œuvres et de manière spéciale pour les auteurs d'une œuvre audiovisuelle²⁷.

Dans la présente section, il sera question d'examiner les éléments de la présomption de la qualité d'auteur comme mécanisme général de preuve de la qualité d'auteur (section I) avant de voir ce qu'il en est du cas particulier de la preuve de la qualité d'auteur d'œuvres audiovisuelles (section II).

Section I. Identification du créateur par la présomption de la qualité d'auteur.

29. L'article L. 113-1 CPI dispose que la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. Cette disposition figure dans le texte initial de la loi du 11 mars 1957 en son article 8 dans les mêmes termes. Des nombreuses législations des pays du monde ont pareille disposition : Belgique²⁸, Bénin²⁹,

²⁶ C. Bernault et J-P. Clavier, Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle, 2^e édition, éd. Ellipses, 2015, p 40 ; C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, 4^{ème} édition, Paris, LexisNexis, 2015, p 168, n° 201 ; P. Sirinelli, commentaire de l'arrêt CA Paris, 4^e ch., 28 mai 2003, Propr Intell, n° 9, p 378 : « L'acte de création étant souvent délicat à établir, le législateur s'est attaché à offrir une facilité probatoire. Mais si une présomption permet d'établir un fait inconnu (en l'occurrence, la création et la paternité) à partir d'un fait connu (la divulgation sous un nom) encore faut-il que ce dernier puisse être rapporté. »

²⁷ A. Kessler Michel, Présomptions et droit d'auteur, thèse, Université de Paris sud XI, sous la direction de Pierre Sirinelli, 2001, p 41.

²⁸ Art XI. 181, 182 et 179 de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre XI « propriété intellectuelle » dans le code de droit économique et portant insertion des dispositions propres au livre XI dans les livres I, XV et XVIII du même code.

²⁹ Art 5 al 2 de la loi n° 2005-30 du 5 avril 2006 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins en République du Bénin.

Canada³⁰, Finlande³¹, Norvège³², RD Congo³³, Suède³⁴, Suisse³⁵... Au plan international, elle est reprise dans la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques en son article 15-1. Au niveau européen, cette présomption est consacrée par la directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle du 29 avril 2004 en son article 5.

30. Au regard de ce qui précède, la portée de la présomption de la qualité d'auteur est quasi générale et son application devient aussi automatique. Il importe toutefois d'en cerner les enjeux et les contours. La bonne intelligence de cette présomption de paternité oblige de chercher à savoir pour quelle finalité elle a été instituée (§ 1), le principe qui la sous-tend (§ 2) ainsi que ses effets sur la preuve de la qualité d'auteur (§ 3).

§ 1. « Ratio Legis » de la présomption de paternité

31. Dans la conception personnaliste du droit d'auteur adoptée par la quasi-totalité de pays de tradition juridique du droit civil, celui-ci revêt le caractère d'un droit naturel. Le législateur n'intervient que pour l'encadrer et lui donner efficacité. C'est ainsi que la loi définit les droits conférés à l'auteur et sanctionne par l'action en contrefaçon toute violation de ceux-ci. Cette action a le mérite d'assurer l'effectivité du droit d'auteur. Aussi, dit-on avec raison, que la notion de contrefaçon est née avec le droit d'auteur et constitue la garantie de son effectivité³⁶. C'est d'ailleurs à l'occasion de l'action en contrefaçon que la question de la preuve de la qualité d'auteur est souvent soulevée. Dans ce cadre, est présumé, sauf preuve contraire, avoir la qualité d'auteur celui qui apparaît comme tel dans l'œuvre par la mention de son nom, de sa signature, d'un signe ou de toute expression permettant de l'identifier. L'article 15.1 de la Convention de Berne dispose que : « *Pour que les auteurs des œuvres littéraires et artistiques protégées par la présente Convention soient, sauf preuve contraire, considérés comme tels et admis en conséquence devant les tribunaux des pays de l'Union à*

³⁰ Art 13 (1) de la loi sur le droit d'auteur (LR, 1985, c. C.-42) mise à jour au 31 mars 2015 ; art 5, b de la même loi : la durée de protection s'étend à 50 ans après le décès du producteur.

³¹ Art 7 (1) et 43 du copyright Act n° 404 du 8 juillet 1961 telle qu'amendée le 30 avril 2010 : l'auteur de l'œuvre est celui dont le nom est mentionné de manière usuelle sur l'œuvre ; mais, la durée du copyright sur une œuvre cinématographique est de 70 ans après le décès du dernier survivant d'entre les personnes ci-après : le directeur principal, l'auteur du scénario, l'auteur du texte et le compositeur de la musique spécifiquement destinée à l'usage de l'œuvre cinématographique.

³² Art 7 et 40 du copyright Act du 12 mai 1961 relative au droit d'auteur sur les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques telle qu'amendée le 22 décembre 2006.

³³ Art 8 de l'ordonnance-loi n° 86-033 du 5 avril 1986 portant protection des droits d'auteur et droits voisins.

³⁴ Art 7 et 43 du copyright Act du 5 mars 2013 sur le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques

³⁵ Art 8 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins telle que modifiée le 1^{er} janvier 2011.

³⁶ C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, préc, p 464.

exercer des poursuites contre les contrefacteurs, il suffit que le nom soit indiqué sur l'œuvre en la manière usitée. Le présent alinéa est applicable, même si ce nom est pseudonyme, dès lors que le pseudonyme adopté par l'auteur ne laisse aucun doute sur son identité. » La lecture de cette disposition conventionnelle indique clairement que la personne dont le nom figure dans l'œuvre est considérée comme auteur en vue d'exercer l'action en contrefaçon. C'est dans le but de simplifier l'action en contrefaçon qu'elle a été instituée, affirme Bertrand³⁷.

La présomption de paternité telle qu'elle résulte de la disposition conventionnelle sous examen désigne celui dont le nom sera indiqué sur l'œuvre comme auteur pour agir en contrefaçon et non pas pour avoir créé l'œuvre. L'attention du législateur unioniste est donc portée sur la destination de l'œuvre, sur son exploitation ou sa communication au public et le risque qu'elle court d'être contrefaite afin de s'en prémunir plutôt que sur l'origine de l'œuvre. Ce qui est visé en fait dans la présomption de paternité telle qu'elle ressort du texte de la convention de Berne, c'est l'exercice et la défense du droit d'auteur ; la personne appelée à protéger l'œuvre de la reproduction ou de la représentation non autorisée semble l'intéresser plus que le créateur de l'œuvre. C'est ainsi qu'en Belgique par exemple, d'après les travaux préparatoires, la présomption de paternité ne vaut qu'à l'égard des tiers³⁸, exactement comme dans la présomption prétorienne de titularité ; ce qui n'est pas le cas en France. C'est dans ce sens qu'on peut comprendre l'extension de la présomption de la qualité d'auteur par le législateur allemand aux détenteurs des droits exclusifs d'exploitation dans le cadre de procédures en référé ou d'actions en cessation³⁹. La même présomption a été étendue aux droits voisins⁴⁰. Il faut donc préciser que « la présomption de la qualité d'auteur aux termes de l'article 10 de la loi allemande sur le droit d'auteur s'applique à quiconque est désigné comme auteur sur les exemplaires d'une œuvre publiée ou sur l'original d'une œuvre

³⁷ A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1999, p 816.

³⁸ Rapport De Clerck, LDA, p 146 ; par contre, en droit français, la pratique révèle que le bénéficiaire de la présomption pourra s'en prévaloir contre tous (pour une application de la présomption en matière audiovisuelle, au bénéfice d'un scénariste, v Civ 1^{ère} 3 juillet 1990, 'Agostini', bull civ, I, n° 189, RTD com, 1991.48, obs. Françon ; dans le domaine littéraire, Paris, 23 mai 1991, RIDA, janvier 1992. 313 (légende de cartes postales) ; 21 novembre 1994 (Manuels scolaires). Les tiers seront donc eux aussi, s'ils contestent sa qualité, tenus d'en administrer la preuve (TGI Paris, 11 octobre 2000, RIDA, avril 2001. 386).

³⁹ Loi de transposition de la directive européenne 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits adoptée par le parlement en date du 7 Juillet 2008 ; S. von Lewinski, *Chronique d'Allemagne*, 2^e partie : évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-2005 à fin 2010, in RIDA, n° 228, avril 2011, p 198.

⁴⁰ Art 10 al 3) ; § 71, al 1) ; 74, al 3) ; 85, al 4) ; 87, al 4) ; 87b, al 2) ; 94, al 4) LDA

d'art⁴¹ ».

32. En France, la présomption de paternité est opposable à n'importe qui d'autre en plus du contrefacteur. C'est ce qui justifie l'intérêt de la règle de preuve de la qualité d'auteur qu'elle définit. La jurisprudence pour sa part permet aux personnes morales exploitantes d'agir en contrefaçon par l'institution de la présomption de titularité de l'exploitant. Elle est instituée en faveur du cessionnaire exploitant l'œuvre pour l'unique finalité de simplification de l'action en contrefaçon⁴² et ce, à condition, entre autres, qu'il n'y ait pas la revendication de l'auteur. Cette même présomption a été consacrée par la directive sur la lutte contre la contrefaçon du 29 avril 2004. Nous reviendrons sur cette parenté entre les deux présomptions dans la deuxième section du présent chapitre.

33. L'action en contrefaçon est logiquement intentée par le titulaire des droits d'auteur. C'est donc l'auteur qui est appelé tout naturellement à agir en contrefaçon, encore faut-il qu'il prouve qu'il a effectivement cette qualité⁴³ ou qu'il est bénéficiaire de la présomption de la qualité d'auteur. En revanche, si l'auteur a cédé ses droits patrimoniaux, c'est le cessionnaire qui va alors intenter l'action en contrefaçon ; l'auteur ne peut plus le faire⁴⁴ sauf s'il fait état des prérogatives non cédées. Le délit de contrefaçon littéraire et artistique étant susceptible d'être commis au mépris tant des droits patrimoniaux que du droit moral⁴⁵, dans l'hypothèse de la violation du droit moral, même en cas de cession des droits patrimoniaux sur l'œuvre, l'auteur doit intervenir à l'instance de contrefaçon. C'est ainsi que certains systèmes de droit d'auteur estiment que la présomption de paternité ne peut trouver application qu'en faveur d'une personne physique tandis que d'autres pensent, en revanche, qu'elle concerne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales⁴⁶.

A notre humble avis, cette différence d'opinion sur la portée de la présomption de la qualité d'auteur relève du caractère inaliénable ou non du droit de paternité de l'auteur qui la sous-tend : là où le droit moral de paternité est inaliénable comme en droit français, il est normal que la présomption de paternité ne s'applique qu'à l'auteur, personne physique. En

⁴¹ S. Von Lewinski, Chronique d'Allemagne, 2^e partie : évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-2005 à fin 2010, in RIDA, n° 228, avril 2011, p 218.

⁴² C. Bernault et J-P. Clavier, Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle, préc, p 404.

⁴³ CA Paris, 20 déc. 1989 : D. 1991, somm, p 187, obs. C. Colombet.

⁴⁴ Cass crim, 19 mars 1926 : Gaz Pal, 1926, 1, p 688.

⁴⁵ E. Dreyer, La loi pénale applicable à la contrefaçon littéraire et artistique, in mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, 2014, p 251 ; articles L. 335-5 et L.335-3 du CPI.

⁴⁶ Voir n° 29 : la France d'un côté et, l'Allemagne, la Belgique et l'Union européenne de l'autre.

revanche, là où le droit de paternité est dans une certaine mesure artificiel, comme on le verra en droit belge, la présomption de la qualité d'auteur peut s'appliquer aussi bien à l'auteur, personne physique qu'à la personne morale, cessionnaire des droits d'auteur. Cette différence de régime de la présomption de la qualité d'auteur procède aussi du fait qu'en droit français, l'action en contrefaçon apparaît comme la conséquence de la qualité d'auteur. Elle assure l'effectivité des droits de l'auteur. Et puisqu'ici l'auteur ne peut être qu'une personne physique, seule capable de créer une œuvre de l'esprit, il suit que la présomption de la qualité d'auteur ne peut s'appliquer qu'à l'auteur, personne physique. En revanche, dans d'autres systèmes juridiques, l'action en contrefaçon est le but visé par l'attribution de la qualité d'auteur ; cela revient à dire que la qualité d'auteur se confond avec la titularité de droits, comme c'est le cas dans le copyright britannique où l'employeur du créateur est appelé auteur⁴⁷. Dans cette optique, la présomption de la qualité d'auteur peut s'appliquer aussi bien à la personne physique qu'à la personne morale.

34. Cependant, aujourd'hui plus qu'hier, l'observation renseigne que les œuvres apparaissent sous les noms, sigles ou identifiants aussi bien des personnes physiques que des personnes morales. La jurisprudence française fidèle à la conception humaniste penche majoritairement vers le fait que la présomption de paternité ne s'applique qu'à la personne physique créatrice de l'œuvre quand bien même elle a eu à appliquer plusieurs fois les prévisions de l'article L113-1 CPI en faveur de la personne morale⁴⁸. Le tribunal de l'Union européenne a aussi appliqué à une personne morale la présomption de la qualité d'auteur

⁴⁷ Art 79 al. 2 et 3 CDPA de 1988.

⁴⁸ CA Paris, 4^e ch. A, 27 septembre 2006, RG n° 05/14389 ; CA Paris, 4^e ch. A, 27 septembre 2006, RG n°05/14327, n° 22, p 80 ; M Lucas s'insurge contre les deux arrêts portant respectivement sur le modèle de gilet et sur celui d'un bijou qui ont reconnus la présomption de la qualité d'auteur aux personnes morales en vertu de l'article L 113-1 du CPI du fait que les œuvres ont été divulguées sous le nom de ces sociétés. Il indique que seule une personne physique peut revêtir la qualité d'auteur même dans une œuvre collective ; sinon, on tourne le dos à la conception personnaliste du droit d'auteur français. Voir dans le même sens : CA Lyon 3^e ch., 20 nov. 2003 : juris-data, n° 234919 : la présomption de l'article L 113-1 CPI au bénéfice de l'entreprise qui a commercialisé l'œuvre sous son nom ; CA Paris, 4^e ch., 10 septembre 2004 : propr intell, 2005, n° 14, p 50, 2^e esp, obs. A. Lucas : un cabinet d'architecture admis au bénéfice de la présomption du même article que dessus ; TGI de Paris, 3^e ch., 20 mai 2005 ; CCE, juin 2005, comm 100, p 29, note Caron qui n'écarte la présomption invoquée par la société éditrice que parce qu'elle a indiqué elle-même le nom des auteurs ; CA Paris, 4^e ch. A, 26 avr. 2006 : juris-data n° 309541 : la Cour a fait découler l'application de l'art L 113-1 du CPI de la mention du copyright de la société réalisatrice d'une carte géographique. Sens contraire, soutenant que la personne morale est créatrice : J-M. Bruguière, Question de fond : la personne morale auteur ? in Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, sous la direction de M. Vivant, 2^e édition, Coll. Grands arrêts, Dalloz, Paris, février 2015, p 278 cite l'arrêt de la cour de cassation du 19 décembre 2013 qui associe le processus créateur à la personne morale ; décision reprise dans un arrêt postérieur de la Cour d'Appel de Paris du 15 janvier 2014, Propr Intell, 2014, n° 51, p 156, obs. J-M. Bruguière, à propos de la revendication d'un droit d'auteur d'un photographe à l'encontre du studio Harcourt.

éditée par l'article 5 de la directive du 29 avril 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle⁴⁹. La doctrine française dominante voit dans ces voltefaces des curieuses fausses notes ou encore un amalgame entre la présomption de la qualité d'auteur et la présomption prétorienne de titularité attachées à l'exploitation de l'œuvre⁵⁰. Le mouvement jurisprudentiel français qui applique ladite présomption tantôt à la personne physique tantôt à la personne morale rend compte d'une certaine confusion. En tant que moyen de lutte contre la contrefaçon, il est aisé de comprendre que les personnes physiques et morales, selon le cas, puissent agir avec une certaine préférence pour ces dernières ; mais, en tant que mode probatoire de la qualité d'auteur, l'application de la présomption de paternité en faveur tantôt de la personne physique tantôt de la personne morale ne facilite pas l'identification du véritable créateur de l'œuvre.

35. Le droit belge quant à lui a fait le choix en faveur de ce qu'on peut appeler une application mixte de la présomption de paternité en définissant le titulaire originaire comme une personne physique alors que le titulaire dérivé peut bien être une personne morale⁵¹. Bien plus, en droit belge, le mot auteur peut revêtir deux sens à savoir, le titulaire originaire ou son concessionnaire en ce que chacun d'eux peut céder ses droits aux tiers.⁵² Peuvent ainsi invoquer à leur profit cette présomption tant l'auteur lui-même que son concessionnaire, même si celui-ci est une personne morale⁵³. Si le nom du concessionnaire apparaît sur l'œuvre, celui-ci est dispensé de faire la preuve de ses droits et c'est à celui qui conteste sa qualité d'établir qu'il est sans droit. L'option belge de confondre l'auteur et le concessionnaire ne se conçoit que dans le système de défense du droit d'auteur contre le

⁴⁹ TUE, 16 déc. 2010, Aff. T-19/07, Systran SA et Systran Luxembourg SA c/ Commission européenne : propr intell, 2011, p 178, obs. A. Lucas.

⁵⁰ A. Lucas, H-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e édition, LexisNexis, Paris, 2012, p 162, n° 154 in fine.

⁵¹ Art. XI. 170 du code de droit économique : « le titulaire originaire du droit d'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre. Est présumé auteur, sauf preuve contraire, quiconque apparaît comme tel sur l'œuvre, sur une reproduction de l'œuvre, ou en relation avec une communication au public de celle-ci, du fait de la mention de son nom ou d'un sigle permettant de l'identifier. »

⁵² A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e édition, Coll. Création Information Communication, éd Larcier, Bruxelles, 1997, p 87, n° 57 bis ; Art. XI. 165 du code de droit économique : « l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction... » ; Art. XI. 167 §1^{er} du code de droit économique : « les droits patrimoniaux sont mobiliers, cessibles et transmissibles, en tout ou en partie, conformément aux règles du code civil. »

⁵³ A. Strowel et B Strowel, *Titularité et règles contractuelles dans le domaine du droit d'auteur*, DAIOR, n° 34, p 57 ; mêmes auteurs, JT, 1995, p 117, n° 14. En France, Cass, 24 mars 1993, RIDA, octobre 1993, p 200 ; Cass, 28 mars 1995, RIDA, juillet 1995, p 327 ; Cass 9 janv. 1996, RIDA, juillet 1996, p 341.

contrefacteur ; il en est de même du choix du législateur allemand qui a étendu le bénéfice de la présomption de paternité en faveur des détenteurs des droits exclusifs d'exploitation dans le cadre de procédures en référé ou d'actions en cessation⁵⁴ ainsi qu'aux titulaires des droits voisins⁵⁵. On s'aperçoit que ces approches ne sont pas du tout de nature à faciliter l'identification du créateur.

Le législateur français pour sa part a choisi le terme divulgation qui fait référence à une prérogative morale personnelle de l'auteur pour définir la présomption de paternité. En effet, la loi dispose : « est présumé auteur celui ou ceux sous le nom duquel l'œuvre est divulguée »⁵⁶. Il convient d'analyser la portée de l'expression « œuvre divulguée » et d'examiner son application pour voir si elle marque un pas supplémentaire vers l'identification de l'auteur.

§ 2. Principe de divulgation de l'œuvre sous le nom de l'auteur.

36. La lecture de l'article L113-1 CPI évoque, comme annoncé, le droit de divulgation de l'œuvre et le droit de paternité du fait de la mention du nom sur l'œuvre. Le principe de divulgation de l'œuvre sous son nom traduirait le lien indubitable entre le nom de l'auteur et l'œuvre sur laquelle il est mentionné. A la suite de l'article 15-1 de la convention de Berne, ce principe veut dire que le nom qui est mentionné sur l'œuvre est, dans la majorité de cas, celui de l'auteur puisque c'est lui qui, normalement, a le premier la maîtrise physique du support⁵⁷. Il sied de saisir successivement le sens de ces deux prérogatives morales de l'auteur dans la présomption de la qualité d'auteur, à savoir la divulgation (A) et la paternité (B) manifestées par la mention du nom.

A- De la divulgation comme fondement de la paternité

37. La présomption de paternité telle qu'elle résulte de la convention de Berne précitée

⁵⁴ S. von Lewinski, Chronique d'Allemagne, 2è partie : évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-2005 à fin 2010, in RIDA, n° 228, avril 2011, p 198 ; voir loi de transposition de la directive européenne 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits adoptée par le parlement en date du 7 Juillet 2008.

⁵⁵ Art 10 al 3) ; § 71, al 1), 3è phrase ; 74, al 3) ; 85, al 4) ; 87, al 4) ; 87b, al 2) ; 94, al 4) LDA, in www.wipo.int/wipolex/fr.

⁵⁶ Art L 113-1 CPI.

⁵⁷ T. Lancrenon, N'est pas forcément auteur celui que l'on croit, Petites affiches, 24 juin 2008, n° 126, p 16, note sous Cass com, n° 06-19.721, 15 janvier 2008.

met en œuvre uniquement le droit de paternité exprimé par la mention du nom sur l'œuvre. Cet instrument juridique international ne mentionne pas le droit de divulgation. En revanche, le droit français fait état de la divulgation dans la formulation de la présomption de la qualité d'auteur. Le droit de divulgation revêt une importance particulière en droit d'auteur français en ce qu'il est une prérogative personnelle de l'auteur ; il est le premier de toutes les prérogatives de l'auteur bien que consacré postérieurement par la jurisprudence. On a donc pensé que cette exception française comportait une signification particulière. Il est apparu, de l'interprétation de ladite présomption, la maxime selon laquelle « divulgation vaut titre »⁵⁸. La doctrine qui soutient cette position explique que la présomption de paternité a pour fondement la vraisemblance⁵⁹ : celui dont le nom est repris sur l'exemplaire de l'œuvre est souvent l'auteur véritable de l'œuvre. C'est donc une présomption qui s'appuie sur l'idée de possession, mieux sur la possession d'état d'auteur tirée de l'apparence ou de la vraisemblance, pense-t-on⁶⁰. Il faut cerner cette affirmation et surtout la confronter à la réalité du droit d'auteur tant du point de vue légal que jurisprudentiel.

38. De prime abord, il sied de constater que c'est le nom apposé sur l'œuvre qui aurait pu être *a priori* de nature à fonder la paternité étant donné qu'il renvoie au droit de paternité qu'a l'auteur sur son œuvre. En effet, c'est le droit de paternité qui permet à l'auteur d'exiger que son nom soit mentionné sur son œuvre ou de requérir l'anonymat ou encore de se présenter sous un pseudonyme. Mais la doctrine qui voit le fondement de la paternité dans la divulgation de l'œuvre n'a pas considéré les choses de cette manière ; elle a pensé plutôt à la divulgation de l'œuvre. Il est fort possible que la mention du nom comme complément de l'action de divulgation soit tout simplement sous-entendue dans la formulation de la maxime

⁵⁸ C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, 4^e édition, LexisNexis, Paris, 2015, p 169 ; P-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, 10^e édition, Puf, Paris, 2017, p 229-230 ; J-M. Bruguière, Droit des propriétés intellectuelles, 2^e édition, coll. mise au point, éd. Ellipses, Paris, 2011, p 86, n° 102 ; M. Vivant et J-M. Bruguière, Droit d'auteur et droits voisins, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2016, p 315-317, n°s 307 et 308 ; cette présomption de paternité a été récemment rappelée par la directive sur la lutte contre la contrefaçon du 29 avril 2004. Sur la possession, voir S. Roose-Grenier, la réserve de propriété : un mécanisme pour l'immatériel, thèse, Montpellier, Ercim, 2008, spécialement n° 236 et suivants, sur la possession d'état, voir D. Lefranc, La renommée en droit privé, Defrenois, 2004, n° 213, et sur l'apparence ou la vraisemblance, voir A. Kessler-Michel, présomptions et droit d'auteur, Paris-sud, 2001, n° 44, 472 et s ; J. Raynard, Le tiers au pays du droit d'auteur, JCP, 1999 I 138, n° 7 et s.

⁵⁹ P-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, préc, p 229, n° 208 ; dans le même sens, voir J. Raynard, Le tiers au pays du droit d'auteur, JCP, 1999, I, 138, n° 7 et s. ; V. égal. A. Kessler-Michel, Présomptions et droit d'auteur, préc, n° 44 et s., 472 et s. qui insiste sur l'idée de vraisemblance. L'auteur enchérit en disant : « on pourrait également évoquer la vieille présomption de *plurumque fit*, « la plupart du temps », c'est bien lui l'auteur ».

⁶⁰ C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, préc, p 169, n° 201.

selon laquelle « divulgation vaut titre ». Nous reviendrons sur la mention du nom comme expression du droit de paternité, le temps de voir ce qu'il en est de la divulgation de l'œuvre.

La divulgation est à appréhender dans sa triple acception ; d'abord, en tant qu'acte juridique puis, en tant que fait juridique et, enfin, dans sa conception intermédiaire d'effet juridique. Cette analyse sémantique du concept de divulgation permet d'apprécier la position doctrinale qui soutient que c'est la divulgation qui fonde la paternité de l'œuvre ou en vaut titre⁶¹.

39. En tant qu'acte juridique, la divulgation est une prérogative qu'a l'auteur de décider de porter ou non son œuvre à la connaissance du public. C'est une prérogative personnelle de l'auteur pour révéler l'œuvre et fixer les procédés et les conditions de sa communication au public⁶². Entendu comme tel, le droit de divulgation est une particularité française. La décision la plus importante qui consacre ce droit fut l'arrêt rendu dans la célèbre affaire *Whistler* qui a refusé de condamner un peintre à livrer une toile achevée en dépit de l'engagement pris par lui, parce que, semble-t-il, il était furieux d'avoir reçu la fourchette basse de la rémunération convenue, soit 100 guinées, alors qu'il espérait la haute, 150 guinées⁶³. Ainsi, même si l'œuvre paraît terminée aux yeux des tiers, l'auteur peut estimer qu'il ne souhaite pas la publier ou la montrer, et personne ne peut l'y contraindre. Il reste seul juge de l'état dans lequel l'œuvre doit être révélée et du moment opportun pour le faire⁶⁴. Il ne suffit pas que l'œuvre soit connue, encore faut-il que le public se l'approprie, ajoute-t-on ; c'est la patrimonialisation, pour emprunter l'expression de M. Gaudrat⁶⁵. Le droit de divulgation est en fait l'expression de la liberté de création de l'auteur et de la confiance qu'il accorde à sa production qu'il soumet au jugement du public. Dans cette optique, c'est aussi un acte de responsabilité étant donné que l'auteur assume en fin de compte les conséquences de son œuvre en termes de critique, de mépris ou de considération.

En tant que prérogative personnelle de l'auteur, la divulgation devrait orienter de

⁶¹ C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, préc, p 169 ; P-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, préc, p 229-230 ; J-M. Bruguière, Droit des propriétés intellectuelles, préc, p 86, n° 102 ; A. Kessler-Michel, présomptions et droit d'auteur, préc, n° 44, 472 et s ; J Raynard, Le tiers au pays du droit d'auteur, JCP, 1999 I 138, n° 7 et s.

⁶² Art 121-2 CPI.

⁶³ A. Lucas, Propriété littéraire et artistique, Paris, Dalloz, 2004, p 69 ; Cass. Civ., 14 mars 1900 : DP 1900, 1, p 497, Rapp. Rau, concl. Desjardins et note Planiol.

⁶⁴ CA Lyon, 17 juillet 1845 : DP 1845, 2, 128.

⁶⁵ P. Gaudrat, Notion de divulgation, juriscasseur de propriété littéraire et artistique, fascicule, 1211, n° 2, édition juriscasseur, mise à jour 3 juillet 2001, p 17.

manière décisive les investigations d'identification de l'auteur.

Cependant, chose curieuse, une certaine jurisprudence attribue cette prérogative également à d'autres personnes y compris les personnes morales⁶⁶ qui sont par définition non créatrices car, ne possédant pas de personnalité à exprimer dans l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur. La divulgation devrait normalement et exclusivement être réservée à l'auteur, personne physique. Et pourtant, l'application du principe de divulgation sous son nom sur une œuvre collective peut aboutir à la désignation du promoteur de ladite œuvre qui peut être soit une personne physique soit une personne morale⁶⁷. Le créateur de l'œuvre ne sera pas identifié par le mécanisme de la présomption de la qualité d'auteur. Les noms des contributeurs n'apparaissent pas forcément sur les œuvres collectives. L'objection qui peut être soulevée au sujet de l'œuvre collective est qu'il s'agit d'une exception à la logique personnaliste qui vient en quelque sorte confirmer la règle. En effet, les droits d'auteurs sur une œuvre collective sont attribués au promoteur de l'œuvre plutôt qu'aux créateurs. Le fait de recourir au procédé probatoire de la mention du nom sur une œuvre et d'obtenir un résultat différent des autres catégories d'œuvres confirme que l'œuvre collective est une exception dans la logique personnaliste du droit d'auteur. Mais, le danger de cette exception vient du fait qu'à l'exclusion de l'œuvre audiovisuelle qui est une œuvre de collaboration par essence, toutes les autres catégories des œuvres sont susceptibles d'être collectives. Mme Le Cam affirme qu'aujourd'hui on assiste de plus en plus à la collectivisation de la création⁶⁸. En considération de cette exception, il y a lieu de douter de l'efficacité de la simple divulgation comme critère décisif d'identification de l'auteur.

40. Le pouvoir de l'auteur d'apprécier souverainement le moment de divulguer son œuvre est discrétionnaire⁶⁹ lorsqu'il est exercé normalement et non pas à des fins vexatoires⁷⁰. Autrement, il entraîne condamnation de l'auteur à des dommages-intérêts⁷¹. En revanche,

⁶⁶ CA Lyon, 3^e ch., 20 nov. 2003 : JurisData n° 2003-234919 ; CA Paris, 4^e ch., 10 sept 2004 : propr intell., p 50, obs. A. Lucas.

⁶⁷ Art L 113-5 CPI ; Cass ; 1^{ère} civ, 17 mars 1982 ; JCPG, 1983, II, note R Plaisant, RTD com. 1982, P 428, obs. F. Françon – v aussi 'impropriété' du terme auteur appliqué à la personne morale : Cass 1^{ère} 8 déc. 1993 : RIDA juill. 1994.

⁶⁸ S. Le Cam, L'auteur professionnel, entre droit d'auteur et droit social, Coll. IRPI, Paris, LexisNexis, 2014, p 143.

⁶⁹ Cass, 1^{ère} civ, 5 juin 1984 : Bull. Civ. I, n° 184 ; D. 1985, obs. C. Colombet ; RIDA avr. 1985, p 150.

⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ, 14 mai 1945 : D. 1945, 287, note Desbois ; JCP G 1945, II, 2835.

⁷¹ CA Paris, P 5, 2^e ch., 6 mai 2010, Propr. Intell. 2010, n° 37, p 975 ; Jack Lang avait conclu un contrat d'édition aux termes duquel il s'est engagé à publier un ouvrage sur lui avec des coauteurs moyennant correction des manuscrits de sa part ; après quelque temps, il changea d'avis pour renoncer à l'édition de l'ouvrage dont

l'exercice du droit de paternité n'est qu'exceptionnellement abusif parce qu'il est inné, il relève de l'évidence en ce qu'il est rattaché à l'acte de création intellectuelle⁷². En fait, dans certains cas, l'exercice du droit de divulgation peut être considéré comme abusif⁷³, notamment lorsque l'auteur refuse de divulguer son œuvre du fait qu'il veut obtenir des conditions plus avantageuses de son cocontractant⁷⁴ ou encore en cas de fraude tendant par exemple à favoriser un plus offrant⁷⁵. A cet égard, le droit de divulgation ne peut être le lieu d'affirmer pleinement et sans équivoque la paternité de l'œuvre qui, elle, ne dépend pas de l'environnement de l'œuvre voir même de celui de l'auteur lui-même. Autrement dit, le droit de divulgation peut être déclaré abusif et entraîner des réparations alors que le droit de paternité ne l'est pas forcément pour autant. On voit par-là que, non seulement le droit de divulgation relevant de la conception individualiste de l'auteur tient compte, d'une certaine manière, de la collectivité dans laquelle elle est élaborée⁷⁶ de telle sorte qu'il ne peut que difficilement fonder la paternité de l'œuvre. Bien plus, en tant que droit, la divulgation s'épuise après la première communication de l'œuvre au public⁷⁷. Sans verser dans la

beaucoup de pages étaient déjà disponibles ; la cour estime qu'il a commis un abus de son droit de divulgation et a ajouté aussi une faute contractuelle pour retenir sa responsabilité civile ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd, préc, p 457, n° 519 : les auteurs pensent que même en l'absence d'abus, l'exercice du droit de divulgation peut en tant que tel être source de responsabilité civile, dès lors qu'il conduit l'auteur à revenir sur la parole donnée.

⁷² H. Desbois, *Le droit d'auteur en France* : Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 413 et s ; sens contraire : Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 2002, n° 00-12.151 : JurisData n° 2002-012983 ; RIDA 3/2002, p. 385 ; Bull. civ. 2002, I, n° 62. La cour de cassation a néanmoins décidé que le producteur du film *Trois hommes et un couffin* ne pouvait empêcher la réalisatrice (Coline Serreau) de se référer publiquement au film, même après avoir cédé ses droits, afin de rechercher le succès de la série télévisée devant en constituer la suite, au motif que l'auteur d'une première œuvre de l'esprit a, en vertu de son droit de paternité, la possibilité de faire ou laisser faire état de sa qualité pour aider à la promotion d'une autre, distincte, qu'il s'apprête à réaliser ».

⁷³ CA Paris, ch. 4, sect. B, 13 mars 2009, Aff. Association des amis de Jacques Lacan c/ Miller in RIDA, n° 222, octobre 2009, p 428-430, chronique de jurisprudence de P. Sirinelli : l'abus notoire du droit de divulgation au sens de l'article L.121-3 CPI n'est pas caractérisé dans le chef de Miller, exécuteur testamentaire de J Lacan, du fait que le rythme de transcriptions et de publication des séminaires du de cujus par ce dernier ne pouvait être le même que celui de publication assurée par le défunt auteur lui-même.

⁷⁴ A. Berenboom, op cit, p 139.

⁷⁵ A. Françon, *La propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ? Le point des connaissances actuelles, n° 1388, Puf, Paris, 1970, p 50.

⁷⁶ A. Berenboom, op cit, p 139.

⁷⁷ Cass civ 1^{re}, 11 décembre 2013, 11-22031 ; CA Paris, 4^e ch. B, 14 novembre 2008, RG n° 07/21475, n° 31, p 164 ; commentaires de J.-M. Bruguière : le droit de divulgation est susceptible de poser de nombreuses difficultés ; l'une d'entre elles est résumée par l'article de A. Françon ; l'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ? Le juge considère que le droit de divulgation a été épuisé par le seul fait matériel de la publication. Sur ce point, trois courants doctrinaux s'opposent. Le premier, représenté par Desbois, refuse catégoriquement l'idée d'épuisement. La divulgation ne serait, en effet, effectuée que dans la mesure de la cession consentie par l'auteur. (Ce qui signifie qu'au-delà, la diffusion d'une œuvre en violation du droit de divulgation de l'auteur constitue une contrefaçon cass crim 13 décembre 1995, pourvoi n° 93-85256, bull crim, n° 379 ; D 1996, inf. rap, p 92 ; jurispr-data, 1995-003975) ; le deuxième courant, intermédiaire, admet l'épuisement tout en limitant sa portée (P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit*

controverse sur le droit de divulgation⁷⁸ dont l'exécution matérielle serait soit instantanée soit successive⁷⁹, la paternité de l'œuvre, elle, demeure. Alors se pose la question de savoir si la divulgation de l'œuvre dont il s'agit dans la formulation légale de la présomption de paternité est un acte juridique dont le contenu vient d'être esquissé ou bien il s'agit plutôt de sa matérialisation. En d'autres termes, il convient de savoir si la présomption de paternité renvoie à la divulgation comme prérogative morale de l'auteur ou bien en tant que fait juridique ou matériel de révélation de l'œuvre au public.

Poser la question de cette manière risque bien de conduire à une impasse qui ne permettrait pas de comprendre l'expression d'œuvre divulguée telle qu'elle est utilisée par le législateur. Il convient plutôt de considérer que la volonté ou la décision de divulgation qui revient à l'auteur se traduit concrètement par des actes matériels ou juridiques. En effet, la preuve de la volonté de divulgation résulte des situations de fait ; c'est pour cette raison que la volonté de l'auteur d'accepter la communication publique de son œuvre peut se présumer lorsqu'il effectue par exemple le dépôt d'un manuscrit auprès d'une société d'auteurs ou lorsqu'il signe le bon à tirer⁸⁰ ; on peut légitimement penser que, dans l'esprit de l'écrivain,

commun du contrat, Thèse, Paris II, 1985, p 26 sq). Autrement dit l'épuisement serait limitée aux modes de divulgation qui ont été acceptées par l'auteur comme le suggère l'article L 121-2 alinéa 1er in fine CPI. Le troisième courant consiste à admettre l'épuisement du droit, sans réserve, à partir du fait matériel de publication. Le commentateur conclut en ces mots : « il reste tout de même à savoir quels sont les événements susceptibles d'être pris en compte pour cette divulgation. L'idée générale est assez simple. Le fait matériel de la publication doit révéler sans équivoque la volonté de l'auteur de communiquer son œuvre au public. Cette volonté est souvent déduite de l'accessibilité de l'œuvre au public. En ce sens, l'on rejoint l'état de la technique du droit des brevets et l'article L 6-11 alinéa 2 du CPI. L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public. Dans cet arrêt, l'ouvrage a été achevé parce que portant le numéro ISBN, communiqué par l'éditeur à des nombreux journalistes et sur le site de l'éditeur. Une publicité, avec l'accord de l'auteur, avait été donnée au livre. La divulgation était donc acquise et, avec elle, l'épuisement du droit. Attendre la mise en vente aurait le mérite de la simplicité. La même question de savoir si le droit de divulgation est en quelque sorte renouvelé avec chaque procédé se pose avec acuité dans l'univers numérique. Une telle conception pêcherait par incohérence de croire qu'un droit épuisé viendrait à renaître ; de surcroît, à considérer la facilité avec laquelle on peut numériser une œuvre déjà divulguée et de l'injecter dans les réseaux, en modifiant ainsi le mode de divulgation initial, l'effectivité d'un droit de divulgation ainsi conçue ne peut être que menacée. Enfin, le passage de l'œuvre de la sphère privée à celle publique fait que l'œuvre portée à la connaissance du monde entier est définitivement divulguée.

⁷⁸ Pour plus de détails, voir l'article de T. Lancrenon, *Epitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur*, RIDA, n° 222, octobre 2009, p 3-56. L'auteur fait état du dilemme et en appelle à l'arbitrage de la cour de cassation après avoir évoqué les arguments de chaque courant de pensée sur la question du droit de divulgation de l'auteur.

⁷⁹ TGI Paris, 3è ch., 19 mai 2009, n° 33, p 371 ; commentaires d'A. Lucas

⁸⁰ TGI Paris, 3è ch., Sect. 2, 26 septembre 2008, RIDA, n° 222, octobre 2009, chronique de jurisprudence de P. Sirinelli, p 435, Aff. Sicard c/ Bibliothèque Nationale de France (BNF) : la divulgation au public lors de l'exposition Sartre des notices litigieuses ainsi que la signature du bon à tirer pour le texte 'le miroir des

l'œuvre est achevée quand bien même l'achèvement n'implique pas nécessairement la divulgation de l'œuvre. A ce stade, il convient de distinguer la tendance qui considère les actes de divulgation détachés de la qualité d'auteur de l'œuvre de celle qui les rattache à l'auteur. Les actes de divulgation purement matériels ne sont pas l'apanage des seuls auteurs comme en témoigne la jurisprudence. A titre d'exemple, dans l'affaire concernant la « route du rhum », Florent de Kersauson revendiquait la qualité d'auteur de la course maritime bien connue mais aussi le nom de celle-ci. La cour d'appel l'avait débouté de ces demandes et la Cour de cassation a également rejeté le pourvoi formé contre la décision *a quo*. D'abord, le demandeur n'a pas pu convaincre les juges qu'il était bien à l'origine de la création de l'œuvre. En effet, les éléments produits devant les juges du fond ont plutôt démontré que M. de Kersauson avait « seulement imaginé en 1975 le principe d'un périple transatlantique à la voile entre la France et les Antilles ainsi que certaines caractéristiques à lui conférer » puis fourni « une assistance technique et administrative ». Ensuite, l'application de la présomption de l'article L. 113-1 du CPI a posé problème en l'espèce étant donné qu'il ressort de l'arrêt que « la Route du rhum avait toujours été divulguée sous le nom de la société Promovoile et était connue pour être l'œuvre de Michel Etevenon ». Or, la présomption posée par le CPI prévoit que « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». M. Etevenon, vrai auteur de l'œuvre, ne pouvait le faire que si son nom était bel et bien présenté comme celui de l'auteur⁸¹. Tel n'était pas le cas en l'espèce car, c'est le nom de la société Promovoile qui était mentionné comme ayant assuré la divulgation de l'œuvre.

41. Comme acte matériel de communication de l'œuvre au public, la divulgation prend ici le sens de publication et peut être faite par tout titulaire des droits dans le cadre de l'exploitation pécuniaire de l'œuvre. Bien que le consentement de l'auteur n'y soit pas exclu, on ne saurait identifier avec assurance le véritable créateur de l'œuvre par la simple divulgation matérielle et le titre d'auteur attribué dans ces conditions, on ne peut plus nébuleuses, ne serait que trompeur. En effet, dans ce contexte, la présomption de la qualité d'auteur jouerait en défaveur de l'auteur de l'œuvre. Cette logique avait prévalu dans une autre affaire où deux parties litigantes ont chacune divulgué l'œuvre en cause et les juges du fond ont donné raison à la partie qui a apposé sa signature sur l'œuvre divulguée sans pouvoir

labyrinthes' ne pouvaient valoir divulgation de l'ensemble du catalogue Sartre ni révéler la volonté de Sicard de voir les notes explicatives du catalogue diffusées sous la forme d'un ouvrage écrit.

⁸¹ Cass. Com., 8 oct. 2013, n° 11-27516, in L'essentiel, 15 déc. 2013, n° 11, p 2, note C. Bernault.

s'appesantir sur la collaboration des protagonistes dans la réalisation de ladite œuvre. En effet, la chambre commerciale de la Cour française de cassation a, en date du 15 janvier 2008, cassé l'arrêt de la cour d'Appel de Pau rendu dans l'affaire dite des marques « *Paseo* ». Dans cette affaire, une personne physique avait déposé en 1999 et 2001 deux marques comportant le terme « *Paseo* » accompagné, respectivement, d'un logo représentant trois toreros et du dessin d'une tête de taureau stylisée, a été assignée en annulation de l'enregistrement de ses marques et en paiement de dommages et intérêts par une seconde personne physique qui prétendait avoir la qualité d'auteur des dessins qu'elle avait elle-même déposés auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), postérieurement aux dépôts des marques « *Paseo* », en y ajoutant sa signature. En portant sa décision uniquement sur la mention de la signature du demandeur sur les marques exploitées pour retenir la qualité d'auteur de ce dernier, la cour a implicitement considéré que les deux parties ont, à leur manière, divulgué les œuvres dont la propriété était en cause. La seule différence est que le demandeur l'a fait en son nom grâce à la signature. La divulgation a escamoté le rôle créatif de l'assigné. En effet, la cour d'appel de Pau avait ignoré dans cette affaire le fait que l'assigné avait tenté de faire valoir que le demandeur avait participé à la création des œuvres litigieuses et, qu'en apposant sa signature sur les dessins litigieux, il n'avait aucune conscience des conséquences de son geste quant au jeu de la présomption posée à l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle. Mais la Cour d'appel avait rejeté cette argumentation au motif que l'assigné ne tirait « aucune conséquence sur le plan juridique » de ses affirmations et n'invoquait « nullement l'existence d'une œuvre de collaboration ». Sur ce dernier point, la Cour aurait peut-être pu s'appuyer sur les articles 12 et 16 du Code de procédure civile, qui autorisent le juge à « donner ou restituer leur exacte qualification » aux faits litigieux sous réserve d'avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations, pour déterminer elle-même si les dessins étaient ou non le fruit d'une collaboration entre les deux protagonistes de l'affaire⁸². La cour d'appel s'est référée uniquement au critère de divulgation de l'œuvre sous le nom d'une des parties sans tenir compte de leur rapport sur le plan de la création de l'œuvre. La revendication de la qualité de coauteur a ici échoué face à la présomption de la qualité d'auteur. C'est pour ce motif précis que la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé, au visa de l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'arrêt de la Cour d'appel de Pau qui n'a pas donné de base légale à sa décision en se dispensant d'examiner les conclusions d'appel de l'assigné qui pouvaient remettre en cause le jeu de la présomption prévue par cet article. La Cour de

⁸² Cass com, pourvoi n° 06-19.721 du 15 janvier 2008.

cassation rappelle ainsi que le fait d'être reconnu auteur présumé d'une œuvre divulguée sous son nom ne signifie pas en être « en réalité » l'auteur, car cette qualité dépend, en dernier ressort, des circonstances de fait qui ont présidé à la création de l'œuvre⁸³. La divulgation d'une œuvre en son nom est donc soumise à la condition ultime de vérification du contexte de création de l'œuvre ; de la sorte, elle ne saurait valoir titre définitif de la qualité d'auteur ou fonder la paternité de l'œuvre. Il est donc imprudent de prendre en considération uniquement les actes matériels de divulgation⁸⁴ sans les associer au droit de divulgation que seul l'auteur exerce et ce, en vertu de la loi.

42. Par ailleurs, si la présomption en vertu de laquelle celui qui divulgue l'œuvre sous son nom en est réputé l'auteur est la preuve de la qualité d'auteur, ce dernier (l'auteur) doit établir non seulement qu'il a divulgué l'œuvre sous son nom, mais également, bien que l'article L. 113-1 ne le précise pas, que cette divulgation est antérieure à celles qui auraient pu être faites par les tiers⁸⁵. Cette condition d'antériorité de la divulgation qui est posée en l'espèce rappelle curieusement l'antériorité du dépôt des dessins et modèles exigée pour établir la qualité du titulaire des droits de propriété industrielle⁸⁶. Il en est de même en matière de dessins et modèles communautaires non enregistrés où les droits sont attribués du fait de la divulgation et non pas de la création. Cette façon de raisonner est contraire aux fondements du droit d'auteur mais en même temps, elle tend à confirmer la tendance, économique par hypothèse, du droit d'auteur communautaire en ce que de par son objectif – la libre circulation des marchandises et des services et la libre concurrence dans un marché unique – et de par sa logique – la circulation sans entraves des produits intellectuels – il est à mille lieues de la conception personnaliste du droit d'auteur. M. Edelman a écrit que « le centre du livre vert n'est pas l'auteur mais le producteur. L'œuvre de l'auteur est moins une création intellectuelle qu'une marchandise. Ce ne sont pas les droits de l'auteur mais les investissements du producteur qui doivent être assurés. En deux mots, il s'agit d'un 'droit d'auteur sans auteur', mieux, l'abâtardissement du droit moral, pierre angulaire du droit d'auteur »⁸⁷.

⁸³ Idem.

⁸⁴ M. Vivant et J-M. Bruguière, Droit d'auteur et droits voisins, 3^e édition, p 317, n° 308 : « l'enregistrement du modèle vaut divulgation de l'œuvre au sens de l'article L. 113-1 CPI. » ; Cass com, 6 sept 2011, n° 10-18299 ; Cass com, 29 janv. 2013, n° 11-27351 : deux arrêts contradictoires. Le premier juge que l'indication du nom du créateur dans l'enregistrement d'un modèle communautaire ne suffit pas à déclencher l'application de l'article L. 113-1 CPI. Le second adopte une position contraire.

⁸⁵ T. Lancrenon, N'est pas forcément auteur celui que l'on croit ! in Propr. Intel., 24 juin 2008, n° 126, p 16.

⁸⁶ Art L 511-2 CPI.

⁸⁷ B. Edelman, op cit, p 104.

43. Dans tous les cas de figure, le droit positif souligne que l'œuvre est réputée créée dès sa réalisation, indépendamment de toute divulgation publique, même si sa conception par son auteur est encore inachevée⁸⁸. Ceci veut dire que les droits d'auteurs sont protégés avant même que l'œuvre soit divulguée. Or, du fait que les droits d'auteurs naissent dès la création de l'œuvre sans attendre sa divulgation, on peut dire que les deux actes (création et divulgation) ne se confondent pas dans l'esprit du législateur. Au plan international, la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques va dans le même sens : le droit naît de la création⁸⁹. Ainsi, à l'exception de la seule hypothèse de l'improvisation où la création de l'œuvre se fait au même moment que sa communication publique⁹⁰, il y a comme une sorte de succession chronologique entre la création et la divulgation de l'œuvre de l'esprit ; celle-là précédant celle-ci. Soit dit en passant, ce genre d'œuvres, objet d'improvisation, tout comme les œuvres orales en général, pose d'énormes difficultés sur le plan de la preuve à moins d'être fixées comme l'exige la loi pour les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirques ainsi que les pantomimes⁹¹. A titre d'illustration, l'auteur d'un cours de psychothérapie a été débouté de l'action en contrefaçon exercée contre l'une de ses élèves au motif que la comparaison entre l'œuvre orale (le cours) et l'ouvrage de l'étudiante était impossible. En effet, l'œuvre n'étant pas fixée, sa teneur n'était pas "tangibile", pour reprendre les termes de la Cour, et les juges ne pouvaient donc apprécier la réalité de la contrefaçon alléguée⁹².

44. Enfin, M. Gaudrat affirme que ce que l'on appelle divulgation, en droit d'auteur, ce n'est pas un fait mais l'exercice accompli du droit de divulgation pour ne pas dire l'effet juridique de l'exercice du droit de divulgation⁹³. C'est la conception intermédiaire de la notion

⁸⁸ Art L 111-2 CPI.

⁸⁹ Art 5-2 de la convention de Berne de 1886 sur la protection des œuvres littéraires et artistiques.

⁹⁰ C. Bernault, La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel, LGDJ, Paris, 2003, p 110, n° 303 ; - T Corr. Seine, 9 février 1957 : JCP 1957, II, 10031. - Cass, 1ère civ, 1er juil. 1970 : D 1970, jur p 734, note B. Edelman ; CA Paris, 4 février 1987 : JCP 1987, I, 3312, obs. B. Edelman, n° 21, annexe 5 : la pratique de l'improvisation permet à l'artiste de mêler création et interprétation. La logique veut alors que l'acteur cumule le statut d'auteur et d'artiste-interprète.

⁹¹ Art. L. 112-2, 4° CPI.

⁹² CA Paris, 4e ch. A, 17 déc. 2003 : CCE. 2004, comm. 51, 2e esp., obs. C. Caron ; sur la fixation, article L. 112-2, 4°, du Code de la propriété intellectuelle : CA Paris, 4e ch., sect. A, 17 déc. 2003, n° 2002/05046 : JurisData n° 2003-237319 ; Propr. Intell. 2004, n° 10, p. 537, obs. P. Sirinelli ; CCEr. 2004, comm. 51, 1^{re} esp., obs. C. Caron ; D. 2004, p. 1588, note Fleury.

⁹³ P. Gaudrat, Notion de divulgation, juriscasseur de la propriété littéraire et artistique, fascicule 1211, n° 2, édition juriscasseur, mise à jour 3 juillet 2001, p 17.

de divulgation en ce qu'elle n'est ni acte juridique ni fait matériel mais l'effet juridique de l'acte juridique. En effet, lorsque les juges constatent qu'une œuvre est divulguée, ils ne font allusion ni à un état propre à l'œuvre (achèvement), ni à sa révélation voire à sa diffusion, mais à un statut juridique consécutif à l'exercice d'un droit. Entendue de cette façon, on perçoit difficilement la différence qui existerait entre la divulgation, fait matériel et l'effet juridique de l'acte juridique de divulgation ; néanmoins, on peut dire que dans cette conception intermédiaire de la notion de divulgation, l'acte matériel de divulgation de l'œuvre est mis en liaison avec l'auteur de l'œuvre. D'autre part, la qualité d'auteur dans le système français et dans les pays latins en général procède de l'acte de création. En conséquence, la divulgation ne peut déterminer la qualité d'auteur que par le truchement de l'acte de création.

Pour plus de clarté du rapport entre divulgation et création quant à savoir laquelle de deux peut constituer le fondement de la paternité ou en constituer le titre, l'on peut utiliser le raisonnement suivant : la loi prescrit que l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre, on peut de ce fait affirmer que celui qui divulgue une œuvre dans cette logique est de jure auteur. Or, si l'on remplace la qualité d'auteur par le fait de poser un acte de création de l'œuvre, on peut aussi conclure que celui qui divulgue est celui qui a créé l'œuvre. La divulgation s'avère un acte-conséquence par rapport à la création qui est un acte-cause. Il y a pour ainsi dire un rapport de dépendance, une relation de subordination ou une hiérarchisation entre la divulgation et la création d'une œuvre de l'esprit. La divulgation ne peut avoir lieu sans qu'il y ait au préalable la création. C'est ainsi que la création est le véritable fondement de la qualité d'auteur ou de la paternité de l'œuvre de l'esprit.

45. La preuve de la qualité d'auteur qui repose sur la divulgation ne s'appuie pas sur le véritable objet à prouver. En termes de logique probatoire de la qualité d'auteur, on ne peut pas soutenir valablement que l'acte de création est délicat, impossible ou difficile à prouver et en même temps recourir à sa conséquence qu'est la divulgation de l'œuvre. Le recours au concept de divulgation dans ce contexte n'est qu'un leurre puisque la divulgation sera déjà coupée de sa cause dont elle dépendait étroitement. Dès lors, la divulgation s'analyserait simplement en un acte matériel de publication de l'œuvre au public. La doctrine indique aussi que la divulgation marque l'achèvement de la création de l'œuvre et de ce fait annonce son exploitation par sa communication au public. Elle détache l'œuvre de son auteur dont elle

était une partie intégrante⁹⁴. Ainsi, dans la mesure où la divulgation de l'œuvre met celle-ci en contact avec le public qui l'apprécie, la critique et l'exploite, on estime que la divulgation ouvre la phase de l'exploitation de l'œuvre⁹⁵ dont elle constitue le point de départ. Dès lors, il est difficile d'imaginer qu'elle puisse prendre part à la détermination de la qualité d'auteur. Elle est, de par sa fonction, plutôt intimement liée à l'œuvre qui se prête à l'exploitation et au public qui la consomme. Bref, elle assure plus la liaison entre l'œuvre et le public qu'elle ne se réfère à l'auteur.

Surabondamment, l'analyse de la jurisprudence française révèle qu'à condition de ne pas être trop éloigné du processus créatif, la divulgation de l'œuvre fait partie de la notion économique d'exploitation de l'œuvre⁹⁶ qui s'entend, au fil des décisions rendues depuis l'institution en 1993 de la présomption de titularité, de manière très large, et comprend notamment la fabrication, la diffusion⁹⁷, la distribution⁹⁸ et la commande du produit dans lequel l'œuvre est incorporée⁹⁹. On comprend dès lors mieux comment se comportent les différentes présomptions d'auteur ou de titularité à l'égard de la revendication de la qualité d'auteur. Il y a une sorte de complexe de supériorité du titulaire de droits d'auteur présumé par rapport au créateur qui revendique sa qualité.

46. Relevons incidemment que, dans l'affaire des marques « *Paseo* », la preuve de la divulgation sous le nom de l'auteur posait une difficulté particulière. Apparemment, la première révélation des œuvres au public résultait en effet du dépôt des marques les 30 septembre 1999 et 19 janvier 2001. Or, on doit se poser la question de savoir si le fait d'inclure une œuvre dans le dépôt d'une marque doit être considéré comme une divulgation de l'œuvre sous le nom du déposant, au sens du droit d'auteur¹⁰⁰? Si tel est le cas, les dépôts des

⁹⁴ O. Laligant, *La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ, Paris, 1983, p 53.

⁹⁵ Idem, p 13.

⁹⁶ CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 nov. 2012, PIBD 2013. 977, III, 975 ; Civ 1^{re}, 16 mars 2004.

⁹⁷ Cass 1^{er} Civ., 13 octobre 1998.

⁹⁸ Cass. 1^{re} civ, 3 avril 2001 ; 14 novembre 2012.

⁹⁹ Cass. 1^{re} civ, 6 octobre 2011, n° 04-20.776 : D.2006. 1894, obs. J. Daleau ; JCP E 2006. 2426, note Sigh et P. Debiesse ; propr intell 2006, 458, obs. C. de Haas, et 2007, 81, obs. J-M. Bruguière ; CCE 2006, n°142, note C. Caron

¹⁰⁰ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc, p 23 : la jurisprudence française consacre un droit de déposer l'œuvre en tant que marque qui peut être cédé par contrat de même que sont nombreuses les œuvres qui sont déposées comme marques ; Cass 1^{ère} civ., 16 fév. 2010 : CCE. 2010, comm. 33, note C. Caron propr. Intell., 2010, n° 35, p 718, note J-M. Bruguière ; - Cass. Com, 4 juil. 2006, jurisData n° 2006-034458 : « la protection d'un signe par le droit d'auteur n'est pas incompatible avec sa protection à titre de marque. »

marques litigieuses étant apparemment antérieurs à la divulgation opérée par le demandeur, n'est-ce pas l'assigné qui était présumé revêtu de la qualité d'auteur ? Si, au contraire, il faut entendre la divulgation de l'œuvre sous son nom comme la démonstration d'un lien direct entre un nom et une œuvre, par apposition du nom sur l'œuvre ou, au moins, par l'établissement d'un lien clair et indubitable entre le nom et l'œuvre, le déposant d'une marque qui intégrerait une œuvre ne pourrait se prévaloir de la présomption de la qualité d'auteur par divulgation sous son nom.

Partant de cette espèce, l'on devrait considérer que dans la présomption de la qualité d'auteur, les procédés de divulgation active de l'œuvre revêtent une moindre importance par rapport au nom sous lequel l'œuvre a été révélée au public. Le principe de divulgation sous le nom de l'auteur pourrait alors être reformulé comme étant celui du nom sous lequel l'œuvre a été transmise au public. Dans ces conditions, c'est la mention du nom qui peut assurer l'unité entre l'auteur et son œuvre. La mention du nom exprime le droit de paternité de l'auteur sur son œuvre.

B- Mention du nom sur l'œuvre

47. La mention du nom sur l'œuvre est une prescription de la loi et le respect de cette disposition est très souvent soumis aux impératifs contraires des usages de déontologie de chaque art. Si le respect du principe est de mise de manière quasi-générale dans les arts traditionnels ou classiques, tel n'est pas toujours le cas dans les arts appliqués. La jurisprudence gère de manière distributive, dira-t-on, à la fois le respect de la loi et celui des usages. L'univers numérique n'échappe pas à cette difficulté d'application du principe de la mention du nom sur l'œuvre. Il est quasi unanimement admis que le nom sous lequel l'œuvre est révélée présume la qualité de créateur de celui à qui il renvoie¹⁰¹. Le droit de paternité semble être universel comme le renseigne M. Lucas, mais son champ d'application, poursuit-il, n'est pas partout le même.¹⁰² On observe des différences importantes selon les législations, en particulier entre les systèmes de droit d'auteur et les systèmes de copyright.

Aussi, existe-il un rapport direct entre le droit de paternité, mieux, entre son exercice

¹⁰¹ P. Gaudrat, op cit, p 17, n° 62 sur la corrélation entre les articles L 121-2 et 131-1 CPI.

¹⁰² A. Lucas, Droits des auteurs, droit moral, droit à la paternité, in Juris-Cl. Propr Littéraire et artistique, Fasc. 1214, 5 sept. 2014, n° 4 ; C. Colombet, Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé : Litec-UNESCO, 2e éd., 1992, p. 44. - V. aussi Lipszyc D., Droit d'auteur et droits voisins, UNESCO, 1997, p. 155. Dès 1769, Lord Mansfield avait été le premier à l'évoquer dans la célèbre décision *Millar v Taylor* (4 Burr.2303, [2398] : « *Because it is just that an author should reap the pecuniary profit of his own ingenuity and labour. It is just that another should not use his name without his consent* ».

et la présomption de paternité : dans le texte originel de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, la disposition relative à la présomption de la qualité d'auteur¹⁰³ vient juste après celle qui traite du droit de paternité (l'auteur jouit du droit au respect de son nom et de sa qualité)¹⁰⁴. La disposition intermédiaire affirme l'indépendance de la création par rapport à la divulgation de l'œuvre¹⁰⁵. Cette organisation des matières démontre que le législateur a entendu établir un lien entre les prévisions légales ; l'ordre logique de leur présentation rend compte du fait indubitable que la présomption de la qualité d'auteur repose sur l'exercice du droit de paternité d'autant plus que c'est par le droit à la paternité que l'auteur peut exiger la mention de son nom sur l'œuvre. La jurisprudence va dans le même sens lorsqu'elle exige que celui qui veut tirer le bénéfice de la présomption de la qualité d'auteur par la mention de son nom doit manifester l'intention de se présenter comme l'auteur de l'œuvre¹⁰⁶. La doctrine s'inscrit dans la même logique lorsqu'elle évoque la présomption de la qualité d'auteur comme preuve de la paternité¹⁰⁷. La présomption de la qualité d'auteur se veut donc une application du droit de paternité.

C'est pour cela que lorsque l'auteur préfère l'anonymat ou lorsqu'il utilise le

¹⁰³ Art 8 de la loi 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, IRPI, 10 juin 2016, p 4.

¹⁰⁴ Art 6 de la loi 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, IRPI, 10 juin 2016, p4.

¹⁰⁵ Art 7 de la loi 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique IRPI, 10 juin 2016, P 4.

¹⁰⁶ Cass. 1^{re} civ, 17 janv. 1995, RIDA juill. 1995, p. 147, obs. A. Kerever : Franck Verrecchia ayant participé à la production du film Les langues vertes comportant les extraits d'images de son film Les langages de Paris, son nom devait figurer sur le générique de la production revendiquée à tort par la société System TV ; d'où violation de son droit moral ; C. Bernault, Conditions d'application de la présomption de la qualité d'auteur, in L'essentiel Dr. Propr. Intell., 15 mars 2013, n° 3, p 2.

¹⁰⁷ F. Pollaud-Dulian, Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, 2^e édition, Paris, Economica, 2014, P 609, n° 820 : Au chapitre II sur les attributs du droit moral, section II se rapportant au droit à la paternité, F. Pollaud-Dulian écrit : « La preuve de la paternité de l'auteur peut se faire par le jeu de la présomption posée par l'article L. 113-1 CPI » ; N. Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet, droits voisins, marques, dessins et modèles, 3^e édition, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p 106, n°131 : « ...ce qui est pris en considération pour le droit de paternité est le nom que l'auteur souhaite voir attaché à son œuvre (...) Une présomption de paternité est avancée à l'article L 113-3 CPI (sic) au bénéfice de la personne qui divulgue le bien intellectuel (..) Le créateur doit apparaître comme auteur de l'œuvre, et l'omission de son nom engage la responsabilité de celui qui procède à la diffusion, quelles que soient la modestie de cette diffusion et la renommée de l'œuvre et de l'auteur » ; M. Dupuis et L Nowak, Droit de la propriété littéraire et artistique, droit d'auteur et droits voisins, Lexi Fiche, Enrick B éditions, 2014, p 9 : « L'article L 121-1 CPI reconnaît, au titre du droit à la paternité de l'œuvre, deux prérogatives : le droit au respect de son nom et le droit au respect de sa qualité (...) Cette prérogative est importante car, en application de l'article L 113-1 CPI, l'auteur est réputé être celui sous le nom de qui l'œuvre est divulguée (présomption d'attribution de paternité). » ; C. Bernault et J-P. Clavier, Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle, 2^e édition, Paris, Ellipses édition Marketing, 2015, p 162.

pseudonyme, face négative du droit de paternité¹⁰⁸, la même présomption s'applique en faveur de l'éditeur.

En France, le nom établit le lien de filiation entre le créateur et son œuvre ; il exprime le droit de paternité. Cette règle est encore d'application rigoureuse. La loi affirme le principe du respect au nom et à la qualité d'auteur aux termes de l'article L.121-1 CPI. Encore faut-il que le créateur ne renonce pas à la paternité ou que le nom ne soit pas délibérément omis selon les usages du métier ou que le créateur ne requière pas volontairement l'anonymat pour que la règle de preuve qui s'y établit n'en souffre pas. Mais, si le nom de l'auteur est mentionné sur l'œuvre, la présomption de paternité peut trouver application et produire ses effets sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur.

§ 3. Caractère et effets de la présomption de paternité sur l'identification de l'auteur.

48. Par définition, une présomption est une facilité de preuve octroyée à une personne. Elle peut jouer un rôle probatoire tout comme elle peut édicter des véritables règles de fond prenant la forme de présomptions irréfragables. Elle est le jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose¹⁰⁹. Volonté de rechercher la vérité, celle-ci est admise a priori au moyen de la présomption ; elle n'est plus absolue mais vraisemblable¹¹⁰. La présomption a pour objet les faits et constitue un mécanisme de preuve indirecte parce qu'elle ne porte pas directement sur le fait à prouver qui est inconnu mais, déplace l'objet de la preuve sur un fait connu plus facile à prouver en permettant ainsi d'établir par un raisonnement logique le fait inconnu¹¹¹. La présomption se tire de ce qui arrive souvent. On distingue les présomptions légales, établies par la loi ou un texte de loi, des présomptions judiciaires qui sont le fait des magistrats qui, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, déduisent de la réunion d'indices graves, précis et concordants la preuve d'un élément de fait inconnu¹¹². Les présomptions légales se divisent à leur tour en présomptions simples admettant des preuves

¹⁰⁸ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e édition, Paris, LexisNexis, 2012, P 466, n° 534.

¹⁰⁹ Pothier, *Obligations*, 4^eme partie, chapitre 3, section 2, n° 840.

¹¹⁰ A. Kessler Michel, *Les présomptions et le droit d'auteur*, thèse, université de Paris sud XI, 2001, p 8.

¹¹¹ G. Cornu, *droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 9^e éd, Montchrétien, n° 26, p 85 : la présomption agit généralement comme un simple avantage probatoire, un remède à une difficulté de preuve.

¹¹² Art 1349 du code civil qui définit les présomptions comme étant « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu »

contraires et en présomptions irréfragables qui ne les admettent pas. Les présomptions sont en fait autant de tempéraments à la règle de principe selon laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur.

49. Sous ce point, on relèvera le caractère simple de la présomption de paternité visant l'identification du véritable auteur de l'œuvre (A) avant d'indiquer les effets de renversement de la charge de la preuve (B) et de liberté probatoire qui le sous-tend (C).

A- Présomption simple : but d'identification du créateur de l'œuvre.

50. La présomption de la qualité d'auteur est une présomption simple ; l'expression « sauf preuve contraire » que renferme son libellé légal en rend compte.

Lorsque le législateur établit une présomption simple qui admet une preuve contraire, le but recherché est la vérité. Dans cette perspective, le rôle du juge devient crucial. Non seulement, qu'il doit s'assurer que la mention du nom sur l'œuvre divulguée traduit l'intention du divulgateur de se présenter réellement en tant qu'auteur de l'œuvre, il faut aussi que cette mention du nom soit exempte de toute ambiguïté afin que la présomption de la qualité d'auteur trouve application. Bien plus, lorsqu'il est établi que les parties en présence ont toutes divulgué la même œuvre en leurs noms respectifs, le juge se reporte au niveau des conditions de création de ladite œuvre pour les départager. Il peut ainsi être amené à requalifier les faits et rechercher le rôle ou l'activité créatrice réellement menée par les protagonistes.

51. S'agissant de l'intention du divulgateur de l'œuvre de se présenter en tant qu'auteur de l'œuvre, il a été jugé que le seul fait de mettre en ligne une œuvre en y associant son pseudonyme ne permet pas de revendiquer le bénéfice de la présomption de l'article L.113-1 CPI¹¹³. Cette décision rappelle utilement les conditions dans lesquelles la présomption de l'article L. 113-1 du CPI peut être appliquée. La simple mention du nom sur l'œuvre ou sur la pochette, la couverture du support de l'œuvre ne conduit pas à l'application de la présomption de la qualité d'auteur ; encore faut-il vérifier en quelle qualité cette mention du nom est faite. La mention du nom du producteur sur l'œuvre audiovisuelle, en vertu des

¹¹³ TGI Paris, 20 déc. 2012, LEPI., 15 mars 2013, n° 3, p 2, note C. Bernault.

dispositions de la convention de Berne¹¹⁴, ne signifie pas qu'il en devient l'auteur. Il en est de même des noms des artistes-interprètes mentionnés sur la fixation de leurs prestations¹¹⁵. L'application de la présomption de la qualité d'auteur ne tolère aucune ambiguïté sur le nom mentionné sur l'œuvre. En l'espèce, deux passionnés d'aéronautique, Philippe G. et Alexandra J., s'étaient inscrits sur un site internet dédié au Concorde et y avaient notamment publié diverses photographies. Suite à un différend avec le gestionnaire du site, Paul M., ils lui ont demandé de retirer ces photographies. Constatant que leur demande n'avait pas été suivie d'effet, ils ont assigné Paul M. devant le TGI. Les débats portent essentiellement sur la question de l'originalité des photographies en cause et sur la titularité des droits.

Devant identifier le titulaire des droits, Alexandra J. s'appuie alors sur la présomption de l'article L. 113-1 du CPI et souligne qu'elle a publié cette œuvre sous son pseudonyme « F-WTSS ». Ce qui est tout à fait juste étant entendu que la mise en ligne d'une œuvre, comme souligné *supra*, vaut divulgation de celle-ci ; bien plus, l'auteur peut bien choisir de divulguer son œuvre sous un pseudonyme s'il a l'intention de cacher au public sa véritable identité. Mais, cela ne suffira pas à convaincre le tribunal qui affirme fort justement que « la présomption de la qualité d'auteur ne peut s'appliquer qu'autant que la divulgation ait été effectuée de manière non équivoque avec la volonté de l'intéressée de se présenter en qualité d'auteur ». Et pourtant, une recherche de l'identité réelle à partir du pseudonyme mentionné sur l'œuvre aurait pu déterminer le tribunal à décider autrement sur l'usage légal et courant du pseudonyme comme expression du droit de paternité. Il a même été souligné que le pseudonyme est important en ce qu'il est l'expression de la liberté de l'auteur ; il permet en outre que les œuvres hétérodoxes, celles que l'auteur hésiterait de divulguer sous son nom, voient le jour¹¹⁶. C'est la face négative du droit de paternité. On remarque cependant que le tribunal n'a pas fourni assez d'effort pour découvrir l'identité de la personne qui s'est présentée sous le pseudonyme lors de la mise en ligne de l'œuvre.

52. Soulignons que pour désigner les créateurs dans l'univers numérique, il est de plus en plus fait usage non seulement de liens hypertextes mais aussi de pseudonymes voire même de l'adresse email comme c'est le cas dans les communautés épistémiques en ligne¹¹⁷, le code

¹¹⁴ Art 15, point 3 de la convention de Berne révisée le 24 juillet 1971 à Paris.

¹¹⁵ Art L 212-2 CPI ; TGI Nanterre, 19 avril 2000 : *Légipresse* 2000, n° 173, I, p 83 : constitue une atteinte au droit d'un musicien, membre d'un groupe, le fait de commercialiser un disque sans mention du nom de ce musicien.

¹¹⁶ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., préc, p 235.

¹¹⁷ M. Clément-Fontaine, *Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de création*, RIDA,

barre ou la signature électronique ou numérique. Ce qui importe ce n'est pas le nom patronymique que le droit d'auteur ne protège pas comme tel mais l'identifiant de la personne du créateur. En l'espèce, le tribunal a trouvé que la présence de ce pseudonyme apparaît ici équivoque, ce dernier pouvant simplement identifier la personne qui a pris l'initiative de la mise en ligne. En conséquence, elle « doit être confortée par d'autres mentions manifestant la volonté de la personne de se présenter en tant qu'auteur de l'œuvre de l'esprit ainsi diffusée ». En l'absence d'élément complémentaire, le tribunal a refusé de considérer Alexandra J. comme l'auteur de l'œuvre et a déclaré qu'elle n'est pas recevable à agir sur le fondement de la contrefaçon¹¹⁸.

Cette interprétation des termes de la présomption de la qualité d'auteur montre combien celle-ci se préoccupe de rechercher le véritable créateur de l'œuvre et va jusqu'à exiger l'expression de la volonté de celui qui divulgue l'œuvre de se présenter en tant qu'auteur, lorsque la simple mention du nom ou du pseudonyme devient douteuse. Il convient aussi de relever que dans cette espèce le tribunal utilise une double démarche ; d'abord, il recherche l'originalité de chaque photographie afin de retenir celle qui est en mesure d'accéder à la protection du droit d'auteur au titre d'œuvre de l'esprit ; ensuite, il attribue celle considérée comme originale à l'auteur appelé à prouver sa qualité. Ce qui est frappant, c'est que, dans la recherche de l'originalité de l'œuvre, le juge s'appuie sur la démarche de création de l'œuvre (composition, cadrage, lumière, angle de vue ...) afin qu'elle soit protégeable et lorsqu'arrive le moment de prouver la qualité d'auteur, il se trouve en face de la présomption de la qualité d'auteur qui suppose que l'acte de création est un fait inconnu et dont la preuve est délicate sinon impossible à rapporter.

Cependant, bien que la création de l'œuvre soit un objet inconnu dans le cadre de la présomption de la qualité d'auteur, il arrive que le juge soit obligé de dépasser le niveau de

janvier 2013, n° 235, p 115, 117 et 145 : « Un nouveau processus de création conduit l'artiste à mêler son intimité créatrice à d'autres intimités créatrices pour donner naissance à des œuvres collaboratives. Ce modèle de création que permettent les outils de communication actuels repose sur un système d'appel à contribution s'adressant tant aux spécialistes qu'aux amateurs selon les pratiques d'échange et de coopération. Cela entraîne l'émergence de la communauté épistémique en ligne et l'instauration d'un nouveau paradigme de création (acte créatif) et en tant que résultat (production intellectuelle). Ces communautés sont notamment la communauté Python, la communauté GeoRezo, la communauté Debian et la communauté d'astronomie Wikipédia. Toutes utilisent le réseau internet et produisent des connaissances encyclopédiques et scientifiques destinée au public. La motivation des participants réside dans ce qu'on appelle le capital de réputation ; ainsi, l'engagement repose sur des logiques identitaires, à savoir la reconnaissance du statut d'expert participant au projet. Les profils sont variés et divers et la communauté assure la socialisation. Le seul lien qui unit les membres est la création intellectuelle commune. L'identification n'est pas nécessairement civile ; elle est principalement numérique : c'est l'adresse e-mail ou le pseudonyme. »

¹¹⁸ C. Bernault, Conditions d'application de la présomption de la qualité d'auteur, préc, n° 3, p 2.

cette présomption afin de rechercher le véritable auteur à travers les actes de création de l'œuvre divulguée. En effet, dans l'affaire du logiciel « *Pertinence Summarizer* »¹¹⁹, le débat a porté non pas sur la divulgation de l'œuvre sous le nom de tel ou tel autre auteur, puisque tout cela était acquis, les deux parties ayant divulgué l'œuvre en leurs noms ; le débat a, au contraire, porté sur la collaboration de chaque co-auteur à la réalisation du logiciel. Ce qui revient à dire que lorsque les parties en cause ont chacune divulgué l'œuvre en leurs noms respectifs, en cas de litige, la solution de la preuve de la qualité d'auteur est à rechercher au niveau de la création de l'œuvre.

53. Il en résulte une double démarche probatoire de la qualité d'auteur pour l'auteur protégé par la présomption : en évoquant la présomption de la qualité d'auteur, il doit prouver avoir divulgué l'œuvre en son nom tout en ayant l'intention de se présenter en tant qu'auteur et si la partie adverse a divulgué la même œuvre, chacune d'elles sera amenée à justifier les actes de création de l'œuvre dont la paternité est en cause. C'est autant dire qu'en dépit de la force de la présomption de la qualité d'auteur en tant que preuve de la qualité d'auteur, elle ne se suffit pas dans tous les cas d'espèce. Il est des situations qui imposent le recours à un autre mécanisme plus adéquat de preuve de la qualité d'auteur. On va dès lors se demander pourquoi a-t-on institué la présomption de la qualité d'auteur ?

54. La doctrine renseigne que deux raisons conduisent à la consécration de présomptions légales. D'une part, la vraisemblance statistique du fait présumé dans les circonstances considérées. Le fait 'probable' est tenu pour établi. D'autre part, la consécration de présomption allège la charge de la preuve des plaideurs qui l'invoquent. C'est une façon pour le législateur de favoriser une partie dont l'intérêt est jugé supérieur ou, plus simplement, de rétablir une sorte d'égalité des armes dans des hypothèses où une preuve est particulièrement difficile à administrer. Cette difficulté peut être objective, c'est-à-dire résulter de la nature du fait en cause, comme c'est le cas pour l'acte de création. Elle peut également être subjective, c'est-à-dire résulter de la situation, réelle ou figurée, de celui qui devrait en principe l'apporter, par exemple un salarié par rapport à son employeur¹²⁰. On rencontre également ce type de difficulté lorsque le créateur d'une œuvre de l'esprit est un salarié ; il lui est souvent difficile de justifier sa qualité de créateur par la mention de son nom

¹¹⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 1^{er}, n° 10/22134, 27 février 2013, arrêt inédit.

¹²⁰ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, Droit et professionnels, Paris, LeXisNexis, 2013, p 47, n° 82.

vis-à-vis de son employeur.

La première difficulté objective liée à la nature de l'objet inconnu qu'est l'acte de création a donné lieu à la présomption de la qualité d'auteur ; la deuxième difficulté subjective relative à la condition du créateur employé, laquelle découle de l'application de la présomption de la qualité d'auteur, devrait-elle engendrer à son tour une autre présomption ? Tel n'est pas encore le cas et pourtant la difficulté pour le créateur salarié d'affirmer la paternité de son œuvre est bien réelle. Par ailleurs, puisque le fait inconnu doit être déduit du fait connu, il doit y avoir un lien logique entre les deux¹²¹. Il peut s'agir de la rémunération donnée en contrepartie du travail qui rend compte du contrat de travail ou du lien de mariage qui établit la paternité d'un enfant ou encore de la possession de bonne foi qui évoque la propriété d'un bien meuble corporel. Il reste à savoir si la divulgation de l'œuvre en son nom satisfait cette exigence logique par rapport à la création de l'œuvre compte tenu de l'évolution de la problématique de la mention du nom sur l'œuvre en droit positif français. Lorsque le créateur d'une œuvre de l'esprit est indépendant, autonome, la divulgation de l'œuvre par ses soins ou par ceux d'un tiers autorisé est en lien logique avec la création de l'œuvre. Dans le cas contraire, la divulgation de l'œuvre de l'esprit échappe quelque peu au contrôle du créateur pour se soumettre aux impératifs d'ordre marketing ou commercial... On ne pourra plus dire que l'on divulgue l'œuvre parce qu'on l'a créée. Le lien logique entre la divulgation et la création fait défaut. La mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée suit la même logique selon que l'œuvre est réalisée de manière autonome ou dans les conditions statutaires différentes. C'est pour cela que la Cour de cassation rappelle que le fait d'être reconnu auteur présumé d'une œuvre divulguée sous son nom ne signifie pas en être « en réalité » l'auteur, car cette qualité dépend, en dernier ressort, des circonstances de fait qui ont présidé à la création de l'œuvre¹²². La divulgation d'une œuvre en son nom est donc soumise à la condition ultime de vérification du contexte de création de l'œuvre.

55. La décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation évoquée¹²³ indique également que le juge se saisit parfois des faits discutés par les parties pour les disqualifier au point de ne plus retenir le bénéfice sollicité de la présomption de la qualité d'auteur. Cela insinue le fait que le renversement de la présomption de la qualité d'auteur par la preuve contraire n'est pas toujours aisé.

¹²¹ F. Terré, Introduction générale au droit, 9^e édition, Paris, Dalloz, 2012, p 493, n° 576.

¹²² Cass com, pourvoi n° 06-19.721 du 15 janvier 2008, note T. Lancrenon.

¹²³ Idem.

Elle va plus loin pour exiger le rôle créatif de celui qui invoque la présomption de la qualité d'auteur. Ce qui remet en cause, en quelque sorte, la substance et la force même de la présomption entendue comme facilité de preuve et ce, en faveur de la recherche du véritable créateur de l'œuvre. En effet, l'acte de création dont on a voulu éviter le rapport de preuve revient sur la scène et s'impose en condition supplémentaire d'application de la présomption de la qualité d'auteur.

Dans le même sens, il semble avoir été admis que le juge peut combattre la présomption faisant de celui sous le nom duquel l'œuvre est divulguée l'auteur de l'œuvre et ce, au nom de son pouvoir de disqualification des faits, alors même que l'autre partie n'invoquerait pas une telle disqualification¹²⁴. Dans cette affaire soumise à l'examen de la cour de cassation, il s'agissait de s'interroger sur la qualité d'auteur d'une personne dont le nom avait été mentionné sur le scénario. La Cour de cassation a semblé admettre que le juge puisse, de sa propre initiative, remettre en cause la présomption posée par l'article L. 113-1 du CPI en vérifiant d'après les faits de la cause la réalité du concours créatif à la réalisation de l'œuvre. Il s'agit là de l'application de l'article 7 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile selon lequel parmi les faits allégués par les parties, le juge peut prendre en considération ceux qui pour elles ne fondent pas de conséquences juridiques. Cette règle permet d'éviter que la présomption ne devienne une fiction qui ne soit pas conforme à la réalité¹²⁵. Il faut donc souligner que l'inapplication de la présomption de la qualité d'auteur ne peut être invoquée d'office par le juge sans préalablement inviter les parties à présenter leurs observations¹²⁶. Cette tendance à combattre la présomption de la qualité d'auteur remonte à une époque un peu lointaine notamment lorsqu'il a été exigé la démonstration par le demandeur de son activité créatrice pour faire jouer la présomption ; ce qui est de nature à retirer tout l'intérêt de la présomption de la qualité d'auteur¹²⁷.

56. De ce qui précède, une observation supplémentaire s'impose à propos de l'intervention du juge dans l'octroi ou non du bénéfice de la présomption de la qualité d'auteur : la présomption de la qualité d'auteur étant légale, devrait, en principe, s'imposer au juge et non pas l'inverse. En effet, il est admis que les présomptions légales lient le juge. Il doit en faire application, même si elles ne lui paraissent pas fondées au regard des faits

¹²⁴ Civ 1^{re}, 3 juil. 1990, RIDA, avr. 1991, n° 148, p 116 cité in chron. LPA, p 10, obs. J- Ch. lenne.

¹²⁵ A. Kessler Michel, Présomptions et droit d'auteur, préc, p 49, n° 56.

¹²⁶ Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005 : RLDI mars 2005, n° 82, p 18, obs. Costes.

¹²⁷ CA Versailles, 18 mars 1992, 1^{er} déc 1993 ; A. Kessler Michel, présomptions et droit d'auteur, préc, p 44.

d'espèce dont il est saisi, et il ne dispose à cet égard d'aucun pouvoir d'appréciation. Peu importe que ce qui survient le plus souvent (le *plerumque fit*), sur lequel est fondée la présomption légale, paraisse invraisemblable dans l'espèce dont il a à connaître. Le juge doit seulement vérifier si les conditions déclenchant le jeu de la présomption sont réunies¹²⁸. C'est pour cela que l'on dit que ce type de présomptions institué par la loi et emportant renversement de la charge de la preuve ne constitue pas un mode de preuve ; les présomptions légales sont des véritables règles de droit par lesquelles sont attribuées la charge et le risque de la preuve. Ces règles s'imposent au juge. En revanche, les présomptions du fait de l'homme sont des modes de preuve ; des raisonnements proposés aux juges pour tenter de les convaincre de la véracité d'une allégation qui n'est pas exactement établie. Les magistrats disposent d'un pouvoir souverain pour en apprécier la valeur probante, c'est-à-dire le caractère convaincant¹²⁹.

L'appréciation du juge pour accorder ou non le bénéfice de la présomption de la qualité d'auteur est de nature à faire de celle-ci une présomption judiciaire autrement appelée présomption du fait de l'homme qui est l'œuvre du magistrat ; or, tel n'est pas le cas pour la présomption de la qualité d'auteur. Lorsqu'on arrive à interpréter la règle de droit, cela suppose qu'elle commence à poser des problèmes dans son application. Peut-être que les raisons pour lesquelles la présomption de la qualité d'auteur a été instituée ne semblent plus persuader tout à fait le juge à ce jour, les circonstances et les acteurs de divulgation des œuvres ayant beaucoup évolué. Mais, à tout prendre, s'agissant de modes de preuve imparfaits portant sur les faits, on ne voit pas très bien comment ils lieraient définitivement les juges bien qu'il s'agisse de présomptions légales¹³⁰. Dans le résumé de sa thèse de doctorat en droit, Mme Kessler Michel a pu dire que « ces présomptions simples destinées à résoudre des difficultés matérielles n'ont pas atteint leur objectif de la protection maximale des auteurs (fait difficile ou impossible à prouver) »¹³¹. M. Caron a pour sa part écrit : « quoiqu'il en soit, il faut bien avoir conscience que ce système de présomption, s'il a des vertus pratiques évidentes de simplification, n'est pas entièrement parfait »¹³².

¹²⁸ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, Droit et professionnels, préc, p 51, n° 90.

¹²⁹ Idem, p 51, n° 88 et 90.

¹³⁰ A. Kessler Michel, *Présomptions et droit d'auteur*, préc, p 48.

¹³¹ Idem, p 4.

¹³² C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc, p 169.

57. Lorsque les parties litigantes ont toutes divulgué une même œuvre en leurs noms respectifs, la présomption de la qualité d'auteur recherche la solution au litige au niveau des conditions de création de l'œuvre. Elle ne s'applique pas lorsqu'apparaît la moindre ambiguïté sur la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre. Enfin, l'application de la présomption de la qualité d'auteur est soumise au contrôle du juge. Cela implique que l'auteur doit justifier qu'il a divulgué l'œuvre en son nom et démontrer aussi qu'il a créé ou participé à la création de l'œuvre pour prétendre à la qualité d'auteur ; ce qui est de nature à poser le problème de l'intérêt de cette présomption dès lors que l'objet inconnu vient au secours de l'objet connu. Cela insinue la remise sur un pied d'égalité de l'auteur qu'il soit présumé ou revendiqué et constitue aussi le gage de la protection du créateur dispensé du fardeau probatoire par le jeu de la présomption.

B- Dispense du fardeau probatoire de la qualité d'auteur

58. Il s'agit ici de savoir si la présomption légale de la qualité d'auteur permet réellement, dans son application, de dispenser l'auteur de la charge de la preuve de sa qualité et si elle se remet en cause lorsque survient la revendication de la qualité d'auteur par une tierce personne. Car, les présomptions qui s'inscrivent dans la logique personnaliste ont trait à la création de l'œuvre et visent à protéger son créateur, personne physique¹³³.

59. S'agissant de la question de savoir si, en vertu de la présomption de la qualité d'auteur, l'auteur qui en est bénéficiaire se trouve dispensé d'apporter la preuve de sa qualité, il y a lieu de noter que la jurisprudence n'est pas constante. Dans la plupart de cas, les juges dispensent l'auteur de la preuve de sa qualité. Dans d'autres cas, les juges exigent que le divulgateur de l'œuvre en son nom ait effectivement pris part à la réalisation de l'œuvre ou ait joué un rôle créatif. Dans les deux cas de figure, celui qui sollicite le bénéfice de la présomption de la qualité d'auteur doit normalement prouver la divulgation de l'œuvre protégée en son nom ainsi que l'antériorité de cette divulgation. L'application de la présomption de paternité exige simplement la vérification de ses éléments tel qu'institué par la loi sur le droit d'auteur ; l'œuvre doit être divulguée et porter la mention du nom de l'auteur. En revanche, l'antériorité de la divulgation de l'œuvre s'inscrit dans la logique de la propriété industrielle. Et lorsque se pose la condition de la création de l'œuvre dans la présomption de la qualité d'auteur, on peut se demander si ladite présomption a encore le

¹³³ A. Kessler Michel, Les présomptions et le droit d'auteur, préc., p 62.

moindre intérêt sur le plan probatoire étant donné qu'elle a été instituée afin de contourner la difficulté de prouver l'acte de création de l'œuvre de l'esprit.

60. Parmi les cas qui confirment la dispense du fardeau probatoire de l'auteur et qui illustrent si besoin en est combien il est difficile de renverser une présomption, on peut à titre d'exemple rappeler l'arrêt du 27 février 2013 rendu dans l'affaire qui a opposé sieur Philippe Bouvet au sieur Abderrafih Lehman et la société de fait « *Pertinence Mining* » constituée par les deux précités. L'affaire a porté sur le logiciel « *Pertinence Summarizer* » réalisé par Bouvet en qualité de salarié de la société Pertinence Mining, lequel logiciel est la suite de celui réalisé ensemble avec le sieur Abderrafih Lehman. Le logiciel de résumé automatique à fragments indicateurs, RAFI s'applique sur les textes scientifiques et techniques en langue française. A l'issue du contrat de travail conclu entre la société Pertinence et Bouvet, ce dernier assigne son employeur ainsi que son coassocié en contrefaçon pour exploitation du logiciel tout en exigeant la cessation de toute activité d'exploitation. Au premier degré tout comme en appel, le demandeur a été débouté de son action au motif que le logiciel a été divulgué depuis 2001 aux noms des coassociés par la mise en ligne du site internet <pertinence.net> et que les nombreux échanges de courriels entre les parties démontrent le travail en collaboration de deux co-auteurs sur un pied d'égalité ; la cour a estimé que si le nom d'une personne a figuré parmi les coauteurs d'une œuvre de l'esprit, on ne peut lui dénier cette qualité que dans la mesure où il serait démontré en quoi son concours ne pourrait être qualifié de collaboration au sens de l'article L. 113-2 CPI¹³⁴. Cette espèce montre suffisamment la prééminence du jeu de la présomption par rapport à la tentative de retirer la qualité de coauteur à l'un des divulgateurs de l'œuvre de l'esprit. Il illustre comment, par l'effet de la loi, la preuve d'un élément « inconnu » qu'est l'acte de création va être déduite d'autres éléments plus faciles à établir, en l'occurrence, la divulgation de l'œuvre en son nom. Le co-auteur du logiciel divulgué en son nom a été dispensé de prouver sa qualité. Il est d'autres situations comme celle qui a opposé l'auteur qui a divulgué les catalogues des photographies en son nom aux sociétés qui les ont numérisées sans autorisation du photographe ; la Cour a, bien entendu, réaffirmé la force de la présomption de la qualité d'auteur sur lesdits catalogues sans exiger une preuve supplémentaire¹³⁵.

¹³⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 1^{er}, n° 10/22134, 27 février 2013, arrêt inédit.

¹³⁵ CA Paris, pôle 5 – Ch. 1^{re}, 10 mars 2015 : Aff. Stéphane B vs Artnet France et Artnet worldwide Corporation in <https://www.legalis.net>.

L'examen de la jurisprudence évoquée sous ce volet relativement aux effets de dispense de fardeau probatoire montre bien que la présomption de la qualité d'auteur résiste dans certains cas à la preuve contraire. Cela semble tout à fait normal puisque ce n'est pas parce que la présomption est simple qu'elle se renverse devant n'importe quelle preuve contraire.

61. Un autre mouvement quelque peu insolite se remarque en droit d'auteur en rapport avec l'application de la présomption de la qualité d'auteur ; il s'agit de la recherche d'antériorité de divulgation de l'œuvre entre des prétendants auteurs. Au lieu de se battre sur le terrain de la création qui est caractéristique de la qualité d'auteur, le combat des auteurs semble parfois se déplacer dans le champ de la diffusion des œuvres, champ qu'ils partagent du reste avec tous les exploitants. En effet, si la présomption en vertu de laquelle celui qui divulgue l'œuvre sous son nom en est réputé l'auteur tend à faciliter la preuve de la qualité d'auteur, celui qui s'en prévaut n'est pas pour autant exempté de toute charge de la preuve. De ce point de vue, il n'y a pas de renversement intégral ou dispense totale de la charge de la preuve mais, simplement un allègement de la charge de la preuve¹³⁶. Il doit en effet établir non seulement qu'il a divulgué l'œuvre sous son nom, la présomption de l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle ne pouvant « se déduire que de mentions exemptes d'ambiguïté », mais également, bien que l'article L. 113-1 ne le précise pas, que cette divulgation est antérieure à celles qui auraient pu être faites par les tiers¹³⁷. Il en résulte qu'à proprement parler, les présomptions légales ne dispensent pas le demandeur de toute preuve puisqu'il a toujours la tâche de prouver son allégation. Le fait inconnu est nécessairement déduit de faits connus qui doivent être établis par le demandeur. En l'occurrence, l'auteur présumé doit prouver qu'il a divulgué l'œuvre originale en son nom. Mais, en pratique, les éléments à prouver sont généralement extrêmement aisés à établir, de sorte que la charge de la preuve est tellement allégée qu'elle est comme inexistante. En tout cas, le risque de voir l'auteur présumé succomber en son action pour n'avoir pas apporté la preuve nécessaire est quasiment nul. En pratique, la « preuve contraire » permettant de remettre en cause le jeu de la présomption consiste à démontrer soit que l'auteur présumé n'a tout simplement pas créé l'œuvre, soit qu'il ne l'a pas créée seul. Cette double série

¹³⁶ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, préc, p 47, n° 82 ;

¹³⁷ Cass com, n° 06-19.721 du 15 janvier 2008, note T. Lancrenon, *N'est pas forcément auteur celui que l'on croit*, *Petites affiches*, 24 juin 2008, n° 126, p 6.

d'hypothèses est directement évoquée dans la décision commentée¹³⁸. Dans ce contexte, la preuve à rapporter concerne les faits positifs ; tandis que si l'on se place dans le sens de démontrer que le bénéficiaire de la présomption de la qualité d'auteur n'est pas du tout le créateur de l'œuvre, la preuve portera sur les faits négatifs, difficile à prouver ou presque impossible ; c'est ce que l'on appelle « *probatio diabolica* ».

En effet, pour prouver que monsieur X n'était pas à Paris à une date précise et à une heure précise sous réserve du respect du fuseau horaire, on peut établir que ledit monsieur était bel et bien à Kinshasa à la même heure de la même journée. Ce raisonnement peut bien être transposé au cas où l'on doit prouver qu'une tierce personne qui prétend avoir la qualité d'auteur en utilisant le jeu de la présomption d'auteur n'en a pas en réalité. Toutefois, dans l'hypothèse du fait négatif à prouver absolument, le pouvoir souverain d'appréciation qui revient au juge du fond permet de tenir compte du fait que le demandeur était matériellement dans l'impossibilité d'établir un tel fait alors que son adversaire disposait de moyens aisés de prouver l'inverse et qu'il n'en avait rien fait. Dans de tels cas, il a été admis, en fait et sans dire expressément, qu'une partie puisse être dispensé, par exception, d'avoir à rapporter la preuve d'un fait négatif¹³⁹.

62. De ce qui précède, il sied de remarquer que la présomption de la qualité d'auteur n'est pas une dispense de la charge de la preuve de la qualité d'auteur ; elle est un allègement, une facilité de la charge de la preuve en ce qu'elle suppose l'établissement par la personne qui veut en tirer profit de la preuve de la divulgation de l'œuvre en son nom. Bien plus, en dépit du fait qu'elle est une présomption légale sensée lier le juge, ce dernier s'autorise parfois d'apprécier les conditions de son octroi, notamment le rapprochement au rôle créatif lorsqu'il constate quelque ambiguïté dans ses éléments. Ce qui amène cette présomption à se comporter dans la pratique comme une présomption judiciaire ou comme un mode de preuve devant convaincre le juge tout en ramenant le risque de la preuve dans le chef de l'auteur présumé. Car, comme l'affirme le philosophe David Hume, quel que soit le modèle de

¹³⁸ Cass com, n° 06-19.721 du 15 janvier 2008, note T. Lancrenon, N'est pas forcément auteur celui que l'on croit, Petites affiches, 24 juin 2008, n° 126, p 6.

¹³⁹ Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-12.447 : « mais attendu que la cour d'appel, analysant la clause litigieuse, qui est claire et précise, a exactement retenu que l'impossibilité de remettre les lieux en état constitue une condition de la garantie dont la preuve incombe à l'assuré ; qu'elle a, en l'espèce, souverainement estimé que cette preuve n'était pas rapportée ; qu'ainsi, l'arrêt attaqué n'a ni commis une erreur de qualification, ni inversé la charge de la preuve, ni imposé à l'assuré la preuve d'un fait négatif ».

raisonnement ; il y a, au stade des prémisses, un phénomène d'assentiment¹⁴⁰ et Lévy-Bruhl dira : prouver c'est faire approuver¹⁴¹. Et pourtant, la présomption légale devrait plutôt être considérée comme une règle de droit devant s'appliquer comme telle par le juge. Il est en effet reconnu que les présomptions légales sont parfois utilisées pour l'application d'une règle juridique au-delà de son domaine rationnel et permettent de dissimuler une violation des principes. C'est une ruse du législateur¹⁴². Le but du droit selon Geny étant l'idée du juste par l'équilibre des intérêts¹⁴³.

Par ailleurs, étant donné que la présomption de la qualité d'auteur est une présomption *juris tantum* ou réfragable, c'est-à-dire celle qui admet la preuve contraire, il importe d'étudier les conditions de son renversement.

C- Renversement de la présomption de paternité : liberté probatoire.

63. Le système français du droit d'auteur est personnaliste ; il est basé sur la personne physique du créateur de l'œuvre de l'esprit. Dès lors, la présomption de la qualité d'auteur fondée sur le principe de la mention du nom pour traduire cette paternité de l'œuvre doit pouvoir justifier cette réalité de la création de l'œuvre et de ce fait ne pas s'ériger en règle de droit devant s'imposer comme telle. Elle est une présomption simple qui admet la preuve contraire susceptible de la renverser. Cette preuve contraire de la qualité d'auteur est libre. Il convient de savoir, premièrement, à quoi s'attache cette liberté probatoire et deuxièmement, si celle-ci fait éclore la vérité sur la personne du créateur de l'œuvre.

64. Pour la clarté de l'exposé, rappelons qu'il existe deux grands systèmes de régime de la preuve en droit. Le système dit de la preuve légale confie au législateur le soin d'apprécier la valeur des moyens de preuve, établit par conséquent la hiérarchie de preuve, limite, selon les cas, l'admissibilité des procédés utilisés par les parties et exige que le juge considère pour vrais certains faits établis par certains moyens de preuve sans que ce dernier ait en principe la possibilité de faire jouer son intime conviction. C'est le cas de la preuve littérale et autre mode de preuve comme la présomption, le témoignage, l'aveu et le serment.

¹⁴⁰ D. Hume, *Treatise of Human Nature* (traduction E. Leroy), Paris, éd. Montaigne, Bibliothèque philosophique Aubier, 1947, p 103.

¹⁴¹ H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Paris, librairie Marcel Rivière, 1964, p 14-15.

¹⁴² G. Ripert, *les forces créatrices du droit*, 2^e éd, LGDJ, 1955, n° 144, p 352 et 353 cité par A. Kessler Michel, *Présomptions et droit d'auteur*, préc, p 15.

¹⁴³ F. Geny, *science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1913, T. III, n° 230 et s.

A l'inverse, il y a le système dit de la liberté de la preuve qui laisse aux parties la liberté de choisir entre les moyens de preuve qu'elles soumettent par la suite à la juridiction du juge pour appréciation¹⁴⁴.

65. Alors qu'il est difficile d'apprécier la valeur respective de ces conceptions, il est tout aussi évident que l'objectif de vérité serait bien servi par un système de liberté de la preuve compte tenu du fait que la méthode de la découverte de la vérité pose celle-ci comme but et seul critère¹⁴⁵. Mais la recherche probatoire peut être hasardeuse tout comme la difficulté de la preuve faite à soi-même pourrait être évoquée¹⁴⁶. Celui qui revendique la qualité d'auteur et qui ne peut se servir de la présomption légale d'auteur établie à cet effet, se soumet à la volonté et à la discrétion du juge du fond sur la valeur probante de ses moyens de preuve. Bien plus, il fera face au discrédit, à la défiance ou à la suspicion généralement attachée à la preuve que se donne celui qui veut en tirer profit¹⁴⁷. Précisons toutefois que depuis 1998, la cour de cassation semble avoir nuancé cette règle de la preuve faite à soi-même de telle sorte qu'elle ne serait applicable qu'au sujet de la preuve des actes juridiques, mais non des faits juridiques¹⁴⁸. En revanche, dans le système de preuve légale, l'intérêt de sécurité du demandeur ou du plaideur semble mieux préservé. Ainsi qu'on l'a dit précédemment, ce n'est pas parce que la loi a établi une présomption de la qualité d'auteur en faveur de celui dont le nom est repris sur l'œuvre divulguée que la porte de la preuve de la qualité d'auteur est définitivement fermée à l'égard d'autres personnes qui ne peuvent tirer le bénéfice de cette présomption¹⁴⁹. On précise par là en fait que, outre la présomption de la

¹⁴⁴ F. Terré, Introduction générale au droit, préc, p 512.

¹⁴⁵ Idem, p 513.

¹⁴⁶ M. Vivant et J-M. Bruguière, Droit d'auteur et droits voisins, 3^e édition, p 317, n° 308 : les auteurs ont entre autres justifié la non application de la présomption de la qualité d'auteur par le principe selon lequel nul ne peut se constituer à soi-même une preuve. En effet, la divulgation par le dépôt du modèle avait été effectué par le créateur et non pas par son entreprise.

¹⁴⁷ A. Aynès et X. Vuitton, Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle, préc, p 100, n° 173 et 174 : c'est un principe général tiré de la maxime selon laquelle 'nul ne peut se constituer de preuve à lui-même'. Ce principe n'est porté par aucun texte. Tout au plus certaines dispositions particulières interdisent-elles le recours à des éléments de preuve 'auto-constitués' et peuvent servir d'illustration du principe. Tel est le cas de l'article 1347, alinéa 2 qui n'admet pas comme commencement de preuve par écrit les écrits provenant de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente. C'est aussi le cas de l'article 1329 du code de commerce qui n'admet pas les registres des marchands comme preuve de fourniture à l'égard des personnes non marchandes ; ce qui revient à dire qu'ils peuvent valablement être opposés entre marchands. Il en est de même de la comptabilité régulièrement tenue. La portée générale de ce principe remonte à l'arrêt de la chambre sociale du 23 novembre 1972 (Cass. Soc., 23 nov. 1972 : Bull. civ. 1972, IV, n° 651) suivi par celui de la chambre civile du 2 avril 1996 (Civ. 1^{re}, 2 avr. 1996, RTD civ. 1997, 136, obs. J. Mestre).

¹⁴⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 23 juin 1998, Bull. civ., I, n° 220, CCC 1998, n° 141, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1999, 401, obs. J. Mestre.

¹⁴⁹ Cass.com, 24 nov. 1993, Aff. Dopagne c/ Cts Boris Vian et autres : D. 1994, 405, note B. Edelman ; RIDA 1994, n° 160, p 216.

qualité d’auteur, la preuve de la qualité d’auteur peut être rapportée par tous les moyens ; elle est libre¹⁵⁰ à telle enseigne que le juge peut tenir compte même des présomptions de fait, notamment de ce que celui qui se dit auteur a pendant une longue période laissé attribuer l’œuvre à un tiers¹⁵¹.

66. Alors que jusque-là tout laisse penser que la preuve de la qualité d’auteur est réellement et totalement libre, du moins dans le cadre des limites tracées par la loi, la jurisprudence constante ajoute que la qualité d’auteur relève exclusivement de la loi¹⁵². Cette affirmation limite le champ d’application de la liberté probatoire de la qualité d’auteur dans la mesure où la loi dit que l’auteur d’une œuvre est la personne physique qui a réalisé la création intellectuelle de cette œuvre¹⁵³. Il convient dès lors de voir comment s’articule en pratique le principe de la liberté probatoire de la qualité d’auteur avec le fait que celle-ci relève de la loi afin de déterminer si cette liberté profite réellement à l’auteur dans sa démarche probatoire. Mais avant d’en arriver là, il semble important de cerner le principe de la liberté de preuve en soi, son objet et éventuellement ses limites.

1) Principe de la liberté de preuve de la qualité d’auteur.

67. Relevant du système légal ou hiérarchique de recevabilité de preuves, le droit français connaît de manière générale le régime d’admissibilité de preuve limité ou libre selon qu’il s’agit d’un acte juridique ou d’un fait juridique.

La préoccupation fondamentale de l’étude du principe de la liberté de preuve est de savoir si dans le contexte de la preuve de la qualité d’auteur, cette liberté probatoire procède de l’action menée pour combattre la présomption de la qualité d’auteur ou bien de l’acte de création en tant qu’il est juridiquement qualifié de fait ; et dans l’un ou l’autre cas, quel serait en principe l’avantage de cette liberté probatoire pour l’auteur. Pour mieux cerner le principe de la liberté de preuve de la qualité d’auteur, il faut souligner qu’il y a deux séries de règles qui conditionnent la prise en compte par les juges des éléments de preuve : les règles relatives à la recherche et présentation des preuves (les règles de recevabilité des preuves) et celles

¹⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 23 mars 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, pan. Jurispr. 226.

¹⁵¹ TGI Paris, 1^{er} ch., 28 juin 1978 : RIDA avr. 1979, n° 209 in CPI, Paris, LexisNexis, 2014, p 194 : revendication par Marius Casadesus d’une œuvre qu’il avait attribuée lui-même à Mozart.

¹⁵² Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2004, Vve Robert : RLDI janv. 2005, n° 7, p 17, obs. Costes ; Légipresse 2005, n° 224, III, 172, note Granchet ; RTD com. 2005, 81 obs. F. Pollaud-Dulian ; JurisData n° 2004-025627 ; Paris, 1^{ère} ch., 21 mai 2002, Dict. Le Robert : RIDA 2003, n° 195, p 358, obs. A. Kéréver.

¹⁵³ Art L. 113-7 al. 1^{er} CPI : « ont la qualité d’auteurs d’une œuvre audiovisuelle la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre. »

relatives à la sélection des preuves produites, c'est-à-dire celles contenues dans le code civil imposant parfois certains modes des preuves en excluant d'autres, limitant parfois la liberté du juge ; ce sont les règles d'admissibilité des preuves. La recevabilité est l'examen fait par le juge de la conformité d'un mode de preuve au régime de son obtention ; elle se définit en rapport avec la genèse de la preuve ; elle est l'expression juridique de la sanction procédurale. A ce niveau de la procédure, on distingue deux systèmes de recevabilité des preuves ; celui dit hiérarchique, dont relève le droit français, est inspiré du droit canonique de l'église catholique comme autorité suprême devant appliquer la loi divine. Lorsque l'église a été déchue du pouvoir temporel, l'Etat qui l'a incarné a gardé le même modèle avec l'idée de la loi à laquelle tout le monde doit se soumettre et dont le juge n'est qu'un agent. Cette conception a engendré bien entendu le modèle de preuve légale ou hiérarchique. En revanche, le deuxième système dit participatif qu'on retrouve généralement dans le Common Law est l'expression de la faiblesse de l'église qui ne croit plus en l'autorité du pape, d'une part, et d'autre part, la présence discrète de l'Etat qui n'impose pas les préceptes à l'égard de tous et laisse la liberté au juge conçu comme le médiateur entre les parties dans la recherche constante de l'équité. C'est ainsi que le précédent prend ici la place de la loi dans le système hiérarchique. Les parties n'ont plus d'injonction à recevoir de la loi dite abstraite et générale et brimant la liberté des individus ; en cas de litiges, elles recherchent librement les moyens de preuve qu'elles présentent au juge. Les seules exigences sont celle de la loyauté des preuves et celle du procès équitable¹⁵⁴.

Est admissible, ce qui, en vertu de la loi, peut être proposé en preuve par le plaideur au soutien de ce qu'il allègue ; on dit alors que la preuve est légalement admissible ou tout simplement légale, de telle sorte que le juge est tenu de prendre en considération, sans pouvoir écarter a priori, la preuve offerte, mais sans qu'il soit certain que celle-ci soit jugée apte, après examen, à justifier l'allégation, résultat qui dépend de la pertinence et de la force probante. L'admissibilité peut être limitée ou libre selon que le législateur ait fixé ou non des règles en la matière. C'est le cœur de la phase d'appréciation de la preuve dans les systèmes hiérarchiques. Dans l'admissibilité limitée, le rôle du juge est bridé ; la loi fixe les moyens de preuve qui peuvent être produits dans un procès civil, en détermine les conditions d'admissibilité et prévoit impérativement la force probante que le tribunal est tenu de leur accorder. A l'inverse, le système de la preuve morale (liberté) fait confiance au juge qui est

¹⁵⁴ F. Girard, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, tome 1, Marseille, Presses universitaires de Marseille, 2013, p 510-513.

laissé libre de déterminer, d'après son intime conviction, le crédit qui doit être accordé aux preuves débattues devant lui. On souligne néanmoins que quel que soit le système choisi, la recherche de la preuve doit toujours se faire d'après les règles fixées par la loi et la jurisprudence¹⁵⁵.

68. Par ailleurs, la distinction entre l'acte juridique et le fait juridique permet d'élucider le domaine de la preuve libre. En fait, si les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit telle la création d'obligation, le transfert ou l'extinction des droits, à l'inverse, les faits juridiques sont des événements auxquels la loi attache des conséquences juridiques qui ne sont pas spécialement voulues par l'auteur de ces faits. Ainsi, si pour les actes de volonté la preuve écrite peut être constituée avant, cela est difficilement concevable pour les faits juridiques, volontaires ou non, puisque les effets ne sont pas recherchés ou à tout le moins la survenance des faits ne peut tout simplement être anticipée¹⁵⁶. D'où, l'adoption d'autres modes de preuve comme la présomption pour le cas qui nous concerne. Bien que fondée sur des faits que la loi juge vrais, rien n'impose que la preuve contraire à la présomption de la qualité d'auteur soit légale ; autrement dit, elle est libre, bien entendu, du point de vue de son admissibilité. Cependant, autant cette distinction entre acte et fait juridique peut parfois s'avérer difficile à établir voire même artificielle autant les modes de preuve s'entremêlent puisque finalement, en droit civil français, le système de preuve retenu est celui de preuves légales, qu'il s'agisse d'actes juridiques ou de faits juridiques. Seulement, l'éventail des modes de preuve admis est plus restreint pour les actes juridiques que lorsqu'il s'agit de faits juridiques¹⁵⁷. Il a été décidé que la propriété se prouve par tous les moyens¹⁵⁸ mais, lorsqu'elle a été acquise au moyen d'un acte translatif comme le contrat de vente, elle se prouve par écrit¹⁵⁹ ; tout comme le paiement longtemps considéré

¹⁵⁵ Idem, p 510-513.

¹⁵⁶ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, préc, p 205, n° 389 et 390. Il est à noter que cette distinction qui est parfois malmenée en pratique par la jurisprudence ne signifie pas qu'il n'existe pas de faits juridiques qui se prouvent par des écrits rédigés après leur survenance. C'est le cas des événements affectant l'état civil comme la naissance, le mariage ou le décès.

¹⁵⁷ F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc, p 513, n° 610.

¹⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2000 : Bull. civ., 2000, I, n° 5 ; JCP G 2001, I, 265, obs. H. Périnet-Marquet ; D. 2001, 890, note A. Donnier ; RTD civ. 2002, 121, obs. Th. Revet ; Defrénois 2000, 779, obs. Ch. Atias : la propriété d'un bien se prouve par tous les moyens ; Cass. 3^e civ., 23 avr. 1981 : Bull. civ. 1981, III, n° 80 ; Cass. 3^e civ., 20 juill. 1988 : Bull. civ. 1988, III, n° 136 ; RTD civ. 1989, 776, obs. F. Zenati ; Defrénois 1989, 359, obs. Souleau.

¹⁵⁹ CA Nîmes, 31 déc. 1923 : Gaz. Pal. 1924, 1, 353.

comme un acte juridique devant se prouver par écrit¹⁶⁰, surtout lorsqu'il avait pour objet le versement d'une somme d'argent, a été par la suite considéré comme un fait juridique dont la preuve est libre¹⁶¹.

69. Il découle de ces illustrations que la liberté de preuve se rapporte généralement au fait juridique. Car, en droit civil, c'est la distinction du fait et de l'acte qui permet de tracer la ligne séparative entre chacun de ces domaines. Là où il est question d'acte, l'admissibilité de la preuve est limitée, là où il est question de fait, elle est normalement libre¹⁶². En revanche, la matière commerciale est traditionnellement dominée par le principe de liberté de la preuve¹⁶³. Pourvu que la nature de l'acte soit commerciale et qu'il s'agisse des relations entre commerçants dans le cadre de leurs activités commerciales¹⁶⁴. La justification en est essentiellement le besoin de rapidité des activités commerciales qui implique qu'elles ne soient pas alourdies et freinées par des contraintes de preuve¹⁶⁵. C'est une exception au principe du droit civil quand bien même, souvent, les commerçants se servent de leurs livres et registres à titre de preuve. Cela veut dire que quand on recherche la vérité d'un fait, il est indifférent que la preuve soit libre ou limitée. Mais, pour combattre la présomption de la qualité d'auteur, étant donné qu'il s'agit d'établir que l'on a créé l'œuvre ou qu'on y a participé, la jurisprudence a décidé que cette preuve est libre¹⁶⁶. La doctrine confirme également que la proclamation de la paternité de l'auteur sur son œuvre est un fait dont la

¹⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002 : Bull. civ. 2002, I, n° 101 : « attendu que celui qui excipe du paiement d'une somme d'argent est tenu d'en rapporter la preuve conformément aux règles édictées par les articles 1341 et suivants du code civil » ; Cass. Soc., 11 janv. 2006 : Bull. civ., 2006, V, n° 6 ; D. 2007, 1901, obs. Ph. Delebecque.

¹⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2004 : Bull. civ. 2004, I, n° 202 ; JCP E 2004, 1791, note S. Piedelièvre ; RDC 2005, 286, obs. Ph. Stoffel-Munck ; JCP G 2004, II, 10193, note G. Nicolas ; Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2005, n° 03-18.109, inédit ; Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 2008, n° 06-21.260, inédit ; Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2010 : Bull. civ. 2010, I, n° 173 ; D. 2010, 2679, obs. Ph. Delebecque ; JCP G 2010, 1776, note G. Deharo : « que la preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens. » ; Cass. 2^e civ., 17 déc. 2009, n° 06-18.649, inédit ; RTD civ. 2010, 325, obs. B. Fages : « la preuve de paiement peut être rapportée par tous moyens ».

¹⁶² F. Girard, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 517.

¹⁶³ Art L. 110-3 du code de commerce. Des exceptions ne manquent pas à ce principe de liberté probatoire, notamment en ce qui concerne le contrat de société ou la vente du fonds de commerce où l'écrit est requis.

¹⁶⁴ Cass. Com., 12 oct. 1982 : Bull. civ. 1982, IV, n° 313 ; Cass. Com., 19 janv. 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 21 : « si, en vertu de l'article 109 du code de commerce, à l'égard de commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens, il n'en est ainsi que lorsque le commerçant a agi dans l'exercice ou pour l'intérêt de son propre commerce ».

¹⁶⁵ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, préc., p. 215 ; Cass. Civ., 17 mai 1892 : DP 1892, 1, 603 ; Cass. Com., 23 mai 1970 : Bull. civ. 1970, IV, n° 168.

¹⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, pan. Jurispr. 226, code de la propriété intellectuelle, Paris, LexisNexis, 2014, p. 194 commenté par M. Vivant et J.-L. Navarro ; - TGI Paris, 3^e ch., 31 janv. 1970 : D. 1970, somm. p. 186. - TGI Paris, 3^e ch., 14 mars 1975 : RIDA 3/1975, p. 191.

preuve peut être administrée par tous moyens¹⁶⁷. Ce n'est donc pas par ce que la présomption de la qualité d'auteur est légale que les moyens de preuve pour la renverser doivent absolument être légalement admissibles ou relever des règles d'admissibilité limitée. Ils doivent tout au moins être loyaux. Si pour les commerçants la liberté de la preuve allège sa tâche et lève les contraintes de preuve en vue de la rapidité des activités commerciales, tel ne peut être le mobile pour l'auteur qui cherche à prouver sa qualité. Il est beaucoup plus attiré par l'office de vérité et de sécurité que par toute autre considération. La liberté de la preuve de la qualité d'auteur viserait donc plus la recherche de la vérité attachée à l'acte de création de l'œuvre que la sécurité de l'auteur présumé qui, elle, semble garantie par la présomption de la qualité d'auteur.

70. Il ressort que le champ de cette liberté est donc limité puisque la qualité de l'auteur relève de la loi *stricto sensu* : en effet, un contrat ne peut établir ni attribuer la qualité d'auteur à un individu qui n'aura pas exprimé sa personnalité dans une création¹⁶⁸. On pense aussi que le système de liberté légale est une entrave à l'objectif de la vérité et pourtant le choix du législateur pour un double régime (présomptif et revendicatif) n'est pas arbitraire. Les deux régimes en fait remplissent cette fonction véridictoire¹⁶⁹. La présomption de la qualité d'auteur souffre justement la preuve contraire afin de conserver son caractère probatoire : car, il faut permettre aux véritables auteurs qui, peut-être, n'auraient pas divulgué leur œuvre mais l'auraient fait divulguer par un tiers, de faire valoir leurs droits sur cette œuvre. Ou encore si l'œuvre a été divulguée sous le nom d'une seule personne, toute autre personne réclamant la qualité de coauteur peut apporter la preuve de sa qualité d'auteur¹⁷⁰. Cette interprétation serait une façon de consoler les auteurs qui ne peuvent faire état de la présomption de la qualité d'auteur étant entendu que son renversement, on l'a vu, n'est pas toujours évident. En fin de compte, le juge exerce son office sur cette liberté et assure la validation ou non des moyens de

¹⁶⁷ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 10^e éd., préc., p 229, n° 208, note de bas de page.

¹⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, n° 01-02.237 : *JurisData* n° 2003-018905 ; CCE. 2003, comm. 56, note C. Caron ; RIDA 3/2003, p. 293 ; *Légipresse* 2003, n° 203, III, p. 120 ; *Propri. Intell.* 2003, n° 8, p. 298, obs. P. Sirinelli, « la volonté contractuelle est impuissante à modifier les dispositions impératives des articles L. 111-1, L. 113-2 et L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle ». - Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 2004, n° 02-17.683 : *Légipresse* 2005, n° 224, III, p. 172, note A. Granchet ; *Bull. civ.* 2004, I, n° 275 ; *RTD com.* 2004, p. 81, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2/2005, p. 237, obs. A. Kéréver, « la détermination de l'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi et (...) la transaction de 1994 n'avait pu investir Paul Robert de cette qualité ».

¹⁶⁹ F. Girard, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p 512.

¹⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 2000, CCE, juin 2000, n° 62, p 17, note C. Caron : l'œuvre ayant été divulguée sous le seul nom de Mme L, il appartient à Mme H d'apporter la preuve contraire à la présomption établie par l'article 113-1 du CPI.

preuve ; ce qui est un aléa pour l'auteur dans sa démarche probatoire. Il reste donc à savoir si la liberté de la preuve est, pour l'auteur, un allègement ou un alourdissement de la tâche tant il est vrai que la question de la preuve ne fait généralement pas partie des préoccupations des auteurs.

2) Variété et incertitude des moyens de preuve devant la justice.

71. La preuve de la qualité d'auteur étant libre, les plaideurs qui revendiquent la qualité d'auteur ont tendance à présenter devant le prétoire toute sorte d'arguments à titre de preuve. Les juges apprécient les moyens de preuve des plaideurs pour retenir ceux qu'ils trouvent pertinents et rejeter d'autres. Cette preuve de la qualité d'auteur revendiquée passe soit directement dans le rapport entre le plaideur et l'œuvre soit par le truchement d'une action en contrefaçon impliquant la poursuite de l'usurpateur.

72. L'analyse de la jurisprudence rendue en matière de preuve de la qualité d'auteur en dehors de l'application de la présomption légale de la qualité d'auteur montre combien les moyens de preuves sont à la fois variés et incertains pour l'auteur qui les invoque. Comme on l'a dit, les moyens de preuve sont divers et variés allant par exemple de l'inspiration de la création au dépôt de l'œuvre en passant par la détention du support de celle-ci. La jurisprudence pour sa part vacille tantôt dans un sens tantôt dans l'autre entraînant une certaine incertitude dans le chef des personnes qui revendiquent la qualité d'auteur des œuvres en dehors du champ de la présomption de la qualité d'auteur : la possession du support de l'œuvre tout comme l'inspiration de l'exécution matérielle d'une œuvre, la commande ou le dépôt de celle-ci ne peut servir à établir la qualité d'auteur. Cependant dans d'autres cas d'espèce, les juges ayant compétence en matière des moyens de preuve sur les faits allégués ont paradoxalement pris de position contraire. La question suivante a été posée sur la preuve de la qualité d'auteur à l'occasion d'une espèce tranchée par la cour d'appel de Paris¹⁷¹ : comment l'auteur qui ne publie pas ou n'exploite pas l'œuvre sous son nom, peut-il encore prouver sa qualité d'auteur ? Commentant l'arrêt rendu, M. De Haas écrit : « il n'est pas rare qu'un auteur qui a conservé tous ses droits sur sa création et qui veut agir en contrefaçon, n'ait jamais exploité sa création. Or, l'art L 113-1 CPI organise à son profit la présomption de propriété du fait de la divulgation de l'œuvre sous son nom, précisément pour le dispenser de rapporter autrement une preuve bien délicate ; alors à défaut de cette divulgation, quelles

¹⁷¹ CA Paris 4^e ch. A, 14 décembre 2005, Propr intell., n° 21, p 458 ;

circonstances peuvent encore caractériser cette création ? Un dépôt au rang des minutes d'un Notaire, à une société d'auteur ou sous enveloppe soleau sera-t-il suffisant ? » A cette question, la Cour de Paris, puis la Cour de cassation, ont répondu par la négative s'agissant d'un dépôt à la Spadem effectué par un artiste renommé, Guy Béart¹⁷². Mais le Tribunal de Commerce de Paris paraît quant à lui s'en contenter¹⁷³ de même que le Tribunal de Grande Instance de Paris, cette fois cependant dans une espèce où le dépôt sous enveloppe soleau était étayé par quelques attestations confirmant la création alléguée¹⁷⁴. Le dépôt en lui-même paraît bien indépendant du fait de la création sauf au titre de la loi sur les dessins ou modèle¹⁷⁵. La situation de l'auteur qui veut agir en contrefaçon alors qu'il n'a pas déposé sa création à l'Institut National de la Propriété Industrielle conformément au livre V du Code de la Propriété Intellectuelle et qui n'a pas divulgué l'œuvre sous son nom, est du coup bien délicate. Témoins, oui mais les témoignages peuvent être complaisants lorsqu'ils viennent des proches ; le nouveau code de procédure civile fait obligation aux témoins de mentionner leur lien de parenté, d'alliance, de subordination, de collaboration ou de communauté d'intérêt avec les parties.

73. Sans dépôt, sans divulgation et sans témoins, certains auteurs ont néanmoins agi en réparation de l'atteinte de leur droit moral et ce, à côté des sociétés qui exploitent quant à elles l'œuvre sous leur nom et avec lesquelles ils sont liés. Il s'en est suivi la déduction de la qualité d'auteur du fait que personne d'autre ne la revendique ; syllogisme refusé par la section B de la 4^e chambre de la cour d'appel à l'occasion de plusieurs arrêts dont celui du 29 octobre 2004 rendu dans l'affaire Céline. En revanche, l'arrêt rendu le 14 décembre 2005 par la section A de la même chambre 4 décrète la recevabilité de l'action de la personne physique dans les mêmes circonstances (divulgation par la société exploitante qui assure la commercialisation par la production des factures présentées sous son nom ; la personne physique du créateur ne lui conteste pas sa qualité d'exploitant des modèles sous son nom, la société Dominique Denaive a été présumée à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon de titulaire des droits patrimoniaux, par conséquent recevable). Dans l'arrêt Céline du 25 avril 2006, la qualité d'auteur n'a pas été reconnue par la Cour à la personne physique qui est intervenue conjointement avec la société exploitante du modèle en son nom, au motif qu'elle n'a

¹⁷² CA Paris, ch. acc, 26 fév. 1993 et Cass crim, 17 janv. 1995 : RDPI 1994, n° 52, p 62 s.

¹⁷³ TC Paris, 2 avr. 2004 et note P Greffe in propr industr, 2005, n° 4, § 32.

¹⁷⁴ TGI Paris, 11 mars 1998 : PIBD 1998, n° 659, III, 425.

¹⁷⁵ Art L 511-2 CPI et art 511-9 nouveau CPI.

revendiqué que son droit moral. La Cour de cassation a dû recourir à la lettre que le créateur a envoyée aux défendeurs pour que cette qualité lui soit enfin reconnue¹⁷⁶. Il est donc difficilement compréhensible que l'on revendique le droit moral sur une œuvre sans revendiquer la qualité d'auteur. Normalement, le droit moral est une prérogative personnelle de l'auteur et, par conséquent, il lui est ontologiquement attaché.

74. S'agissant du dépôt d'une œuvre auprès d'une société d'auteur comme preuve de la qualité d'auteur, alors qu'une chambre d'instruction de Paris avait retenu le dépôt de l'œuvre à la Sacem comme présomption de la qualité d'auteur, la cour d'appel a jugé que les bulletins de déclaration à la Sacem sont insuffisants pour attribuer la qualité d'auteur¹⁷⁷. De même, les juges ne sauraient être liés par les règles posées par les sociétés d'auteur en vue de la fixation du montant des redevances¹⁷⁸ comme moyen de preuve de la qualité d'auteur. En effet, par exemple, les barèmes de rémunération pour copie privée distinguant les auteurs des scénaristes ou des artistes-interprètes ne peuvent constituer un critère fiable pour établir et attribuer la qualité d'auteur à un tel plutôt qu'à l'autre.

75. Au sujet de la détention du support d'une œuvre, au nom du principe de séparation entre l'œuvre et son support, il a été jugé que la seule propriété du support de l'œuvre, quand bien même l'exemplaire serait unique, ne peut établir la qualité d'auteur du détenteur du support de l'œuvre¹⁷⁹. Cette position a été confirmée dans une espèce dans laquelle il a été

¹⁷⁶ Cass com, 20 juin 2006 ; Cass com, 25 avril 2006, n° 21, p 458 ; Commentaires de C. De Haas : la cour de cassation confirme dans l'arrêt Céline que dès lors que la société exploitait les modèles revendiqués sous son nom et que la personne physique qui agissait en qualité de créateur à ses côtés (Nicole Stulman) ne faisait valoir aucune revendication contre elle, cette société était présumée titulaire à l'encontre de trois poursuivis en contrefaçon, pour important même, la réalité de la cession, comme la présence de la revendication de l'auteur aux débats ou du bien-fondé de sa revendication personnelle au titre du droit moral ; ici, la cour a considéré simplement le fait que le créateur revendiquait juste son droit moral et non pas la qualité de créateur à l'encontre de la société ; dans l'arrêt du 25 avril 2006, la cour de cassation avait pris une position contraire en considérant que le créateur-fournisseur avait confirmé sa création aux défendeurs par sa lettre qui devait être regardée comme une sorte de revendication de l'auteur.

¹⁷⁷ CA Paris, 26 févr. 1993, RIDA, juill. 1994, 229 ; Paris, 2 avr. 2003, propr. Intell., 2003. 296, obs. P. Sirinelli ; P-Y. Gautier, propriété littéraire et artistique, préc, p 218-219, n° 208.

¹⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1989 : RIDA 3/1989, p. 262 : « Qu'après avoir, tant par motifs propres qu'adoptés, analysé avec précision le rôle joué par M. Rutman dans l'élaboration de l'œuvre litigieuse, la cour d'appel a souverainement déduit de ses constatations et appréciations de fait, qui établissent l'absence d'apport personnel et original du réalisateur, que celui-ci n'avait pas concouru à la création intellectuelle de l'œuvre » ; - CA Bourges, 1^{re} juin 1965 : D. 1966, p. 44, note H. Delpach ;

¹⁷⁹ CA Paris, 4e ch., sect. A, 28 mai 2003, n° 2002/06322 : JurisData n° 2003-223156 ; Propr. Intell. 2003, n° 9, p. 378, 1^{re} esp., obs. P. Sirinelli : « la seule propriété de l'ektachrome correspondant à la photographie en cause est (...) insuffisante à établir la qualité d'auteur ».

rappelé que la propriété du support ne suffit parfois pas pour établir la qualité d'auteur. Dans l'affaire ayant opposé madame Delphine S au magazine Paris Match qui a publié les photographies du raz-de-marée des pays de l'océan indien en date du 26 décembre 2004, les parties ont fait établir un constat d'huissier sur le disque dur de l'ordinateur de Delphine S. ; mais, cela n'a pas suffi pour établir la qualité d'auteur puisque la photographie est sortie du fichier de Pierre ; cela veut dire qu'elle a été divulguée par Pierre. Solution justifiée en vertu de la présomption de la qualité d'auteur. Outre les circonstances de fait, on ne comprendrait pas comment la propriété du support peut conduire à la paternité de l'œuvre sauf à méconnaître l'article L 111-3 du CPI¹⁸⁰.

Dans une autre espèce semblable, portant également sur les photographies, les juges du fond ont adopté une position contraire. Un éditeur publie un ouvrage sur Michel Berger et illustre la quatrième couverture par sa photographie (celle du chanteur) en l'attribuant à madame I. L'auteur reproche à l'éditeur d'avoir reproduit son œuvre sans autorisation, de l'avoir attribuée à une autre personne et de l'avoir dénaturée par sa présentation. La preuve de la qualité d'auteur se faisant par tous les moyens, il a été décidé que la détention par la demanderesse M L d'une diapositive de la photographie litigieuse et de son tirage papier a suffi, en l'absence de toute revendication tierce¹⁸¹. Par cette décision, il est démontré que la preuve de la qualité d'auteur peut par ailleurs être établie par la possession du support de l'œuvre. Le cas précédent relatif aux photographies du raz-de-marée des pays de l'océan indien était un peu équivoque puisque le fichier est sorti de l'ordinateur d'une autre personne que celle qui revendique la qualité d'auteur tandis que dans le cas de la photographie de Michel Berger, la revendication de la paternité de l'œuvre est corroborée par la détention du tirage papier de l'œuvre, en plus du contenu du disque dur ou de la diapositive de la photographie respectivement évoqués dans le premier et le second cas sus-examiné. Dans la même logique, le commanditaire d'une œuvre ne peut prétendre tirer la preuve de la qualité d'auteur de la création réalisée en toute liberté par un tiers. Ainsi, les personnes qui ont commandé des tableaux à un peintre en lui indiquant le thème des œuvres, le cadre à

¹⁸⁰ CA Versailles 11è ch., 29 juin 2006, RG n° 05/04691 ; CA Paris 4è ch. B, 13 octobre 2006, RG n° 05/07000, propr. Intell., n° 22, p 90, commentaires de J-M. Bruguière : « pour pouvoir agir sur le fondement du droit d'auteur, il faut d'abord prouver sa qualité d'auteur. Cette preuve, comme on le sait, est libre (cass 1è civ, 23 mars 1983 : Gaz Pal, 1983, 2, pan jurispr, 226) *Idem est non esse et non probari* (l'absence de preuve équivaut bien à l'absence de droit, en droit d'auteur comme ailleurs. »

respecter, les personnages à représenter, n'ont pu apporter la preuve de leur qualité d'auteur¹⁸². Un dirigeant social ne pourra prouver sa qualité d'auteur que s'il a personnellement réalisé l'œuvre¹⁸³. De même, l'instituteur filmé dans le document « Être et avoir » ne peut prouver qu'il est le coauteur de l'œuvre audiovisuelle¹⁸⁴. C'est un simple sujet passif qui n'a pas contribué à la réalisation de l'œuvre. La seule apparition d'une personne dans un film ne peut faire d'elle le co-auteur de l'œuvre audiovisuelle. En effet, la preuve de la qualité d'auteur suppose l'accomplissement des actes qualificatifs d'auteur.

76. Lorsqu'on parle de la liberté probatoire de la preuve de la qualité d'auteur, il est dit aussi que les juges du fond peuvent tenir compte de toutes les présomptions de fait et notamment s'appuyer sur le constat que celui qui revendique la paternité de l'œuvre a lui-même, pendant une longue période, attribué cette œuvre à un autre auteur¹⁸⁵. La question se pose de savoir si par une telle approche on peut arriver à identifier le créateur de l'œuvre. L'idée qui se dégage ici est que le créateur ne peut plus revenir sur ses considérations initiales en faveur de celui à qui la paternité de l'œuvre a été attribuée pendant longtemps. Tenir compte d'une pareille présomption ne peut qu'éloigner de la réalité des choses puisque, d'une part, l'auteur ne peut définitivement renoncer à son droit de paternité et, d'autre part, même en cas de cession de droits patrimoniaux, le contrat ne peut attribuer la qualité d'auteur¹⁸⁶.

Quel embarras pour la personne qui revendique la qualité d'auteur ! Quelle est la preuve de la qualité d'auteur qu'elle doit apporter pour convaincre le juge ? Il sied de remarquer que l'appréciation du juge sur les faits de l'espèce est d'une importance capitale de sorte que chaque fois qu'un auteur est appelé à prouver sa qualité, la bataille n'est pas gagnée à l'avance ; elle est au contraire émaillée d'incertitudes. Néanmoins, ce qui rassure tant soit peu c'est le cadre spécifique dans lequel s'inscrivent les actes qualificatifs de l'auteur. Bien qu'on dise que la preuve de la qualité d'auteur est libre, elle n'est pas aussi libre qu'on

¹⁸² CA Paris, 4e ch., 13 févr. 2002, n° 2001/16280 : JurisData n° 2002-179532 ; RJDA 2002, n° 1097. - Pourvoi rejeté par Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, n° 02-13.577 : JurisData n° 2004-024713 ; Propr. Intell. 2004, n° 13, p. 909, obs. A. Lucas ; RIDA avr. 2004, p. 277.

¹⁸³ Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2000, n° 97-22.259 : JurisData n° 2000-006400.

¹⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008, n° 06-16.278 : JurisData n° 2008-045785 ; CCE. 2009, comm. 2, C. Caron

¹⁸⁵ TGI Paris, 28 juin 1978 : RIDA, avril 1979, 200.

¹⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, n° 01-02.237 : JurisData n° 2003-018905 ; CCE. 2003, comm. 56, note C. Caron ; RIDA 3/2003, p. 293 ; Légipresse 2003, n° 203, III, p. 120 ; Propr. Intell. 2003, n° 8, p. 298, obs. P. Sirinelli, « la volonté contractuelle est impuissante à modifier les dispositions impératives des articles L. 111-1, L. 113-2 et L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle ». - Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 2004, n° 02-17.683 : Légipresse 2005, n° 224, III, p. 172, note A. Granchet ; Bull. civ. 2004, I, n° 275 ; RTD com. 2004, p. 81, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2/2005, p. 237, obs. A. Kéréver, « la détermination de l'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi et (...) la transaction de 1994 n'avait pu investir Paul Robert de cette qualité ».

l'imaginer. Il ne suffit pas de trouver une certaine relation avec l'œuvre de l'esprit pour pouvoir en revendiquer la paternité. La qualité d'auteur se déduit des actes de création de l'œuvre et se circonscrit dans ce cadre précis. Toute personne ne pouvant apporter la preuve qu'elle a réalisé l'œuvre ou y a participé ne saura valablement revêtir cette qualité. La liberté de preuve de la qualité d'auteur ne signifie pas libertinage. Ce cadre n'est pas non plus à l'abri des attaques des imposteurs qui ne jurent qu'à tirer profit du travail des autres sans le moindre souci de vivre à la sueur de leur front. Les actions en contrefaçon y remédient.

77. Une action en contrefaçon met souvent en cause la qualité d'auteur de la personne poursuivie en contrefaçon. C'est une approche pénale de revendication de la qualité d'auteur pour le demandeur. Un conflit portant sur deux œuvres de type informatique ayant quelques similitudes d'approche ou un même principe en est une illustration : ce litige a conduit à retirer la qualité d'auteur à l'un des concepteurs au profit de l'autre. En effet, s'agissant des œuvres qui ne s'adressent pas directement au sens pour qu'on en apprécie le caractère esthétique, la création des œuvres informatiques comme les logiciels ou les bases de données se focalise sur leurs modes opératoires ou les principes d'action. C'est pour cela qu'on les appelle œuvres-outils¹⁸⁷. Dans l'affaire d'une base de données constituée d'une sélection des sites dénommés « guide junior » conçue par la société Zooloo pour permettre l'exercice du contrôle parental sur internet, c'est le principe de « rien sauf » qui a été mis en valeur pour considérer que la base de données de la société Optenet est une contrefaçon. Selon ce principe, aucun site n'est accessible aux mineurs sauf ceux répertoriés sur une liste blanche dénommés « guide junior ». En l'espèce, la contrefaçon a été établie à partir du taux d'identité relevé des adresses URL et de noms de domaines et ce, sans égard à l'investissement de la société victime ni aux éléments liés aux choix éditoriaux et à la disposition de la base de données contrefaite¹⁸⁸. Les deux derniers éléments étant pourtant les conditions de protection de la base de données par le droit d'auteur. La Cour de cassation a établi la contrefaçon de la base de données de la société Optenet à partir de l'identité des résultats des principes d'action des bases de données en cause. La comparaison des principes d'action des bases de données aurait pu fournir des indications différentes susceptibles de reconnaître la qualité d'auteurs aux développeurs de deux sociétés litigantes. En effet, il n'est pas étonnant en mathématique, que par deux approches différentes, on aboutisse au même résultat. Ainsi, l'identité de résultat ne signifie guère que les schémas empruntés sont également identiques.

¹⁸⁷ C. Caron, droit d'auteur et droits voisins, préc., p 145, n° 175.

¹⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2014 : Bull. civ. 2014, I, n° 85.

78. Au regard de toutes ces vacillations jurisprudentielles sur la revendication de la qualité d'auteur, on arrive à dire qu'il y a des vrais et des faux auteurs et qu'il est parfois délicat de déterminer le créateur d'une œuvre ou simplement de savoir qui est l'auteur d'une œuvre. La présomption de la qualité d'auteur établie pour faciliter la preuve de la qualité d'auteur semble au contraire limitée ou insuffisante au regard du recours essentiel qu'elle fait au contexte de création de l'œuvre qu'elle est sensée contourner en tant que présomption. Il semble que la preuve de la qualité d'auteur qui paraît comme un dilemme entre la présomption de la qualité d'auteur et la liberté probatoire de la qualité d'auteur doit être recherchée au niveau de l'acte de création qui est spécifique à l'auteur comme l'a si bien cerné le législateur en ce qui concerne les auteurs des œuvres audiovisuelles.

Section II. Identification de créateurs des œuvres audiovisuelles.

79. Le régime de titularité des droits sur les œuvres audiovisuelles semble le plus élaboré pour avoir établi un équilibre entre les acteurs du financement et ceux de la création. Une cession automatique des droits patrimoniaux a été reconnue en faveur du producteur de l'œuvre audiovisuelle tandis que le droit moral est demeuré la prérogative personnelle des auteurs¹⁸⁹. S'agissant des auteurs de l'œuvre audiovisuelle, le législateur français a fait le choix d'une liste fermée des présumés coauteurs. La preuve contraire est cependant admise pour le renversement éventuel de la qualité de coauteur établie par ladite présomption. Par ailleurs, d'autres contributeurs qui réalisent la création intellectuelle de l'œuvre audiovisuelle peuvent s'y ajouter comme des auteurs conformément à l'alinéa premier de l'article L 113-7 CPI mais aussi du fait que la présomption de coauteurs présumés n'empêche pas qu'une autre personne puisse revendiquer la qualité d'auteur de l'œuvre audiovisuelle. Mme Kessler-Michel précise que le caractère probatoire limitatif mis en place ici veut dire en réalité que la liste des coauteurs n'est pas limitative ; seule l'est la liste des présumés coauteurs¹⁹⁰.

80. Ce modèle français de présomption simple des présumés coauteurs avec possibilité d'y inclure d'autres auteurs se retrouve aussi au Chili¹⁹¹, Mexique¹⁹², Venezuela¹⁹³, et en

¹⁸⁹ Art. L. 132-24 CPI : « le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudices des droits reconnus à l'auteur (...), cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle ».

¹⁹⁰ A. Kessler-Michel, Les présomptions du droit d'auteur, préc, p 49.

¹⁹¹ Art 25-27 de la loi n° 17.336 sur la propriété intellectuelle du 4 mai 2010, in www.wipo.int/wipolex/fr.

¹⁹² Art 97 de la loi fédérale sur le droit d'auteur telle que modifiée le 14 juillet 2014, in www.wipo.int/wipolex/fr : « *son autores de las obras audiovisuales : el director realizador, los autores del argumento, adaptacion, guion o dialogo, los autores de las composiciones musicales, el fotografo, y los autores* ».

Italie¹⁹⁴. Sur le continent africain, parmi les pays qui ont adopté le même système de liste des auteurs des œuvres audiovisuelles, on peut citer la République Démocratique du Congo qui considère que l'œuvre audiovisuelle est une création plurale et prévoit pour cela, outre la cession des droits d'exploitation au profit du producteur, une liste de coauteurs au nombre desquels figurent le réalisateur et le scénariste à côté de l'auteur du texte parlé, du compositeur de la musique composée spécialement pour l'œuvre audiovisuelle et de l'auteur de l'œuvre originale dont est tirée l'œuvre audiovisuelle¹⁹⁵. Au niveau régional, la solution semblable est consacrée par l'organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)¹⁹⁶. En revanche, la législation d'autres pays africains pose que l'œuvre audiovisuelle appartient à titre originaire à la personne physique ou morale qui a la responsabilité de sa première fixation, c'est-à-dire le producteur. Ont opté pour cette solution ; l'Angola¹⁹⁷, la Guinée¹⁹⁸, le Maurice¹⁹⁹, le Togo²⁰⁰ et la Tunisie²⁰¹. Cette solution serait probablement dictée par le souci de la rentabilité de l'investissement du producteur dans la création de l'œuvre audiovisuelle dans ces pays à faible niveau de développement. D'autres pays européens ont opté pour une liste fermée : c'est le cas du Portugal²⁰². La présomption de cession des droits d'auteur au producteur de l'œuvre cinématographique est consacrée en droit allemand²⁰³. La Belgique pour sa part a opté pour une solution de compromis ; d'une part, en considérant le réalisateur comme auteur lors de l'établissement de la version définitive de l'œuvre puis en cédant au producteur les droits d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle et d'autre part, en dressant une liste ouverte des auteurs qui admet une preuve contraire²⁰⁴.

de las caricaturas y de los dibujos animados. Salvo pacto contrario, se considera al productor como el titular de los derechos patrimoniales de la obra en su conjunto »

¹⁹³ Art 12 de la loi sur le droit d'auteur du 14 Août 1993, in www.wipo.int/wipolex/fr.

¹⁹⁴ Art 44-46 de la loi n° 64 sur le droit d'auteur du 30 avril 2010, in www.wipo.int/wipolex/fr.

¹⁹⁵ Art 58 et 16 de la loi n° 86-033 du 5 avril 1986 portant protection des droits d'auteurs et droits voisins, in www.wipo.int/wipolex/fr.

¹⁹⁶ Art 32 de l'annexe VII de l'accord de Bangui, in www.wipo.int/wipolex/fr.

¹⁹⁷ Art 27 de la loi n° 4/90 du 10 mars 1990, in www.wipo.int/wipolex/fr.

¹⁹⁸ Art 25 de la loi n° 043/APN/CP du 9 Août 1980 portant adoption des dispositions relatives aux droits d'auteur et aux droits voisins, in www.wipo.int/wipolex/fr.

¹⁹⁹ Art 10 (2) de la loi du 21 avril 2014 sur le droit d'auteur, in www.wipo.int/wipolex/fr.

²⁰⁰ Art 9 de la loi n° 91-12 du 10 juin 1991 portant protection du droit d'auteur, du folklore et des droits voisins.

²⁰¹ Art 38 de la loi n° 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique, in www.wipo.int/wipolex/fr.

²⁰² Art 22 du code de droit d'auteur et des droits voisins (loi n° 45/85 du 17 septembre 1985 telle que modifiée par la loi n° 16/2008 du 1^{re} avril 2008, in www.wipo.int/wipolex/fr.

²⁰³ Art 89 de la loi du 9 septembre 1965 telle que modifiée par la loi du 16 juillet 1998, in www.wipo.int/wipolex/fr.

²⁰⁴ Art XI. 181, 182 et 179 de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre XI « propriété intellectuelle » dans le code de droit économique et portant insertion des dispositions propres au livre XI dans les livres I, XV et XVIII du même code, in www.wipo.int/wipolex/fr.

81. D'autres régimes sont totalement ouverts et appliquent les règles générales d'attribution des droits : Canada²⁰⁵, Finlande²⁰⁶, Norvège²⁰⁷, Suède²⁰⁸ et Suisse²⁰⁹. La Cour de Justice de l'Union européenne et les directives européennes sur la location-prêt, sur le satellite-câble, sur la durée de protection présument le réalisateur principal comme l'auteur ou l'un des coauteurs de l'œuvre cinématographique ou audiovisuelle, mais précisent que les Etats membres demeurent libres de désigner les autres coauteurs²¹⁰.

82. En France, l'œuvre audiovisuelle est donc par essence, et aux vœux de la loi, une œuvre de collaboration puisqu'elle est l'œuvre réalisée grâce à une pluralité de contributions de personnes physiques.²¹¹ Il est donc hors de question que l'œuvre audiovisuelle soit une œuvre collective malgré la présence du producteur qui peut être une personne physique ou morale. Si, sur le plan de la titularité des droits des œuvres audiovisuelles, on peut constater l'équilibre des intérêts entre les créateurs et les investisseurs, au plan de la preuve de la qualité d'auteur, divers problèmes peuvent être soulevés notamment une certaine hiérarchie ou une discrimination entre les différents auteurs (§ 2) selon qu'il s'agit des coauteurs énumérés par la loi ou des auteurs non repris sur cette liste légale. Mais, avant d'évoquer cela, il convient d'indiquer les différentes approches probatoires liées à chaque catégorie d'auteurs de l'œuvre audiovisuelle (§ 1).

§ 1. Liste fermée des coauteurs et liste ouverte des auteurs.

83. Aux termes de l'article L. 113-7 CPI ont la qualité d'auteurs d'une œuvre audiovisuelle la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre. La même disposition légale poursuit en son second alinéa : « sont présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une œuvre audiovisuelle réalisée en collaboration :

²⁰⁵ Art 13 (1) de la loi sur le droit d'auteur (LR, 1985, c. C.-42) mise à jour au 31 mars 2015 ; art 5, b de la même loi : la durée de protection s'étend à 50 ans après le décès du producteur, in www.wipo.int/wipolex/fr.

²⁰⁶ Art 7 (1) et 43 du copyright Act n° 404 du 8 juillet 1961 telle qu'amendée le 30 avril 2010 : l'auteur de l'œuvre est celui dont le nom est mentionné de manière usuelle sur l'œuvre ; mais, la durée du copyright sur une œuvre cinématographique est de 70 ans après le décès du dernier survivant d'entre les personnes ci-après : le directeur principal, l'auteur du scénario, l'auteur du texte et le compositeur de la musique spécifiquement destinée à l'usage de l'œuvre cinématographique.

²⁰⁷ Art 7 et 40 du copyright Act du 12 mai 1961 relative au droit d'auteur sur les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques telle qu'amendée le 22 décembre 2006, in www.wipo.int/wipolex/fr.

²⁰⁸ Art 7 et 43 du copyright Act du 5 mars 2013 sur le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques

²⁰⁹ Art 8 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins telle que modifiée le 1^{er} janvier 2011, in www.wipo.int/wipolex/fr.

²¹⁰ CJUE, 3^e ch., 9 février 2012, C-277/10, Aff. Martin Lukan vs Petrus van der Let.

²¹¹ Paris, 4^e ch., 22 nov. 1990 : JurisData n° 1990-025856 ; 16 mai 1994 : JCP G 1995, II, 22375, note Linant de Bellefonds ; RTD com. 1995, p 124, obs. A. Françon ; A. Lucas, Propriété littéraire et artistique, préc, p 32.

1° l'auteur du scénario ;

2° l'auteur de l'adaptation ;

3° l'auteur du texte parlé ;

4° l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre ;

5° le réalisateur.

Lorsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle. »

Il résulte de ce qui précède que les coauteurs repris dans la liste fermée susmentionnée bénéficient de la présomption de la qualité d'auteurs de l'œuvre audiovisuelle liée au titre qu'ils portent dans le cadre de la création de l'œuvre. Cette présomption est simple comme celle de paternité étudiée précédemment qui s'applique à la quasi-totalité des œuvres de l'esprit. La différence réside dans le fait que la présomption de paternité repose sur la mention du nom sur l'œuvre divulguée tandis que la présomption de coauteurs de l'œuvre audiovisuelle se réfère au titre ou à la fonction de la personne qui intervient dans la réalisation de l'œuvre audiovisuelle. Cette différence est superficielle puisqu'on sait que dans la pratique les génériques des œuvres audiovisuelles ne reprennent pas que les titres, il y a aussi les noms des personnes correspondant à ces différentes fonctions.

84. Ce qui semble important voire fondamental dans la liste des co-auteurs établie par la loi, c'est le fait que les différentes fonctions auxquelles le législateur fait allusion se rapportent au rôle que chacun des intervenants occupe dans la création de l'œuvre audiovisuelle. Cette conception rapproche la preuve de la qualité d'auteur de la création de l'œuvre qui la fonde et la détermine à la fois. Mme Bernault a pu justement souligner à cet effet que « la solution de la présomption de titularité prévue à l'article L.113-7 CPI n'a rien de choquant : le rôle des personnes visées est tel qu'elles vont presque systématiquement marquer l'œuvre de leur personnalité »²¹². La fonction de réalisateur par exemple rend bien compte du rôle créatif de celui-ci quand on sait que le réalisateur est celui qui réalise l'œuvre audiovisuelle, donne des instructions aux différents techniciens, sélectionne les différentes prises de son, dirige la préparation de l'œuvre, concourt à la conception de celle-ci en

²¹² C. Bernault, la propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel, préc, p 103, n° 285.

collaboration avec le producteur, commande les diverses opérations de montage, de mixage... et intervient au cœur même de l'œuvre²¹³. De même, la preuve contraire à la qualité présumée de coauteur de l'œuvre audiovisuelle paraît tout de même aisée puisque circonscrite dans ce cadre de la création de l'œuvre. Peu importe qu'elle soit libre ou limitée, la preuve de la qualité de coauteur présumé d'une œuvre audiovisuelle tournera autour de la création, mieux, du rôle créatif duquel il faut toujours se rapprocher lorsqu'il est question de la qualité d'auteur ou de sa preuve. Il a été jugé que n'a pas la qualité d'auteur ou de co-auteur d'un film le demandeur qui n'établit pas sa participation à la création intellectuelle du film ni ne justifie avoir donné des instructions précises au réalisateur, ou avoir contribué à la rédaction du scénario²¹⁴. Il en est de même de celui qui s'est borné à donner une idée du film documentaire²¹⁵. Le simple fait de filmer un événement (un cheval scellé sans cavalier galopant dans les rues de Paris) ne peut donner naissance à une œuvre originale attributive de la qualité d'auteur²¹⁶.

85. Il reste néanmoins que le seul titre ne peut valoir la vérité de la création de l'œuvre ; il renvoie certes au rôle créatif mais encore faut-il que la personne ait effectivement accompli cette tâche. L'interprétation de l'article L. 113-7 CPI fondée sur la fonction du réalisateur et non pas sur la tâche est erronée²¹⁷. C'est dans ce sens qu'il a été jugé que celui qui a réalisé l'enregistrement d'un spectacle peut être tenu pour un réalisateur en considération de son pouvoir de direction²¹⁸ tout comme on peut dénier la qualité d'auteur au réalisateur au motif qu'il intervenait comme simple exécutant du producteur²¹⁹.

La présomption de titularité de l'œuvre audiovisuelle renvoie à la fonction de chaque intervenant dans la réalisation de l'œuvre ; elle n'exclut cependant pas les personnes dont les fonctions ne sont pas reprises sur la liste légale et qui justifient avoir contribué à la création de l'œuvre audiovisuelle. Le caractère a priori limitatif de la liste légale n'empêche pas d'autres intervenants de revendiquer la qualité d'auteur²²⁰.

²¹³ CA Paris, 14 juin 1950 : JCP G 1950, II, 5927 ; D. 1951, 9, note H. Desbois.

²¹⁴ CA Paris, 4^e ch., 9 oct. 1995 : JurisData n° 1995-024514.

²¹⁵ CA Versailles, 16 sept. 1999 : D. 2000, Cah. Aff. Somm. Comm. P 208, obs. Hassler et Lapp.

²¹⁶ CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 6 juin 2012, n° 10/21371 : JurisData n° 2012-016964 ; Propr. Intell. 2012, p. 392, obs. A. Lucas.

²¹⁷ A. Kessler-Michel, Les présomptions du droit d'auteur, préc, p 61.

²¹⁸ CA Paris, 4^e ch., 20 mars 2002 : Propr. Intell. 2002, n° 4, p 51, obs. P. Sirinelli.

²¹⁹ CA Poitiers, 3^e ch., 7 déc. 1999 : JCP E 2000, p 1375, obs. Brochard ; CCE. 2001, comm. 72, obs. C. Caron ; Cass 1^{re} civ, 30 sept. 2003 : JCP E 2004, 1770, § 2, obs. Bougerol ; RD propr. Intell. 2004, n° 161, p 35 ; CCE. 2003, comm. 116, note C. Caron.

²²⁰ CA Paris, 4^e ch., 9 oct. 1995 : RIDA 1996, n° 168, 311, obs. A. Kéréver.

Il est à noter que la preuve de la qualité de coauteur d'une œuvre audiovisuelle n'est pas aisée pour ceux dont les noms ne sont pas repris sur la liste légale : la jurisprudence va tantôt d'un côté tantôt de l'autre : n'ont pas été considérés comme coauteurs : un directeur de photographie²²¹, un photographe de plateau²²², un auteur de l'affiche du film²²³, un auteur de roche peint figurant dans un film²²⁴, un cadreur²²⁵, un décorateur²²⁶. Ont été considérés comme coauteurs : un cadreur²²⁷, un scripteur²²⁸, un animateur de dessins animés²²⁹. On peut y percevoir une certaine hiérarchisation des auteurs des œuvres audiovisuelles.

§ 2. Hiérarchie des auteurs de l'œuvre audiovisuelle : deux approches probatoires.

86. Là où la loi ne distingue pas, on ne peut non plus distinguer. Autrement dit, là où la loi a opéré une distinction, il faut la prendre comme telle. Comme indiqué *supra*, il y a d'une part, les coauteurs de l'œuvre audiovisuelle désignés comme tels par la loi et, d'autre part, les auteurs qui revendiquent leur qualité. Si la présomption établie en faveur des coauteurs de l'œuvre audiovisuelle ne concerne pas les auteurs dont le titre n'est pas repris dans l'énumération légale, ceux-ci vont alors être régis par le droit commun de la preuve de la qualité d'auteur, savoir la présomption de paternité, si le nom est mentionné sur les exemplaires de l'œuvre. A défaut, la personne qui revendique la qualité d'auteur est appelée à démontrer qu'elle a pris part à la création de l'œuvre audiovisuelle.

87. Le régime probatoire de la qualité d'auteur de l'œuvre audiovisuelle, au regard de l'équilibre des intérêts des parties prenantes, serait à la base d'une hiérarchie des auteurs. Les uns justifiant leur qualité par la présomption de titularité des coauteurs des œuvres audiovisuelles, les autres devant faire appel soit à la présomption de paternité soit à la preuve de création de l'œuvre pour ce faire. En effet, compte tenu du nombre inhabituel de personnes susceptibles de se prétendre auteur, et sans doute aussi face à la question très politique liée au rôle du producteur, le législateur a choisi, dès 1957, de forger un régime spécial, propre à cette catégorie d'œuvre. Il a donc estimé que certaines fonctions devaient, par principe, donner

²²¹ CA Paris, 2 novembre 1981 : D 1983, inf. rap, p 91, obs. C. Colombet, TGI Paris, 19 nov. 1979 : D. 1981, inf. rap p, 81, obs. C. Colombet.

²²² CA Paris 18 décembre 1985 : D1986, inf. rap, p, 183, obs. C. Colombet- Cass 1^{er} mars 1988/ Rida Juill., 1988, p 103.

²²³ CA Paris, 18 mars 1987 : RIDA 1988, n° 134, p 208.

²²⁴ Cass. 1^{er} civ, 3 nov. 1988 : Gaz pal, 1988, 2, pan, p 283.

²²⁵ CA Paris, 2 nov. 1981 : D. 1983, inf. rap p, 91, obs. C. Colombet.

²²⁶ Cass. 1^{er} civ, 29 mars 1989 : RIDA juil. 1989, p 262.

²²⁷ CA Paris, 17 juin 1988 : D. 1988, inf. rap, p 206.

²²⁸ TGI Paris, 24 mai 1989 : RIDA 1990, n° 143, p 353.

²²⁹ CA Paris, 18 avril 1956 : D. 1957, jurispr, p.108, note H. Desbois.

accès au statut d'auteur ; d'où, l'instauration de la hiérarchie entre les auteurs présumés et les auteurs éventuels²³⁰. Effectivement, en dehors de la liste légale, la jurisprudence a pu attribuer la qualité de coauteur en vertu de la présomption simple de l'art L 113-1 du CPI ou encore en apportant la preuve du rôle créatif. S'agissant du monteur, la doctrine dans son ensemble estime que c'est un simple exécutant qui ne peut bénéficier de la qualité d'auteur²³¹ mais elle admet toutefois la possibilité d'une solution contraire lorsque le monteur bénéficie d'une certaine indépendance²³². Il en est de même du scripteur²³³. Parlant des techniciens qui demeurent entièrement au service de la conception, il a été dit qu'un simple exécutant n'a pas la qualité d'auteur ; il lui faut la maîtrise de la conception, apanage du réalisateur, pour recevoir attribution de la qualité d'auteur²³⁴.

88. On s'aperçoit clairement que pour revêtir la qualité de coauteur dans une œuvre de collaboration comme l'œuvre audiovisuelle, la tâche n'est pas aisée pour ceux dont les noms ne sont pas repris sur la liste des heureux élus. Mais, la tâche consistant à renverser la présomption de coauteurs afin de rétablir la vérité n'est pas non plus impossible, comme l'a si bien démontré l'affaire Ruthman²³⁵. Cette différenciation d'approches probatoires introduit une discrimination dans le rang des auteurs des œuvres audiovisuelles dont certains ont un traitement de faveur au détriment des autres. L'identification différenciée des uns et des autres est une anomalie de construction du système ou tout au moins un avatar de l'évolution à géométrie variable entre le droit d'auteur et les activités de l'audiovisuel. Cette idée de hiérarchie des auteurs dans l'œuvre audiovisuelle n'est pas nouvelle. Le rôle essentiel que joue le réalisateur, ainsi qu'en témoigne l'article L. 121-5 CPI qui prévoit que la version définitive de l'œuvre audiovisuelle est établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur, est éloquent.

89. Un autre élément qui confirme la hiérarchisation des auteurs de l'œuvre audiovisuelle concerne le statut particulier de l'auteur de l'œuvre originale ou préexistante protégée. En effet, ce dernier est tout simplement assimilé aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle. Mais, pour lui, il n'y a pas possibilité d'une preuve contraire étant donné qu'il

²³⁰ C. Bernault, la propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel, préc, p 103, n° 285.

²³¹ H. Desbois, Traité de droit d'auteur, n° 158.

²³² C. Colombet, Propriété littéraire et artistique, n° 115 ; P-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, n° 26.

²³³ TGI Paris, 24 mai 1989, RIDA, janv. 1990, n° 143, p 353.

²³⁴ A. Kessler-Michel, Les présomptions du droit d'auteur, préc., p 60.

²³⁵ CA Paris, 4 mars 1987 : RIDA avr. 1987, n° 132, p 71 ; Cass 1^{ère} civ, 29 mars 1989 : RIDA juill. 1989, n° 141, p 262.

n'est pas concerné par la présomption du deuxième alinéa de l'article L. 113-7 CPI. Cette exception qui comporte un intérêt du point de vue de l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle dans son ensemble a par ailleurs l'avantage de faire participer au bénéfice de l'œuvre audiovisuelle celui qui a posé l'acte fondateur sans lequel l'œuvre audiovisuelle n'aurait peut-être pas vu le jour. On estime également que dans ce cas de l'assimilation de l'auteur originaire aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle, la présomption des coauteurs de l'œuvre audiovisuelle cède devant un objectif plus sécuritaire pour l'auteur originaire²³⁶. En effet, par ce procédé, le législateur espérait réduire les risques des conflits entre l'auteur d'une œuvre première et les coauteurs de l'œuvre audiovisuelle dérivée, puisque le premier partage les intérêts des seconds²³⁷. Cependant, sur le plan de la preuve de sa qualité d'auteur, l'auteur originaire de l'œuvre audiovisuelle est soumis au régime probatoire général de la qualité d'auteur.

Conclusion chapitre I.

90. L'étude de moyens de preuve de la qualité d'auteur a permis de distinguer deux régimes dont l'un est porté par la présomption de la qualité d'auteur applicable à l'ensemble des œuvres de l'esprit et l'autre, fondé sur le titre de créateur, est relatif aux œuvres audiovisuelles.

91. L'analyse de la présomption de la qualité d'auteur a révélé sa double finalité de simplification de l'action en contrefaçon et de mode de preuve de la qualité d'auteur. L'emploi de l'expression « œuvre divulguée » dans le libellé légal de la présomption de paternité, loin de signifier le droit de divulgation intimement attaché à la personne de l'auteur, semble plutôt marquer la phase d'exploitation de l'œuvre prise en considération pour l'application du régime de la preuve de la qualité d'auteur. En effet, lorsque les juges constatent qu'une œuvre est divulguée, ils ne font allusion ni à un état propre à l'œuvre (achèvement), ni à sa révélation voire à sa diffusion, mais à un statut juridique consécutif à l'exercice d'un droit.

Par rapport à la création de l'œuvre, la seule divulgation de l'œuvre ne peut être le fondement de la paternité de l'œuvre. Elle n'a de sens en droit d'auteur qu'en relation avec la création de l'œuvre qui est le fait de l'auteur. La divulgation d'une œuvre en son nom est donc soumise à la condition ultime de vérification du contexte de création de l'œuvre. En revanche,

²³⁶ A. Kessler-Michel, Les présomptions du droit d'auteur, préc, p 51.

²³⁷ Idem, p 197, n° 285

le mécanisme de la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre est apparu comme le critère opératoire pour établir la qualité d'auteur d'après la présomption de paternité. Toutefois, l'application de la présomption légale de paternité est tout de même soumise à l'office du juge qui en accorde le bénéfice moyennant justification du rôle créatif du requérant. Cette dernière condition pourtant fondamentale pour l'application de la présomption de la qualité d'auteur est par ailleurs de nature à vider celle-ci de sa substance. La présomption de la qualité d'auteur manquerait de ce point de vue d'intérêt compte tenu du fait qu'elle a été conçue pour contourner la difficulté de prouver l'acte de création de l'œuvre que la jurisprudence érige en condition *sine qua non* de son application. A défaut de remplir les conditions requises pour l'application de la présomption de la qualité d'auteur, la personne qui revendique la qualité d'auteur n'a plus de choix que de démontrer qu'elle a réalisé l'œuvre pour espérer réduire tant soit peu les incertitudes judiciaires ou pour tenter de renverser la présomption de la qualité d'auteur.

92. A côté du régime probatoire de la qualité d'auteur applicable à l'ensemble des œuvres de l'esprit se trouve celui qui concerne spécialement les auteurs des œuvres audiovisuelles. Ce dernier établit la qualité d'auteur par le titre ou la fonction de créateur pour les coauteurs listés par le législateur. Ceux-ci peuvent toutefois être rejoints par toute personne qui justifie avoir contribué à la création de l'œuvre et dont la preuve de la qualité d'auteur est soumise au régime probatoire esquissé ci-haut. Il suit une certaine hiérarchisation des auteurs de l'œuvre audiovisuelle sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur ; les uns bénéficiant d'un régime de faveur et les autres devant supporter le fardeau probatoire. A la différence du régime général, la discrimination des auteurs des œuvres audiovisuelles est le fait de la loi. Quoique dirigé vers la création de l'œuvre, le régime de la preuve de la qualité d'auteur d'une œuvre audiovisuelle basé sur le titre ou la fonction du créateur semble symbolique. Le titre ou la fonction de créateur ne suffit pas ; il faut démontrer qu'on a effectivement réalisé l'œuvre afin de prouver réellement sa qualité d'auteur.

93. L'acte de création de l'œuvre apparaît comme le point focal, le noyau autour duquel tourne le régime de preuve de la qualité d'auteur dans son ensemble. Et de ce point de vue, le régime probatoire de la qualité d'auteur d'œuvres audiovisuelles fondée sur le titre de créateur semble marquer une avance en faisant de la création le principe référentiel du régime par rapport au régime probatoire général qui s'appuie sur la mention du nom sur l'œuvre divulguée, mécanisme qui ne paraît pas tout à fait en phase avec le fondement du droit d'auteur.

Chapitre II. Limites du champ d'application de la présomption de paternité.

94. Comme on l'a dit précédemment, la présomption de la qualité d'auteur a été instituée à partir du constat selon lequel la création d'une œuvre de l'esprit est délicate à établir. Elle est une réponse à la difficulté de preuve de la qualité d'auteur. Elle est assise sur la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée comme apparence de la qualité d'auteur.

95. Dans cette section, il convient de cerner de manière systématique la difficulté d'identification de l'auteur à partir du jeu de la présomption de la qualité d'auteur (Section I) et d'indiquer par la suite l'impact de cette difficulté sur la lutte contre la contrefaçon (Section II).

Section I. Difficulté d'identification de l'auteur-créateur.

96. Le principe probatoire de la présomption de la qualité d'auteur repose sur la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée. Certaines catégories d'œuvres de l'esprit mettent en exergue les limites d'application de la présomption de la qualité d'auteur en droit d'auteur. En effet, le droit d'auteur protège certaines œuvres qui, de par les usages, ne portent généralement pas la mention du nom de leurs auteurs (§1) tout comme il en est d'autres pour lesquelles les auteurs ne parviennent pas à mentionner leurs noms compte tenu des situations particulières de ces derniers (§2) ainsi que les œuvres pour lesquelles le droit de paternité a été simplement violé (§3).

§1 Catégorie des œuvres ne portant pas la mention du nom de l'auteur

97. Dans la catégorie des œuvres qui, généralement, ne comportent pas de mention du nom de l'auteur, il sera question respectivement des œuvres d'art appliqué (A), des œuvres d'architecture (B) et des œuvres de commande pour la publicité (C).

A- Les œuvres d'art appliqué

98. Rappelons que l'application de la présomption de la qualité d'auteur repose sur la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée. Cependant, le droit de paternité susceptible d'être exercé également sur les œuvres d'art appliqué, compte tenu du principe de l'unité de l'art, souffre des usages professionnels. La mention du nom des auteurs des œuvres d'art appliqué n'est pas de mise.

Il est de plus en plus de cas qui s'écartent du principe de la mention du nom de l'auteur sur son œuvre en mettant l'accent notamment sur la spécificité des œuvres d'art appliqué. Cela

est de nature à compliquer le jeu de la présomption de la qualité d'auteur. Il a été jugé que le styliste qui a participé à l'élaboration de la maquette d'une carrosserie automobile ne peut, compte tenu des « usages en matière de réalisations industrielles » exiger la mention de son nom sur la carrosserie elle-même²³⁸ ou qu'« il est légitime, en matière de parfumerie, que les nom et qualité de l'auteur ne figurent pas sur le flacon et l'emballage par lui créés »²³⁹.

99. Comme on le voit, à côté de la loi, les usages déontologiques occupent une place de choix dans l'exercice du droit de paternité dans l'art appliqué. C'est ainsi que les juges se livrent à une application au cas par cas cherchant un raisonnable équilibre entre l'exercice de cette prérogative et les possibilités matérielles de la mettre en œuvre²⁴⁰. Malgré cela, on constate dans la pratique que le nom de l'auteur est très rarement mentionné sur les œuvres des arts appliqués remplissant une fonction utilitaire, notamment dans le domaine des arts ménagers²⁴¹. Les photographies, les annuaires et les catalogues aussi suivent cette logique²⁴².

Faute pour les œuvres d'art appliqué de comporter de manière systématique la mention du nom de leurs auteurs, l'application de la présomption de la qualité d'auteur se trouve bien limitée. Ce mécanisme probatoire ne permet pas de connaître l'auteur des dessins imprimés sur les vêtements, celui des sacs à main, celui de la peinture d'une voiture à moins de recourir à la preuve par dépôt ou par enregistrement propre à la propriété industrielle en vertu du cumul éventuel de protection. La solution que le législateur a trouvée pour les œuvres anonymes consistant à voir les auteurs anonymes être représentés par les éditeurs ou les éditeurs originaires²⁴³ ne saurait s'appliquer comme preuve de la qualité d'auteur. Elle peut néanmoins résoudre le problème d'attribution des droits patrimoniaux d'auteurs et celui de la qualité pour agir en contrefaçon en lieu et place de l'auteur.

100. A propos du respect du droit à la paternité, M. Lucas reconnaît que c'est dans le domaine des arts appliqués que la réticence à tirer toutes les conséquences de la théorie de

²³⁸ CA Paris, 4e ch., 22 nov. 1983 : JurisData n° 1983-031025.

²³⁹ CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 31 oct. 2012, n° 10/21777 : JurisData n° 2012-026025 ; PIBD 2012, III, p. 887. - Contra, dans la même hypothèse, CA Paris, 4e ch. A, 31 oct. 2009, n° 1999/04195 : JurisData n° 2000-129099 ; PIBD 2001, III, p. 69 ; CA Paris, 20 nov. 2009, Gaz Pal., 14-15 avr. 2010, p. 20, obs. P. Greffe ; CCE 2010, chron. 7, n° 6, obs. E. Dreyer.

²⁴⁰ N. Binctin, *Le droit de la propriété intellectuelle*, préc, p. 106.

²⁴¹ A. Lucas, *Le droit des auteurs : le droit moral, droit à la paternité*, JurisClasseur propriété littéraire et artistique, fasc. 1214, 5 septembre 2014.

²⁴² N. Binctin, *Le droit de la propriété intellectuelle*, préc, p. 106.

²⁴³ Art 113-6 CPI ; A. Lucas, *Le droit des auteurs*, préc, : l'éditeur ou le éditeur originaire représentent l'auteur en qualité de mandataire irrévocable. Sans pouvoir revenir sur sa décision, l'auteur est apparemment et définitivement dépourvu de moyens de faire valoir sa qualité.

l'unité de l'art est manifeste. Dans le même sens, M. Caron a pu écrire que le droit moral n'a pas la même force dans les arts appliqués que dans les arts purs²⁴⁴. On sait pourtant que les œuvres d'art sont de plus en plus exploitées dans les secteurs particuliers d'activité comme dans l'industrie du textile, celle de l'automobile, dans le secteur de la construction ou du tourisme tout comme dans la parfumerie, dans la cordonnerie ou encore la bijouterie. Les usages professionnels semblent avoir une force qu'on ne peut négliger dans ce domaine. Plutôt que de dire que les usages ainsi évoqués sont *contra legem*²⁴⁵, il y a lieu de noter qu'ils rendent compte de la difficulté d'application stricte de la présomption d'auteur dans les arts appliqués faute justement de la mention du nom de l'auteur. Du reste, puisque ces usages sont validés ou homologués par la jurisprudence, il s'avère délicat de continuer à soutenir qu'ils sont *contra legem* ; ces usages sont dès lors légalisés et méritent d'être regardés et respectés comme des principes légaux, du moins pour ceux d'entre eux qui sont passés par le tamis de la justice. Dans tous les cas, ce qui importe c'est que ces usages remplissent les critères requis pour être des usages juridiques, à savoir qu'ils doivent être répandus au sein de la communauté des auteurs concernés, résister à l'épreuve du temps par leur constance et leur suivi régulier et ancien par les membres de la communauté qui doivent enfin, sur le plan psychologique, les considérer comme ayant une force obligatoire²⁴⁶.

Il est certes vrai que le respect du droit de paternité des œuvres d'art appliqué est requis comme le rappelle fermement la Cour de cassation à propos de l'exploitation publicitaire d'un reportage photographique sur les Thermes de Vittel-Contrexéville²⁴⁷. Un certain nombre de décisions observent fidèlement ce principe de respect du nom de l'auteur ; la condamnation de la suppression de la signature de l'auteur de dessins apposés sur des produits cosmétiques²⁴⁸ est une illustration. Mais jusque-là, la réalité de l'art appliqué dans

²⁴⁴ C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, 4^e édition, préc, p 22, n° 22.

²⁴⁵ P-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, préc., p 209, n° 192 in fine.

²⁴⁶ M. Clément-Fontaine, Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de création, RIDA, janvier 2013, n° 235, p 169-173.

²⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2006 : RIDA 4/2006, p. 367 ; Propr. Intell. 2006, p. 451, obs. A. Lucas ; RTD com. 2007, p. 92, obs. F. Pollaud-Dulian : Alors que l'arrêt attaqué avait débouté le photographe dont le nom n'avait pas été mentionné sur la brochure, en énonçant que la signature de l'œuvre utilisée à des fins publicitaires n'était pas « obligatoire » et ne pouvait être apposée « par manque de place, dès lors qu'en l'espèce l'œuvre était reproduite en très petit format », la première chambre civile casse pour violation de l'article L. 121-1 CPI, en rappelant que « la mention du nom de l'auteur ne pouvait être omise sans l'autorisation de celui-ci ».

²⁴⁸ CA Paris, 4^e ch., 5 nov. 1997 : JurisData n° 1997-024541 ; PIBD 1998, III, p. 121 : constituent une atteinte au droit à la paternité « la reproduction et l'exploitation d'un dessin sur lequel la signature de l'auteur a été supprimée, et ce même dans le domaine des arts appliqués à l'industrie ».

son ensemble démontre encore le contraire, comme c'est le cas dans les œuvres architecturales.

B- Les œuvres d'architecture

101. A l'instar des auteurs de toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur, les auteurs des œuvres architecturales²⁴⁹ ont droit d'exiger la mention de leurs noms sur leurs œuvres. Ce qui est de nature à faciliter l'application de la présomption de la qualité d'auteur sur lesdites œuvres. Ces œuvres comprennent les bâtiments, les plans et croquis sans oublier l'architecture d'intérieur²⁵⁰. Il s'avère cependant que ce droit à la paternité des œuvres architecturales est en pratique assez peu revendiqué de sorte que la mention du nom des architectes sur les constructions n'est pas d'usage courant. Dans ces conditions, l'application de la présomption de la qualité d'auteur assise sur la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée risquerait de poser problème. On peut néanmoins noter que les plans et les croquis qui constituent la préfiguration du bâtiment²⁵¹ sont signés par leurs auteurs²⁵² de sorte qu'on peut y recourir pour rattacher le bâtiment à son architecte. Cela est d'autant plus pertinent que les plans et croquis d'un ouvrage immobilier sont déposés auprès des services compétents afin d'obtenir l'autorisation de bâtir. Le plan d'un immeuble est toutefois une œuvre protégée séparément de l'ouvrage proprement dit bien que l'un n'aille pas sans l'autre dans la réalité de l'art. Peut-on dès lors dire que la signature du plan d'un immeuble suffit pour l'application de la présomption de la qualité d'auteur sur l'ouvrage immobilier ? Il va sans dire qu'il s'agira là d'une application indirecte de la présomption de la qualité d'auteur étant donné qu'il faudra consulter préalablement les plans et croquis pour savoir quel est le nom de l'architecte auquel il faut rattacher l'immeuble. Cette modalité pratique d'application de la présomption de la qualité d'auteur sur les œuvres architecturales par le biais des plans signés d'immeuble ne veut pas pour autant dire que le défaut de mention du nom de l'architecte sur le mur du bâtiment, à l'entrée ou à proximité ou encore dans le hall d'entrée de celui-ci est légalement défendable. Le défaut de la mention du nom de l'architecte auteur sur le bâtiment construit ne facilite pas l'application de la présomption de la qualité d'auteur sur l'ouvrage. Il a été jugé

²⁴⁹ Art L. 112-3 et L. 122-3 al 3 CPI.

²⁵⁰ TGI Paris, 3^e ch. civ., 17 déc. 2002, Jean Dominique B, B.B.A. Architecture c/ Sotheby's France.

²⁵¹ P. Gaudrat, « Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Notion d'œuvre », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fascicule n° 1134, 1995, n° 46.

²⁵² Art 15 de la loi 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture : « tout projet architectural doit comporter la signature de tous les architectes qui ont contribué à son élaboration » ; Cass. Crim., 16 août 1975 : JCP CI 1976, I, 5114.

que le droit à la paternité de l'auteur architecte va jusqu'à la mention du nom sur la construction elle-même²⁵³. L'opinion est aussi défendue en doctrine²⁵⁴. Le fait est que cette mention fait souvent défaut dans la pratique. L'identification de l'auteur de l'œuvre architecturale se trouve donc handicapée faute de mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée.

102. Cette difficulté d'application de la présomption de la qualité d'auteur sur les œuvres architecturales en général et en particulier sur les bâtiments et l'architecture intérieure se retrouve également au niveau de leurs reproductions. En effet, à moins d'invoquer la théorie de l'arrière-plan²⁵⁵ ou encore la liberté de panorama²⁵⁶, une photographie d'un immeuble doit pouvoir mentionner le nom de l'architecte auteur dudit immeuble sous peine de violer le droit de paternité de ce dernier²⁵⁷. Le défaut de mention du nom de l'auteur s'étend à la quasi-totalité des œuvres d'art en général ; les œuvres plastiques, les œuvres sculpturales, la peinture... ce sont en fait ces œuvres qui deviennent des œuvres d'art appliqué lorsqu'elles se destinent à des métiers ou des secteurs d'activité particuliers comme le *design* automobile, le film ou encore une illustration publicitaire.

C- Les œuvres de commande pour la publicité.

103. Les œuvres de commande pour la publicité comprennent généralement les mêmes œuvres évoquées précédemment, à savoir les œuvres d'art mais aussi les œuvres littéraires, audiovisuelles, photographiques et musicales. Le trait particulier de ces œuvres publicitaires est qu'elles sont l'objet d'une commande faite à l'auteur moyennant rétribution. La créativité est quelque peu encadrée par le commanditaire. Et les usages sont, dans cet environnement, que le nom de l'auteur n'est généralement pas mentionné sur l'œuvre. En conséquence, la

²⁵³ CA Rennes, 22 nov. 1911 : DP 1914, 2, p. 5.

²⁵⁴ M. Huet, *L'architecte auteur*, Éditions Le Moniteur, 2006, p. 75. - F. Pollaud-Dulian, *Architecture et droit d'auteur* : RD imm. 1990, p. 441.

²⁵⁵ P-Y. Gautier, *Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan ; à propos de l'arrêt CA Paris, 12 septembre 2008*, LegalNews du 2 décembre 2008 in <http://www.lemendedudroit.fr> ; Cass civ. 1^{ère}, 4 juil. 1995, Légipresse 1995, III-101, note Caron ; Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, D. 2005, j.1645, note P. Allaëys ; CCE 2005, comm. 78, note C. Caron, propr. intell. 2005, p 165, obs. P. Sirrinelli ; RTD com. 2005.306, obs. F. Pollaud-Dulian.

²⁵⁶ Art L 342-3 CPI de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ; CA Paris, 4^e ch., 7 novembre 1980 : J. Saubot, E. Beaudouin, U Cassan et L Hoym de Marien, architectes de la tour de Montparnasse ont été déboutés contre les auteurs d'une carte postale qui a reproduit ladite tour ; CA Lyon, 1^{ère} ch., 20 mars 2003 : « n'est pas contrefaisante la carte postale qui reproduit l'ensemble d'une place, y compris un immeuble en particulier, dès lors que cet immeuble n'est qu'un accessoire du sujet traité et qu'il s'agit d'une œuvre publique. » La liberté de panorama est une exception jurisprudentielle au droit d'auteur par laquelle il est permis de reproduire une œuvre protégée se trouvant dans l'espace public.

²⁵⁷ CA Paris, 4^e ch., 26 sept. 2001 : Légipresse 2002, I, p. 53. - CA Paris, 4^e ch., 20 nov. 1996 : RIDA 3/1997, p. 321 ; JCP G 1997, II, 22937, note F. Pollaud-Dulian.

présomption de la qualité d'auteur ne peut pas pleinement jouer son rôle probatoire de la qualité d'auteur.

La Cour de cassation elle-même s'est référée à l'usage selon lequel, lorsque l'annonceur change d'agent, ni le nom du nouvel agent ni le nom de son prédécesseur ne figurent sur les annonces, dès lors qu'il ne s'agit pas de « signatures », mais de « procédés de publicité »²⁵⁸. Dans le même esprit, un jugement du tribunal de grande instance de Paris a débouté un illustrateur de sa demande fondée sur le droit à la paternité en relevant que les illustrations en cause avaient été réalisées à des fins publicitaires, « domaine dans lequel il est d'usage de ne pas faire apparaître le nom et la qualité de son auteur »²⁵⁹. A propos de la reproduction d'une chanson dans un film publicitaire, la cour d'appel de Paris a relevé que « l'usage publicitaire suppose que l'auteur accepte de renoncer à son droit au nom puisque les films publicitaires ne présentent pas de générique »²⁶⁰.

104. Dans l'univers numérique qui contient de plus en plus des œuvres publicitaires, il est fait état des obstacles pratiques à l'exercice du droit à la paternité notamment, lorsqu'il s'agit de supports pouvant contenir des milliers d'images. En effet, pour que la prérogative morale de paternité de l'œuvre ne soit pas complètement vidée de sa substance, le nom de l'auteur doit être associé à l'œuvre de la manière la plus étroite possible²⁶¹. Et à cet égard, il a été jugé que le seul renvoi, sur un site Internet, au magazine d'où sont extraits les articles et photographies reproduits ne satisfait pas à l'exigence d'identification inhérente au droit à la paternité²⁶². Il en va de même pour le renvoi, au moyen d'un lien hypertexte, à un autre site où est mentionné le nom des auteurs d'une photographie²⁶³. De l'avis de M. Lucas, le renvoi systématique au nom des auteurs dans un fichier accessible à la demande expresse de l'utilisateur ne serait pas suffisant pour identifier l'auteur²⁶⁴. Nous estimons quant à nous que s'il existe à travers le système de renvoi un moyen évident d'identification de l'auteur, on ne saurait légitimement faire grief à l'évolution technologique ; il semble que c'est bien le droit qui devrait se montrer au minimum souple ou tolérant pour s'adapter raisonnablement au

²⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1986 : RIDA 3/1986, p. 128 ; JCP G 1987, II, 20872, note R. Plaisant

²⁵⁹ TGI Paris, 3e ch., 16 nov. 2010, n° 09/02191 : CCE. 2012, chron. 7, n° 22, obs. L. Boulet et L. Frossard ;

²⁶⁰ CA Paris, 4e ch. A, 6 mars 1991 : JurisData n° 1991-021951.

²⁶¹ A. Lucas, Droit des auteurs, droit moral, droit à la paternité, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fascicule 1214, 5 septembre 2014, n° 21.

²⁶² CA Paris, 4e ch., 28 janv. 2004 : JurisData n° 2004-235859 ; Propr. Intell. 2004, p. 643, obs. P. Sirinelli

²⁶³ TGI Paris, 3e ch., 6 juin 2008 : Propr. Intell. 2009, p. 53, obs. A. Lucas

²⁶⁴ A. Lucas, Droit des auteurs, droit moral, droit à la paternité, préc., n° 21.

changement d'environnement et aux modalités nouvelles de désignation de l'auteur²⁶⁵. En attendant, le jeu de la présomption de la qualité d'auteur qui porte la preuve de la qualité d'auteur doit encore souffrir de la position jurisprudentielle et doctrinale qui traduit la difficulté de l'exercice du droit de paternité sur les supports des œuvres massives dans l'univers numérique. Cette difficulté qui compromet l'application de la présomption de la qualité d'auteur concerne aussi bien les œuvres originelles de publicité que celles dont les droits patrimoniaux sont légalement cédés aux tiers.

§ 2. Cas de cession automatique de droits patrimoniaux aux tiers

105. L'introduction dans le champ de protection du droit d'auteur des œuvres informatiques, notamment le logiciel, les bases de données et les créations multimédias est à la base de beaucoup de bouleversements dans la discipline. La présence de l'informatique dans le droit d'auteur a développé un état d'esprit spécifique dans lequel les œuvres et les auteurs sont désacralisés²⁶⁶. Cette logique industrielle centrée sur la protection de l'investissement ou de l'investisseur déplace la finalité du droit d'auteur qui consistait à la protection des intérêts de l'auteur et, en même temps, introduit une difficulté quant à l'identification de l'auteur de l'œuvre par la présomption de paternité. En effet, la cession automatique de droits à l'investisseur n'est pas de nature à faciliter la preuve de la qualité assise sur la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre. Concrètement, l'auteur ne manifeste pas assez d'intérêt quant à la mention de son nom sur une œuvre dont les droits sont cédés au tiers non pas par son fait mais par la force de la loi. A l'époque marquée par le prestige de l'auteur qui ne se préoccupait guère du gain financier, s'est substituée une autre qui semble renverser les choses. Autre temps autres mœurs, dira-t-on ! Le modèle médiéval des créateurs désintéressés²⁶⁷ considérant le savoir humain comme un don divin à partager gratuitement semble révolu. Au fur et à mesure que se développent de nouveaux champs d'application du droit d'auteur, tel que la publicité²⁶⁸, les arts appliqués (le *design*) et l'informatique, les

²⁶⁵ J.-L. Goutal, Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur, D, 1997, chron, p 359.

²⁶⁶ C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, préc., p 145, n° 175.

²⁶⁷ S. Haddadin, Essai sur une théorie générale en droit d'auteur, thèse, université de Poitiers, 2008, p 18 in Hal Id : tel-00662382 : A la théorie relative aux œuvres intellectuelles qui considère l'œuvre comme le fruit de la collaboration entre l'auteur et le fond social commun a été opposé la conception de l'auteur désintéressé selon laquelle les écrivains et les artistes ne doivent pas être guidés par la quête effrénée du gain de l'argent : ils doivent consacrer leur labeur à « élever l'intelligence » du public et les seules récompenses qu'ils sont en droit d'attendre doivent être la gloire et l'honneur.

²⁶⁸ Art 132-31 CPI introduit par la loi n°85-660 du 3 juillet 1985 concernant les œuvres de commande pour la publicité : les droits d'exploitation de l'œuvre sont cédés par l'effet de la loi au producteur.

auteurs indépendants disparaissent au profit des salariés de la création²⁶⁹. L'illustration de ce nouveau visage du droit d'auteur sera faite à travers le logiciel.

106. Le logiciel, entendu comme un ensemble d'instructions dont la réalisation fait appel à un cahier de charges, montre bien sa fonction utilitaire ou sa nature fonctionnelle tendant à résoudre des problèmes spécifiques. Deux niveaux d'application de la preuve de la qualité d'auteur méritent d'être indiqués relativement à la protection du logiciel par le droit d'auteur²⁷⁰ : d'abord, lorsque le logiciel est conçu par l'auteur, personne physique dans le cadre du contrat de travail ; ensuite, lorsqu'il est l'œuvre d'un auteur indépendant.

Les droits patrimoniaux sur le logiciel créé par un salarié dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur ont été dévolus par la loi à l'employeur²⁷¹. Autrement dit, ce dernier n'en est pas le titulaire originaire. Pour des raisons de visibilité commerciale, l'employeur s'affiche par sa marque sur l'œuvre logicielle de façon à ne pas laisser échapper le contrôle des intérêts financiers liés à l'exploitation de l'œuvre. D'abord, l'employeur du salarié, auteur du logiciel, se fait remettre le code source de l'œuvre non crypté afin de lui permettre une libre utilisation de l'œuvre voire sa modification ou son adaptation en cas de besoin. Dès lors, il n'est pas certain, en pratique, que l'auteur puisse en assurer la divulgation²⁷². Ensuite, il le commercialise ou l'exploite personnellement en son nom. Le statut de créateur est alors complètement étouffé et son identification par la présomption de la qualité d'auteur mise en place devient tout simplement difficile. Certes, la loi ne dit rien de particulier sur le droit de paternité de l'auteur du logiciel de sorte qu'on peut légitimement penser que c'est le droit commun d'auteur qui trouve application²⁷³. L'observation de la pratique révèle que ce sont les noms commerciaux ou les noms tirés du

²⁶⁹ A. Strowel, *droit d'auteur et copyright*, préc, p 321 ; M. Vessillier-Ressi, *Le métier d'auteur*, Paris, Dunod, 1982, p 49 ; du même auteur, *La démographie des créateurs*, in *Population*, 1989, 2, p 291-310 ; K. Fohrbeck et A.J. Wiesand, *La situation sociale des artistes en République fédérale d'Allemagne*, Bonn, Inter Nationes, 1980, p 17 ss : plus des deux tiers de ceux qui exercent une profession artistique sont des salariés ; les créateurs indépendants représenteraient un groupe d'autant minoritaire parmi les travailleurs culturels qu'il existe de nombreux para-salariés ou salariés déguisés.

²⁷⁰ G. Fabre, *Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation : les multinationales face à l'économie de la connaissance*, publications des universités de Rouen et du Havre, Mont-Saint-Aignan, 2009, p 105 : « le secteur des droits d'auteur recouvre l'édition, la musique, l'audiovisuel, et, depuis les années 1980, les logiciels informatiques. »

²⁷¹ Art L. 113-9 al 1^{er} CPI.

²⁷² A. Strowel et E. Derclaye, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia. Droit belge, européen et comparé*, préc, p 210, n° 238.

²⁷³ M. Dupuis et L. Nowak, *Droit de la propriété littéraire et artistique, droit d'auteur et droits voisins*, Lexi Fiche, Enrick B éditions, 2014, p 7 : « Les droits moraux, attachés à la personne du créateur salarié sont limités à la paternité du logiciel »

mode opératoire ou fonctionnel de logiciels généralement associés à la dénomination de l'entreprise éditrice qui sont portés à la connaissance du public. Bien plus, l'auteur étant dans un lien de subordination n'a pas suffisamment d'autorité pour exiger que son nom soit mentionné sur sa création. Ce qui importe le plus pour lui, c'est sa rémunération et la sécurité de son emploi. Même si le législateur ne parle pas de renonciation à la paternité de l'auteur salarié, le fait qu'une œuvre ait été créée en exécution d'un contrat de travail influence nécessairement la mise en œuvre des droits d'auteur, et plus particulièrement du droit moral. A cet égard, la jurisprudence s'en tiendra aux termes de la loi selon laquelle « 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 ». La loi parle de la « jouissance », et l'on pourrait soutenir, par référence à la classique distinction entre la jouissance et l'exercice et dans une interprétation littérale des termes choisis par le législateur, que celui-ci n'a pas interdit qu'il soit apporté des limitations à l'exercice par le salarié des droits qu'il tient de sa qualité d'auteur²⁷⁴. Au surplus, par la disposition de l'article L. 113-9 al 1^{er} CPI sur la cession de droits patrimoniaux de l'auteur salarié du logiciel à l'employeur - disposition proche dans son esprit de celle relative aux statuts des inventions brevetables réalisés par des salariés²⁷⁵ et conforme au principe constant du droit du travail selon lequel l'employeur est propriétaire des produits du travail de son salarié²⁷⁶ - la loi a simplement reconnu que le logiciel, bien qu'étant une œuvre de l'esprit, est aussi une œuvre technique et industrielle²⁷⁷. Signalons que cette disposition a été introduite dans le code de propriété intellectuelle par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 qui a modifié la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985. L'alinéa 3 de cette disposition concerne les agents publics de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif qui créent les logiciels dans l'exercice d'une mission de service public. Leurs droits patrimoniaux sont cédés à l'Etat employeur. Il se fait qu'en pratique, l'auteur fonctionnaire peine à exercer son droit moral de paternité vis-à-vis de l'Etat²⁷⁸.

²⁷⁴ A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité. Etude de droit comparé français et allemand*, tome II, Aix-En-Provence, PUAM, 2002, p 656-657, notes 930 et 931 ; J-M. Leloup, *Le journal, les journalistes et le droit d'auteur*, Litec, 1962, p 167, note 299.

²⁷⁵ Art. L. 611-7 CPI : « les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont expressément confiées, appartiennent à l'employeur ».

²⁷⁶ A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, préc, p 655, note 929.

²⁷⁷ B. Warusfel, *La propriété intellectuelle et l'internet*, Evreux, Flammarion, 2001, p 42.

²⁷⁸ M. Dupuis et L. Nowak, *Droit de la propriété littéraire et artistique, droit d'auteur et droits voisins*, Lexi Fiche, Enrick B éditions, 2014, p 7 : « les droits moraux, attachés à la personne du fonctionnaire créateur, sont

107. En revanche, lorsque le logiciel est réalisé en indépendance, les droits sur le logiciel reviennent normalement à son créateur conformément à l'article L. 111-1 CPI et ledit logiciel reçoit en conséquence le nom que son créateur lui donne qui peut ne pas être son propre nom. Dans ce cas, sous réserve de la divulgation entreprise par un tiers en son nom, l'identification de l'auteur est aisée par application du mécanisme probatoire établi par la présomption de la qualité d'auteur puisque le nom repris sur le logiciel renverra à l'auteur véritable dont l'identité sera soit masquée soit révélée. Les logiciels ne servent à rien dans un ordinateur ou sur internet en l'absence de l'information à traiter qui se trouve disposée et organisée dans des grands ensembles appelés bases de données.

108. La question de la preuve de la qualité d'auteur sur la base de données est étroitement liée au régime juridique qui lui est applicable selon qu'elle est considérée comme une œuvre collective ou encore comme une création salariée. Dans ce derniers cas, l'auteur salarié se trouve dans une situation de fait qui ne lui permet pas d'exercer librement son droit moral. Ainsi, le jeu de la présomption de la qualité d'auteur se trouve-t-il mis à dure épreuve.

Conformément aux dispositions de l'article L. 111-1 CPI, le créateur jouissant des droits d'auteur sur la base de données doit pouvoir être identifié. L'article 4 point 2 de la directive 96/9/CE du parlement européen et du conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données envisage entre autres l'application du régime de l'œuvre collective sur la qualité d'auteur de la base de données, lorsqu'il énonce : « 1. L'auteur d'une base de données est la personne physique ou le groupe de personnes physiques ayant créé la base ou, lorsque la législation de l'État membre concerné l'autorise, la personne morale considérée par cette législation comme étant le titulaire du droit. 2. Lorsque les œuvres collectives sont reconnues par la législation d'un État membre, les droits patrimoniaux sont détenus par la personne investie du droit d'auteur. 3. Lorsqu'une base de données est créée en commun par plusieurs personnes physiques, les droits exclusifs sont détenus en commun par ces personnes. »

109. Les hypothèses évoquées par la directive européenne aux paragraphes 1 et 3 ne posent aucun problème particulier par rapport à l'application de la présomption de la qualité d'auteur dans la mesure où l'auteur ou les auteurs qui créent en commun la base de données pourront mentionner leurs noms sur celle-ci afin de s'identifier. En revanche, lorsque les

fortement réduits. Seul le droit à la paternité pourrait être invoqué mais il est en pratique difficilement applicable. »

dispositions du droit français relatives au régime de l'œuvre collective viennent à s'appliquer sur la base de données, on se retrouve dans la dérogation au principe qui veut que l'auteur soit la personne physique qui crée l'œuvre. L'application de la présomption de la qualité d'auteur n'identifiera pas le véritable créateur de l'œuvre puisque le nom mentionné sur celle-ci est bien celui du promoteur de l'œuvre collective. Le considérant 29 de la directive précitée de l'union européenne sur la protection juridique de la base de données précise par ailleurs que le régime applicable à la création salariée d'une base de donnée est laissé à la discrétion des Etats membres; ainsi, lorsqu'une base de données est créée par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents à la base ainsi créée, sauf dispositions contractuelles contraires.

L'hypothèse de la création de la base de données dans le cadre du salariat en droit français relève du droit commun. Le créateur salarié aura toutefois maille à partir avec son employeur pour imposer le respect absolu de son droit de mentionner son nom comme auteur de la base de données. Devant préserver son emploi et sa rémunération, le créateur salarié se plie généralement à la volonté de son employeur auquel il est subordonné.

110. La preuve de la qualité d'auteur fondée sur le nom qui apparaît sur la base de données peut conduire à des aberrations du fait de l'omniprésence des personnes qui financent la création de la base par rapport aux auteurs. En effet, hormis la production de la base de données qui est le fait d'un investisseur, la base de données peut être l'œuvre des auteurs salariés ou encore une œuvre collective dont le promoteur dispose de prérogatives d'auteurs allant jusqu'à la mention du nom sur l'œuvre divulguée. Les créateurs ne peuvent qu'être totalement noyés et leurs noms dilués en face de ces opérateurs financiers.

111. Le mécanisme probatoire de la qualité d'auteur assis sur cette base fuyante et fluctuante devient sujet à caution du fait de cette confusion entretenue par les acteurs de la création de l'œuvre. Pour aller au fond des choses, il faut dire que cette situation fait suite à la forte prévalence de la logique économique dans la création de l'œuvre, laquelle aboutit à la perturbation de la conception personnaliste du droit d'auteur. Il est certes vrai que les deux logiques vont toujours de pair du fait de l'existence des droits patrimoniaux de l'auteur, cessibles par définition, mais, lorsque la phase de création se structure et s'organise autour d'un investissement financier, il y a en quelque sorte inféodation de l'économie dans l'âme de l'œuvre et dans le cœur du droit d'auteur. Ainsi, il ne sert plus à rien de fustiger l'intrusion ; il

faut au contraire intérioriser la donne et concevoir un système qui rende compte avec exactitude de la part qui revient à chaque acteur en dépit du mélange des intérêts. Le droit de la création devra faire preuve de génie et de créativité afin d'offrir au créateur les outils nécessaires à son autodétermination lui permettant d'exister en soi sans pour autant disparaître dans le grand bassin des titulaires de droits d'auteur. Il faut bien se mettre en tête que la genèse et l'évolution du système des droits d'auteur sont marquées par une dynamique de conflits, surmontés par de nouvelles régulations²⁷⁹.

112. Le cas des auteurs journalistes professionnels fait toutefois exception par rapport aux autres auteurs salariés en ce qu'ils mentionnent toujours leurs noms sur leurs œuvres. Cela s'inscrit dans la droite ligne du principe de l'indifférence du contrat de travail sur la qualité d'auteur²⁸⁰ en dépit de la cession automatique des droits patrimoniaux en faveur des entreprises de presse. Cet état de la législation fait suite à une lutte sans merci des professionnels.

113. Qu'il s'agisse de la catégorie des œuvres qui ne comporte pas la mention du nom de l'auteur ou de celle des œuvres avec cession automatique de droits patrimoniaux aux tiers, une chose est constante ; c'est le défaut ou la difficulté de la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée, principe pourtant essentiel pour justifier le jeu de la présomption de la qualité d'auteur. La raison en est que ce mode de preuve de la qualité d'auteur repose sur l'exercice d'un droit susceptible d'être l'objet d'une renonciation par l'auteur.

En principe, dans le système du droit d'auteur le nom est l'expression fidèle du lien de filiation entre l'auteur et son œuvre ; il suit que l'auteur ne peut y renoncer²⁸¹. La loi dispose à cet égard que le droit pour l'auteur de mentionner son nom sur son œuvre est une évidence qui résulte de la nature des choses et qui ne peut être ni cédé ni aliéné de quelque manière que ce soit²⁸². Cependant, l'auteur peut expressément renoncer à son droit au nom sur l'œuvre au

²⁷⁹ T. Paris, Les droits d'auteur : l'idéologie et le système, Paris, Puf, 2002, p. 164-204.

²⁸⁰ Art L 111-1, al 3 CPI.

²⁸¹ A. Lucas-Schloetter, Droit moral et droits de la personnalité, préc, p 354-357 : l'auteur note l'impossibilité de renoncer au droit moral ; elle ajoute cependant ce qui suit : « les dispositions édictant le régime du droit moral, notamment son inaliénabilité, sont en effet considérées comme des règles d'ordre public (...). S'agissant d'un ordre public de protection, la nullité encourue de ce chef n'est cependant que relative, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée que par l'auteur lui-même et qu'elle est couverte par la confirmation de l'acte nul de la part de l'intéressé. »

²⁸² Art L.121-1 alinéa 2 CPI.

profit d'une autre personne de son choix²⁸³. Les conventions de ce genre sont courantes dans la pratique²⁸⁴. La jurisprudence française qui s'était montrée pendant longtemps hostile à la renonciation de paternité²⁸⁵ a fini par admettre cette possibilité à condition que cette renonciation soit précaire et révocable *ad nutum* par l'auteur²⁸⁶. L'histoire du droit français semble aussi reconnaître des cas de renonciation de paternité qui remontent à la période

²⁸³ P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse, Paris II, 1985, p. 309 : l'auteur estime que les conventions d'abdication de paternité sont valables puisqu'il s'agit d'un droit et non pas une obligation.

²⁸⁴ N. Binctin, *Le droit de la propriété intellectuelle*...précité, p. 107, n° 132.

²⁸⁵ TGI Paris, 1^{re} ch., 30 mai 1984 : RIDA 4/1984, p. 220), a fortiori tacite (CA Paris, 4e ch. A, 25 juin 2003, n° 2002/03334 : JurisData n° 2003-224024 ; CA Paris, 1^{re} ch., 21 mai 2002, Dictionnaires Le Robert : RIDA 2003/1, p. 358, pourvoi rejeté par Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 2004 : RIDA 2/2005, p. 237 ; Bull. civ. 2004, I, n° 275 ; RTD com. 2005, p. 81, obs. F. Pollaud-Dulian), la cour a affirmé que « la détermination de la qualité d'auteur protégée relève exclusivement de la loi » et ne peut donc donner lieu à transaction. On en déduit l'illicéité de la convention par laquelle un « nègre » accepte d'abdiquer sa paternité au profit d'un auteur apparent (CA Paris, 1re ch., 1er févr. 1989, Anne Bragance : RIDA 4/1989, p. 301, note P. Sirinelli ; JDI 1989, p. 1005, note B. Edelman. - P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, préc., p. 215, n° 198. - F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc. n° 579. - V. aussi TGI Paris, réf., 27 déc. 1968 : RIDA 2/1969, p. 165 : « l'abdication de la dignité d'auteur et la contrepartie pécuniaire de cette déchéance » sont illicites et immorales ». - V. cependant CA Paris, 4e ch., 3 déc. 2003 : Prop. Intell. 2004, p. 547, obs. P. Sirinelli, écartant l'argument de l'éditeur selon lequel il n'est pas d'usage que le nom de la personne aidant une personnalité à écrire ses mémoires figure sur la page de couverture, mais seulement sur la base de l'analyse des conventions entre les parties), comme de la transaction attribuant à l'un des coauteurs la paternité de la totalité de thèmes musicaux (Cass. 1re civ., 4 avr. 1991, Béart : RIDA 4/1991, p. 125 ; Bull. civ. 1991, I, n° 119. - V. aussi CA Paris, 1re ch., 21 mai 2002, ou de la clause contractuelle précisant que la reproduction des clichés proposés dans la presse devra faire mention du nom du photographe mais que le commanditaire « ne sera en aucun cas responsable si les médias utilisateurs omettent cette mention et qu'aucune indemnité ne pourra être demandée auprès (du commanditaire) ni même auprès du média utilisateur » (CA Bordeaux, 1re ch. B, 9 avr. 2002, n° 99/01991 : JurisData n° 2002-177407) ou encore de la clause des conditions générales de vente d'un cybercommerçant par laquelle l'internaute qui fait un commentaire renonce « au droit d'être identifié comme étant l'auteur du contenu » (TGI Paris, 1re ch., 28 oct. 2008 : RIDA 2/2009, p. 341, obs. P. Sirinelli ; Légipresse 2009, III, p. 77, note V.-L. Benabou, clause illicite et abusive « en ce qu'elle emporte aliénation du droit de paternité » de l'internaute).

²⁸⁶ TGI Seine, 3e ch., 1er déc. 1960 : RTD com. 1961, p. 843, obs. H. Desbois, paraissant admettre les clauses abdiquatives. - CA Paris, 1re ch., 9 juin 1964 : JCP G 1965, II, 14172, note A. Françon : « apparaît clairement la volonté commune d'Alphonse et de Julia Daudet de laisser au premier la seule paternité de l'œuvre ». - TGI Paris, 1re ch., 28 juin 1978 : RIDA 2/1979, p. 209, à propos du concerto Adelaïde, faussement déclaré à la SACEM comme étant un « concerto de Mozart harmonisé et orchestré par Marius Casadesus » : celui-ci « est à l'origine de la situation » dont il se plaint 46 ans plus tard, d'où il résulte qu'il a renoncé à sa paternité. - CA Paris, 4e ch., 6 mars 1991 : D. 1992, somm. p. 75, obs. T. Hassler : l'utilisation publicitaire d'une composition musicale suppose que l'auteur accepte de renoncer à son droit au nom dès lors que le film ne comporte pas de générique. - TGI Paris, 5 mai 1999, RIDA 2000, n° 185, p. 422 a contrario ; - TGI Paris, 3e ch., 25 févr. 2003 : JurisData n° 2003-218632 ; Expertises 2003, p. 228 ; JCP E 2004, 1770, n° 6, obs. D. Lefranc, minimisant le préjudice subi par les auteurs salariés de cours de formation mis en ligne sans indication de leurs noms en relevant que la cession des droits d'exploitation de l'œuvre prévoyait une divulgation sous le seul nom de la société prestataire, ce qu'ils ne pouvaient ignorer). On inscrira dans la même tendance les nombreuses décisions qui ne font droit à la demande de l'auteur fondée sur le droit à la paternité en prenant soin de noter l'absence de renonciation expresse (CA Paris, 4e ch. B, 1er mars 1996 : JurisData n° 1996-021482. - CA Paris, 4e ch., 5 nov. 1997 : JurisData n° 1997-024541 ; PIBD 1998, III, p. 121. - CA Paris, 4e ch. A, 25 oct. 2000, n° 1998/13881 : JurisData n° 2000-129101. - CA Paris, pôle 5, 1re ch., 13 mars 2013, n° 11/13375 : JurisData n° 2013-004589).

d'avant la loi du 11 mars 1957²⁸⁷. « On a beau proclamer que le droit moral est sacré, inviolable, inaliénable, imprescriptible. Beau principe ! Mais on sent bien, en dépit qu'on en ait, que l'application totale de ce principe est impossible », a écrit Louis Vaunois²⁸⁸.

114. La renonciation par l'auteur à son droit de paternité soit du fait des usages professionnels soit du fait de sa liberté individuelle procède du caractère facultatif et non obligatoire de l'exercice dudit droit. Desbois avait écrit que :

*« La qualité d'auteur ne peut appartenir qu'au créateur ; mais l'exercice des prérogatives qui en dérivent peut être détaché de cette qualité par la vertu de conventions qui réalisent des transferts d'attributions »*²⁸⁹.

Cependant, lorsqu'il est requis d'apporter la preuve de la qualité d'auteur, il n'est pas fondé de se réfugier derrière le fait qu'on a renoncé à l'exercice de son droit de paternité. Le législateur ivoirien a peut-être vu cet obstacle quand il a prévu la mention obligatoire du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée²⁹⁰. Car, en effet, la preuve de la qualité d'une personne jouissant de droits importants assis sur la base d'un droit qu'on peut exercer ou non ne semble pas efficace, la preuve relevant en l'occurrence du domaine de faits concrets. Outre le fait que l'auteur peut renoncer à l'exercice de son droit de paternité, celui-ci peut être l'objet d'une usurpation.

§ 3. Cas de violation du droit de paternité.

115. Le droit à la paternité est susceptible d'être violé sur toutes les œuvres de l'esprit à des degrés divers selon qu'il s'agit des œuvres traditionnelles (littéraire, musicale, dramatique, audiovisuelle...) ou des œuvres dans lesquelles l'intervention de l'investisseur dans la structure de création de l'œuvre est très marquée. On a vu les effets sournois de l'attribution des droits patrimoniaux par l'effet de la loi en faveur de l'investisseur sur l'exercice du droit de paternité. La renonciation apparente de l'exercice du droit de paternité peut tout simplement cacher dans certains cas une violation subtile dudit droit.

²⁸⁷ T. civ. Seine, 13 févr. 1858 et CA Paris, 14 nov. 1859, Auguste Maquet c/ Alexandre Dumas : Ann. Propr. ind. 1859, p. 390 : on avait reconnu à Auguste Maquet la qualité de collaborateur de Dumas, qui ajoutait sa fantaisie au texte primitif et l'étoffait. Mais on lui a refusé de signer ces œuvres en déclarant que Maquet avait renoncé à son droit de paternité.

²⁸⁸ L. Vaunois, L'évolution du droit moral, in Mélanges Marcel Plaisant, études sur la propriété industrielle littéraire et artistique, Paris, Sirey, 1960, p 295.

²⁸⁹ H. Desbois, La jouissance et l'exercice des droits intellectuels appartenant à des employés et à des fonctionnaires, contributions françaises aux IIIème et IVème congrès internationaux de droit comparé, Sirey, 1959, p 125, note 297.

²⁹⁰ Art 23 al 3 la loi n° 96-564 du 25 juillet 1996 relative à la protection des œuvres de l'esprit et aux droits des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes : « ... le nom de l'auteur doit être mentionné chaque fois que l'œuvre est rendue accessible au public. »

116. Il semble que la question de la preuve de la qualité d'auteur fait ici appel au sens du réalisme. La preuve ne s'établit pas seulement sur la base des principes juridiques mais aussi et surtout en tenant compte des éléments concrets. Ainsi, même en cas de violation du droit de paternité sur une œuvre, le principe de la présomption de la qualité d'auteur ne manquera pas de s'appliquer pour autant. Quitte à démontrer plus tard que celui dont le nom est repris sur l'œuvre n'est pas le véritable auteur de l'œuvre. Le jeu de la présomption de la qualité d'auteur s'avèrera donc insuffisant pour l'identification du véritable auteur. Il sera nécessaire de faire appel à une autre approche probatoire pour établir la vérité puisque le droit n'a pas pour seule vocation de régler les litiges nés mais d'en prévenir aussi, surtout lorsqu'on se situe au niveau de la production des règles.

117. L'application de la présomption de la qualité d'auteur dans l'hypothèse de violation du droit de paternité rend compte, de manière générale, de la difficulté de fonder la preuve de la qualité d'une personne sur l'exercice de son droit et, particulièrement en ce qui concerne l'auteur d'une œuvre de l'esprit. En effet, la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre est une exigence relative à l'exercice du droit de paternité ; ce dernier procède de la qualité d'auteur. Une preuve de la qualité d'une personne qui résulte de l'exercice du droit découlant de cette même qualité réalise un cercle vicieux qui signifierait qu'en cas de violation du droit de paternité, la qualité d'auteur tombe faute de preuve. La qualité de l'auteur ferait mieux de se justifier par sa cause plutôt que par sa conséquence. Ainsi, lorsque la conséquence est violée, la cause continuera à justifier la qualité d'auteur dont la preuve est requise pour une action efficace en contrefaçon et le rattachement de chaque œuvre à son véritable auteur.

Section II. Existence des œuvres orphelines et inefficacité de la lutte anti-contrefaçon.

Le système de la preuve de la qualité d'auteur par la présomption de paternité tel qu'exposé ci-dessus engendre comme conséquences majeures l'existence des œuvres orphelines (§1) et l'inefficacité de la lutte contre la contrefaçon (§2).

§1. Recherche et identification des auteurs d'œuvres orphelines.

118. La loi sur le droit d'auteur définit une œuvre orpheline comme étant celle protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut être identifié ou retrouvé, malgré les recherches diligentes, avérées et sérieuses²⁹¹. Il ressort de cette définition que pour qu'une œuvre soit qualifiée d'orpheline, des recherches sérieuses doivent être effectuées par les personnes intéressées par celle-ci afin de retrouver son auteur qui, les cas échéant, autoriserait son exploitation. Cette démarche est donc indispensable avant de basculer dans le régime d'exception au droit d'auteur mis en place par le législateur en faveur des bibliothèques, des instituts d'enseignement, des établissements sans but lucratif, des musées... accessibles au public et accomplissant les missions culturelles, éducatives et de recherche. L'option d'une exploitation non commerciale de l'œuvre orpheline est clairement levée²⁹².

119. La question que l'on pourrait cependant se poser ici est celle de savoir si ces sources dites adéquates par le législateur pour identifier l'auteur d'une œuvre dite orpheline peuvent servir de preuve pour établir la qualité d'auteur. Le législateur lui-même ne se la pose pas et en conséquence, il ne donne aucune indication quant à ce. Il se limite à énumérer lesdites sources d'informations de l'identité de l'auteur de l'œuvre orpheline. Logiquement, on peut se demander s'il existerait un obstacle pour l'auteur d'une œuvre dite orpheline ou ses ayant droits d'emprunter le même chemin que les exploitants non commerciaux pour établir la qualité d'auteur. Un inventaire desdites sources s'avère nécessaire avant de se prononcer en dernière instance.

120. Lorsque les recherches prévues au 1° de l'article L. 135-3 doivent avoir lieu en France, voici, ci-dessous, la liste des sources d'information qui doivent être consultées²⁹³.
Pour les livres publiés : Les registres du dépôt légal ; les index et catalogues des fonds et

²⁹¹ Art 113-10 CP ; art 4 de la loi n° 2015-195 du 20 février 2015 (art L. 135-3) portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel, in JO, n° 0045 du 22 février 2015, p 3294, n° 1.

²⁹² Art 4 de la loi n° 2015-195 du 20 février 2015 (art L. 135-2) portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel, préc.

²⁹³ Art 2 du décret n° 2015-506 du 6 mai 2015 (Art. R. 135-1.-I) pris pour l'application des articles L. 135-7, L 212-3-1 et L 212-3-3 du CPI, in JO, n° 0106 du 7 mai 2015, p 7848, n° 28 ; voir loi n° 2015-195 du 20 février 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel.

collections des bibliothèques accessibles au public et des institutions similaires ; les bases de données ou registres recensant les livres imprimés, tels que WATCH (*Writers, Artists and Their Copyright Holders*), ISBN (*International Standard Book Number*), ISNI (*International Standard Name Identifier*) et le répertoire « BALZAC » de la Société des gens de lettres ; les sources détenues par les associations d'éditeurs et d'auteurs ; les bases de données des sociétés de perception et de répartition des droits agréées pour la gestion du droit de reproduction par reprographie et pour la gestion collective de la rémunération au titre du prêt en bibliothèque; les sources qui intègrent des bases de données et registres multiples, tels que ELECTRE, VIAF (*Virtual International Authority Files*) et ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works*).

121. Pour les journaux, magazines, revues et autres périodiques imprimés : les registres du dépôt légal ; les index et catalogues des fonds et collections de bibliothèques accessibles au public ; les bases de données ou registres qui recensent les périodiques imprimés, tels que ISSN (*International Standard Serial Number*) et ISNI (*International Standard Name Identifier*) ; le registre du commerce et des sociétés ; les sources détenues par les organisations professionnelles d'éditeurs de presse et les associations d'auteurs et de journalistes ; les bases de données des sociétés de perception et de répartition des droits agréées pour la gestion du droit de reproduction par reprographie ; les informations figurant dans l'encadré de l'imprimé contenant les mentions légales obligatoires et, le cas échéant, le nom des rédacteurs.

122. Pour les œuvres visuelles, notamment celles relevant des beaux-arts, de la photographie, de l'illustration, du design et de l'architecture, et les croquis de ces œuvres et autres œuvres du même type figurant dans des livres, périodiques ou autres œuvres : les sources énumérées précédemment, notamment les bases de données des sociétés de perception et de répartition des droits agréées pour la gestion du droit de reproduction par reprographie ; les bases de données des agences de presse et des agences photographiques et d'illustration.

123. Pour les écrits non publiés faisant partie des collections des bibliothèques accessibles au public, des musées et des services d'archives : les registres du dépôt légal ; les index et catalogues des fonds des collections des bibliothèques accessibles au public et des

institutions similaires. Pour les œuvres audiovisuelles et les phonogrammes : les registres du dépôt légal et le registre public du cinéma et de l'audiovisuel ; les bases de données des institutions depositaires du patrimoine cinématographique ou sonore et des bibliothèques publiques ; les bases de données appliquant des normes et des identificateurs pertinents, tels que l'ISAN (*International Standard Audiovisual Number*) pour le matériel audiovisuel, l'ISWC (*International Standard Musical Work Code*) pour les œuvres musicales et l'ISRC (*International Standard Recording Code*) pour les phonogrammes ; les sources détenues par les associations de producteurs ou par d'autres associations ou organisations professionnelles pertinentes représentant une catégorie spécifique de titulaires de droits ; les bases de données des sociétés de perception et de répartition des droits concernées, en particulier celles regroupant des auteurs, des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et des producteurs audiovisuels ; le générique de l'œuvre et les autres informations figurant sur l'emballage de celle-ci.

124. D'emblée, l'examen de cette liste redonne une certaine valeur probante au dépôt légal en droit d'auteur²⁹⁴ ; ce qui n'a plus été le cas depuis 1925. C'est un dépôt administratif, obligatoire, à la bibliothèque nationale, au centre national de la cinématographie ou à l'institut national de l'audiovisuel et concerne " tous documents " « dès lors qu'ils sont mis à la disposition d'un public ». Pour les œuvres cinématographiques et audiovisuelles, il existe un registre spécial, le registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel qui avait été initialement créé par une loi du 22 février 1944. Ce dépôt permet néanmoins en pratique d'avoir la date précise de la création de l'œuvre. Les registres et les bases de données des organisations professionnelles, notamment les organisations de gestion collective sont également une des sources importantes d'information sur l'identité de l'auteur de l'œuvre orpheline. En principe, aucune société d'auteurs (Société des Compositeurs et des Auteurs Multimédias, Société des Auteurs Compositeurs Dramatiques, Société Nationale des Auteurs Compositeurs) n'est investie d'un pouvoir d'apporter "preuve certaine" au même titre qu'un officier ministériel (huissier ou notaire). C'est en fait un service que rendent les sociétés d'auteurs à leurs membres (ou non membres). Le dépôt auprès d'un notaire ou huissier est possible, mais il a l'inconvénient d'être onéreux. Les informations identitaires mentionnées

²⁹⁴ A propos du dépôt légal, voir la loi 92-546 du 20.6.92 et le décret 93-1429 du 31.12.93. Le régime y institué est applicable aux documents imprimés, graphiques, photographiques, sonores, audiovisuels, multimédia, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition et de diffusion, dès lors qu'ils sont mis à la disposition du public.

sur l'œuvre ne sont pas négligées ; elles renvoient pratiquement à la mention du nom sur l'œuvre. Cette source semble manquer de pertinence, puisque si elle était disponible, l'œuvre ne serait pas dite orpheline.

125. Peut-on dès lors inférer que les diverses sources d'informations sur l'identité ou la localisation de l'auteur d'une œuvre orpheline peuvent être invoquées par l'auteur recherché qui apparaît au titre de preuve de sa qualité ? De prime abord, il ne serait pas logique que ces sources vaillent uniquement à l'égard des exploitants et non pas à l'endroit de l'auteur. Ainsi, la portée de la jurisprudence qui souligne que la qualité d'auteur relève exclusivement de la loi serait à préciser dès l'instant où la loi elle-même accorde une certaine importance aux autres actes privés relativement à la qualité d'auteur. Cela reviendrait à dire simplement qu'aux yeux du législateur français, ce n'est plus seulement la présomption de la qualité d'auteur qui compte au titre de preuve de la qualité d'auteur ; il faut considérer aussi *a contrario* le dépôt légal de l'œuvre effectué par l'auteur ainsi que l'identité de l'auteur de l'œuvre transcrite dans les registres et bases de données des diverses organisations professionnelles dont en particulier celles de gestion collective des droits d'auteur. Cependant, ce raisonnement paraît bien simpliste ; la logique tendant à considérer que l'auteur de l'œuvre orpheline qui réapparaît peut prouver sa qualité de la même manière que l'exploitant qui le recherche ne pourrait prospérer comme telle pour la simple raison qu'elle s'écarte du cadre d'exception du droit d'auteur dans lequel s'inscrit le régime de l'œuvre orpheline en vue d'une exploitation non commerciale. Autrement dit, l'auteur qui réapparaît doit fournir la preuve de sa qualité au même titre que les autres ; en conséquence, l'œuvre cesse d'être orpheline si les recherches diligentes, avérées et sérieuses du candidat exploitant de l'œuvre jadis considérée comme orpheline ont abouties²⁹⁵.

126. Par ailleurs, il est curieux de constater que les œuvres orphelines existent également dans le copyright²⁹⁶ alors que celui-ci vise en premier lieu la protection des intérêts de la collectivité sur l'œuvre produite et que la mention du nom du titulaire de droits est faite au titre d'avis au public. Il sied de noter d'emblée que la mention du nom sur l'œuvre n'est

²⁹⁵ Art. 4 de la loi n° 2015-195 du 20 février 2015 (L. 135-5) portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel : « Lorsque les recherches diligentes, avérées et sérieuses mentionnées à l'article L. 135-3 ont permis d'identifier et de retrouver le ou les titulaires des droits sur une œuvre, celle-ci cesse d'être orpheline. »

²⁹⁶ Art 9 al. 4 CDDA 1988 : « aux fins de la présente partie, une œuvre est 'd'auteur inconnu' si l'identité de l'auteur est inconnue, ou, s'agissant d'une œuvre de collaboration, si l'identité d'aucun des auteurs n'est connue »

pas obligatoire ; ensuite, l'auteur peut bien requérir l'anonymat ou simplement renoncer à exercer son droit d'identification. Ainsi, en dépit du fait que le nom mentionné sur l'œuvre peut bien être celui du créateur ou simplement celui du titulaire de droits, cette preuve de titularité de droits arrive tout de même à manquer. Une autre particularité du copyright susceptible d'entraîner l'existence des œuvres orphelines est qu'il repose sur la publication des œuvres de sorte que les œuvres non publiées se trouvent juridiquement exclues du champ d'application de la présomption d'attribution. Il existe aussi des œuvres publiées mais qui ne peuvent porter le nom de leurs auteurs dans ce système. Enfin, le fait que le droit moral dont celui d'identification dure aussi longtemps que durent les droits patrimoniaux pourrait aussi favoriser l'existence des œuvres orphelines.

127. Mais il faut avouer que dans le copyright, l'existence des œuvres orphelines ne peut émouvoir ; c'est en quelque sorte le régime commun de toutes les œuvres qui sont appelées à profiter à l'ensemble de la communauté pour laquelle et dans laquelle elles sont créées. Faut-il rappeler ici qu'il a existé avant la loi de 1988 deux régimes des œuvres de l'esprit dans le copyright britannique ; celui de la Common Law qui correspond à ce qu'on peut appeler le « domaine public par nature »²⁹⁷, c'est-à-dire les œuvres qui ne sont pas réservées et le Statute Law qui était un régime spécial soumis à des conditions de publication et aux formalités de dépôt et d'enregistrement. Dans un tel système, l'œuvre dont l'auteur n'est pas identifié ne choque personne. Voyons si le régime juridique mis en place est aussi rigoureux que celui du droit français et quel est le système de gestion des œuvres orphelines mis en place dans le copyright britannique.

128. Il est d'abord à remarquer qu'une œuvre orpheline ou celle d'auteur inconnu, pour reprendre l'expression du législateur britannique, est définie par rapport à l'identité inconnue de l'auteur. Celle-ci est considérée comme telle s'il est impossible à quiconque de la déterminer au moyen de recherches sérieuses²⁹⁸. Une fois cette identité révélée, elle ne peut plus être considérée comme inconnue. Ensuite, le copyright limite la durée du droit d'auteur sur une œuvre dont l'identité de l'auteur est inconnue à cinq ans à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle elle a pour la première fois été rendue accessible au public²⁹⁹. Tel

²⁹⁷ M. Dulong De Rosnay et H. Le Crosnier, *Propriété intellectuelle, géopolitique et mondialisation*, CNRS Editions, Paris, 2013, p 40.

²⁹⁸ Art 9 al. 5 CDPA 1988.

²⁹⁹ Art 12 al. 2 CDPA 1988.

est le régime d'une œuvre orpheline dans le copyright britannique. Il faut ajouter à cela le régime du droit moral d'identification de l'auteur qui est soumis à la revendication de ce dernier pour son opposabilité. Faute de revendication dudit droit, aucune violation du droit d'auteur ne peut être évoquée³⁰⁰. Si pour l'œuvre dont l'auteur est connu, l'appropriation est libre faute de revendication, c'est *a fortiori* le cas pour celle dont l'auteur est inconnu. Aucune violation du droit d'auteur n'est possible sur une œuvre orpheline. L'œuvre revient presque d'office à la collectivité qui peut en tirer le bénéfice sans le moindre risque étant donné que l'auteur n'est pas connu.

Dans ce cadre juridique, la recherche de l'identité de l'auteur d'une œuvre d'auteur inconnu ne se justifie même pas et relève d'une certaine moralité publique ; le législateur britannique n'indique pas les sources de recherches des informations identitaires de l'auteur inconnu. L'exploitant d'une telle œuvre est bien protégée de sorte qu'il peut œuvrer tranquillement en attendant que l'identité de l'auteur soit révélée et que ce dernier revendique ensuite son droit d'identification pour que le risque de condamnation pour violation du droit d'auteur soit possible. On comprend dès lors mieux pourquoi le législateur britannique n'est pas allé jusqu'à déterminer le régime d'exploitation d'une œuvre d'auteur inconnu puisque le champ est libre pour une exploitation commerciale ou pour une entreprise sans but lucratif.

Une autre conséquence du système présomptif de la qualité d'auteur se traduit par la faiblesse qu'il manifeste dans la lutte anti-contrefaçon.

§ 2. Inefficacité de la lutte anti-contrefaçon

129. Une chose est d'avoir des droits sur les œuvres, une autre est de les exercer réellement et d'en assurer le respect. Le régime de l'action en contrefaçon a été conçu justement pour permettre la défense et la protection des droits de l'auteur. Ainsi, toute violation du droit de l'auteur, moral ou patrimonial, peut donner lieu à une action en contrefaçon. De ce fait, l'auteur demeure la première victime de la contrefaçon³⁰¹.

130. Si la première question qu'on pose souvent à la victime de la contrefaçon est de démontrer qu'elle est l'auteur ou le titulaire des droits exclusifs dont elle réclame la

³⁰⁰ Art 78 al. 1^{er} et 79 al. 4 CDPA 1988.

³⁰¹ Art L. 335-2 et 3 CPI.

protection, la réponse est toute simple : il existe une présomption de la qualité d'auteur sur l'œuvre divulguée et aucune formalité n'est nécessaire pour demander la protection judiciaire face à la contrefaçon produite³⁰². En revanche, si la qualité d'auteur n'est pas valablement établie, le contrefacteur peut soulever l'exception de défaut de qualité dans le chef du demandeur et ainsi paralyser toute la procédure par une décision d'irrecevabilité de l'action initiée. Pareille situation peut résulter de l'inefficacité de la preuve de la qualité d'auteur pour défaut de la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre (A) mais aussi de l'impossibilité de prouver la qualité de l'auteur cédant face à l'exploitant cessionnaire qui agit en contrefaçon (B).

A- Inefficacité de la preuve face au contrefacteur.

131. Ont été évoquées précédemment les hypothèses où la présomption de la qualité d'auteur ne saurait valablement être mise en application faute de mention explicite du nom de l'auteur sur l'œuvre ; qu'il s'agisse des cas de renonciation expresse ou tacite à l'exercice du droit de paternité, pour une raison ou une autre, la preuve de la qualité d'auteur par voie de présomption de paternité ne saurait assurer l'identification de l'auteur vis-à-vis du contrefacteur. Il en est de même en cas de violation du droit de paternité. Dans ce contexte, l'action en contrefaçon s'avérera inefficace. L'auteur, demandeur à l'action en contrefaçon, qui n'a pas mentionné son nom sur l'œuvre sera dépourvu de moyen de preuve légale de sa qualité.

Dans le but de profiter de l'investissement d'autrui à des coûts réduits, le contrefacteur reproduit, imite, représente, exploite l'œuvre protégée. Il doit par conséquent aménager les moyens de preuve pour ne pas se faire prendre. Il peut, par exemple, exploiter l'œuvre en son nom afin de passer pour un exploitant honnête simplement dans le but de compliquer la preuve de la qualité d'auteur qui repose sur la mention du nom sur l'œuvre. L'obstacle que doit redouter le contrefacteur qui usurpe la qualité de titulaire de droits d'auteur est celui d'apporter la preuve de sa relation contractuelle avec l'auteur de l'œuvre. En tant que contrefacteur, il lui sera impossible de produire un contrat de cession de droits d'auteur conclu avec l'auteur, sinon, il cesse automatiquement d'être contrefacteur. Toutefois, si l'auteur ou le coauteur d'une œuvre de l'esprit ne réunit pas les conditions d'application de la présomption de la qualité d'auteur notamment la mention de son nom sur l'œuvre divulguée, le

³⁰² Y. Gendreau, Synthèse possible ou impossible du droit civil et de la Common Law - l'exemple du Canada, Alaï, La mise en œuvre du droit d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999, p 139.

contrefacteur risque de passer pour le titulaire des droits en cause. Les exemples cités précédemment concernant notamment les amateurs de l'aéronautique qui ont mis à disposition les photos des avions de marque Concorde ou encore le cas des marques <passéo> illustrent bien le propos³⁰³. Si dans le premier cas, le juge a réussi à déjouer la présomption de la qualité d'auteur malgré la divulgation des photos au nom des assignés, dans le second, le coauteur qui a signé l'œuvre divulguée est passé pour le seul ayant la qualité d'auteur.

Au surplus, cette condition de preuve de la relation contractuelle entre le contrefacteur présumé et l'auteur n'est pas requise lorsque l'exploitant invoque le bénéfice de la présomption prétorienne établie en sa faveur.

B- Impossibilité de preuve face à la présomption de l'exploitant.

132. La présomption établie en faveur de l'exploitant lui permet de saisir le juge sans avoir à justifier de sa qualité de cessionnaire. C'est justement pour empêcher le contrefacteur de se réfugier derrière les arguments de preuve de la qualité de cessionnaire que cette présomption de titularité a été établie par la Cour de cassation³⁰⁴. La personne qui exploite commercialement une création est présumée avoir le droit de le faire et peut agir en justice pour défendre ses droits. Cette finalité justifie la portée réduite de la présomption : elle ne peut bénéficier à l'exploitant que dans ses rapports avec les contrefacteurs. Évidemment, la présomption est réduite à tout moment par la personne qui démontrerait être le véritable titulaire des droits.

L'application de cette présomption exige que l'œuvre ne soit pas exploitée sous le nom de ses auteurs³⁰⁵ et que les titulaires originaires s'abstiennent de toute revendication³⁰⁶. L'action en contrefaçon est certes louable dans l'intérêt des acteurs et des auteurs ; cependant, on doit prendre garde qu'elle ne soit menée au préjudice du créateur qui semble relégué au second plan. En effet, la dispense de la charge de preuve de la qualité de titulaire de droits rend l'exploitant présumé totalement indépendant vis-à-vis de l'auteur de l'œuvre non exploitée en son nom. Cela est certes compris dans l'intérêt supérieur de combattre la

³⁰³ TGI Paris, 20 déc. 2012, LEPI, 15 mars 2013, n° 3, p 2, note C. Bernault ; Cass com, pourvoi n° 06-19.721 du 15 janvier 2008 ; voir paragraphes n° 51 et 41 de cette thèse.

³⁰⁴ A. Lucas, H-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de droit de la propriété littéraire et artistique*, 4^e édition, préc, p 832, n° 1031.

³⁰⁵ TGI Paris, 3^e Ch. Sect. 1, 20 avril 2005, CCE 2005, comm 100, C. Caron.

³⁰⁶ Cass 1^{re} civ, 3 juill. 1996, RIDA 2004, p 1086 ; JCPE 2004, p 88, note A. Singh ; propr intell 2004, n° 13, p 933, obs. P. de Candé ; RIDA juill. 2004, p 197, obs. A. Kerever.

contrefaçon. En effet, depuis 1993, la Cour de cassation estime que lorsqu'un procès oppose le producteur ou l'éditeur qui exploite paisiblement une œuvre à un tiers prétendument contrefacteur et non pas à l'auteur, exiger de l'exploitant la preuve du contrat de cession de droits ou de la qualification d'œuvre collective conférerait un avantage procédural excessif au contrefacteur et ferait peser sur l'exploitant une charge induue³⁰⁷. Mais, lorsque l'auteur de l'œuvre est mis de côté du fait de la cession de ses droits et que le cessionnaire des droits n'a plus à justifier sa qualité, la probabilité est forte de confondre le contrefacteur avec le cessionnaire³⁰⁸. Cela veut dire que le demandeur en contrefaçon risquerait d'être automatiquement considéré comme le cessionnaire en face de l'autre exploitant tenu pour contrefacteur. Ce qui n'est pas vrai dans tous les cas d'espèce. Et lorsque le cessionnaire est appelé à agir en contrefaçon contre l'auteur de l'œuvre qui poursuivrait l'exploitation de l'œuvre dont les droits ont été cédés, il ne fera pas valoir la présomption de titularité à l'égard de ce contrefacteur de type particulier, prévenu en l'instance³⁰⁹. Et pourtant, dans cette hypothèse, ce prétendu auteur n'est pas moins contrefacteur. La nécessité de production du contrat de cession de droits d'auteur s'avèrera impérieuse et par ricochet celle de la preuve de la qualité d'auteur.

133. En revanche, une autre difficulté surgit lorsqu'il faut distinguer entre le demandeur et le défendeur en contrefaçon qui se déclarent tous cessionnaires de droits exploités sur la même œuvre. La jurisprudence intervenue dans cette hypothèse s'appuie sur l'antériorité de l'exploitation de l'œuvre³¹⁰ ; critère tout à fait discutable du point de vue de la logique étant donné que l'exploitant postérieur n'est pas moins exploitant que son prédécesseur. Bien plus, on ne peut pas préjuger les raisons pour lesquelles l'exploitation de l'un est postérieure par rapport à celle de l'autre. C'est ainsi que les juges du fond renvoient souvent les parties dos à dos³¹¹. L'action en contrefaçon se trouve dès lors paralysée par les parties litigantes du fait de la présomption de titularité établie en faveur de l'exploitant. Une

³⁰⁷ F. Paullaud-Dulian, *droit d'auteur*, 2^e éd., Paris, economica, 2005, p 189, n° 255.

³⁰⁸ A. Lucas, H-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de droit de la propriété littéraire et artistique*, 4^e édition, préc., p 834-835.

³⁰⁹ Cass 1^{re} civ, 3 juill. 1996, RIDA 2004, p 1086 ; JCPE 2004, p 88, note A. Singh ; propr intell 2004, n° 13, p 933, obs. P de Candé ; RIDA juill. 2004, p 197, obs. A. Kerever.

³¹⁰ CA Paris, 4^e ch., 14 et 21 nov. 2007 : propr intell. 2008, p 233, obs. A. Lucas.

³¹¹ CA Paris, 4^e ch., 16 janv. 2009 : propr intell. 2009, p 272, obs. A. Lucas : la présomption ne saurait être utilement opposée lorsque le tiers poursuivi prétend s'être approvisionné chez le même fabricant chinois et avoir été en possession de la marchandise litigieuse avant la société qui le poursuit en contrefaçon ; pourvoi rejeté par Cass. 1^{re} civ, 6 janv. 2011- Cass com, 26 oct. 2010 : propr intell. 2011, p 103, obs. A. Lucas ; RTD com. 2011, p 103, obs. F. Paullaud-Dulian, rejetant le pourvoi contre un arrêt ayant écarté la présomption au motif que la société demanderesse ne justifiait pas la chaîne des droits sur l'œuvre.

des conditions d'application de cette présomption prétorienne est que l'œuvre ne soit pas exploitée sous le nom de son auteur et que les titulaires originaires des droits doivent s'abstenir de toute revendication. Cette condition semble même affecter le droit moral de l'auteur en vertu duquel il interviendrait à l'action en contrefaçon au côté du cessionnaire des droits patrimoniaux. On se souviendra que dans l'arrêt Céline du 25 avril 2006, la qualité d'auteur n'a pas été reconnue par la Cour à la personne physique qui est intervenue conjointement avec la société exploitante du modèle en son nom, au motif qu'elle n'a revendiqué que son droit moral. La Cour de cassation a dû recourir à la lettre que le créateur a envoyée aux défendeurs pour que cette qualité lui soit enfin reconnue³¹². On comprend difficilement la revendication du droit moral qui serait distincte de celle de la qualité d'auteur. Pourtant, dans une hypothèse où l'action en contrefaçon se trouve paralysée par les exploitants, il semble que seule la présence de l'auteur peut attester la qualité de cessionnaire de droits par rapport au contrefacteur, l'auteur lui-même devant apporter préalablement la preuve de sa qualité.

134. Le fondement de cette présomption de titularité tirée de l'idée que l'exploitation traduit une possession qui mérite protection³¹³ ne permet pas d'élucider la confusion évoquée entre le cessionnaire et le contrefacteur en l'absence de l'auteur. Le fondement tiré de l'apparence de l'exploitation ne peut davantage fournir une explication convaincante. De ce fait, l'opinion qui admet que le contrat de cession puisse stipuler que l'auteur cédant continue à exercer l'action en contrefaçon même après la cession de ses droits³¹⁴ semble justifiée.

Dans la conception humaniste du droit d'auteur, la présomption au bénéfice de l'exploitant ainsi conçue jette le trouble dans les esprits puisqu'elle tend à considérer en quelque sorte le titulaire de droits agissant en contrefaçon comme le cessionnaire sans qu'il

³¹² Cass com, 20 juin 2006 ; Cass com, 25 avril 2006, n° 21, p 458 ; Commentaires de C. De Haas : la cour de cassation confirme dans l'arrêt Céline que dès lors que la société exploitait les modèles revendiqués sous son nom et que la personne physique qui agissait en qualité de créateur à ses côtés (Nicole Stulman) ne faisait valoir aucune revendication contre elle, cette société était présumée titulaire à l'encontre de trois poursuivis en contrefaçon, pour important même, la réalité de la cession, comme la présence de la revendication de l'auteur aux débats ou du bien-fondé de sa revendication personnelle au titre du droit moral ; ici, la cour a considéré simplement le fait que le créateur revendiquait juste son droit moral et non pas la qualité de créateur à l'encontre de la société ; dans l'arrêt du 25 avril 2006, la cour de cassation avait pris une position contraire en considérant que le créateur-fournisseur avait confirmé sa création aux défendeurs par sa lettre qui devait être regardée comme une sorte de revendication de l'auteur.

³¹³ A. Lucas, H-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de droit de la propriété littéraire et artistique*, 4^e édition, préc, p 833, n° 1031.

³¹⁴ F. Paullaud-Dulian, *Droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005, p 741, n° 1250.

soit obligé de prouver sa qualité. La preuve de la qualité d'auteur s'avère également impossible, l'auteur lui-même étant tenu à l'écart de l'instance. A ce propos, MM. Lucas et Mme Lucas-Schloetter concluent que les meilleures intentions du monde ne font pas nécessairement les bonnes jurisprudences et les incertitudes constatées font naître une fâcheuse insécurité juridique³¹⁵.

Conclusion du chapitre II.

135. La logique d'application de la présomption de la qualité d'auteur suppose que l'œuvre de l'esprit porte la mention du nom de son auteur. Il se fait qu'il existe des œuvres qui ne comportent pas la mention du nom de leurs auteurs. La spécificité des œuvres d'art appliqué tout comme les œuvres architecturales conduit au respect des usages du métier plutôt qu'au respect rigoureux du droit de paternité qui s'exerce par la mention du nom de l'auteur sur son œuvre. Les œuvres dont les droits patrimoniaux sont cédés automatiquement aux tiers dans certaines hypothèses suscitent le manque d'intérêt de leurs auteurs à revendiquer le respect de leur droit moral de paternité. Dans ce cas, les auteurs se contentent de leurs droits patrimoniaux afin de sauvegarder l'harmonie et la paix dans les rapports sociaux établis avec les employeurs ou les commanditaires des œuvres. Outre les hypothèses de renonciation expresse ou tacite au droit de paternité qui limitent l'application de la présomption de la qualité d'auteur, le droit de paternité peut aussi faire l'objet d'une violation par des tiers. La preuve de la qualité d'auteur, par le jeu de la présomption sus-indiquée, se trouve compromise dans cette éventualité faute de moyens probants concrets.

136. Au départ, la présomption de la qualité d'auteur se veut une vérité légale apparente et statistique ; ensuite, son application ne couvre qu'une partie des œuvres et non pas la totalité. Et chaque fois que la preuve de la qualité d'auteur fera défaut, faute de la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre, il y aura possibilité d'avoir des œuvres orphelines.

Les sources d'identification éventuelle de l'auteur de l'œuvre orpheline dépassent le cadre des informations figurant sur l'œuvre ; elles considèrent également le dépôt, les registres et les bases de données des organisations des auteurs. Preuve supplémentaire de la déficience du système probatoire mis en place qui vise, d'un côté, les titulaires de droits susceptibles de mettre un jour fin à leurs activités et, de l'autre, les auteurs-créateurs sans

³¹⁵ A. Lucas, H-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de droit de la propriété littéraire et artistique*, 4^e édition, préc, p 835.

pouvoir les atteindre de manière efficace et efficiente.

137. Enfin, en dehors de son champ d'application, elle recèle une certaine inefficacité dans la lutte contre la contrefaçon qui a pour vocation d'assurer l'effectivité des droits des auteurs. En effet, le fait que l'œuvre ne soit pas exploitée sous le nom de son auteur peut permettre au contrefacteur d'échapper à la rigueur de la loi en arguant simplement la mention de son nom sur l'œuvre illicitement exploitée. Si la preuve de la qualité d'auteur peut s'en trouver bien compliquée dans le système présomptif, faute pour l'auteur de signer son œuvre, le contrefacteur sera pour sa part dans l'impossibilité de produire un contrat de cession de droits d'exploitation de l'œuvre s'il prétend en être cessionnaire. Le juge est obligé de trouver les voies et moyens de solutionner le problème en dehors de la présomption de la qualité d'auteur et de trouver une réplique valable à l'argument du contrefacteur.

Mais, la présomption établie en faveur de l'exploitant semble venir à la rescousse : le contrefacteur peut s'en prévaloir pour contourner les arguments de preuve de sa qualité à l'encontre du titulaire de droits d'auteur agissant en contrefaçon en l'absence de la revendication de l'auteur de l'œuvre. En présence d'une telle situation, seule l'intervention de l'auteur peut départager les parties litigantes ; ce que proscriit la logique de l'application de la présomption prétorienne. Il suit, dès lors, l'inefficacité de la stratégie de lutte contre la contrefaçon à cause du défaut de l'édifice probatoire de la qualité d'auteur ayant pour fondation la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée ; et partant, une insécurité juridique à l'égard de tous.

Conclusion du titre I.

138. Le régime probatoire de la qualité d'auteur dans son ensemble considère la création de l'œuvre comme une référence essentielle et incontournable. Qu'il s'agisse de prouver cette qualité par la présomption de paternité ou par toute autre approche voire même dans le cadre spécifique de la qualité d'auteur des œuvres audiovisuelles. En effet, le mécanisme probatoire de la qualité d'auteur soutenu par la présomption de paternité considère le rôle créatif comme le critère décisif ultime de détermination de la qualité d'auteur ; autrement dit, la mention du nom sur l'œuvre divulguée ne suffit pas. Or, en tant que présomption, elle ne devrait pas recourir à l'objet inconnu, à savoir l'acte de création, pour établir la qualité d'auteur. L'approche revendicative ou libre preuve de la qualité d'auteur se concentre finalement et utilement autour de la création de l'œuvre tout comme la présomption spéciale relative aux auteurs des œuvres audiovisuelles.

139. Le principe de la présomption de paternité consistant en la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée renvoi à la phase d'exploitation de l'œuvre comme point de départ et moment d'établissement de la preuve de la qualité d'auteur. Ce principe circonscrit le champ d'action limité de cette approche probatoire. En effet, il a été démontré que, pour des raisons diverses et variées, toutes les œuvres ne comportent pas la mention du nom de leurs auteurs. Comme produit de l'exercice du droit de paternité de l'auteur, la mention du nom de l'auteur sur une œuvre de l'esprit, son omission ou encore sa violation entraîne des conséquences variables sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur présumé et sur la stratégie de lutte contre la contrefaçon. En effet, lorsque cette mention vient à manquer, le contrefacteur peut se servir de la mention de son nom au titre d'exploitant pour paralyser l'action en contrefaçon en alléguant la présomption prétorienne de titularité.

140. Pour compléter l'analyse de l'impact de la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée, il convient d'en cerner la portée dans le système du copyright d'où, apparemment, elle tire son origine.

TITRE II. PRESOMPTION UNIQUE ET DUALITE D'OBJECTIF ENTRE LE COPYRIGHT ET LE DROIT D'AUTEUR.

141. On a vu dans le premier titre que la présomption de paternité est en inadéquation avec la conception d'auteur-créateur du droit d'auteur français. Et pourtant, cette même présomption est également consacrée par la convention internationale de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques. *A priori*, on peut penser que son application est la même tant dans le système du droit d'auteur que dans le copyright. Tel ne semble pas être le cas : la mention du nom sur l'œuvre et la nécessité de porter l'œuvre à la connaissance du public ont une portée variable selon qu'on se trouve dans le copyright ou dans le système du droit d'auteur. On remarquera cela notamment à travers la limitation de l'exercice du droit de paternité ainsi que la limitation du champ d'application de la présomption d'attribution dans le copyright par rapport au droit d'auteur de tradition personnaliste. En effet, la présomption d'attribution dans le copyright vise généralement à désigner le titulaire de droit d'auteur en vue de l'action en contrefaçon fondée essentiellement sur les impératifs économiques tandis que dans le droit d'auteur humaniste, on tente de faciliter la détermination de la personne du créateur de l'œuvre dont les droits doivent être respectés.

142. De manière générale, le copyright vise la protection du public qui doit être avisé de la réservation des droits sur l'œuvre de sorte à éviter la commission du délit de contrefaçon. Le copyright britannique ne se préoccupe pas nécessairement de désigner le créateur de l'œuvre qui peut même définitivement renoncer à sa qualité d'auteur. De surcroît, elle doit être revendiquée de manière expresse sous peine d'inopposabilité. C'est donc celui qui a actuellement le copyright qui compte aux yeux du public et non pas l'historique de la création de l'œuvre. Dans le copyright américain, la présomption de la qualité d'auteur ne s'applique qu'à la catégorie d'œuvres d'art visuel. Pour toutes les autres catégories d'œuvres, c'est la faculté de dépôt ou de l'enregistrement de l'œuvre qui assure la fonction probatoire de la titularité de droits. Il n'est pas évident que celui qui effectue le dépôt de l'œuvre en soit toujours et forcément l'auteur au sens de créateur intellectuel de l'œuvre. Cette différence de vision du droit d'auteur s'explique entre autres par la différence de conception sur la nature du droit d'auteur. En effet, si le droit d'auteur en Europe continentale relève du droit naturel du créateur de l'œuvre avec comme conséquence la reconnaissance par l'Etat de ses droits moraux et patrimoniaux, le copyright est pour sa part une création purement légale ou

étatique³¹⁶ pour contrôler la reproduction des œuvres entreprise par des titulaires de droits qui en obtiennent le monopole exclusif d'exploitation. Autrement dit, dans le copyright le public a libre accès à la création intellectuelle pour le progrès de la science et des arts pratiques tout comme l'encouragement de l'éducation (la promotion de l'expansion des œuvres créatives et la minimisation des coûts liés à cela³¹⁷) ; ainsi, si on veut se réserver le monopole d'exploitation en vue de s'assurer de rémunérer le capital investi à la création, on doit publier l'œuvre et se faire identifier auprès des services compétents de l'Etat, s'enregistrer et recevoir un titre de propriété temporaire. De cette façon, le coût de la création/production de l'œuvre sera bien rendu à l'auteur ou au titulaire des droits par le biais des autorisations monnayées des reproductions subséquentes de l'œuvre. La finalité ici est de protéger l'œuvre contre les reproductions illicites ou non autorisées, lesquelles coûteraient de surcroît moins cher par rapport à la création de l'original ; tandis qu'en droit d'auteur, c'est la personne de l'auteur-créditeur qui est visée par la protection³¹⁸ de sorte que l'action en contrefaçon veille aussi bien sur les aspects patrimoniaux que moraux de l'auteur.

143. Le contenu du droit moral qui comprend à la fois le droit de paternité ou d'attribution³¹⁹, le respect de l'intégrité de l'œuvre et le droit de divulgation illustre bien le lien ontologique du droit d'auteur à la personnalité et à l'esprit humain de l'auteur-créditeur³²⁰. Il faut ajouter à cette énumération le droit de repentir ou de retrait de l'œuvre par l'auteur.

³¹⁶ A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande -Bretagne et aux États-Unis d'Amérique, étude critique, thèse pour le doctorat, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1955, p 82.

³¹⁷ R A. Cass et K N. Hylton, Laws of Creation, property rights in the world of ideas, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University press, 2013, p 98.

³¹⁸ Unesco, L'ABC du droit d'auteur, in <http://www.unesco.org/culture/copyright>

³¹⁹ A. Lucas, Droit des auteurs, droit moral, droit à la paternité, J-Cl. Propriété littéraire et artistique, fascicule 1214, 5 septembre 2014, n°1.

³²⁰ R. Rosenthal Kwall, The Attribution Right in the United States : Caught in the crossfire between copyright and section 43(A), Washington Law Review Association, 2002, in..... : « *In many countries, authors are afforded the right of attribution as part of a broader doctrine known as moral rights. The right of attribution, together with the right of integrity and the right of disclosure, form the backbone of moral rights doctrine in the majority of those countries where this doctrine is viable. These three components of moral rights doctrine reflect the "unmistakable reality that this doctrine is concerned with protecting the author's personal dignity and the human spirit reflected in her artistic creations."* The right of integrity guarantees that the author's work truly represents her creative personality and thus prohibits misrepresentations of an author's expression. The right of disclosure affords the author the ability to determine the timing of a work's public dissemination. The right of attribution safeguards to the author the right to be recognized as the author of her work, and to prevent others from being designated as the author. »

144. On constate dès lors qu'en dépit de l'adhésion des ténors des pays du Common Law à la convention de Berne de 1971 sur la protection des œuvres littéraires et artistiques, la vision du copyright n'a pas fondamentalement changé ; le droit moral ne fait toujours pas l'objet d'une reconnaissance formelle globale en tant que tel en droit interne des Etats-Unis d'Amérique par exemple ; on y fait plutôt une application séquentielle ou circonstancielle en vertu des dispositions conventionnelles. En effet, comme la convention de Berne laisse la liberté aux Etats membres sur la manière dont ils entendent remplir leurs obligations conventionnelles, certaines législations ont jugé suffisant de protéger le droit moral essentiellement par d'autres dispositions que celles relatives au droit d'auteur. On fait recours notamment aux dispositions relatives au droit de responsabilité délictuelle ou contractuelle³²¹.

145. D'autre part, le fait que les formalités d'enregistrement ou de dépôt des œuvres ne soient plus la condition de protection du copyright ou encore celle de l'action en contrefaçon ne change rien de l'esprit du copyright qui continue à témoigner d'une autre conception du droit d'auteur dans les pays du Common Law. Ces formalités qui servent en fait d'outils probatoires sont encouragées aux Etats-Unis d'Amérique par différentes mesures incitatives notamment le fait que celui qui les a accomplies a droit au remboursement de frais d'avocat au titre d'indemnisation pour délit de contrefaçon. Ces formalités facilitent la preuve de la qualité de titulaire de droit sur l'œuvre et jouent en même temps la fonction d'avertissement du public afin de ne pas commettre le délit de contrefaçon. C'est ainsi que la mention du nom du titulaire du droit sur l'œuvre est tout à fait capitale y compris, bien entendu, la publication de l'œuvre sous forme d'exemplaires. C'est dans ce sens qu'il convient de reconnaître que le copyright accorde une grande importance à l'intérêt du public. C'est l'intérêt du public qui commande la mention du nom du titulaire de droits sur l'œuvre.

146. En revanche, le droit britannique, comme on l'a dit, reconnaît certes le droit moral dans la loi de 1988, entrée en vigueur le 1^{er} août 1989, mais il en fait une application bien limitée. Le droit d'identification de l'auteur sur lequel repose la présomption d'attribution ne s'applique qu'aux œuvres publiées ou exécutées en public à titre commercial ; il est exclu à l'égard de certaines œuvres dont les programmes d'ordinateur ainsi que les œuvres réalisées dans le cadre du contrat du travail. De surcroît, la notion d'auteur n'a pas été formellement définie tant dans la loi que dans les conventions internationales, notamment

³²¹ Unesco, L'ABC du droit d'auteur, in <http://www.unesco.org/culture/copyright>.

dans la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 tout comme dans ses révisions subséquentes. M. Ricketson avance que si le terme d'auteur n'a pas été défini en 1886, c'est par ce qu'il y avait, à cette époque, consensus sur sa signification et, s'il n'a pas été défini lors des révisions ultérieures, c'est par ce qu'entre-temps, les divergences entre législations nationales se sont développées³²². Pour preuve, la notion anglaise « d'*Author* » se détache en partie non seulement de la notion de l'Europe continentale d'auteur mais aussi de celle des Etats-Unis d'Amérique.

147. Ainsi, pour de raisons de comparaisons entre le droit d'auteur français et le copyright, on va d'abord établir qu'il y a une dualité de conception de la qualité d'auteur entre les deux systèmes en présence (chapitre I) et que malgré l'identité de l'approche probatoire basée sur la même présomption de paternité ou d'attribution, le copyright vise l'identification des titulaires originaires et dérivés des droits d'auteur et non pas seulement le créateur de l'œuvre comme le fait le droit d'auteur français (chapitre II).

³²² S. Ricketson, *The copyright Term*, in IIC, 1992, p 158.

Chapitre I. De la qualité d'auteur et son contexte de formation dans le copyright.

148. Dans cette section, il sera question de montrer que la qualité d'auteur dans le copyright n'est pas fondée exclusivement sur la création de l'œuvre comme en droit d'auteur français. Les œuvres protégées se distinguent également de celles qui sont dans le domaine du droit d'auteur (Section I). Cette conception de la qualité d'auteur procède bien entendu du contexte de formation de la notion d'auteur (Section II).

Section I. Qualité d'auteur et œuvres protégées dans le Common Law.

149. L'analyse de la qualité d'auteur et des œuvres protégées dans le Common Law se fera d'abord en droit britannique (§1) puis en droit américain (§2).

§1. En Grande-Bretagne.

150. A l'issue des amendements subséquents du copyright Act de 1911, de celui de 1956 qui l'a étendu à l'enregistrement des sons et des images, au titre de format typographique d'œuvres publiées et de celui de 1988 entré en vigueur en août 1989, la distinction entre les œuvres d'auteurs et celles des entrepreneurs a pris fin³²³. Néanmoins, le législateur anglais distingue la catégorie des œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques de celle des films et enregistrements sonores, émissions diffusées et programmes distribués par câble et de celle de présentation typographique d'éditions publiées. C'est tout de même une façon de considérer que les diverses catégories d'œuvres ne sont pas de même nature. Leurs créateurs ou réalisateurs revêtiront tous la même qualité d'auteur.

151. Par ailleurs, la règle de fond, permettant de savoir à qui s'attache la qualité d'auteur est donnée à l'article 9, 1) du CDPA 1988 lequel dispose : « on entend par auteur, par rapport à une œuvre, la personne qui a créé celle-ci. » Le créateur réel d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale est considérée comme auteur ; c'est-à-dire le créateur humain. Mais, lorsque ces œuvres sont générées par ordinateur, la personne qui prend les dispositions nécessaires à la création de ces œuvres en est l'auteur³²⁴. Les œuvres créées par ordinateur renvoient aux conditions d'exclusion de toute intervention humaine³²⁵.

³²³ Art 1 CDPA 1988.

³²⁴ Art 9, al. 3 CDPA 1988

³²⁵ Art 178 CDPA 1988.

Dès lors, M. Rahmatian³²⁶ soutient que quand le copyright anglais dit que l'auteur est la personne qui crée l'œuvre, cela signifie que l'auteur est le producteur ou le concepteur (*maker or deviser of the work*). L'auteur est également défini comme la personne qui réalise les arrangements nécessaires à la création de l'œuvre lorsqu'il s'agit des œuvres dites d'auteur, généralement attachées aux œuvres littéraires, dramatiques ou artistiques. Il pourrait être une personne humaine. Ce va et vient de la notion d'auteur ne s'oppose pas expressément à ce que la qualité d'auteur soit reconnue à la personne morale et cela reflète l'idéologie de protection de l'investissement. Depuis que la titularité des œuvres générées par l'ordinateur a été affirmée et que la qualité d'auteur est conceptuellement requise pour attribuer la titularité originaire de droit d'auteur, l'auteur ne pouvait plus être défini qu'artificiellement par la loi. Ainsi, quand on dit en Grande Bretagne que l'auteur d'une œuvre littéraire, musicale ou artistique est la personne qui l'a créée³²⁷, cela ne veut pas pour autant dire qu'il n'y a pas de problème d'identification de l'auteur d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. Il arrive en effet que l'on ne sache pas si la personne qui s'est investie dans la production de l'œuvre peut être considérée comme auteur ou créateur. La réponse à cette interrogation passe par le critère d'originalité³²⁸.

En effet, si la contribution de la personne a été jugée suffisamment originale en termes de travail, de compétence et d'effort susceptible d'apporter un changement matériel significatif à l'œuvre, alors elle est auteur de l'œuvre en question ou bien lorsque la contribution faite par une personne est d'un niveau abstrait comme c'est le cas pour l'idée d'un jeu ou un livre ou encore dans la structure d'un programme d'ordinateur. Nous reviendrons plus loin sur le rapport entre l'originalité et la création dans la preuve de la qualité d'auteur. Ici, on constate simplement que les critères d'originalité dans le copyright britannique sont attachés aux prérogatives patrimoniales de l'auteur et non pas à la personnalité de l'auteur.

152. S'agissant des œuvres non originales comme les enregistrements sonores et les films, l'auteur correspond à la personne qui prend les dispositions nécessaires à la réalisation

³²⁶ A. Rahmatian, *Copyright and Creativity, The Making of Property Rights in Creative works*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p 172-173

³²⁷ Art 9 al. 1 CDPA 1988.

³²⁸ Art 1al. 1, a) in fine CDPA 1988.

de ceux-ci³²⁹ ; pour les émissions de radiodiffusion, l'auteur est la personne qui réalise l'émission³³⁰, les programmes distribués par câble revenant à la personne qui réalise le service de câblodistribution dans le cadre duquel le programme est distribué³³¹ et les présentations typographiques d'éditions publiées à l'éditeur³³² ; bref, dans ces hypothèses, d'autres personnes que les créateurs sont réputées auteurs. Dans le cas du film, le producteur et le réalisateur principal sont des auteurs tandis que dans le cas de l'enregistrement sonore, c'est le producteur³³³. Ces personnes que la loi désigne comme auteur ici peuvent être même des personnes morales. En Grande-Bretagne, « l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire de tout copyright existant sur celle-ci³³⁴. » Ces dispositions sur la qualité d'auteur ont pour effet d'altérer subtilement le sens de la notion d'auteur, qui, de créateur, devient synonyme d'entrepreneur. La règle du premier alinéa de l'article 9 selon laquelle l'auteur est le créateur n'a plus une portée générale³³⁵.

153. Il sied aussi de noter une regrettable évolution de la loi de 1988 sur le plan terminologique par rapport au Copyright Act de 1956 qui distinguait au chapitre VI, titre II, section II d'une part, les œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques originales, pour lesquelles le mot auteur était employé au titre Ier de la loi³³⁶, et d'autre part, les objets non-originiaux protégés au titre II (enregistrements sonores, films) pour lesquels le copyright était accordé au réalisateur (*maker*) entendu au sens de la personne qui prend les dispositions nécessaires pour la réalisation du film. Autrement dit, sous l'ancienne loi, le terme auteur était réservé à l'être humain et celui de réalisateur aux objets protégés ; il suit que cette loi faisait preuve de beaucoup de rigueur dans l'emploi des termes.

³²⁹ Art 9, al. 2, a) CDPA 1988.

³³⁰ Art 9, al. 2, b) CDPA 1988.

³³¹ Art 9, al. 2, c) CDPA 1988.

³³² Art 9, al.2, d) CDPA 1988.

³³³ Art 9, al. 1, aa) et ab) CDPA 1988.

³³⁴ Art 11, al. 1 de la loi de 1988 ; il reprend la définition du terme auteur que l'on trouvait déjà à l'article 4, 1) du CA 1956 et à l'art 5, al. 1 du CA 1911.

³³⁵ A. Strowel, *Droit d'auteur et Copyright*, préc, p 382.

³³⁶ Art 2 et 3 CA 1956.

154. Pour les auteurs salariés, la loi déroge aux deux règles selon lesquelles l'auteur est le créateur³³⁷ et le premier titulaire du copyright³³⁸. En effet, elle dispose que « lorsqu'une œuvre littéraire, dramatique ou artistique est créée par un employé dans le cadre de son emploi, l'employeur est, sous réserve de toute stipulation contraire, le premier titulaire de tout copyright sur cette œuvre. »³³⁹ Cette règle vaut uniquement pour les œuvres originales puisque pour celles non originales, le copyright a déjà été accordé à une autre personne que le créateur. Si l'on exclut le cas des œuvres non originales et celui, très particulier accordé à la Couronne (sa Majesté) pour les œuvres des fonctionnaires ou employé de la couronne dans l'exercice de leurs fonctions, les lois du parlement et les mesures du synode général de l'église d'Angleterre³⁴⁰, la règle des auteurs salariés est la seule exception au principe selon lequel l'auteur est le premier titulaire.

Dès lors, lorsque le copyright britannique dispose dans sa section 104 de la loi de 1988 sur le *Copyright, Design and Patent Act* que la personne dont le nom apparaît sur l'ouvrage publié ou sur une œuvre qui a été créée soit présumé celui de l'auteur³⁴¹, il est à savoir s'il se réfère ou non à cette conception de l'auteur-titulaire des droits sur l'œuvre³⁴². De toutes les façons, le concept d'auteur apparaît ici comme une construction artificielle ou une fiction juridique en vue de l'attribution des droits plutôt que comme désignant une personne investie des droits personnels du fait de la création de l'œuvre. Le droit britannique dissocie les notions de créateur et d'auteur au lieu de les confondre comme le fait le droit français. Cela implique que si l'auteur peut être le créateur de l'œuvre, tout auteur n'est pas nécessairement créateur dans le copyright britannique. Pour preuve, l'éditeur de l'œuvre publiée pour la présentation typographique est également réputé auteur³⁴³. Ainsi, s'il se dégage un consensus général sur la personne qui est auteur de la catégorie des œuvres traditionnelles comme les

³³⁷ Art 9, al. 1 CDPA 1988.

³³⁸ Art 11, al. 1 CDPA 1988.

³³⁹ Art 11, al. 2 CDPA 1988

³⁴⁰ Art 11, al. 3 CDPA 1988.

³⁴¹ Art 104, al. 2 : « *Where a name purporting to be that of the Author appeared on copies of the work as published or on the work when it was made, the person whose name appeared shall be presumed, until the contrary is proved – a) to be the author of the work ;* »

³⁴² Sur les aspects propriétaires du droit d'auteur, voir A. Ramhatian, *Copyright and Creativity, The Making of Property Rights in Creative works*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p 56-60 : les œuvres entrepreneuriales sont protégées en droit d'auteur par les droits voisins et l'originalité des œuvres dites « petite monnaie » ou « small change » recourt au même critère que les œuvres conceptuelles individuelles de l'auteur et l'auteur conclut que le concept de Property est une notion de bien dématérialisé créée normativement. Ce qui correspond au droit de propriété ou droit réel (*ius in rem*) relatif à un objet.

³⁴³ Art 9, al.2, d) CDPA 1988.

œuvres littéraires, dramatiques et artistiques, il n'en est pas de même des œuvres des entreprises et des œuvres générées par l'ordinateur où l'auteur est la personne qui réalise la création de l'œuvre. Toutefois, la symétrie des systèmes du droit d'auteur et du copyright n'existera plus à l'égard des œuvres dites traditionnelles lorsque l'auteur-créateur aura renoncé à sa qualité lors de la cession de droits et surtout s'il ne revendique pas l'exercice de son droit d'identification sur lesdites œuvres.

155. En droit d'auteur français en revanche, l'auteur est la personne qui a réalisé une contribution créative de l'œuvre ; les arrangements techniques ne comptent pas. En effet, l'originalité est constituée des fruits que portent en eux les créateurs et naît uniquement de leur esprit riche. Une telle interprétation est liée au concept classique de l'auteur comme l'apprehende la loi et la jurisprudence de l'Europe continentale, c'est-à-dire une conception qui regarde les œuvres des auteurs comme étant l'émanation de leur personnalité ; c'est ce qui justifie la reconnaissance permanente du droit moral. Ce qui n'est pas le cas en Grande Bretagne où les droits d'auteurs ont été considérés d'ordre patrimonial et les œuvres comme divers objets protégés par le copyright³⁴⁴. A titre d'exemple, le droit moral de l'auteur à être identifié en tant que tel peut être transmis pour cause de mort à la personne désignée par le *de cuius* ou à défaut des dispositions testamentaires, à la personne à qui sont dévolus les droits patrimoniaux si ceux-ci font partie de la succession ou, le cas échéant, aux exécuteurs testamentaires³⁴⁵. Néanmoins, c'est cette dernière conception du droit de paternité sur les œuvres originales qui semble harmoniser les deux systèmes de droit d'auteur par son introduction dans la loi britannique sous réserve de la renonciation à la qualité d'auteur et moyennant revendication expresse de l'exercice du droit de paternité par l'auteur dont on parlera en détail plus loin. Pour approcher de manière satisfaisante la notion d'auteur dans le Common Law, il semble important de compléter l'analyse faite dans le copyright britannique par celle du droit américain.

³⁴⁴ L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law*, préc, p 31 : « *work is the term used in British law to describe the various objects that are protected by copyright* ».

³⁴⁵ Art 95 al. 1 CDPA de 1988.

§2. Aux Etats-Unis d'Amérique.

156. Le copyright Act américain de 1909, pas plus que la loi de 1976 sur le copyright ne donne de définition générale de ce qu'il faut entendre par « auteur ». En effet, pour chaque droit exclusif compris dans le copyright, celui-ci désigne le titulaire de ce droit particulier³⁴⁶. La question qui se pose alors est celle de savoir si l'auteur dans ce système juridique est bien une personne physique qui a créé l'œuvre ou non. Lorsque la loi dispose que les enfants d'une personne comprennent la descendance immédiate de cette personne, une allusion sans équivoque est faite en direction de la personne humaine. Ensuite, lorsqu'elle dispose que le veuf ou la veuve de l'auteur est le conjoint survivant, en vertu de la loi applicable au domicile de l'auteur au moment de sa mort, que ce conjoint se soit ultérieurement remarié ou non, la définition suggère que l'auteur peut être une personne physique, mais ne permet pas d'exclure que l'auteur soit une personne morale. Il n'y a pas de dispositions du copyright américain indiquant que le terme « *Author* » renvoie à celui qui a conçu et réalisé l'œuvre c'est-à-dire le créateur. Cela apparaît plutôt dans la jurisprudence et dans la vie courante comme une donnée triviale. Il est néanmoins clairement indiqué que « le copyright sur une œuvre (...) échoit à titre originaire à l'auteur ou aux auteurs de l'œuvre. »³⁴⁷

157. Faute d'une disposition légale explicite indiquant de manière claire la définition de l'auteur, la jurisprudence s'est vue dans l'obligation d'y suppléer. La cour suprême des Etats-Unis d'Amérique définit l'auteur comme celui à qui quelque chose doit son origine.³⁴⁸ Dans le même arrêt, la cour suprême reprend l'opinion d'un juge dans l'affaire portant sur des photographies selon laquelle un auteur est une personne qui est effectivement, autant qu'il est possible, la cause de l'image qui est produite, c'est-à-dire la personne qui a dirigé l'arrangement, qui a en réalité donné forme à la photographie en disposant les personnes et en aménageant le lieu où elles devaient se placer.³⁴⁹ La cour suprême a par ailleurs soutenu que le terme auteur ne doit pas être interprété dans « son sens étroit, mais plutôt, de façon à ce que le sens reflète la signification étendue des principes constitutionnels. Tandis qu'un auteur peut être entendu comme un individu qui rédige une composition originale, le terme, dans son

³⁴⁶ Art 101 CA.

³⁴⁷ Art 201 (a) CA 1976.

³⁴⁸ Aff. *Burrow-Gilles Lithographic Company vs Sarrony*, 111 U.S.53, 58, C.O Bull., 1789-1909, 13, 503, 505 (1884) : « *He to whom anything owes its origin ; originator, maker ; one who completes a work of science or literature.* »

³⁴⁹ Aff. *Nottage vs Jackson*, 11 Q.B 627 (1883).

acception constitutionnelle, a été interprété pour désigner ‘celui qui est à l’origine’ ; celui à qui quelque chose doit son origine’.³⁵⁰ ». Cette acception du terme auteur semble tellement large qu’elle devient finalement ambiguë. La cour suprême des Etats-Unis d’Amérique a arrêté qu’en règle générale, l’auteur est la partie qui crée en fait l’œuvre, c’est-à-dire la personne qui fixe une idée dans une forme d’expression tangible et sujette à la protection par le copyright³⁵¹.

158. Toutefois, la loi prévoit une importante exception concernant les œuvres créées dans le cadre d’un contrat de louage d’ouvrage ou de services. Ainsi, chaque fois que le législateur américain souhaite s’écarter de cette solution principale qui considère l’auteur comme créateur, il prend une disposition spéciale et ce, de manière explicite. Il dira par exemple que le mot auteur comprend l’employeur lorsque les œuvres sont réalisées dans le cadre d’un louage d’ouvrage ou de services³⁵².

L’ambivalence de la qualité d’auteur dans le copyright en général dépend essentiellement du cadre historique d’émergence de la notion d’auteur.

Section II. Contexte de formation de la notion d’auteur dans le Common Law.

159. Le droit comme tous les arts est essentiellement historique. Si on se contente de le considérer uniquement sur le plan du droit positif, il serait un simple amas des normes réglementaires difficile à comprendre. Il faut donc l’envisager, si besoin en est, sous l’angle historique afin de connaître ses fondements et cerner ses évolutions.

160. Le contexte historique de la présomption d’attribution est celui de la naissance du copyright lui-même ; ce dernier est à son tour fonction du contexte de formation de la notion d’auteur dans ce système. Et pour comprendre la formation de la notion d’auteur dans le copyright britannique, il faut connaître le contexte dans lequel les droits ont évolué en tant que prérogatives patrimoniales. Ce contexte sera mis en parallèle avec les grandes étapes de

³⁵⁰ Aff. Goldstein vs California 412 U.S. 546 (1973).

³⁵¹ Aff. Community for creative Non-Violence v Reid 109 S Ct. 2166, 2171 (1889), RIDA, avril 1990, n° 144, p 148 et s, note de JM. Kernochan, p 166 et s : la CCNV a commandé au sculpteur Reid la fabrication d’une statue représentant la scène de la nativité en vue de susciter, à l’époque de Noël, des dons du public, et où, au lieu de la sainte famille traditionnelle, deux personnages adultes et un enfant représentent les sans-logis.

³⁵² Art 26 du CA 1909.

l'évolution du droit d'auteur français et du soubassement utilitaire du copyright américain pour une meilleure intelligence des disparités des systèmes de droit d'auteur en présence. Il sera relevé dans cette section, la domination des auteurs par les libraires et l'importance consécutive de la publication de l'œuvre afin de mieux cerner la portée exacte de la mention du nom sur l'œuvre tant en droit britannique (§1) qu'en droit américain (§2).

§1. En Grande-Bretagne

A- Domination de créateurs par les libraires

161. Ce sont les circonstances historiques qui ont fait que la Grande Bretagne prenne une trajectoire différente de l'Europe continentale³⁵³. On remarquera la domination des auteurs par les libraires et celle des auteurs sur les libraires en Grande Bretagne comme en France suivie de la dialectique de la domination des libraires dans le copyright britannique. En France cette dialectique des auxiliaires de la création littéraire et artistique s'opère sous la forme de la reconnaissance des droits voisins de l'auteur et de la montée en puissance de leurs titulaires qui ne font pas l'objet de la présente étude.

162. Avant le Statute of Anne, le copyright britannique fut marqué par le système de privilèges royaux accordant à des personnes ou groupes de personnes les droits exclusifs d'impression et d'édition des livres. A côté des privilèges royaux, il y avait aussi les privilèges parlementaires que les deux chambres, des communes et de Lords, accordaient en vue de l'impression de leurs actes, débats et procédures³⁵⁴. Ces deux sortes de privilèges étaient suivis par le *Stationers copyright*. En effet, au début du 15^e siècle avait existé une corporation des imprimeurs, relieurs et éditeurs nommée Stationners. Cette corporation avait bénéficié en 1557 d'une charte de la Reine Marie d'Angleterre lui accordant le monopole d'impression, d'édition et de publication de livres sur le royaume et même à Londres en contrepartie de la censure des livres en défaveur de la Reine et de l'église³⁵⁵. Le rapport présenté pour l'adoption du projet de loi indiquait qu'il visait à réglementer la presse et à prévenir les écrits diffamatoires et séditeux, et de ce fait, il était de plus propre pour assurer la paix dans le royaume³⁵⁶.

³⁵³ H. Sakata, la formation du concept de l'auteur dans le copyright britannique, in RIDA, n° 236, avril 2013, p 8.

³⁵⁴ H. Tomas Gomez-Arostegui, The Untold story of the first Copyright suit under the statute of Anne in 1710, 25 Berkeley technology Law Journal, 1247, (2010) in <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj>.

³⁵⁵ Royal charter of the Company of Stationers (1557), in http://www.copyrighthistory.org/record/uk_1557; F. Benhamou et J. Farchy, Droit d'auteur et copyright, paris, La découverte, 2009, P 20.

³⁵⁶ Commentaire de Clegg sur Royal Charter of the Company of Stationers : « The Stationers (...) agreed to act as the willing watchdogs of the press », in http://www.copyrighthistory.org/record/uk_1557.

163. Plus tard, la loi dite *Licensing Act* de 1662 sur l'autorisation préalable va disposer que l'on avait des droits exclusifs sur la copie que lorsque le manuscrit était inscrit sur le registre de la compagnie. Ainsi, tout membre de la compagnie qui achetait les manuscrits avait des droits exclusifs de les imprimer et de les publier sous forme de livres. L'inscription des manuscrits devait se faire au nom des membres de la compagnie. Seuls ceux-ci, c'est-à-dire les membres de la compagnie Stationners, avaient le droit de procéder à l'inscription des manuscrits et à procéder par la suite à l'impression et à la publication des livres. L'auteur du manuscrit, même s'il était en possession de celui-ci, n'était pas autorisé à l'inscrire et ne pouvait donc pas bénéficier des droits légaux. Les membres dont l'inscription avait été approuvée pouvaient donc interdire l'impression et la publication du manuscrit. Après avoir vendu le manuscrit à une maison d'édition, l'auteur du manuscrit perdait désormais ses droits sur le manuscrit. Le droit d'imprimer et de publier le manuscrit sous forme de livre revenait alors à l'acheteur membre de la compagnie³⁵⁷. Dans la pratique, l'auteur ne se différenciait pas de l'artisan chargé de l'une des étapes du processus allant de l'impression à la publication.

164. Après 100 ans de monopole de la compagnie, le marché de l'édition est devenu de plus en plus concurrentiel avec le développement des éditions piratées. L'action de Stationners se concentrera sur les éditions non autorisées. Les éditeurs non membres de la compagnie ainsi que la presse critiquaient sévèrement ce monopole. Le climat favorable qui régnait à l'époque a fait que les prérogatives économiques d'édition soient tenues pour des droits afin de protéger le monopole des imprimeurs et éditeurs. Le comble est arrivé avec le refus du parlement de renouveler la *Licensing Act* qui va expirer en 1695 grâce aux actions de lobbying menées par John Lock et d'autres parlementaires et intellectuels³⁵⁸. En effet, dans la querelle qui opposait les libraires anglais entre privilégiés et non privilégiés, les premiers eurent recours à la théorie de la propriété³⁵⁹. Les libraires titulaires de privilèges se basaient sur la théorie de la propriété pour réclamer le renouvellement de leurs privilèges. On pouvait lire dans leurs pétitions que le travail donne à l'homme un droit naturel de propriété sur ce qu'il produit : les compositions littéraires sont le résultat d'un travail ; les auteurs ont donc un droit naturel de propriété sur leurs œuvres³⁶⁰. Pour les libraires, les productions de l'esprit devaient être considérées comme des biens que les auteurs leur auraient cédés³⁶¹.

³⁵⁷ H. Sakata, la formation du concept de l'auteur dans le copyright britannique, préc, p 10.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ A. Strowel, Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences. Etude de droit comparé, Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 1993, n° 87.

³⁶⁰ R. Chartier, Culture écrite et société : l'ordre des livres (XIV-XVIIIe siècle), Albin Michel, 1996, p 53.

³⁶¹ L-Y. Ngombe, Le droit d'auteur français et le copyright américain. Fondements historiques. Etude comparative, thèse, Université de Nantes, 2000, p 318.

Les termes de la décision rendue par la chambre des pairs rejetant la demande de renouvellement des libraires privilégiés témoignent de l’empreinte de Locke : « *the booksellers are impowered to hinder the printing of all innocent and useful books ; and have an opportunity to enter a title to themselves, and their friends, for what belongs to, and is the labour and right of others*³⁶² ». Les libraires ont fait valoir l’argument selon lequel la propriété émane du travail de l’individu et que les livres étaient particulièrement le produit d’un travail humain³⁶³. En revanche, la protection juridique de l’auteur de l’œuvre n’a pas été prise en compte. Cette indifférence relative de l’auteur dans le copyright sera une des caractéristiques constantes des législations des pays du système du Common Law. Cela se reflète dans la loi britannique qui présume que l’employeur est le titulaire initial des droits sur l’œuvre faite par un employé³⁶⁴ et, dans la reconnaissance limitée du droit moral³⁶⁵.

165. Compte tenu de ce manque de considération juridique de l’auteur, il sera élaboré la théorie dite de valeur-travail selon laquelle ceux qui ont fourni un travail doivent être justement récompensés. En application de cette théorie, le fruit du travail de création des livres et autres écrits revenait à l’auteur même qui avait travaillé dur pour le rédiger et personne d’autre que l’auteur lui-même ne devait être le sujet légitime des droits légaux sur son œuvre³⁶⁶. Comme on peut bien s’en rendre compte, c’est la même théorie conçue en faveur des auteurs qui a inspiré aussi bien les diffuseurs qui réclamaient une protection légale à travers le renouvellement de leurs privilèges que les autorités de l’époque³⁶⁷. C’est sans doute cette proposition de Lock qui ouvrira la voie à l’émergence de l’auteur en tant que sujet de droits légaux consacrés dans le *Statute of Anne* en 1710. Les bases des lois modernes sur le droit d’auteur remontent déjà à cette époque où le droit de reproduire ou d’autoriser quelqu’un d’autre que l’auteur à reproduire l’œuvre devait émaner de l’auteur lui-même.

³⁶² L.R. Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, p 27 Traduction française : « les libraires sont habilités à entraver l’impression de tous les livres innocents et utiles et ont la possibilité de valider un titre pour eux-mêmes et leurs amis, pour le travail et le droit des autres qui leur appartiennent. »

³⁶³ A.C. Yen, *Restoring the Natural Law : copyright as Labour and possession*, IPLR, vol. 23, 1991, p. 517.

³⁶⁴ Art 11 al. 2 CDPA 1988.

³⁶⁵ Art 77-85 CDPA 1988, chapitre IV ; voir aussi L Bently et B Sherman, *Intellectual Property Law*, préc, p 32.

³⁶⁶ H. Sakata, *la formation du concept de l’auteur dans le copyright britannique*, préc, p 14-16.

³⁶⁷ L-Y. Ngombe, *Le droit d’auteur français et le copyright américain*, préc, p 315.

166. Après les échecs répétés pour renouveler le monopole qu'ils avaient, les imprimeurs et éditeurs ont mis en avant les concepts d'auteur et de titulaire de droits en se fondant sur le modèle de Locke : l'impression, l'édition et la réimpression des livres sans l'autorisation de leurs auteurs sont préjudiciables à ceux-ci et aux titulaires de droits³⁶⁸. Ainsi, contrairement au *Licensing act* de 1662 qui a accordé le monopole d'impression et d'édition par consentement royal, la nouveauté du Statute Act de la reine Anne consiste à évoquer la notion d'auteur et de titulaire de droits comme étant l'une des personnes réputées être sujets de droits légaux au même titre que les imprimeurs et les éditeurs. L'auteur n'est plus un simple rédacteur du manuscrit, un artisan en charge de l'une des étapes du processus d'impression et de publication du livre. Voici quelques illustrations de l'évocation de la notion d'auteur³⁶⁹ :

1) En ce qui concerne les livres déjà imprimés en 1710 : les auteurs qui n'avaient pas vendu ou cédé leurs copies à autrui, ou les imprimeurs, libraires ou autres tiers qui avaient acheté ou acquis gratuitement leurs copies jouissaient du droit exclusif et de la liberté de les imprimer pendant 21 ans à compter du 10 avril 1710.

2) En ce qui concerne les livres, déjà ou pas encore écrits, n'ayant pas encore été imprimés ou publiés en 1710 : les auteurs ou, en cas de cession des copies, les cessionnaires jouissaient du droit exclusif de les imprimer et réimprimer pendant 14 ans à compter de la date de la première publication.

3) Si l'auteur était toujours en vie à l'expiration de cette période de 14 ans, le droit exclusif et la liberté d'imprimer et de céder les copies reviendraient à l'auteur et lui appartiendraient pendant une nouvelle période de 14 ans.

C'est donc sous la loi de la Reine Anne que l'auteur acquit les droits légaux d'impression et de publication de ses livres mais, dans la pratique, il était assez courant que l'auteur vende son manuscrit et qu'il cède ses droits à l'imprimeur ou à l'éditeur. Obligés de renoncer à leurs droits, les imprimeurs et éditeurs se retournèrent vers les auteurs pour faire reconnaître leurs droits d'impression et d'édition au titre d'héritiers de la famille des auteurs.

167. La prédominance de la *Stationers company* s'est révélé depuis 1557 jusqu'au *Copyright Act* de 1911 qui a non seulement extirpé du Common Law copyright les œuvres non publiées mais aussi abandonné toutes les exigences des formalités, particulièrement, le

³⁶⁸ Idem, p 20.

³⁶⁹ Idem, p 22-24.

besoin de l'enregistrement par le truchement de la *Stationers Company*³⁷⁰. M. Sakata³⁷¹ précise que la notion d'auteur dans la loi de la Reine Anne n'a rien à voir avec celle de l'auteur romantique. L'auteur dans la loi de la Reine Anne est conçu selon la théorie de valeur-travail de John Locke selon laquelle les droits sont la récompense de la composition des livres en tant que travail effectué par les auteurs. Aucune donnée n'indique que le concept romantique de l'auteur ait été pris en compte par le parlement lors de l'examen de la loi de la Reine Anne. Ainsi, les auteurs mentionnés et identifiés comme tels dans la loi de la Reine Anne ne sont que des titulaires de droits. D'où l'exigence de la condition de fixation des œuvres en vue de leur protection par le copyright et sans doute l'importance de la publication des livres dans le copyright britannique.

168. Le copyright moderne a donc commencé en Angleterre au 18^e siècle au moment où les libraires et les imprimeurs revendiquaient la protection de leurs droits en invoquant la théorie de la propriété intellectuelle. Il a été accordé un monopole d'exploitation à ceux qui investissent pour la création des œuvres. Le *Statute of Anne* s'est inscrit dans la vision de l'encouragement de l'apprentissage comme l'atteste le sens de son intitulé original³⁷². La domination historique des auteurs par les auxiliaires de la création a fini par se traduire subtilement sur le plan juridique.

169. En droit français, la réalité du contexte économique et technique est bien présente au sein du droit d'auteur. M. Caron a écrit que ce n'est pas par ce que le droit d'auteur s'intéresse à l'art qu'il ignore les données économiques. En effet, des origines à nos jours, le droit d'auteur est toujours intervenu dans des domaines dominés par d'importants investissements : ceux des libraires au 18^e siècle et ceux des producteurs des films ou d'éditeurs de logiciels au début du 21^e siècle³⁷³. Il entretient aussi une relation étroite avec le progrès technique : hier, au 18^e siècle, il s'agissait d'appréhender l'imprimerie, puis au 19^e siècle, le droit d'auteur va s'intéresser aux photographies et aux autres techniques modernes.

³⁷⁰ L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law*, 3^e édition, Oxford University Press, Oxford, 2009, p 33.

³⁷¹ H. Sakata, *La formation du concept de l'auteur dans le copyright britannique*, préc, p 26 ; L-Y. Ngombe, *Le droit d'auteur français et le copyright américain*, préc, p 315 : « la théorie anglaise du droit naturel de propriété s'est développée comme la combinaison de deux traditions légales : la doctrine romaine de la possession et la philosophie morale de Locke. En d'autres termes, les anglais, puis les américains voyaient la propriété comme la revendication du droit d'une personne sur les fruits de son travail. »

³⁷² *A Bill of encouragement of Learning, and for Securing the Property of Copies of books to the Rightfull Owners thereof* in http://www.copyrighthistory.org/record/uk_1710a.

³⁷³ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e édition, Paris, LexisNexis, 2015, p 6.

Arrivée au 20^e siècle, la cinématographie sera rapidement accompagnée de la radiodiffusion puis de la télévision. Cette dernière s'affranchira rapidement des transmissions hertziennes pour s'intéresser aux câbles, au satellite et maintenant au numérique³⁷⁴.

170. Il faut avoir présent à l'esprit le fait que le droit d'auteur français est également né du commerce et des revendications des marchands, en l'espèce les libraires. Lorsque la question du droit d'auteur se pose au 18^e siècle en France³⁷⁵, en Grande-Bretagne et ailleurs, la préoccupation fondamentale était la protection des libraires ou éditeurs. En France, tout avait commencé avec l'arrêt rendu le 30 Août 1777 par le conseil du Roi à propos de la querelle entre les libraires de Paris et ceux de province qui durait depuis plusieurs années déjà. Les libraires de Paris étaient titulaires de privilèges sur la plupart des ouvrages. Ce qui leur donnait le droit exclusif de les imprimer (ou de les faire imprimer) et de les vendre. La durée de ces privilèges étant limitée, les libraires en demandaient le renouvellement et souhaitaient qu'il fût systématique. Les libraires de province, victime du quasi-monopole des libraires parisiens, s'opposaient à ces renouvellements, invoquant l'intérêt du public³⁷⁶. Le préambule de cet arrêt précisa : « que l'auteur a sans doute un droit plus assuré à une grâce plus étendue, tandis que le libraire ne peut se plaindre si la faveur qu'il obtient est proportionnée à l'importance de son entreprise³⁷⁷. A la suite des « querelles des théâtres » entre les entreprises de spectacles et les auteurs des œuvres dramatiques mal rémunérés, le droit d'auteur français va focaliser son attention sur la protection de l'auteur en tant que créateur de l'œuvre. La tendance sera ensuite institutionnalisée avec la Révolution³⁷⁸.

171. Après la Révolution, deux textes principaux vont être adoptés en 1791 et en 1793. Le premier fait suite au rapport le Chapelier qui affirme que l'auteur doit être protégé contre l'usurpation de son droit par les comédiens. Ces derniers sont pour les auteurs dramatiques ce que les imprimeurs et les libraires sont pour les écrivains ; les uns et les autres transmettent au

³⁷⁴ Idem.

³⁷⁵ L-Y. Ngombe, *Le droit d'auteur français et le copyright américain*, préc, p 130 : « le 30 Août 1777 est une grande date pour l'histoire de la propriété littéraire. Ce jour le conseil du Roi rendit six arrêts. Le premier est l'arrêt portant règlement de discipline pour les compagnons imprimeurs. Le deuxième était relatif à l'établissement de ventes publiques de librairie. Le troisième réglait les formalités à observer pour la réception des libraires et imprimeurs. Le quatrième arrêt portait suppression et création de différentes chambres dans le royaume. Les deux derniers arrêts (...) portaient respectivement sur la durée des privilèges en librairie et sur les contrefaçons. »

³⁷⁶ Idem, p 131.

³⁷⁷ E. Laboulaye et G Guiffrey, *La propriété littéraire au XVIII^e siècle*, Paris, 1859, p 144.

³⁷⁸ F. Benhamou et J. Farchy, *Droit et Copyright*, préc, p 20-21.

public les pensées des hommes de génie, à cette différence près, que les comédiens sont bornés dans l'enceinte du théâtre sur lequel ils jouent, et que les autres n'ont que le monde entier pour limites. Le second rapport, celui de Lakanal, a donné lieu à la loi qui a accordé une forte protection à l'auteur³⁷⁹.

172. La première loi sur le droit d'auteur fut anglaise, le *Statute of Anne* de 1710, laquelle a réalisé le renversement des perspectives en faveur de l'auteur. Ce n'est qu'à partir de ce moment que le droit va de manière générale s'intéresser à l'auteur ; d'abord pour le surveiller et le contrôler par la censure et ensuite transformer cette surveillance pénale en protection civile³⁸⁰. Le droit d'auteur français a réussi à saisir l'opportunité de revendications des imprimeurs et libraires pour se retourner résolument vers la protection de l'auteur-créateur comme pivot ou centre d'action de son système juridique. Ce qui ne fut apparemment pas le cas du copyright. C'est dans ce contexte historique du droit d'auteur marqué par les revendications des commerçants et des industriels face à l'auteur-créateur qu'est établie la présomption d'attribution du copyright. Les catégories d'œuvres protégées en témoignent. L'exigence de consigner les œuvres littéraires, dramatiques ou musicales par écrit comme condition de leur protection par le droit d'auteur et le fait de considérer la date de leur mise par écrit comme celle de leur création³⁸¹ sont très éloquents alors qu'on sait que même un analphabète peut être créateur. D'où l'importance marquée de la publication des œuvres dans le copyright.

B- Publication de l'œuvre, notion-clé du copyright.

173. Le processus historique de formation de la notion d'auteur dans le copyright britannique indique la domination des commerçants ou entrepreneurs culturels et leur stratégie savamment pensée de reprendre les droits qui étaient les leur au fil du temps.

L'étude du contexte historique de la qualité d'auteur dans le copyright britannique révèle l'ambivalence apparente du concept auteur qui cache mal la conception dominante selon laquelle ici l'auteur est plus le titulaire des droits sur l'œuvre fixée que le créateur au sens romantique du terme. Le copyright britannique évoque sans ambages la publication de l'ouvrage et la production de l'œuvre comme soubassement de la présomption d'attribution des droits d'auteur³⁸².

³⁷⁹ Le moniteur universel, 15 janv. 1791, p 59.

³⁸⁰ M. Foucault, Qu'est-ce qu'un auteur, in Dits et écrits I, 1954 – 1075, Gallimard, 2001, p 827.

³⁸¹ Art 1, al. 3, 2) CDPA de 1988.

³⁸² Art 104 CDPA de 1988.

174. La première catégorie des présomptions concerne l'auteur d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique publiée et non publiée. A cet égard, la loi dispose : « lorsqu'un nom censé être celui de l'auteur figurait sur des copies ou exemplaires de l'œuvre publiée ou sur l'œuvre lors de sa création, la personne dont le nom était ainsi indiqué est présumée, jusqu'à preuve du contraire, être l'auteur de l'œuvre.³⁸³ » Il en est de même à l'égard de chacun des auteurs ayant collaboré à la création de l'œuvre³⁸⁴. En revanche, lorsqu'aucun nom censé être celui de l'auteur n'était indiqué mais que l'œuvre est susceptible d'être protégée et qu'un nom censé être celui de l'éditeur figurait sur des copies ou exemplaires de l'œuvre lors de sa première publication, la personne dont le nom était ainsi indiqué est présumé, jusqu'à preuve du contraire, avoir été titulaire du droit d'auteur au moment de la publication.

175. Quant au droit de l'auteur à ce que son nom ne soit pas porté sur l'œuvre qu'il a voulue anonyme, il semble que la question n'a pas été directement posée en Grande-Bretagne. On convient par contre qu'une telle divulgation ne saurait être tolérée tant elle violerait l'article 6 bis de la convention de Berne dans sa version de Rome (1928) ratifiée par la Grande-Bretagne. Mais pour respecter le désir de l'auteur de demeurer dans l'ombre, il a été prévu que les poursuites en contrefaçon se fassent par l'intermédiaire de l'éditeur. Si l'auteur de l'œuvre est décédé ou si l'identité de l'auteur ne peut être déterminée malgré les recherches, les allégations du demandeur concernant la première publication et le pays de cette première publication sont fondées³⁸⁵. Pour ce qui est d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale protégée par un droit d'auteur appartenant à la Couronne, lorsque les exemplaires imprimés de l'œuvre sont munis d'une mention indiquant l'année de la première publication de celle-ci dans le commerce, cette mention est recevable à titre de preuve des faits indiqués et est présumée exacte en l'absence de preuve contraire³⁸⁶.

176. La seconde catégorie des présomptions est relative à des enregistrements sonores, des films et des programmes d'ordinateur. La loi énonce qu'en ce qui concerne un enregistrement sonore, lorsque les copies de l'enregistrement mises en circulation dans le

³⁸³ Art 104 al. 2 CDPA 1988.

³⁸⁴ Art 104 al. 3 CDPA 1988.

³⁸⁵ Art 104 al. 4 et 5 CDPA 1988.

³⁸⁶ Art 106 CDPA 1988.

public sont munies d'une étiquette, ou d'une autre marque précisant qu'une personne dont le nom est indiqué était le titulaire du droit d'auteur sur l'enregistrement à la date de mise en circulation des copies, ou que la première publication de l'enregistrement a eu lieu une année donnée ou dans un pays donné, cette étiquette ou cette marque est recevable à titre de preuve des faits indiqués et est présumée comporter des mentions exactes jusqu'à preuve contraire³⁸⁷.

De même, en ce qui concerne le programme d'ordinateur, lorsque les copies du programme mises en circulation dans le public sous forme électronique sont munies d'une mention précisant le nom du titulaire du droit d'auteur sur le programme à la date de mise en circulation des copies, ou que la première publication du programme a eu lieu dans un pays donné ou que des copies en ont pour la première fois été mises en circulation dans le public sous forme électronique au cours d'une année donnée, cette mention est recevable à titre de preuve des faits indiqués et est présumée exacte jusqu'à preuve du contraire³⁸⁸.

Et lorsque les copies du film mises en circulation dans le public sont munies d'une mention précisant qu'une personne dont le nom est indiqué était l'auteur ou le réalisateur du film, qu'une personne dont le nom est indiqué était le titulaire du droit d'auteur sur le film à la date de mise en circulation des copies, ou que la première publication du film a eu lieu une année donnée ou dans un pays donné, cette mention est recevable à titre de preuve des faits indiqués et est présumée exacte jusqu'à preuve du contraire³⁸⁹. Pour le film projeté en public, radiodiffusé ou programmé dans un service de câblodistribution et qui comporte une mention du nom de l'auteur ou du réalisateur du film, ou encore celui du titulaire du droit d'auteur sur le film immédiatement avant la réalisation de celui-ci, cette mention est recevable à titre de preuve des faits indiqués et est présumée exacte jusqu'à preuve du contraire³⁹⁰.

177. De ce qui précède, la place de la publication des œuvres dans ce régime du copyright n'est plus à démontrer. Elle est capitale. On sait du reste l'importance des œuvres publiées dans l'apprentissage dont le renforcement est recherché par le truchement du copyright britannique depuis le *Statute of Anne*. On peut donc en conclure à la suite de M.

³⁸⁷ Art 105 al. 1 CDPA 1988.

³⁸⁸ Art 105 al. 3 CDPA 1988.

³⁸⁹ Art 105 al. 2 CDPA 1988.

³⁹⁰ Art 105 al. 5 CDPA 1988.

Sakata que la loi de la Reine Anne reconnaissait certes à l'auteur des droits d'impression et d'édition, mais cette reconnaissance de droits était le fruit de la stratégie intéressée des imprimeurs et éditeurs³⁹¹.

178. Par ailleurs, en parlant de la publication de l'œuvre et surtout de la mention du nom sur celle-ci comme l'un des éléments essentiels de la présomption d'attribution, on ne peut ignorer le droit moral d'identification de l'auteur qui a été reconnu par le copyright britannique. Si le rapport de dépendance n'est pas formellement établi entre les deux institutions, il est néanmoins logique que la présomption d'attribution de droits caractérisée par la mention du nom sur l'œuvre s'intéresse au droit d'identification de l'auteur qui l'alimente en ce qu'il consiste également en la mention du nom de l'auteur sur son œuvre.

179. Dans le chapitre IV de la loi britannique de 1988 sur le droit d'auteur se rapportant au droit moral de l'auteur constitué du droit d'être identifié en tant qu'auteur d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique ou en tant que réalisateur du film, du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et du droit de non divulgation de l'œuvre³⁹², le législateur britannique a encore mis l'accent sur la communication de l'œuvre au public. En effet, l'exercice du droit d'identification de l'auteur qui concerne notre matière est subordonné notamment à la communication de l'œuvre au public.

³⁹¹ Il est à noter que deux affaires sont particulièrement importantes dans le tournant de la notion d'auteur dans le copyright britannique, savoir l'affaire Millar versus Taylor et l'affaire Donaldson versus Beckett ; la première affirmait une conception romantique de l'auteur doté des droits permanents en Common Law, l'autre par contre les supprime.

³⁹² Art 77 CDPA de 1988 ; Y. Gendreau, La protection des photographies en droit d'auteur français, anglais, américain et canadien, Paris, LGDJ, thèse, 1994, p 174-175, n° 165 : elle a démontré que la protection du droit moral a été assurée dans le copyright britannique par le biais du droit commun de diffamation qui s'alliait à la loi sur les beaux-arts de 1862 (section 7) laquelle comportait une disposition tendant à protéger le droit à la paternité et ce, bien avant la loi de 1988. Néanmoins, cette protection n'avait pas le même niveau que celui de la France. Dans le même sens, voir S. Ricketson et J C. Ginsburg, International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and beyond, vol 1, Oxford, Oxford University Press, 2010, p 589, n° 10.06. D'autres auteurs y voient plutôt la protection de la réputation de l'auteur qui serait entamée en cas de modification de son œuvre et non pas un véritable droit moral de l'auteur ; voir P. Goldstein, International Copyright, Principles, Law and Practice, Oxford University Press, 2001, p 285. Dans ce sens, voir, H. Sakata, la formation du concept de l'auteur dans le copyright britannique, in RIDA, n° 236, avril 2013, p 2 : « Le rapport Gregory établi en 1951 affirme que la protection accordée par l'article 6 bis de la CB était assurée par la Common Law et diverses dispositions légales. De ce fait la Grande Bretagne estimait qu'elle respectait ses obligations internationales sur la question du droit moral. » ; à la P 4 de cet article, l'auteur note ce qui suit : « en dépit de cette prise de position, d'autres rapports établis sur la question des droits moraux, notamment le rapport Whitford, ont suggéré l'adoption des droits moraux en Grande Bretagne pour des raisons de concordance avec les obligations internationales en se ralliant pratiquement à la position de l'Europe continentale. La Grande Bretagne a donc adopté les droits moraux en 1988. »

L'auteur d'une œuvre littéraire ou dramatique n'a le droit d'être identifié que lorsque l'œuvre est publiée commercialement, représentée ou exécutée en public ou lorsqu'elle est radiodiffusée ou programmée dans un service de câblodistribution. Et pour le films et l'enregistrement sonore dans lequel figure l'œuvre, il faut que leurs copies soient diffusées dans le public. L'auteur d'une œuvre musicale ou d'une œuvre littéraire consistant en un texte destiné à être chanté ou parlé avec de la musique a le droit d'être identifié dès lors que l'œuvre est publiée commercialement ou bien lorsque les copies d'un enregistrement sonore de l'œuvre sont diffusées dans le public ou si un film dont la piste sonore comprend l'œuvre est projeté en public ou des copies de ce film diffusées dans le public.

180. L'auteur d'une œuvre artistique a le droit d'être identifié dès lors que l'œuvre est publiée commercialement, exposée en public ou une image visuelle en est radiodiffusée ou programmée dans un service de câblodistribution. Il en est de même lorsque le film comprenant une image visuelle est projeté dans le public ou lorsque les copies de ce film sont diffusées dans le public.

181. S'agissant d'une œuvre d'architecture consistant en un édifice ou la maquette de l'édifice, d'une sculpture, ou d'une œuvre artistique artisanale, il faut que les copies de l'œuvre graphique la reprenant ou une photographie de l'œuvre soit diffusée en public. En revanche, l'auteur d'une œuvre d'architecture consistant en un édifice a le droit d'être identifié comme tel sur l'édifice bâti ou, lorsque plusieurs édifices sont construits suivant un même plan, sur le premier d'entre eux. De même, le réalisateur d'un film a le droit d'être identifié dès lors que le film est projeté en public, radiodiffusé ou programmé dans le service de câblodistribution, ou si les copies du film sont diffusées dans le public³⁹³. Autrement dit, l'identité de l'auteur ou du réalisateur n'est requise que lorsque l'œuvre est portée à la connaissance du public, plus précisément, lorsque l'œuvre est dans la phase d'exploitation commerciale. En effet, lorsqu'il s'agit d'une publication commerciale ou d'une diffusion dans le public des copies du film ou enregistrement sonore, l'auteur doit être identifié dans et sur chaque copie ou de toute autre manière permettant de porter son identité à l'attention de tout acquéreur d'une copie. S'il s'agit d'un édifice, l'identification de l'auteur doit être bien visible par les personnes qui y pénètrent ou s'en approchent. De toutes les façons, l'identité de

³⁹³ Art 77, al 2-6 CDPA 1988.

l'auteur doit être portée à l'attention d'une personne qui voit ou entend la représentation ou l'exécution, la projection, l'émission de radiodiffusion ou le programme du service de câblodistribution. Le pseudonyme, les initiales ou tout autre mode particulier d'identification de l'auteur est accepté³⁹⁴. L'identification de l'auteur ne se limite pas seulement à la mention du nom ou du pseudonyme mais laisse le champ libre à tout mode de désignation de l'auteur qui soit acceptable et clair.

182. Cette vision patrimoniale du copyright accorde une attention particulière et, en définitive, une place prépondérante au titulaire des droits sur l'œuvre ayant vocation à communiquer l'œuvre au public. Elle souligne l'importance de la publication ou de la communication au public de l'œuvre, entreprise qui n'est pas l'apanage des créateurs des œuvres. Elle met ensuite sur un même pied les droits découlant des œuvres d'auteurs et ceux résultant des œuvres des entrepreneurs, en principe dérivées des premières et somme toute, à quelque exception près, fruit de la capacité d'organisation ou de la capacité technique³⁹⁵ et non pas le résultat d'une activité véritablement créative. La présomption d'attribution quant à elle ne fait aucune discrimination entre les auteurs des différentes catégories d'œuvres. On reviendra néanmoins sur les œuvres non publiées dont le régime d'identification des auteurs semble quelque peu factice.

Après avoir précisé la place de la publication dans le copyright britannique, il convient de s'interroger à présent sur la portée exacte de la mention du nom sur une œuvre de l'esprit dans ce copyright par rapport au droit d'auteur.

³⁹⁴ Art 77, al. 7 et 8 CDPA 1988.

³⁹⁵ R A. Cass et K N. Hylton, *Laws of Creation, property rights in the world of ideas*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University press, 2013, p 97 : « *Copyright protects expression by prohibiting the reproduction and distribution of a copyrighted work as well as the creation of derivative works based on a copyrighted work.* »

C- Mention du nom et information du public.

183. L'identification de l'auteur ou du réalisateur est nécessaire pour le public et est faite dans l'intérêt de celui-ci par la mention du nom sur l'œuvre. La fixation de l'œuvre y joue un certain rôle ; néanmoins, l'exercice du droit d'identification auquel l'auteur ou le réalisateur peut renoncer, soumis du reste à la condition de revendication, montre que le nom mentionné sur l'œuvre n'est pas forcément celui du créateur de l'œuvre.

On peut penser d'emblée que la fixation de l'œuvre facilite la mention du nom de l'auteur quand bien même l'auteur n'est pas nécessairement la personne qui fixe ou enregistre l'œuvre³⁹⁶. Cela est certes vrai mais, si son effet d'exclusion est minime, la règle de fixation n'en est pas moins d'importance théorique : ce n'est pas une simple règle d'administration de la preuve, mais bien une règle d'existence du copyright. La date de la fixation et la date de la création de l'œuvre se confondent³⁹⁷. Il n'y a plus qu'un pas à franchir pour déclarer que pratiquement la création d'une œuvre consiste en la création de son support matériel et que celui-ci fait donc l'objet du copyright, ce à quoi nous invite l'étymologie du mot. Le droit d'auteur français n'exige pas, pour la protéger, que l'œuvre soit fixée. C'est un principe légal bien établi, qu'il importe peu que l'œuvre soit fixée sur un support ou ne soit qu'orale³⁹⁸. Si par la fixation de l'œuvre, le copyright britannique tend à faciliter la mention du nom sur l'œuvre, le droit pour l'auteur ou le réalisateur d'être identifié en tant que tel doit être revendiqué pour être opposable aux tiers.

184. La violation du droit de l'auteur à être identifié en tant que tel n'est possible que si sa revendication a été faite par écrit dans un acte de cession, pour toutes les catégories d'œuvres. En revanche, au moment de l'exposition publique d'une œuvre artistique, l'auteur doit faire en sorte qu'il soit identifié sur l'original ou sur la copie de l'œuvre qu'il a réalisée lui-même, sous sa surveillance ou sous sa direction lorsqu'il s'en dessaisit ou en faisant figurer, dans la licence accordée aux fins de la réalisation de la copie de l'œuvre, la mention

³⁹⁶ Sect. 3 al. 2 CDPA de 1988 ; L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law*, préc, p 121.

³⁹⁷ Art 3, al 2 CDPA 1988.

³⁹⁸ Art. L. 112-2 CPI ; E. Bouchet-le-Mappian, *op cit*, PP 225-226 ; Tribunal civil de la Seine, 9 décembre 1893, DP, 1894, P. 262.

de revendication du droit de l'auteur à être identifié³⁹⁹. Il n'y a pas non plus violation du droit de l'auteur à être identifié si l'acte incriminé ne viole pas le droit d'auteur sur une œuvre⁴⁰⁰.

185. Dans le copyright britannique, le droit moral de l'auteur à être identifié n'est pas attaché à sa personne ; il doit être revendiqué par l'auteur afin que sa violation soit considérée et pour qu'il soit opposable aux cessionnaires ou ayant droit, à toute personne qui a connaissance de la revendication, à quiconque entre en possession de l'original ou de la copie de l'œuvre, au preneur de licence et à quiconque entre en possession d'une copie réalisée en vertu de la licence, qu'il ait ou non connaissance de la revendication⁴⁰¹. En clair, cela veut dire que si le droit n'est pas revendiqué, aucune violation de ce droit n'est recevable aux termes de la loi⁴⁰². Le droit moral d'identification de l'auteur semble naître de la volonté exprimée de l'auteur ; il est soumis à la liberté de ce dernier et semble lié aux conditions d'exploitation de l'œuvre.

Le droit d'identification de l'auteur ou du réalisateur s'exerce dès lors que l'œuvre ou le film est porté à la connaissance du public et dans l'intérêt de celui-ci. Jusque-là, le régime de ce droit semble le même que celui de la paternité du droit français. Mais, lorsque la revendication expresse de ce droit devient une condition pour que sa violation soit considérée, le copyright britannique s'éloigne du système du droit d'auteur dans lequel le droit moral est naturel à la personne de l'auteur et protégé en tant que tel par la loi sans qu'il y ait besoin d'une quelconque revendication. De surcroît, contrairement au droit français qui reconnaît le droit de paternité à l'auteur de n'importe quelle œuvre protégée, dans le copyright britannique, le droit pour l'auteur ou le réalisateur à être identifié ne peut être exercé sur un programme d'ordinateur, sur le dessin à caractère typographique et sur toute œuvre créée par ordinateur. Il en est de même lorsque le droit d'auteur appartient à titre originaire à l'employeur pour les œuvres créées en cours d'emplois ou à l'employeur du réalisateur qui est réputé l'auteur du film⁴⁰³.

³⁹⁹ Art 78 al. 1-3 CDPA de 1988 : « nul ne porte atteinte au droit conféré par l'article 77 (droit d'être identifié en tant qu'auteur ou réalisateur) en accomplissant un acte mentionné dans ledit article si ce droit n'a pas été revendiqué en application des dispositions suivantes de façon à lui être opposable en ce qui concerne l'acte considéré. »

⁴⁰⁰ Art 79 al. 4 CDPA de 1988.

⁴⁰¹ Art 78, al. 4 CDPA de 1988.

⁴⁰² J.A.L. Sterling, Codification et systématisation du droit d'auteur, préc, p 306.

⁴⁰³ Art 79 al. 2 et 3 CDPA de 1988.

186. Le droit de l'auteur à être identifié ne peut s'exercer sur une œuvre créée en vue de rendre compte d'événements d'actualité⁴⁰⁴, ni sur une publication dans un journal, un magazine ou un périodique, une encyclopédie, un dictionnaire, un annuaire ou un ouvrage collectif de référence d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique créée en vue de cette publication ou mise à disposition avec l'autorisation de l'auteur en vue de cette publication⁴⁰⁵. Il en est ainsi des œuvres appartenant à la couronne ou au parlement ou encore celles appartenant à titre originaire à une organisation internationale, à moins que l'auteur n'ait déjà été identifié en tant que tel dans ou sur des copies ou exemplaires publiés de l'œuvre⁴⁰⁶.

187. On peut dire que les difficultés d'identification de l'auteur relevées en droit d'auteur français quant à l'exercice du droit de paternité ou l'application de la présomption de la qualité d'auteur dans certaines hypothèses particulières (cas de création salariée ou de transmission automatique de droits d'auteurs aux tiers) ont pu être évitées dans le copyright qui l'exclut sur certaines œuvres tout en désignant l'employeur du créateur comme auteur de l'œuvre. Une approche certes réaliste et pragmatique mais qui ne cadre pas avec la logique personnaliste du droit d'auteur. Le droit de l'auteur à être identifié est inaliénable⁴⁰⁷ mais peut bien faire l'objet d'une renonciation expresse et ce sur une œuvre déterminée, sur une catégorie d'œuvres ou encore sur l'ensemble des œuvres actuelles et futures. Cette renonciation peut être subordonnée ou non à une condition et est sujette à révocation. Lorsqu'elle est faite en faveur du titulaire du droit d'auteur, elle s'étend au bénéficiaire des licences concédées par celui-ci⁴⁰⁸. De même, le droit de l'auteur à être identifié comme tel n'est pas violé par la réalisation de tout acte auquel le titulaire a consenti⁴⁰⁹. La jurisprudence française évoquée au chapitre précédent au sujet de la renonciation au droit de paternité et de sa révocabilité a en fait rejoint le copyright britannique sur ce point précis. Pour autant que la renonciation de l'auteur à son droit d'être identifié est expresse, l'écrit la constatant pourrait servir de preuve de sa qualité. Celle-ci serait trop simpliste pour emporter la conviction. Cette renonciation peut aussi être implicite dans la mesure où le législateur britannique admet

⁴⁰⁴ Art 79 al. 5 CDPA 1988.

⁴⁰⁵ Art 79 al. 6 CDPA 1988.

⁴⁰⁶ Art 79 al. 7 CDPA de 1988.

⁴⁰⁷ Art 94 CDPA 1988.

⁴⁰⁸ Art 87 al. 2 et 3 CDPA de 1988.

⁴⁰⁹ Art 87 al. 1 CDPA de 1988.

l'application des principes généraux du droit des obligations se rapportant à une renonciation non formelle ou à toute autre transaction relative à ce droit⁴¹⁰. En sus, les dispositions contractuelles, fondement du droit de paternité dans le copyright britannique, peuvent faire l'objet d'interprétation ; ainsi, les circonstances de la conclusion du contrat de cession de droit d'auteur peuvent conduire le juge ou les parties à constater une renonciation implicite du droit de l'auteur à être identifié.

188. La faculté légale qu'a l'auteur de renoncer à son droit d'être identifié en tant que tel sur son œuvre ouvre la boîte de Pandore sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur. Explicite et surtout implicite, la renonciation de la qualité d'auteur place l'auteur dans une situation bien délicate face aux auxiliaires de la création qui ne manqueraient pas d'en tirer le plus grand bénéfice en prenant légitimement la place des auteurs. A l'évidence, il faut bien dire que l'application de la présomption de paternité en tant que preuve de la qualité d'auteur dans ces conditions ne permettra pas d'identifier toujours, directement et absolument, la personne de l'auteur-créditeur de l'œuvre. Il est en effet clair que le système britannique du droit d'auteur met l'accent sur la protection de la production du point de vue économique plutôt que sur l'émanation de la personnalité de l'auteur telle qu'elle apparaît dans son œuvre⁴¹¹. M. Ngombe abonde dans le même sens lorsqu'il affirme qu'en deçà de l'Atlantique, la fonction sociale du bien de l'auteur est à l'origine, et tel demeure le principe, d'assurer des revenus à l'auteur et à sa famille. Au-delà de l'Atlantique, l'œuvre est originellement conçue comme un bien devant circuler dans la société. Ce bien doit certes enrichir l'auteur, mais ce qui importe c'est sa circulation au profit de la société⁴¹². La nécessité de revendiquer le droit de paternité est perçue comme un défaut important de la loi britannique⁴¹³.

189. En revanche, sur le plan de la lutte contre la contrefaçon, l'écueil de manipulation du nom du créateur par le contrefacteur est écarté puisque l'exploitant bénéficiaire de la renonciation à la qualité d'auteur est en mesure de prouver son rapport contractuel avec le créateur de l'œuvre. Ce dernier peut toujours confirmer ou infirmer la renonciation de la qualité d'auteur invoquée. Mais, en réalité, pour prouver la qualité d'auteur dans le copyright

⁴¹⁰ Art 87 al. 4 CDPA de 1988.

⁴¹¹ J.A.L. Sterling, Codification et systématisation du droit d'auteur, préc, p 320.

⁴¹² L-Y. Ngombe, Le droit d'auteur français et le copyright américain, préc, p 361.

⁴¹³ Idem, p 321.

britannique, grâce à la faculté de renonciation de la qualité d'auteur, on n'est pas obligé de remonter jusqu'au créateur de l'œuvre. La preuve contraire susceptible de renverser la présomption d'attribution de droits est à rechercher à travers les formalités de dépôt de l'œuvre suivi du certificat d'enregistrement établi à cet effet.

C'est pour cela que le législateur britannique situe la présomption de la qualité d'auteur au chapitre IV relatif aux recours en cas d'atteinte au droit d'auteur. Le rappel de ce contexte est important pour mieux comprendre la finalité et la portée de ladite présomption. La loi britannique dispose clairement que « les présomptions suivantes sont applicables dans le cadre des procédures engagées en vertu du présent chapitre au sujet d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique⁴¹⁴. » Elles n'ont donc de sens que dans ce cadre bien précis qui indique en même temps ce pour quoi elles ont été instituées, c'est-à-dire les procédures de recours en cas d'atteinte au droit d'auteur.

La première catégorie des présomptions concerne d'abord, l'auteur présumé d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique publiée et non publiée à l'exclusion des œuvres créées par les salariés, celles des assemblées parlementaires, de la couronne ou celles des organisations internationales ; ensuite les auteurs des mêmes œuvres mais, créées en collaboration et, enfin, les œuvres qui ne comportent pas d'indication du nom de l'auteur⁴¹⁵. La seconde catégorie des présomptions est relative à des enregistrements sonores, des films et des programmes d'ordinateur⁴¹⁶.

A l'exception du film dont les droits sont présumés attribués à l'auteur ou au réalisateur, les autres présomptions de la seconde catégories sus-évoquées ne rentrent pas dans le cadre de cette étude relative à la preuve de la qualité de l'auteur puisqu'elles concernent les titulaires dérivés des droits d'auteur. Néanmoins, elles indiquent que la même présomption d'attribution y trouve également application ; ce qui illustre la confusion entre les deux acteurs du droit d'auteur sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur.

190. L'inquiétude se dissipe quelque peu quand le législateur britannique précise que les présomptions sus-indiquées sont valables dans le cadre du recours en cas de violation du

⁴¹⁴ Art 104 al. 1 CDPA 1988.

⁴¹⁵ Art 104 al. 2 ; art 104 al. 3 ; art 104 al. 4 et 5 ; art 106 CDPA 1988.

⁴¹⁶ Art 105 al. 1 ; art 105 al. 3 ; art 105 al. 2 ; art 105 al. 5 CDPA 1988.

droit d'auteur, précisément dans les procédures relatives à une infraction qui aurait été commise avant la date de mise en circulation des copies dans le public⁴¹⁷. De même, les critiques formulées précédemment contre la désignation des titulaires de droits d'auteur sur les œuvres des entreprises comme étant des auteurs peuvent être atténuées dès l'instant où, sur le plan probatoire, ils ne sont plus désignés comme tels.

Cette terminologie quelque peu confuse constatée au départ entre les auteurs et les titulaires de droit d'auteur rend compte, à notre humble avis, de la conception fondamentale du copyright britannique consistant à mettre sur un même pied les auteurs et les titulaires des droits sur les œuvres au point de les assimiler à certains endroits. Elle peut donc bien signifier que dans le copyright britannique le titulaire des droits d'auteur peut prendre la place de l'auteur. Cette hypothèse est possible quand on sait que l'auteur peut renoncer à sa qualité ou encore qu'il doive la revendiquer pour qu'elle soit opposable aux tiers.

191. La définition claire du contexte d'application de la présomption de la qualité d'auteur dans le copyright britannique constitue un autre élément de différence avec le droit français qui ne circonscrit pas comme tel le champ d'action de ladite présomption. Cette particularité pose en même temps la question de savoir si les présomptions d'attribution du copyright britannique valent réellement preuve de la qualité d'auteur ou si elles sont tout simplement les règles d'attribution de droits en vue de l'action en contrefaçon.

L'exigence de la revendication du droit moral de l'auteur à être identifié en tant que tel en vue de son opposabilité aux tiers, la transmissibilité de ce droit pour cause de mort, la faculté de renonciation implicite et explicite attachée à ce droit ainsi que la limitation de son champ d'application dans le copyright britannique définissent les contours de la présomption d'attribution de droits d'auteur ou la portée de la mention du nom sur l'œuvre dans ce système en même temps qu'il le singularise par rapport au système du droit d'auteur esquissé au chapitre précédent.

⁴¹⁷ Art 105 al. 4 CDPA 1988.

§2. Aux Etats-Unis d'Amérique.

A- Domination des auteurs par les libraires.

192. A la suite des britanniques, le copyright américain a cherché à l'origine à résoudre la crise d'instruction des enfants du fait du manque de manuels scolaires. La propriété littéraire a été ainsi conçue à la deuxième moitié du XVIII^e siècle comme moyen d'incitation à la diffusion des ouvrages. Il fallait dès lors ménager les créateurs autant que les diffuseurs des œuvres dans l'intérêt du public⁴¹⁸.

193. La domination des auteurs par les auxiliaires de la création se manifeste par la possibilité offerte à l'auteur de transférer son droit de paternité à un tiers non créateur et par le caractère temporaire de son droit exclusif courant quelque fois à compter de la publication de l'œuvre. Cette démarche de recherche d'équilibre entre les auteurs et les personnes qui assurent la communication de leurs œuvres au public recèle la force des opérateurs culturels sur les créateurs. Non seulement que la protection passait par la publication de l'œuvre qui n'est pas le métier propre de l'auteur mais, celui-ci peut se départir de sa qualité d'auteur au profit d'un tiers pendant la durée de protection de l'œuvre ; à défaut, à échéance de la protection du copyright, l'œuvre tombera dans le domaine public, l'accès devient à nouveau libre pour tous y compris les imprimeurs.

194. En outre, la notion d'auteur elle-même renferme des acceptions diverses. Il est vrai que la section 9 de la loi américaine cite l'auteur au premier rang de ceux qui profitent du copyright qu'elle institue et qu'il désigne celui qui a conçu et réalisé l'œuvre, c'est-à-dire son créateur, de sorte que normalement seul le créateur de l'œuvre peut s'en prétendre l'auteur⁴¹⁹. Mais aux Etats-Unis d'Amérique, il y a une présomption qui s'attache en outre au nom d'auteur porté sur le certificat d'enregistrement délivré par le *Copyright Office*⁴²⁰. C'est, enfin, la loi américaine qui déclare que l'expression auteur comprend l'employeur dans le cas où l'œuvre est faite dans le contrat de travail⁴²¹.

⁴¹⁸ A. Zollinger, Droit d'auteur français et copyright américain : pluralisme et influences des modèles culturels, RIDA, juillet 2012, n° 233, P 7-9.

⁴¹⁹ A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux Etats-Unis, préc., p 48, § 34.

⁴²⁰ Section 210 § 11 du Règlement du copyright Office.

⁴²¹ Section 26 du copyright American Law.

En effet, avant le *Statute of Anne* de 1710, le droit d'impression et autres privilèges étaient accordés à celui qui publiait une œuvre plutôt qu'à l'auteur. De ce point de vue, le *Statute of Anne* était révolutionnaire en accordant pour la première fois un droit exclusif à l'auteur d'une œuvre plutôt qu'à celui qui l'a directement publiée. Ce qui n'était pas de nature à contenter les imprimeurs et libraires. C'est ainsi que les privilèges existants ont été confirmés par le même texte royal, consacrant le fait que l'auteur peut transférer son droit de paternité à une tierce partie⁴²². Cette caractéristique du *Statute of Anne* se reflète également dans le *Copyright Act* américain de 1976 actuellement en vigueur⁴²³.

195. A l'instar du copyright britannique conçu comme un instrument au service de l'intérêt public, le copyright américain se caractérise, à travers son histoire, par la limitation de la durée de protection des droits de l'auteur depuis la publication et l'importance des imprimeurs et libraires qui assurent la distribution des œuvres au public. Le premier *Copyright Act* de 1790 conçu sur le modèle de la *Statute of Anne* assure à l'auteur et à ses légataires le droit d'imprimer et de vendre les cartes, chartes et livres pour deux fois le terme de 14 ans⁴²⁴. Cette durée de protection du copyright a évolué à 28 ans pour chaque terme sous la loi de 1990 puis à la vie de l'auteur plus 70 ans sous le *Copyright Act Term Extension* de 1998 pour les œuvres créées à une date certaine⁴²⁵. A l'expiration de la durée de protection, l'œuvre tombe dans le domaine public. Les imprimeurs et libraires ont dès lors, à nouveau, libre accès à l'œuvre sortie du domaine d'appropriation privative de l'auteur dans lequel elle se trouvait depuis sa publication.

B- Publication, vestige du copyright américain.

196. Dans la même logique du *Statute of Anne* du 10 avril 1710, la publication des œuvres est requise par le *Copyright Act* américain de 1790 avant leur enregistrement suivi du dépôt, formalités nécessaires à la protection du copyright. Sous l'empire de cette loi, les œuvres étaient catégorisées selon qu'elles étaient publiées ou non. Les premières étaient soumises au régime particulier de la « *Statutory* » ou la loi fédérale tandis que les secondes

⁴²² C. Joyce et al., *Copyright Law*, 10^e édition, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2016, p 257.

⁴²³ § 101 Copyright Act 1976.

⁴²⁴ C. Joyce et al., *Copyright Law*, préc., p 19.

⁴²⁵ Idem, p 319-320.

relevaient de la *Common Law Copyright* ou la *Law State*. La protection de la Common Law courait jusqu'à la première publication de l'œuvre. La mention de l'enregistrement de l'œuvre devait ensuite être publiée dans un journal dans les quatre semaines suivantes.

197. A partir du *Copyright Act* de 1976 la situation a changé au point que les formalités légales avaient, sans être abrogées, perdu leur importance en faveur de la fixation de l'œuvre sous une forme tangible au titre de condition de protection du copyright⁴²⁶. Et, avec l'adhésion des Etats-Unis d'Amérique à la convention de Berne en mars 1989, les formalités prescrites comme condition de protection du copyright arrivèrent à leur fin. Malgré cela, elles (formalités d'enregistrement et de dépôt de l'œuvre qui vont de pair avec la publication) ont un grand impact sur la situation des œuvres créées avant le 1^{er} mars 1989 et demeurent actuellement comme preuve des droits des titulaires⁴²⁷. Il faut aussi noter que la publication de l'œuvre est le point de départ du calcul de la durée de 95 ans prévue pour la protection des œuvres « *made for hire* », et des œuvres anonymes et pseudonymes⁴²⁸.

198. Bien entendu, la publication de l'œuvre est un terme de l'art et ne peut se confondre avec le fait de la rendre publique quand bien même elle implique la distribution des copies au public ; ce qui sépare l'œuvre publiée de celle non publiée, c'est la fixation⁴²⁹.

C- Mention du nom, droit non exclusif du créateur.

199. De manière générale, aux Etats-Unis d'Amérique, une fois qu'un auteur a cédé ses droits d'auteur sur son œuvre, le cessionnaire est libre de la reproduire et de l'adapter à sa guise et même d'autoriser les autres à faire autant⁴³⁰. Ainsi, pour beaucoup d'historiens, les Etats-Unis d'Amérique n'ont pas une protection du droit moral comme telle. Ils utilisent ponctuellement quelques théories légales qui aboutissent au même résultat que la protection de la connexion de l'auteur à son œuvre qu'assure le droit moral ; tel est le cas de la théorie de la concurrence déloyale⁴³¹.

⁴²⁶ § 301 copyright act de 1976 ; C. Joyce et al., *Copyright Law*, préc., p 393-394.

⁴²⁷ C. Joyce et al., *Copyright Law*, préc., p 393-394.

⁴²⁸ § 101 copyright act 1976.

⁴²⁹ Idem.

⁴³⁰ Idem, p 593, § 7.08.

⁴³¹ Idem, p 594.

Le droit d'attribution existe cependant pour les œuvres visuelles pour lesquelles l'auteur a le droit de réclamer la paternité de son œuvre, celui de contester l'usage de son nom comme auteur d'une œuvre visuelle qu'il n'a pas créé et celui de contester l'usage de son nom comme l'auteur de l'œuvre dans l'éventualité d'une distorsion, mutilation ou quelque autre modification de l'œuvre qui causerait préjudice à son honneur et à sa réputation⁴³². Le droit de paternité quant à lui se comprend comme celui qu'a l'auteur d'une œuvre visuelle de s'approprier ou non l'œuvre⁴³³. On ne doit pas perdre de vue que ce droit est aussi transférable aux tiers non créateurs.

Conclusion du chapitre I.

200. L'étude de cette section consacrée à la qualité d'auteur et au contexte historique de formation de cette notion dans le copyright a révélé une certaine différence entre le copyright et le droit d'auteur français. Le contenu sémantique de la qualité d'auteur diffère selon qu'on est dans un tel système ou dans l'autre. En effet, si en droit d'auteur français l'auteur est le créateur de l'œuvre en termes de conception et de réalisation intellectuelle de l'œuvre, le copyright, pour sa part, accorde cette qualité même aux réalisateurs des œuvres non originales protégées. Bien plus, la création va de pair avec la fixation de l'œuvre sur un support matérielle.

201. Cette disparité conceptuelle de la qualité d'auteur procède du contexte historique de chaque système juridique et de sa manière de réagir au fil du temps. De part et d'autre, il y a eu d'abord la domination des auteurs par les auxiliaires de la création littéraire et artistique puis l'émergence des droits de propriété des auteurs sur leurs œuvres. Si le droit d'auteur français a réussi à maintenir cette situation privilégiée des auteurs tout en tenant compte par la suite de l'importance des artistes et producteurs dans la diffusion des œuvres, à travers la protection des droits voisins, le copyright a connu une sorte de dialectique des libraires et imprimeurs au point de mettre en place finalement un régime qui tente de ménager les uns et les autres avec, bien entendu, une prédominance des exploitants des œuvres. C'est ce qui semble être à la base de l'ambivalence du concept auteur, des catégories des œuvres protégées

⁴³² Idem, p 599.

⁴³³ Idem, p 599 : « *Ownership of rights. The author of work of visual art, i.e, the artiste, has the rights provided in § 106A, whether or not she owns the copyright in the work.* ». L'article cité se rapporte au Visual Artists Rights Act of 1990.

et l'importance des droits patrimoniaux sur les droits moraux notamment, dans le copyright britannique.

202. Sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur, le copyright présentera ainsi une présomption d'attribution dont l'application penche vers la preuve de la titularité des droits et de la qualité pour agir en contrefaçon.

Chapitre II. Mention du nom ou preuve de titularité des droits dans le copyright.

203. Dans ce chapitre, il sera question de savoir si la présomption d'attribution est la preuve de la qualité d'auteur dans le copyright (section I) tout en épinglant l'impact de la protection de droits patrimoniaux sur cette prétendue preuve (section II).

Section I. Présomption d'attribution et la preuve

204. Le rapport entre la présomption d'attribution et la preuve de la qualité d'auteur sera établi d'abord en droit britannique (§1) puis en droit américain (§2).

§ 1. En Grande-Bretagne

205. L'identification des auteurs sera faite selon qu'il s'agit des œuvres pour lesquelles s'applique la présomption d'attribution (A) ou des œuvres exclues de son champ d'application (B).

A- Les œuvres soumises à la présomption d'attribution.

206. La publication de l'œuvre constitue du point de vue juridique le point de départ de la naissance et de la protection du droit moral d'identification de l'auteur dans le copyright alors que dans le système du droit d'auteur, c'est la création de l'œuvre. Une objection peut cependant être soulevée sur cette position qui privilégie la publication dans le copyright par rapport à la création. Car, il a été suffisamment démontré que le copyright reconnaît que l'auteur est le créateur de l'œuvre, celui par qui la chose trouve son origine, le titulaire originaire du copyright. Il a également été indiqué que le copyright protège aussi bien les œuvres publiées que celles non publiées. Il ne serait donc pas relevant de soutenir que le copyright ignore totalement la création de l'œuvre dont la date correspond du reste à celle de sa fixation.

207. La question fondamentale qu'on peut se poser serait alors celle de savoir si la présomption de la qualité d'auteur, mieux la présomption d'attribution des droits d'auteur, dans le système du Common Law, permet d'aboutir à l'identification du créateur. Cette question présente un intérêt particulier dans les pays du Common Law parce que dans ce système, on se préoccupe plus de protéger l'œuvre que le créateur. D'abord que le créateur ne

sera pas toujours le titulaire originaire du copyright. On songe en particulier aux cas suivants : cas de la protection qui naît alors que l'auteur est mort (œuvre posthume) et l'hypothèse de l'œuvre où l'auteur a clairement manifesté le désir de ne pas apparaître sur la scène juridique (œuvre anonyme ou pseudonyme). D'autres éventualités encore peuvent être évoquées : cas d'une œuvre exécutée en vertu d'une commande ou dans le cadre du contrat de travail.

208. Ensuite, quand on affirme que le copyright est d'abord destiné à récompenser le créateur de l'œuvre sur laquelle il porte, il faut noter que nulle part la règle n'est exprimée sous cette forme dans les législations du Common Law ; celles-ci se bornent à insister sur la prééminence de l'auteur parmi les bénéficiaires de la propriété littéraire et artistique. La section 5 de loi britannique énonce que, 'sous les réserves prévues par cette loi, l'auteur d'une œuvre sera le premier titulaire du droit d'auteur sur celle-ci'. Mais quoique cette législation ne donne pas une définition générale de l'auteur, il est clair que, par ce terme, le droit britannique entend en principe celui qui a conçu et réalisé l'œuvre, c'est-à-dire son créateur, de sorte que, en Grande Bretagne, normalement seul le créateur de l'œuvre peut s'en prétendre l'auteur⁴³⁴. Françon conclut son raisonnement combien pertinent et logique sur la place qu'occupe le créateur dans le système du Common Law en disant que chaque fois que l'un des pays du Common Law veut consacrer une solution différente de celle-ci, il prend soin de promulguer un texte à cette fin⁴³⁵. C'est le cas de la disposition sus-évoquée relative à la présomption d'attribution appartenant à la personne dont le nom est mentionné sur l'œuvre de manière usuelle ou encore celle relative à la mention du nom sur une œuvre d'un pseudonyme connu, laquelle produit un effet identique. Des dispositions semblables figurent dans la plupart des conventions internationales sur le droit d'auteur⁴³⁶.

209. La présomption d'attribution est donc considérée comme un régime d'exception par rapport à l'entreprise d'identification du créateur d'une œuvre dans le copyright tel qu'il ressort des analyses de Françon. A cette époque, d'après la classification des œuvres du copyright britannique de 1956, le terme auteur était réservé aux œuvres dites originales. Depuis 1988, le copyright britannique utilise le terme auteur pour désigner aussi bien les

⁴³⁴ A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux Etats-Unis, préc, P 48 § 34.

⁴³⁵ Idem, p 49.

⁴³⁶ Art 5 bis de la convention de Havane, art 7 de la convention de Washington, art 15 de la convention de Berne et notamment art 9 de la convention de Mexico et 5 de la convention de Buenos- Aires auxquelles ont adhéré les Etats-Unis d'Amérique.

créateurs des œuvres originales que les réalisateurs des œuvres non originales tout comme ceux des œuvres générées par ordinateur ainsi que les employeurs des œuvres des salariés. Ainsi, si déjà au moment où le terme était réservé aux personnes humaines créatrices des œuvres originales littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques, la présomption était une exception quant à l'identification du créateur de l'œuvre, c'est le cas *a fortiori* lorsque le terme auteur englobe même les non créateurs des œuvres.

210. Dans toutes ces hypothèses, ce n'est pas le fait de la création qui donne droit à la qualité d'auteur mais une autre circonstance : existence d'une mention sur l'œuvre ou sur un certificat d'enregistrement, propriété du cliché ou de la planche originale, existence d'un contrat de travail. Dans le copyright en général, l'identification du créateur de l'œuvre par la présomption d'attribution des droits est une simple probabilité. Qu'en est-il en dehors du champ de la présomption d'attribution.

B- Les œuvres exclues du champ d'application de la présomption d'attribution.

211. Dans l'application des présomptions d'attribution des droits à l'auteur, on peut remarquer que la mention du nom est faite sur les œuvres aussi bien publiées que celles non publiées et ce, lors de la création de ces dernières. La loi britannique fait référence au critère de « création »⁴³⁷. La présomption qui attribue les droits d'auteur lors de la création de l'œuvre est conforme à la définition donnée précédemment de l'auteur comme étant la personne qui crée l'œuvre et premier titulaire de droits.

212. L'attribution de droits et la mention du nom de l'auteur lors de la création de l'œuvre dans le copyright britannique méritent toutefois un minutieux examen quand on sait que la même loi affirme que le droit d'être identifié en tant qu'auteur ne s'exerce que sur les œuvres publiées, exploitées commercialement ou portées à la connaissance du public. Il suit de ce fait deux interprétations possibles : soit que la mention du nom de l'auteur ne relève pas dans le copyright du droit moral de l'auteur d'être identifié en tant que tel, soit qu'en dépit de sa formulation générale ou englobante, la présomption d'attribution de droits à l'auteur a une portée limitée aux œuvres publiées ou divulguées. Cette dernière interprétation semble la plus

⁴³⁷ J.A.L. Sterling, Codification et systématisation du droit d'auteur – L'exemple britannique (la loi de 1988 sur le droit d'auteur, le droit des dessins industriels et le droit des brevets), in ALAI, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999, Munich, 2000, p 301.

plausible. En effet, il a été précédemment indiqué que le droit pour l'auteur d'être identifié en tant que tel fait bel et bien partie intégrante du droit moral de l'auteur reconnu dans le copyright britannique. Il reste que c'est la présomption d'attribution qui ne s'applique qu'aux œuvres publiées. Ainsi, bien que fixée par écrit sur un support matériel permanent et par conséquent créée, l'œuvre qui n'a pas été portée à la connaissance du public soit par publication soit par divulgation ne permet pas à son auteur d'exercer son droit d'être identifié en tant que tel. Cela revient à dire *a contrario* qu'il n'y a pas juridiquement lieu à application de la présomption d'attribution sur une pareille création.

213. Cette conclusion entraîne deux conséquences : d'abord, l'idée selon laquelle le copyright britannique protège de la même manière aussi bien les œuvres publiées que celles non publiées est sujette à caution ou tout simplement devrait être nuancée ; ensuite, comme pour le droit français, l'application de la présomption de paternité suppose que l'œuvre soit portée à la connaissance du public. Autrement dit, le copyright britannique reconnaît l'acte de création de l'œuvre mais n'organise pas un régime probatoire spécifique de la qualité d'auteur à ce stade.

Si la présomption d'attribution ne s'applique que lorsque l'œuvre est portée à la connaissance du public, il y a cependant un hiatus aussi bien en droit d'auteur français - étant donné qu'ici les droits naissent du seul fait de la création de l'œuvre - que dans le copyright depuis l'entrée des œuvres non publiées dans le domaine de protection statutaire. La preuve de la qualité d'auteur qui coïncide avec la publication ou la divulgation de l'œuvre ne serait pas très protectrice sachant bien qu'il peut bien exister des actes de contrefaçon à l'encontre des œuvres non divulguées. Il a d'ailleurs été jugé que l'auteur peut toujours revendiquer son œuvre non divulguée possédée par un tiers ou qui se trouverait entre les mains d'un détenteur comme d'un sous-acquéreur, possesseur de bonne foi. En effet, dans le premier temps, c'est le droit commun de la possession acquisitive qui y fait échec et, dans le second, c'est l'interférence du droit de divulgation non exercé qui écarte l'effet acquisitif de l'article 2279 du code civil⁴³⁸. Et quand bien même les actes de contrefaçon à l'encontre des œuvres non divulguées n'existeraient pas, de toutes les façons, le système qui protège les œuvres simplement créées ou non divulguées manquerait en cohérence en subordonnant la preuve de la qualité d'auteur à la divulgation.

⁴³⁸ CA Orléans, 17 mars 1965 : JCP G 1965, II, 14186, obs. Boursigot ; Ph Gaudrat, notion de divulgation, fascicule 1211, collection jurisclasseur, n° 2, mise à jour 3 juillet 2001, p 11.

Ainsi, les auteurs des œuvres non publiées ainsi que ceux des œuvres créées par les salariés, celles des assemblées parlementaires, de la couronne ou celles des organisations internationales et celles créées en collaboration⁴³⁹ pour lesquelles les auteurs n'ont pas le droit de s'identifier comme tels afin de bénéficier de la présomption d'attribution doivent recourir à l'enregistrement sans dépôt de leurs œuvres pour espérer établir leur qualité sous peine de se voir opposé le défaut de qualité faute de preuve.

§ 2. Aux Etats-Unis d'Amérique.

214. Le copyright américain comporte deux modalités d'administration de la preuve de la qualité d'auteur : d'abord, la présomption de paternité de l'œuvre d'art visuel (A) ; ensuite, les formalités relatives à la fixation de l'œuvre, la mention de réserve de titularité de droits et le dépôt de l'œuvre suivi de l'enregistrement du copyright (B).

A- Identification de l'auteur de l'œuvre d'art visuel.

215. Dans le copyright américain, seul l'auteur d'une œuvre d'art visuel a le droit de revendiquer la paternité de celle-ci et d'empêcher l'usage de son nom comme auteur de l'œuvre qu'il n'a pas créée⁴⁴⁰. Cette disposition ne dit pas expressément que l'auteur d'une œuvre d'art visuel a le droit de mentionner son nom sur l'œuvre ; elle dit simplement que l'auteur peut revendiquer la paternité de l'œuvre d'art visuel. Cette rédaction laisse le champ libre à l'auteur de revendiquer la paternité de son œuvre comme il entend le faire. Néanmoins, le deuxième alinéa qui ajoute que l'auteur a le droit d'empêcher l'usage de son nom comme auteur de l'œuvre qu'il n'a pas créée donne une orientation sur la modalité pratique éventuelle de revendication de cette paternité. Mais en réalité, cet alinéa concerne le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre d'art visuel ; c'est ainsi que lorsque celle-ci subit une modification ou une mutilation quelconque, l'auteur est en droit d'empêcher que son nom soit mentionné en tant qu'auteur.

Ainsi, pour les œuvres d'art visuel, la preuve de la qualité d'auteur peut être administrée au moyen de la mention du nom sur l'œuvre. Et, à la différence du droit britannique, le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre d'art visuel dans le copyright

⁴³⁹ Art 104 al. 2 ; art 104 al. 3 ; art 104 al. 4 et 5 ; art 106 CDPA 1988.

⁴⁴⁰ Art 106 A (a), 1) US Copyright Act, Déc. 2011 : « *Subject to section 107 and independent of the exclusive rights provided in section 106, the author of visual art shall have the right to claim authorship of that work, to prevent the use of his or her name as the author of any work of visual art which he or she did not create* »

américain ne peut être transféré aux tiers et il dure toute la vie de l'auteur⁴⁴¹. Comparé au droit moral au sens du droit d'auteur français, on dirait que les deux systèmes se trouvent presque au même niveau quant à son inaccessibilité à l'exception du caractère perpétuel du droit moral de paternité. Ainsi, la preuve de la qualité d'auteur d'une œuvre d'art visuel qu'on établirait sur la base de ce droit dans le copyright américain ne peut aller au-delà du décès de l'auteur.

216. La transmissibilité du droit moral de paternité pour cause de mort est bien souhaitable pour des raisons de sécurité probatoire de la qualité d'auteur. Encore faut-il s'assurer que dans la pratique, les ayants droits n'exercent leurs prérogatives qu'en vue de la protection dudit droit intimement attaché à la personne de l'auteur décédé. Ce dernier peut néanmoins, de son vivant, par un acte exprès, déroger à l'inaccessibilité de son droit de paternité⁴⁴². Cela implique que l'auteur peut renoncer à revendiquer sa paternité sur une œuvre d'art visuel et ainsi permettre à une autre personne d'apparaître comme auteur de ladite œuvre. Dans ces conditions, le nom qui sera porté sur l'œuvre ne sera pas forcément celui du créateur. En pratique, on analyse donc la nature du contrat passé par l'auteur pour déterminer l'étendue des renonciations auxquelles les parties ont consenties. Dans le silence des parties, les circonstances des faits seront prises en considération pour décider.

Dans cette hypothèse, en cas d'œuvre de commande ou en cas de cession totale du copyright, le droit de paternité sera refusé au créateur de l'œuvre. Ici, on en vient à considérer non pas seulement la nature du contrat mais aussi celle de l'œuvre afin d'éviter l'arbitraire.

On dirait que le droit d'auteur français se situe actuellement au même niveau que le copyright en ce qui concerne la renonciation de la paternité de l'œuvre étant donné le fait que la renonciation au droit de paternité est déclarée valable par la jurisprudence. La seule différence à noter est qu'en droit français, la renonciation au droit de paternité est expresse ou formelle.

217. Tout compte fait, par rapport au droit français, l'approche du copyright anglo-américain consistant en l'analyse des termes du contrat pour accorder ou refuser le droit de paternité à l'auteur reste bien en deçà du système de droit d'auteur et n'égale pas du tout la

⁴⁴¹ Art 106 (d) et (d) US Copyright Act, Déc. 2011.

⁴⁴² Art 106 (e) US Copyright Act, Déc. 2011 : « *the rights conferred by subsection (a) may not be transferred, but those rights may be waived if the author expressly agrees to such waiver in a written instrument signed by the author.* »

solution qui découlerait du fait que le droit de paternité vient de l'acte de création de l'œuvre. C'est ce qui justifie, du moins en principe, le caractère inaliénable du droit moral de paternité. M. Goldstein va plus loin lorsqu'il affirme que les intérêts liés à la paternité de l'auteur aux États-Unis d'Amérique sont largement protégés sous le contrat et dans la loi sur la concurrence déloyale. Il revient donc aux juges de mettre en œuvre les dispositions contractuelles régissant une licence qui attribue une œuvre à son auteur ; en cas d'absence d'une telle stipulation, les juges ne peuvent pas suppléer⁴⁴³.

218. Le système probatoire basé sur la mention du nom de l'auteur sur une œuvre, même réduit à l'échelle d'une seule catégorie d'œuvre dans le copyright américain, en l'occurrence l'œuvre d'art visuel, semble pencher plus sur la titularité de droits que sur la détermination du créateur. S'il est facile de savoir à qui reviennent les droits sur l'œuvre, il sera en revanche difficile dans le copyright de désigner la personne qui l'a créée compte tenu de ce régime de renonciation de la qualité d'auteur. Ici, l'acte de cession du droit peut être considéré comme commencement de preuve de la qualité d'auteur à charge pour le cédant d'apporter la preuve qu'il a créé l'œuvre.

219. Les raisons historiques qui ont justifiées ce système américain que M. Ngombe qualifie de « licences légales » n'existent plus actuellement. En effet, le souci de favoriser la diffusion des œuvres utiles dont avait besoin la jeune nation américaine à l'époque, qu'on retrouve dans les premières lois des Etats, n'est plus d'actualité dès l'instant où le copyright a accueilli en son sein mêmes les œuvres esthétiques et que les œuvres diffusées aux États-Unis d'Amérique ne sont plus essentiellement utiles. M. Ngombe préconise le retour au droit exclusif et plaide pour le renforcement de la place de l'auteur dans le copyright américain⁴⁴⁴.

220. Le copyright américain ne comporte que cette seule disposition probatoire de la qualité d'auteur assise sur la présomption de paternité ou tirée de la mention du nom sur l'œuvre ; elle se rapporte aux œuvres d'art visuel que sont le dessin, la peinture, l'impression et la sculpture. Qu'en est-il des auteurs des autres catégories d'œuvres ?

⁴⁴³ P. Goldstein, *International Copyright*, préc, p 286 ; *Aff. Vargas v. Esquire, Inc.*, 164 F. 2d 522, 526 (7th cir. 1947) : « (...) *artists' paternity interests in the United state are most completely protected under contract and unfair competition law. Courts will enforce contract provisions obligating a licensee to attribute a work to its author ; however, absent an express duty of attribution, courts will not as a rule imply such a duty* ».

⁴⁴⁴ L-Y. Ngombe, *Le droit d'auteur français et le copyright américain*, préc, p 367.

B- Identification des auteurs d'autres catégories d'œuvres.

221. Le régime de titularité de droits d'auteur en faveur de l'auteur ou, dans le cas des œuvres dites « *Made for Hire* », en faveur de l'employeur⁴⁴⁵, ne résoudra pas la question de la preuve de la qualité d'auteur. Car, en effet, il est notoire que l'employeur n'est pas à confondre avec le créateur salarié. Ce régime particulier de titularité fait preuve de réalisme en ce qu'il tient compte de la relation de subordination qui existe entre le travailleur et son employeur. Il règle en revanche le sort des droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre sans se préoccuper de l'origine de ladite œuvre. Il convient de scruter le système du copyright pour glaner les éléments pouvant servir de preuve de la qualité d'auteur. Les formalités qui renseignent sur la titularité de droits en droit américain se rapportent à la fixation de l'œuvre sur un support (1), la mention de la réserve de titularité de droits (2) et le dépôt de l'œuvre au copyright office (3).

1. Fixation de l'œuvre

222. Une indication de la preuve de la qualité d'auteur semble découler de l'exigence de fixation de l'œuvre protégée. En effet, lorsque la loi américaine dispose que l'œuvre est dite créée quand elle est fixée dans une copie ou enregistrée pour la première fois, la preuve de la qualité d'auteur peut être établie par ce moyen. Une copie est un objet matériel autre que l'enregistrement par lequel une œuvre est fixée par quelque méthode connue actuellement ou développée plus tard et à partir de laquelle l'œuvre peut être perçue, reproduite ou communiquée autrement, directement ou à l'aide d'une machine ou d'une clé⁴⁴⁶. En effet, le copyright américain n'est accordé qu'aux œuvres originales publiées ou non, mais fixées dans quelque support tangible d'expression⁴⁴⁷.

La conséquence qui semble découler du fait que l'œuvre est créée quand elle est fixée est que l'auteur ou le créateur serait la personne qui assure la fixation de l'œuvre. Dans ces conditions, rien n'interdit dans cette conception que l'auteur puisse être soit une personne physique soit une personne morale.

⁴⁴⁵ Art 201 US Copyright Law, Déc. 2011.

⁴⁴⁶ Art 101 US Copyright Law, Déc. 2011.

⁴⁴⁷ Art 102, (a), US Copyright Law, déc. 2011.

2. Mention de réserve de droits

223. Pour savoir à qui l'on doit demander l'autorisation de reproduction ou d'exploitation de l'œuvre, il a été prévu la possibilité de la mention de réserve à l'égard de toute personne qui veut acquérir le droit d'auteur sur son œuvre publiée⁴⁴⁸. Cette mention était donc aux Etats-Unis d'Amérique constitutive du droit d'auteur de sorte que si elle fait défaut l'œuvre tombe dans le domaine public⁴⁴⁹. Après l'adhésion des Etats-Unis d'Amérique à la convention de Berne, la mention du copyright sur les exemplaires est devenue facultative pour la conservation du droit. Elle joue néanmoins un rôle dans l'action en contrefaçon⁴⁵⁰.

224. L'objet de la mention de réserve requise par la loi, déclare la jurisprudence américaine⁴⁵¹, est de donner avis du droit d'auteur au public. L'avis est donné au public afin d'éviter qu'une personne puisse être condamnée pour violation d'un droit d'auteur dont il ignorait l'existence. Cette mention comprend trois éléments : d'abord, la mention « *copyright* » ou le signe équivalent puis la désignation du titulaire du droit d'auteur sous la forme qui permet son identification et l'année de publication. Ainsi, dès lors qu'il est admis que la mention de la réserve ne s'applique que sur les œuvres publiées, il y a lieu de s'interroger sur le contenu de la protection assurée aux œuvres non publiées et à leurs auteurs en termes d'indemnisation dans une action en contrefaçon. Le moins qu'on puisse dire à cet égard c'est que le copyright américain maintient subrepticement une discrimination entre les œuvres publiées et celles non publiées. La protection de ces dernières serait un vœu pieux sans leur prise en compte réelle dans le régime juridique établi.

Néanmoins, à défaut de la mention de réserve sur l'œuvre, la preuve de la qualité de titulaire de droits sur une œuvre non publiée pourrait alors être administrée que par le moyen du dépôt ; mieux, grâce au certificat d'enregistrement établi à l'occasion du dépôt de l'œuvre.

⁴⁴⁸ Art 401 (a) US Copyright Law, Déc. 2011 : « *whenever a work protected under this title is published in the United States or elsewhere by authority of the copyright owner, a notice of copyright as provided by this section may be placed on publicly distributed copies from which the work can be visually perceived, either directly or with the aid of a machine or device.* »

⁴⁴⁹ Art 405 (a) US Copyright Law, Déc. 2011.

⁴⁵⁰ J. Kernochan et J. Ginsburg, Cent deux ans plus tard : les Usa adhèrent à la convention de Berne, RIDA, juillet 1989, p 57.

⁴⁵¹ Aff. Burrow Giles Lithographic Co c/ Sarony 111 US 53 (1883) complété dans Bentley c/ Tibbals 223 F 247 (1995).

3. Dépôt de l'œuvre et enregistrement du copyright

225. Le dépôt de l'œuvre au copyright office suivi de l'enregistrement du droit en résultant sont d'une grande importance dans le copyright américain. Comment peut-on imaginer qu'il en soit autrement lorsqu'on sait que la constitution américaine assigne comme objectif au copyright d'assurer le progrès de la science et des arts. Ainsi, on retiendra qu'aux Etats-Unis d'Amérique, c'est avant tout la publication, conçue comme une multiplication des exemplaires en vue de la vente, qui déclenche le mécanisme du copyright⁴⁵². Le dépôt de l'œuvre est étroitement lié à sa publication. Le bénéficiaire normal en est l'auteur⁴⁵³.

Mais si, pour quelque raison, l'œuvre se trouve être en vertu d'un titre régulier la propriété d'un tiers, c'est ce dernier et non le créateur qui, en la publiant dans les conditions spécifiées par la loi, devient titulaire initial du copyright⁴⁵⁴. Dans ce contexte, la publication de l'œuvre est une condition fondamentale de naissance du copyright. Le dépôt et l'enregistrement de l'œuvre au copyright office en sont une suite logique, avatar du système préétabli.

226. Le dépôt et l'enregistrement de l'œuvre peuvent s'en suivre sans affecter l'existence du copyright aux Etats-Unis d'Amérique⁴⁵⁵ ; néanmoins, il y a un certain intérêt dans la protection du droit d'auteur devant les tribunaux. C'est le cas notamment de la condamnation pour violation du droit d'auteur de la personne qui entreprend sous une fausse désignation du titulaire du droit d'auteur lorsque l'œuvre a été enregistrée sous le nom de ce dernier ou si le document exécuté par la personne désignée dans la réserve et indiquant le titulaire du droit d'auteur a été enregistré⁴⁵⁶.

⁴⁵² Section 10 de la loi de 1909.

⁴⁵³ Section 9 de la loi de 1909 et section 5 de la loi de 1911

⁴⁵⁴ A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux USA, préc, p 18 § 10.

⁴⁵⁵ Art 407 (a) US Copyright Law, Déc. 2011 : « *except as provided by subsection (c) (any categories of material form, alternative form of deposit where the individual author is the owner of copyright in a pictorial, graphic or sculptural work), and subject to the provisions of subsection (e) (transmission of programs fixed and transmitted to the public but have not been published), the owner of copyright or of the exclusive right of publication in a work published in the united States shall deposit, within three months after the date of such publication- two complete copies of the best edition ; or, if the work is sound recording, two complete phorecords of the best edition, together with any printed or other visually perceptible material published with such phonorecords. **Neither the deposit requirements of this subsection nor the acquisition provisions of subsection (e) are conditions of copyright protection.*** » souligné par l'auteur.

⁴⁵⁶ Art 406 US Copyright Law, Déc. 2011.

Même après l'adhésion des Etats-Unis à la convention de Berne de 1886 sur la protection des œuvres littéraires et artistiques telle que révisée à Paris en 1971⁴⁵⁷, la formalité de dépôt des œuvres ou d'enregistrement du copyright n'a cependant pas disparu ; elle persiste non pas comme condition de protection du droit d'auteur mais, en tant que preuve de la qualité de titulaire de droit ou encore comme présomption de titularité de l'œuvre⁴⁵⁸. On peut donc effectivement dire que la protection est indépendante de toute formalité et que de ce point de vue le système américain a fortement évolué⁴⁵⁹ ; mais quant à dire que dans ce système le droit d'auteur naît de la création, il y a lieu de douter quand on sait qu'il persiste une certaine discrimination entre le régime des œuvres publiées et celui des œuvres non publiées qui ressemble fort étrangement au Common Law.

227. Dans un tel système, le dépôt et l'enregistrement des œuvres ne peuvent pas disparaître. A ce propos, M. Kernochan et Mme Ginsburg, ont écrit que l'enregistrement de l'œuvre au copyright office et le dépôt d'exemplaires ne sont plus une condition d'acquisition du copyright mais continuent à conditionner l'action en contrefaçon, sauf si l'œuvre a pour origine, un autre pays que les Etats-Unis d'Amérique⁴⁶⁰. Dans ce système, l'intérêt du public passe donc avant celui de l'auteur et l'accent est mis sur la publication plutôt que sur la création. Le lien qui unit l'œuvre à l'artiste ou à l'écrivain, bref l'élément personnel du droit d'auteur demeure dans l'ombre. Le droit moral n'a pas de place dans une telle réglementation. La protection des œuvres publiées se limite à l'octroi de droits pécuniaires. Ce qu'on traduit fort bien en parlant de 'copyright' ou de propriété littéraire plutôt que de droit d'auteur. Il s'ensuit que la réglementation du droit d'auteur fondée sur cette formule est du même type que la réglementation industrielle. Dans les deux cas on est en face d'une collectivité en même temps consciente de ses droits sur l'objet créé ou inventé et soucieuse de récompenser le travail de ceux qui lui permettent d'en jouir. Dûment détachée de son créateur et en quelque sorte dépersonnalisée, l'œuvre littéraire ou artistique est traitée comme une invention et le droit d'auteur devient une sorte de brevet⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Dépôt de l'instrument de ratification en novembre 1988 et l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 1989.

⁴⁵⁸ A Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux USA, préc, p 49 : une présomption du même ordre s'attache en outre au nom d'auteur porté sur le certificat d'enregistrement délivré par le Copyright Office.

⁴⁵⁹ M. Vivant et J-M. Bruguière, Droit d'auteur, 1^{ère} édition, Dalloz, Paris, 2009, P 158-159.

⁴⁶⁰ J. Kernochan et J. Ginsburg, Cent deux ans plus tard : les Etats-Unis adhèrent à la Convention de Berne, RIDA, juillet 1989, p 57.

⁴⁶¹ A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux USA, préc, p 3 ; L-Y. Ngombe, Le droit d'auteur français et le copyright américain, préc, p 359 : « il nous paraît que *l'esprit commun du droit des*

228. En revanche, dans le système français (et dans les pays latins en général), on considère que le seul fait de la création littéraire et artistique confère par lui-même des droits à l'auteur : droit d'abord de veiller à tout moment à la sauvegarde de ses intérêts moraux et spirituels que l'œuvre engage en tant qu'elle exprime la personnalité du créateur, droit aussi de revendiquer, au moins pour un temps, les bénéfices résultant de l'exploitation de l'œuvre une fois qu'elle a été publiée. En consacrant ce dernier droit, le législateur ne fait en quelque sorte que reconnaître un droit naturel, et la publication de l'œuvre a pour seule conséquence de rendre effectifs les droits pécuniaires qui existaient déjà en puissance du seul fait de la création⁴⁶². Ce qui n'est pas le cas notamment, en droit américain.

229. La protection adéquate et explicite du droit moral comme tel fait défaut aux États-Unis d'Amérique : le droit de paternité et celui du respect de l'intégrité de l'œuvre sont incorporés au niveau fédéral dans le « *Visuals Artists Rights Acts* », (VARA) qui est entré en vigueur en 1990, soit deux ans après l'adhésion des États-Unis d'Amérique à la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques. C'est un régime bien limité en ce qu'il est non seulement spécifique pour les œuvres d'art visuels mais aussi dérogatoire par rapport à l'ensemble du système du copyright américain. Mais, ce droit ne peut être exercé que moyennant un accord écrit et signé spécifiant l'œuvre et précisant l'usage pour lequel la dérogation est demandée⁴⁶³. On l'a vu, le VARA protège les auteurs des œuvres d'art graphiques contre les modifications intentionnelles de leurs œuvres et prévient aussi l'usage de leurs noms en association avec leurs œuvres qui ont été changées de manière préjudiciable. Un peu plus tard, le *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 (DMCA) viendra exiger le respect d'une certaine forme d'attribution dans l'univers numérique de façon à éviter une fausse attribution et la modification des informations identitaires des titulaires de droits sur internet⁴⁶⁴. Cette disposition qui prohibe la fausse désignation d'origine de l'œuvre est fréquemment invoquée ainsi que la fausse description ou représentation des biens et services⁴⁶⁵ comme une disposition capable d'assurer la protection du droit de paternité.

brevets et du copyright américain s'accommode mieux que le droit d'auteur français d'une internationalisation du droit de la propriété intellectuelle dans son optique commerciale. ». Souligné par nous.

⁴⁶² Idem, P 2

⁴⁶³ Copyright Office, Waiver of Moral rights in Visual Atworks, in <http://copyright.gov/reports/exsum.html>

⁴⁶⁴ Section 101 DMCA, 1998 ; R Rosenthal Kwall, The Attribution Right in the United States : Caught in the crossfire between copyright and section 43(A), Washington Law Review Association, 2002, in <http://copyright.gov>.

⁴⁶⁵ Section 43 (A) DMCA, 1998.

230. En dépit de cette architecture institutionnelle, du reste très séquentielle et indirecte, sur le droit de paternité des œuvres, on se rend bien compte du grand besoin d'une disposition générale explicite de protection des intérêts spirituels ou moraux de l'auteur dans l'arsenal juridique américain ; le système légal en vigueur dont la visée demeure essentiellement économique semble encore jusque-là en inadéquation avec la protection des intérêts moraux qui se rattachent à la personne de l'auteur créateur plutôt qu'à l'œuvre⁴⁶⁶.

231. Il faut rappeler que si les notions de droit de propriété, de droit de paternité de l'auteur sur son œuvre ont poussé certains législateurs à protéger le droit d'auteur, la notion de l'intérêt du public est la base de la législation américaine⁴⁶⁷. La constitution américaine va dans ce sens et dispose donner compétence au congrès pour encourager le progrès de la science et des arts en accordant aux auteurs un droit exclusif sur leurs écrits⁴⁶⁸. Le rapport de la chambre des représentants a commenté cette disposition en considérant que la constitution n'établit pas un droit d'auteur mais dit que le congrès a le pouvoir de l'accorder, s'il le juge utile, ce n'est pas pour le profit de l'auteur mais c'est en premier lieu pour le bénéfice du public⁴⁶⁹.

Le droit d'auteur est un monopole de durée limitée accordée par la loi pour stimuler la création des œuvres littéraires et artistiques dans l'intérêt du public ; depuis le régime juridique ancien on a considéré que la création ne suffit point à conférer à l'auteur la protection statutaire. Elle ne lui donnait qu'un droit de propriété coutumier (*Common Law copyright*) dont l'auteur jouit seulement jusqu'à la publication de son œuvre. La protection statutaire ne sera accordée qu'en échange de certaines garanties qu'il aura données au public⁴⁷⁰. S'il publie son œuvre, il pourra y apposer une mention de réserve (*copyright notice*),

⁴⁶⁶ R. Rosenthal Kwall, *The Attribution Right in the United States : Caught in the crossfire between copyright and section 43(A)*, Washington Law Review Association, 2002, in <http://copyright.gov>; on est encore loin du droit moral reconnu par le droit français (V. T. Kenneybrew, *Le droit moral dans les Etats fédérés aux Etats-Unis*, Thèse, Montpellier, 1998, p 21 et 298 ss).

⁴⁶⁷ D. Luther et H. Evans, *le droit d'auteur et l'intérêt public*, bulletin du droit d'auteur de l'Unesco, vol II, n° 1, 1949 ; A. Serrero, *Protection des œuvres littéraires et artistiques des étrangers aux USA : les formalités*, Thèse, Paris, LGDJ, 1953, p 7.

⁴⁶⁸ Art 1^{er}, §8 de la constitution américaine : « le congrès sera compétent pour encourager le progrès de la science et des arts en octroyant aux auteurs et inventeurs, pour une durée limitée, un droit exclusif sur leurs écrits et leurs inventions ».

⁴⁶⁹ A. Serrero, *Protection des œuvres littéraires et artistiques des étrangers aux USA*, préc, p 8.

⁴⁷⁰ Idem.

dont la raison d'être sera d'informer le public que la protection statutaire est réclamée pour cet ouvrage, pendant une durée légale, qui sera comptée à partir de la date de publication indiquée, et au bénéfice du titulaire des droits sur l'œuvre, dont le nom pourra également figurer. Ces formalités seront suivies par des formalités de dépôt et d'enregistrement, et, le cas échéant, par des formalités de renouvellement et de cession du droit d'auteur, en raison du souci de donner au public un lieu, la bibliothèque du congrès, où il puisse trouver à sa portée tous les documents littéraires et artistiques, et un bureau, le *copyright office*, auquel il puisse demander, lorsqu'il désire utiliser, traduire ou adapter une œuvre, qui est l'actuel titulaire du droit d'auteur et si elle se trouve toujours protégée.

M. Ngombe qui a comparé le droit d'auteur français au copyright américain à partir de leurs fondements historiques a pu noter à juste titre ce qui suit : « accordant une grande importance à l'intérêt du public, le copyright américain a d'abord protégé des œuvres diffusant des connaissances utiles à la jeune nation. D'une manière générale, chaque pays protégeait les œuvres les plus diffusées sur son territoire. En France ce furent principalement les œuvres de nature esthétique. Ce fut donc principalement ces œuvres qu'entendaient protéger les lois ». C'est ainsi que le copyright a tendance à mettre l'accent sur la circulation des œuvres, leurs diffusions et leur publication dans l'intérêt du public tandis que le droit d'auteur français s'attache à la personne de l'auteur-créateur de l'œuvre. Ces deux visions se manifestent également sur le plan de l'application de la présomption de paternité, de la mention de réserve ou encore du dépôt qui, dans le copyright, vise la titularité de droits alors que la même présomption de la qualité d'auteur est une règle probatoire de la qualité d'auteur-créateur en droit d'auteur français.

232. Aux Etats-Unis d'Amérique, les raisons personnelles qui incitent l'auteur à ne pas s'identifier ne prévalent pas sur l'intérêt du public à être exactement informé de l'origine des œuvres, mieux de la personne sur la tête duquel repose le copyright. Il ne faut pas pour autant exagérer le manque d'attachement du droit américain à l'anonymat ou au pseudonyme et penser que la mention du nom est une obligation. Pour preuve, la section 24 de la loi américaine sur le copyright fait mention des œuvres qui paraissent sous anonymat ou sous un pseudonyme à côté des œuvres publiées sous le véritable nom de l'auteur. Toutefois, il demeure que considéré sous l'angle de l'intérêt de la collectivité, l'identification de l'auteur s'impose.

Depuis 1891, les conditions de protection des œuvres se sont assouplies, les Etats-Unis d'Amérique craignant que d'éventuelles mesures de représailles de la part des pays étrangers ne viennent endiguer l'expansion des œuvres américaines dans le monde. Néanmoins, l'établissement d'un domicile aux Etats-Unis d'Amérique lors de la première publication de l'œuvre persiste comme condition de réciprocité.

233. Depuis leur adhésion à la convention de Berne en 1989, les Etats-Unis d'Amérique ont sensiblement évolué. La protection est en effet reconnue sans formalités. L'action en contrefaçon n'est pas davantage subordonnée au dépôt préalable. La mention du copyright doit aujourd'hui être interprétée comme une présomption de titularité de l'œuvre⁴⁷¹. Mais, en dehors des droits expressément énoncés par le *Copyright American Law*, aucun autre droit ni intérêt ne peut être réclamé, déduit, étendu ou réduit dans une œuvre protégée en vertu des dispositions de la convention de Berne ou encore en tenant compte de l'adhésion des États-Unis d'Amérique à ladite convention⁴⁷².

Section II. Impact du régime de protection de droits patrimoniaux sur la preuve.

234. L'étude de la qualité d'auteur dans le Common Law révèle que l'auteur est la personne qui a créé l'œuvre ; cela apparaît tant en droit britannique qu'en droit américain. Il en est de même en droit d'auteur, particulièrement en droit français. Eu égard à la règle qui veut que les droits d'auteur naissent de la création de l'œuvre, laquelle devrait être *a priori* valable dans les systèmes du droit d'auteur et du copyright, on peut remarquer une divergence certaine. Celle-ci se révèle dans le copyright britannique à travers la preuve de titularité administrée par la présomption d'attribution (§1) mais aussi par la prééminence du régime des droits patrimoniaux sur la présomption d'attribution (§2). On y constatera que la protection de droits patrimoniaux exerce une influence indéniable sur le régime du droit moral et par ricochet sur l'identification de l'auteur par le biais de la présomption d'attribution des droits.

⁴⁷¹ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, 1^{ère} édition, Dalloz, Paris, 2009, P 158-159 ; Sur cette question, au moins dans son état premier voir également A. Françon, *la propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux États-Unis*, A. Rousseau, 1955, n° 64 et s.

⁴⁷² Section 104, (c) US Copyright Law, 2009.

§1. Présomption d'attribution, preuve par défaut.

235. De l'ensemble des prérogatives personnelles de l'auteur, le droit de paternité est celui qui entretient une étroite relation avec la présomption qui établit la preuve de la qualité d'auteur. Le nom mentionné sur l'œuvre est présumé être celui de l'auteur. De ce fait, puisque l'auteur est la personne qui crée l'œuvre, le droit de paternité doit normalement découler de la création de l'œuvre. En tant que tel, il est défini comme un droit inaliénable, incessible et perpétuel. Telle est en tout cas la situation dans la plupart des législations du système du droit d'auteur de tradition personnaliste. Mais, dans le copyright, plus précisément en droit britannique, on remarque que l'exercice du droit d'identification de l'auteur est subordonné à la condition de la publication ou de l'exploitation commerciale de l'œuvre. Cette exigence montre bien que le droit de paternité ne procède pas dans ce système de l'acte de création. Pour preuve, il a été démontré que la mention du nom sur une œuvre, lors de sa création, est une coquille vide dans le copyright britannique tant que l'œuvre n'est pas publiée ou commercialement exploitée. Bien plus, dès que l'œuvre est divulguée, le copyright britannique ou américain prévoit que le droit moral d'identification peut faire l'objet de renonciation par le créateur de sorte que celui dont le nom est mentionné sur l'œuvre n'est pas toujours et forcément le créateur de l'œuvre. Encore qu'en droit britannique, certaines œuvres sont exclues du champ d'exercice de ce droit du fait qu'il est d'ores et déjà attribué par la loi à d'autres personnes que leurs créateurs. Il ne suffit donc pas de proclamer que l'auteur est le créateur de l'œuvre ou encore qu'il est le titulaire originaire du copyright, encore faut-il que le régime juridique mis en place rende compte de cette réalité.

236. En droit américain, la règle de la présomption établissant la preuve de la qualité d'auteur trouve application uniquement en ce qui concerne les œuvres d'art visuel créées par l'auteur ; on dirait que les autres catégories d'œuvres ne seraient pas créées par l'auteur. D'ailleurs, si le droit moral est reconnu aux auteurs d'œuvres d'art visuel c'est parce que ces auteurs travaillent seuls et ne bénéficient d'aucun financement⁴⁷³.

⁴⁷³ T. Kenneybrew, *Le droit moral dans les Etats fédérés aux Etats-Unis*, préc, p 298.

237. Par rapport à la conception du Common Law, le système du droit d'auteur a en quelque sorte fait un renversement de perspectives. Au lieu de s'appuyer sur l'œuvre ou sa publication pour établir son régime, il s'est retourné vers l'origine de celle-ci, sa source, c'est-à-dire la création d'où remontent l'ensemble de prérogatives reconnues à l'auteur. Car, comme l'écrit M. Strowel, la règle selon laquelle l'auteur est le créateur n'est pas née avec le droit d'auteur : jusqu'à la fin du 19^e siècle, les juges ont considéré que la qualité d'auteur peut appartenir à d'autres que les créateurs réels de l'œuvre⁴⁷⁴. Tel qu'on vient de le voir, cette affirmation est encore valable dans le Common Law. En effet, en dépit du fait que l'auteur soit le créateur réel de l'œuvre, les règles de preuve de la qualité d'auteur peuvent amener à identifier une autre personne que le créateur de l'œuvre. La présomption de paternité, système probatoire unique de la preuve de la qualité d'auteur est donc fondée sur deux visions différentes de la qualité d'auteur en droit d'auteur français et dans le copyright.

238. En outre, il convient de souligner que contrairement au *Visual Artists Rights Act* qui est postérieur à l'adhésion des États-Unis d'Amérique à la convention de Berne, dans le copyright britannique, la présomption de l'auteur tirée de la mention du nom sur l'œuvre remonte à l'époque de la loi de 1911⁴⁷⁵ et donc bien avant la ratification par la Grande Bretagne de la convention précitée (telle que révisée en 1971 à Paris) laquelle a conduit à l'insertion du droit moral dans la législation britannique. Il est dès lors à se demander si la référence au nom imprimé ou indiqué sur l'œuvre dans la loi britannique de 1911 sur le droit d'auteur correspond à l'exercice du droit de paternité dans la loi française du 11 mars 1957 sur le droit d'auteur. Rien ne l'assure avec certitude car, en principe, celui-ci exprime le lien de filiation de l'œuvre à son auteur. En sus, plusieurs décennies d'intervalle se sont écoulées depuis la première loi britannique de 1911 qui a posé la présomption d'attribution et les

⁴⁷⁴ A. Strowel, *Droit d'auteur et Copyright*, préc, p 324.

⁴⁷⁵ Art 6, al 2 et 3 (a) et (b) Copyright Act 1911 : « *In any action for infringement of copyright in any work, the work shall be presumed to be a work in which copyright subsists and the plaintiff shall be presumed of the owner of the copyright, unless the defendant puts in issue the existence of the copyright, or, as the case may be, the title of the plaintiff, and where any such question is in issue, then – if a name purporting to be of the author of the work is printed or otherwise indicated thereon in the usual manner, the person whose name is so printed or indicated shall, unless the contrary is proved, be presumed to be the author of the work ; if no name is so printed or indicated, or if the name so printed or indicated is not the author's true name or the name by which he is commonly known, and a name purporting to be that of the publisher or proprietor of the work is printed or otherwise indicated thereon in the usual manner the person whose name is so printed or indicated shall, unless the contrary is proved, be presumed to be the author of the work for purpose of proceedings in respect of the infringement of copyright therein* »

dispositions conventionnelle⁴⁷⁶ et française⁴⁷⁷ sur le droit moral. Le rapport chronologique pourrait néanmoins laisser penser à une certaine influence subie par la loi française de la loi britannique antérieure sur la présomption sous étude ; celle-ci à son tour aurait subi l'influence de la convention internationale de Berne de 1886 ratifiée dans sa version initiale en septembre 1887 par la Grande Bretagne. Et quant à la question du droit moral, le rapport est inversé : le copyright britannique n'a formellement intégré le droit moral dans son arsenal juridique que tout récemment en 1988 alors que celui-ci existe en droit d'auteur français depuis 1957. Au plan international, le droit moral apparaît pour la première fois dans l'acte de Rome du 2 juin 1928 de la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques⁴⁷⁸. On peut remarquer que si le droit d'auteur français adopte en même temps et dans un même texte aussi bien la présomption de paternité que le droit moral, le copyright britannique est le premier à avoir posé ladite présomption tandis qu'il n'adoptera le droit moral que bien plus tard après le droit français. Le droit d'auteur français nomme droit de paternité la faculté qu'a l'auteur de mentionner son nom sur son œuvre tandis que le copyright britannique l'appelle droit d'identification. Le droit d'identification de l'auteur est-il identique au droit de paternité ?

239. Il appert de la lecture de la disposition légale britannique de 1911 portant présomption d'attribution des droits, qu'au départ le copyright britannique considère le demandeur comme auteur de l'œuvre sur laquelle subsiste le droit d'auteur. En revanche, si le défendeur met en cause l'existence du droit d'auteur sur l'œuvre ou si le titre du demandeur est contesté, c'est en ce moment-là qu'on présume comme auteur la personne dont le nom est mentionné sur l'œuvre. Cette présomption considère comme auteur celui dont le nom est imprimé ou indiqué de manière usuelle sur l'œuvre. A défaut de la mention du nom ou si le nom mentionné n'est pas le vrai nom de l'auteur ou celui par lequel il est communément connu, l'éditeur ou le titulaire du droit d'auteur dont le nom est indiqué est considéré comme auteur pour les besoins de la procédure de contrefaçon.

⁴⁷⁶ Art 6 bis de l'Acte de Rome de 1928 de la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques.

⁴⁷⁷ Art 8 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

⁴⁷⁸ Art 11 de la convention de Berne de 1886 sur la protection des œuvres littéraires et artistiques consacre la présomption d'attribution (art 15 de la même convention depuis l'Acte de Berlin de 1908 jusqu'à l'Acte de Paris du 28 septembre 1979).

Tout d'abord, c'est le demandeur qui est considéré comme auteur sans pouvoir préciser s'il est le créateur de l'œuvre ou pas. Ensuite, il est fait allusion au titre du demandeur dans l'action de contrefaçon qui implique le dépôt de l'œuvre. Jusqu'à ce niveau, la question de la preuve de la qualité d'auteur ne pose pas de problème puisque le demandeur est sensé avoir son titre. C'est seulement lorsque celui-ci est remis en cause, qu'on peut se mettre à chercher la solution de rechange. Il est alors compréhensible que celui dont le nom est indiqué sur l'œuvre soit tenu pour auteur ou, le cas échéant, l'éditeur ou le titulaire de droit d'auteur. En effet, il faut bien qu'il y ait une personne ayant une certaine qualité sur l'œuvre pour que la procédure de contrefaçon revête une signification. A tout prendre, on se rend bien compte qu'il ne s'agit pas dans sa lettre tout comme dans son esprit d'une démarche tendant à identifier le véritable créateur de l'œuvre qui est également désigné comme auteur de celle-ci. Il n'est pas non plus exclu qu'au terme de cette approche de la preuve de la qualité d'auteur par présomption on arrive à désigner le créateur comme auteur de l'œuvre. Il demeure toutefois que ce n'est pas l'objectif poursuivi. Ainsi, si la présomption de la qualité d'auteur existe de part et d'autre, elle ne signifie pas forcément la même chose.

240. Dans le système du droit d'auteur, notamment en droit français, la présomption de la qualité d'auteur vise à prouver la qualité d'auteur tandis que dans le copyright, elle vise en priorité la titularité de droits ou la qualité pour agir en contrefaçon. Que la présomption d'attribution aboutisse à l'identification des titulaires des droits, le problème ne se pose vraiment pas comme tel puisque l'auteur est le premier titulaire des droits sur son œuvre. La question devient cruciale dès l'instant où la même présomption s'applique à l'égard des non créateurs, titulaires des droits sur l'œuvre. En effet, il existe dans le copyright tant britannique qu'américain des dispositions dérogatoires au principe selon lequel seul l'auteur est le titulaire originaire du copyright. Pour déroger au principe qui fait que seul le créateur est auteur et bénéficiaire initial du copyright, le Common Law utilise deux techniques juridiques : tantôt, il recourt à une fiction ; il baptise « auteur » des personnes dont il n'est nullement prouvé qu'elles ont pris part à l'élaboration de l'œuvre et, par ce biais, il les habilite à revendiquer le bénéfice de la propriété littéraire et artistique. Tantôt, le Common Law proclame titulaire initial du copyright une personne autre que celle qui a fourni l'effort intellectuel auquel est due l'œuvre, sans pour autant donner au bénéficiaire le qualificatif d'

« auteur » que manifestement il ne mérite pas⁴⁷⁹. En Grande Bretagne, le cas de l'éditeur des œuvres anonymes ou pseudonymes en est une illustration⁴⁸⁰ ou encore les œuvres posthumes⁴⁸¹ ; les œuvres exécutées dans le cadre du contrat de travail ou de commande s'inscrivent dans la même logique⁴⁸².

241. Du point de vue de la titularité de droits d'auteur, Françon considère que certains textes susvisés ne portent qu'une atteinte des plus légères sinon nulle au principe selon lequel le créateur est le bénéficiaire du copyright. Il cite en exemple la présomption légale qui attribue la qualité d'auteur d'une œuvre de l'esprit à celui dont le nom figure sur celle-ci ou dans le certificat d'enregistrement dont elle fait l'objet. Certes, il se peut que le nom ainsi indiqué ne soit pas celui du véritable créateur de l'œuvre. Mais, d'une part, il estime que ce cas sera exceptionnel et que le plus souvent la mention portée sur l'ouvrage ou sur le certificat d'enregistrement correspondra à la réalité des faits. D'autre part et surtout, cette indication ne fait naître qu'une présomption simple susceptible de preuve contraire, de sorte que celui qui est en mesure de démontrer qu'il a créé l'œuvre sera toujours à même de l'emporter sur celui dont le nom figure sur celle-ci ou sur le certificat d'enregistrement s'y rapportant⁴⁸³.

Il faut dire que cette position tente de justifier l'exception de la qualité d'auteur résultant de la mention du nom sur l'œuvre par rapport au principe selon lequel seul le créateur peut être l'auteur d'une œuvre dans le copyright. Elle est certes sincère en reconnaissant que le nom mentionné peut ne pas être celui du véritable auteur mais elle est, en même temps, dangereuse lorsqu'elle minimise les effets pervers de cette distorsion une fois perçue du point de vue de la preuve de la qualité d'auteur qui s'y attache. Certainement, ce point de vue de la doctrine antérieure à l'insertion du droit moral dans le copyright britannique n'a pas considéré le fait que dans ce système, le créateur peut renoncer à sa qualité d'auteur. Sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur, les deux considérations mises ensemble augmentent la marge d'erreur lors de l'entreprise d'identification de l'authentique auteur.

⁴⁷⁹ Idem, p 50.

⁴⁸⁰ Art 6 al. 3b CDPA 1988.

⁴⁸¹ Art 17 al. 2 CDPA 1988.

⁴⁸² Art 5 al.1 a et b CDPA 1988.

⁴⁸³ A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux Etats-Unis, préc, p 51 § 36.

242. La même doctrine enchérit que la règle qui attribue le copyright au créateur n'est également éludée que de façon restreinte dans le cas des œuvres anonymes ou pseudonymes. En effet, il s'agit seulement de rendre possibles des poursuites en contrefaçon sans obliger l'auteur à se démasquer. Pour les nécessités de la procédure, l'éditeur sera en cette hypothèse considéré comme le titulaire du droit d'auteur⁴⁸⁴. La loi britannique dispose effectivement à cet égard que : « si aucun nom n'est imprimé ou indiqué ou si le nom ainsi imprimé ou indiqué n'est pas le vrai nom de l'auteur ou le nom sous lequel il est communément connu et qu'un nom présenté comme celui de l'éditeur ou du propriétaire de l'œuvre est imprimé ou autrement indiqué dessus de la manière usuelle, la personne dont le nom est ainsi imprimé ou autrement indiqué sera, à moins que le contraire ne soit prouvé, présumé être le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre pour les poursuites en violation du droit d'auteur ayant celle-ci pour objet⁴⁸⁵. La position doctrinale devrait être complétée par le fait que le cadre des poursuites en contrefaçon concerne l'ensemble de présomptions d'attribution de droits établies par le législateur britannique dans le copyright et non seulement celle de l'éditeur des œuvres anonymes ou pseudonymes. Ce n'est donc pas un cas isolé. Il convient dès lors de noter que la présomption d'attribution de droits se veut une exception au principe selon lequel le créateur est l'auteur, bénéficiaire originaire du copyright. Son application n'a lieu que dans le cadre de recours contre les atteintes au droit d'auteur. C'est une solution alternative qui est de mise lorsque les conditions d'établissement de la qualité d'auteur réel ne sont pas réunies, notamment lorsque le titre de dépôt de l'œuvre est contesté ou n'existe pas. Il est certes vrai que la rédaction de la version de 1988 du copyright britannique ne le dit pas expressément mais, le contexte originel et historique de la présomption d'attribution de droits dans le copyright britannique de 1911 en rend compte ; bien plus, cette interprétation est conforme à l'articulation de ladite présomption par rapport aux formalités probatoires de dépôt ou d'enregistrement qui persistent jusqu'à ce jour. Le copyright américain ne comporte pas une disposition de cet ordre, mais en pratique, le bureau américain du droit d'auteur présume comme étant titulaire du copyright celui qui procède aux formalités d'enregistrement du copyright sur une œuvre anonyme ou pseudonyme⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Idem, p 51 § 37.

⁴⁸⁵ Art 6 al. 3b CDPA 1988.

⁴⁸⁶ Section 210 § 11 du Règlement du copyright Office.

243. Au titre de dérogation, on peut retenir aussi le fait qu'après la mort de l'auteur, la communication au public des œuvres qu'il a gardées secrètes vaut à ceux qui les publient un droit d'auteur c'est-à-dire les héritiers, les continuateurs de sa personne. L'œuvre posthume en droit britannique n'est pas seulement celle publiée après la mort de l'auteur. Les œuvres enregistrées ou représentées après le décès de l'auteur rentrent aussi dans cette catégorie des œuvres posthumes. Le créateur de l'œuvre posthume ne serait-il pas entrain de perdre tout droit d'identification ou de reconnaissance sur l'autel de la communication qui en est faite au public après son décès ? En revanche, l'œuvre dramatique jouée et l'œuvre orale prononcée durant la vie de l'auteur ne peuvent pas être posthumes quand bien même elles n'auraient pas été protégées faute de publication. Les œuvres d'art plastiques ne constituent jamais des œuvres posthumes⁴⁸⁷. Jusque-là la dérogation au principe selon lequel le créateur est titulaire initial du copyright était peu grave soit parce que plus apparente que réelle soit rendue nécessaire par le décès de l'auteur soit parce que ce dernier l'a désiré. Mais lorsque le droit d'auteur est accordé au propriétaire du cliché de l'œuvre photographique ou au propriétaire de la planche originale de l'instrument de reproduction mécanique (au moment de sa confection), on est bien loin du principe puisqu'il se peut que le cliché soit vendu après la prise de vue et le développement de la pellicule ou encore si la photographie est réalisée par un employé en l'absence de cession de la pellicule. Le véritable créateur s'en trouvera lésé⁴⁸⁸.

Pis encore, aux Etats-Unis d'Amérique, la loi décrète en termes généraux que l'expression auteur comprend aussi l'employeur dans le cas où l'œuvre est faite en louage de services⁴⁸⁹. Solution excessive qui dépouille le salarié bien qu'il soit le véritable créateur. Conscient de la violence qu'il a fait subir à la réalité en attribuant la qualité d'auteur à l'employeur, le législateur américain, instituant dans la section 23 un droit de renouvellement de la protection, a classé ses bénéficiaires en deux catégories et a rangé les employeurs non pas parmi les auteurs mais parmi les titulaires du copyright. Mais, malgré cela, il demeure vrai que le salarié ne peut prétendre à aucun droit de propriété littéraire et artistique sur l'œuvre qu'il a réalisée. La loi britannique est plus nuancée en disant que l'auteur était l'employé d'une autre personne en vertu d'un contrat de travail et que l'œuvre a été réalisée durant le service ; ainsi, la personne par qui l'auteur était employé sera, sauf accord contraire, le premier titulaire du droit d'auteur. Mais quand l'œuvre est un article d'un journal ou une

⁴⁸⁷ A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux Etats-Unis, préc, p 53.

⁴⁸⁸ Idem, p 54.

⁴⁸⁹ Section 26 du Copyright américain, 2011.

contribution d'un magazine, la situation n'est pas la même ; l'on réserve à l'auteur le droit d'empêcher que son article ou contribution soit publié autrement que comme partie du journal ou magazine.

244. Dans le cas de l'œuvre de commande, il paraît légitime que ce soit l'auteur qui bénéficie du copyright même une fois la commande livrée puisqu'il a réalisé celle-ci en pleine indépendance. Mais son cocontractant ne l'entend pas ainsi. Il estime que c'est sous son contrôle, à sa demande et à ses frais que l'œuvre a été réalisée. Cette revendication a, dans une certaine mesure, reçu satisfaction de la législation britannique qui dispose : « lorsque, dans l'hypothèse d'une gravure, d'une photographie ou d'un portrait, le cliché ou l'original quel qu'il soit a été commandé par quelque autre personne et a été réalisé moyennant une rétribution équitable en exécution de cette commande, en ce cas, en l'absence d'accord contraire, la personne par qui un tel cliché ou original quel qu'il soit a été commandé sera le premier titulaire du droit d'auteur »⁴⁹⁰. La loi américaine ne comporte aucune disposition spéciale relative aux œuvres exécutées en louage d'ouvrage. On peut penser que le principe s'applique. Mais attention, bien que la section 26 rattache la qualité d'auteur de l'employeur au contrat de travail, il semble que la jurisprudence interprète cette disposition de manière extensive et finit par l'appliquer à des hypothèses que l'on peut qualifier de commande d'œuvres⁴⁹¹. Celui qui passe commande a le copyright : c'est le cas de la personne qui, d'elle-même, fait appel au concours rémunéré d'un photographe. Donc aux Etats-Unis, seul l'examen du contrat intervenu entre les parties permet en chaque espèce de désigner l'attributaire initial du copyright ; l'auteur risquera bien d'être privé de la propriété littéraire et artistique.

Le copyright est également accordé en propre aux personnes morales, notamment les personnes morales de droit public comme la couronne (œuvres préparées ou publiées par ou sous la direction ou le contrôle de sa majesté ou d'un département ministériel). Consciente de la mission d'information, la couronne ne se prévaut pas de ses prérogatives ; néanmoins, cette passivité ne profite pas aux véritables auteurs⁴⁹².

⁴⁹⁰ Art 5 al. a du Copyright Act de 1911

⁴⁹¹ A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux Etats-Unis d'Amérique, préc, p 57 § 43.

⁴⁹² Idem, p 59.

245. De toutes ces combinaisons, Françon a conclu qu'il est convaincu de la relativité de la règle qui attribue d'emblée le copyright à l'authentique auteur de la production littéraire et artistique considérée⁴⁹³. Il en est de même de la preuve de la qualité d'auteur basée sur la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre. Cette règle de la présomption de la qualité d'auteur relève du reste d'un régime particulier relatif à l'action en contrefaçon par rapport à celui général applicable à l'auteur sensé effectuer le dépôt de son œuvre. Dans l'un ou l'autre cas, il n'est pas évident que l'auteur nommé soit le créateur de l'œuvre. Cette dualité de vision et d'approche probatoire de la qualité d'auteur entre le système du droit d'auteur et le copyright est également remarquable par rapport au régime de protection des droits patrimoniaux.

§2. Présomption d'attribution soumise à la prééminence des droits patrimoniaux

246. Les droits d'exploitation de l'œuvre⁴⁹⁴ tournent autour de l'auteur. Leur durée de protection est généralement calculée en tenant compte de la vie de l'auteur⁴⁹⁵. Aussi, est-il tout à fait normal que la cession des droits d'auteur soit assurée par l'auteur lui-même ou par ses ayants-droits agissant en ses lieu et place. La mention du nom de l'auteur sur l'œuvre serait alors continuellement l'apanage du créateur.

La présomption de la qualité d'auteur évoque, outre la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre, la publication ou la divulgation de l'œuvre en tant que phase d'établissement de la preuve recherchée. Il s'agit bien de la période d'exploitation de l'œuvre qui justifie aussi la nécessité de ladite preuve. Et il serait logique que le nom mentionné sur l'œuvre soit celui du créateur et non pas celui des ayants-cause successifs de ce dernier. La perpétuité et l'inaliénabilité du droit de paternité du système du droit d'auteur seraient de ce point de vue le gage de la sécurité de l'auteur-créateur quant à son identification.

⁴⁹³ Idem, p 60.

⁴⁹⁴ Art 16 al 1^{er} CDPA 1988 : les actes réservés au titre du droit d'auteur comprennent : a) reproduire ou copier l'œuvre ; b) diffuser des copies ou exemplaires ; c) représenter ou exécuter, projeter ou diffuser l'œuvre en public ; d) radiodiffuser l'œuvre ou la programmer dans un service de câblodistribution ; e) faire une adaptation de l'œuvre ou accomplir l'un des actes précités par rapport à une adaptation.

⁴⁹⁵ Art 12 al 1^{er} CDPA 1988 : la durée du droit d'auteur sur une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique est de 50 ans à compter de la fin de l'année civile à laquelle l'auteur est décédé ; Section 106 A, (d) Copyright Law of the United State of America, Juin 2009.

247. Mais, dès lors que le copyright associe le droit moral d'identification de l'auteur sur son œuvre à la libre cessibilité de droits patrimoniaux⁴⁹⁶ par le biais de la renonciation à la qualité d'auteur⁴⁹⁷, il entraîne une confusion sur le plan de la preuve entre le créateur et le non créateur. En effet, cette qualité est de ce fait susceptible d'être reconnue au titulaire de droits d'auteur voir même aux bénéficiaires de licences concédées par ce dernier. Il suit que, dans ce contexte, l'application de la présomption de titularité ne peut rigoureusement servir de moyen de preuve de la qualité d'auteur. Il faut dire que l'inaliénabilité du droit moral de paternité⁴⁹⁸ dans le copyright manque quelque peu de consistance non seulement face à la faculté de renonciation explicite et implicite du droit de l'auteur à être identifié en tant que tel sur une œuvre mais aussi en tenant compte de la nécessité de la revendication de ce droit. Il en est de même de l'incessibilité du droit de paternité de l'auteur d'une œuvre d'art visuel dans le copyright américain dans la mesure où la dérogation au droit d'attribution du droit de paternité de l'auteur instituée⁴⁹⁹ produit les effets identiques à ceux de la renonciation du droit britannique.

248. Echappant quelque peu à cette observation du fait de la spécificité des œuvres d'art qui sont en général signées de leurs créateurs, le système américain de la preuve de la qualité d'auteur préférerait le dépôt de l'œuvre et l'enregistrement du copyright en ce qui concerne les autres catégories d'œuvres.

Cette approche probatoire implique la publication de l'œuvre au sens de l'acte par lequel le propriétaire d'une œuvre met celle-ci à la disposition du public sous une forme matérielle, qui permette de la percevoir de manière permanente par la vue⁵⁰⁰. Cette vision semble réductrice de la nature de l'œuvre et de la qualité d'auteur. Elle ne garantit pas non

⁴⁹⁶ Art 90 al 1^{er} CDPA 1988 : « le droit d'auteur est transmissible par cession, par disposition testamentaire ou par l'effet de la loi, en tant que bien meuble ».

⁴⁹⁷ Art 87 al 3b : « si elle (renonciation) est faite en faveur du titulaire ou du titulaire à venir du droit d'auteur sur l'œuvre ou les œuvres auxquelles elle se rapporte, elle est présumée s'étendre aux bénéficiaires de licences concédées par l'intéressé et à leurs ayants cause. »

⁴⁹⁸ Art 90 CDPA 1988 : « les droits conférés en vertu des dispositions du chapitre IV (droit moral) sont inaliénables ».

⁴⁹⁹ Section 106A, (e) Copyright law 2009 : « *the rights conferred by subsection (a) may not be transferred, but those rights may be waived if the author expressly agrees to such waiver in a written instrument signed by the author. Such instrument shall specifically identify the work, and uses of that work, to which the waiver applies, and the waiver shall apply only to the work and uses so identified. In the case of a joint work prepared by two or more authors, a waiver of rights under this paragraph made by one such author waives such rights for all such authors.* »

⁵⁰⁰ A. Serrero, Protection des œuvres littéraires et artistiques des étrangers aux USA : les formalités, préc, p 48.

plus la certitude sur l'identification de la personne de l'auteur-créateur dès lors que la titularité de droits est susceptible de changer de mains. La révocabilité de la renonciation du droit de paternité constitue néanmoins l'occasion pour l'auteur de ramener l'œuvre vers lui-même et d'en assurer la maîtrise ; cette faculté est certes juridiquement réelle mais elle pourrait s'avérer d'une très faible opportunité pratique compte tenu de rapports de force économique entre les protagonistes.

249. Il se dégage finalement que malgré l'adhésion des Etats-Unis d'Amérique et de la Grande Bretagne⁵⁰¹ à la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques, le régime du droit moral est très limité étant donné que le système du copyright est construit sur la protection de l'œuvre plutôt que celle de l'auteur-créateur. L'intérêt attaché par le copyright au public, à l'investissement et finalement à l'œuvre même ne donne pas suffisamment d'espace au droit moral pour pouvoir s'exprimer comme dans le système du droit d'auteur. Par le fait du régime indéniablement limité du droit moral dans le copyright, l'application de la présomption d'attribution se met résolument au service de la preuve de titularité de droits plutôt qu'à celui de la qualité d'auteur au sens romantique du terme. Elle se soumet en fait au régime des droits patrimoniaux en vue de réaliser le vœu de la libre circulation des œuvres dans la société sans recourir impérativement et systématiquement au créateur comme en droit d'auteur français. Il est aussi question de mettre ce droit en phase avec la finalité du copyright, savoir la protection de l'œuvre contre sa reproduction illicite afin d'atteindre l'objectif général d'encouragement de l'apprentissage.

250. Cette dualité de systèmes s'explique aussi par la différence d'approche entre les deux systèmes juridiques ; la tradition du droit de l'Europe continentale vise la recherche du fondement des valeurs à protéger tandis que celle du Common Law est utilitariste et vise le résultat que peut produire le système de protection de droit à mettre en place⁵⁰².

⁵⁰¹ Dépôt de l'instrument de ratification de l'acte de Paris de 1971 remonte au 29 septembre 1989 pour entrer en vigueur le 2 janvier 1990.

⁵⁰² A. Zollinger, *Droit d'auteur français et copyright américain : pluralisme et influences des modèles culturels*, RIDA, juillet 2012, n° 233, P 11 : « le droit peut être élaboré en fonction de son fondement et il régira alors la société dont il exprime les valeurs ; d'autre part, le droit peut être conçu en fonction de son utilité espérée par rapport à un contexte donné ; ici, le droit représente la société future qui dicte sa norme. » ; dans le même sens, P-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, préc, p 24 : « évolution du droit d'auteur, on peut en avoir deux conceptions : la première est idéaliste, intellectuelle, c'est celle qui préside à l'histoire de cette matière et à l'esprit de ceux et celles qui l'ont faite, en France. La deuxième est fonctionnelle : il s'agit de chercher à atteindre un objectif coûte que coûte, en instrumentalisant le droit d'auteur. C'est la conception anglo-saxonne, qui en fait un droit économique, industriel, s'inscrivant sur un marché au sein duquel la compétition est âpre.

Le cas du copyright américain comparé au droit français pourrait encore illustrer d'avantage l'ambivalence de ces deux systèmes. Consacrés tous les deux à la fin du XVIII^e siècle, le droit d'auteur français et le copyright américain présentent dès cette époque des spécificités de formulation assez révélatrices de leurs logiques d'ensemble⁵⁰³.

En France, la figure de l'auteur, auparavant éclipsée par le libraire, s'est progressivement affirmée dès la fin de l'Ancien Régime. Au-delà de la rhétorique, les expressions de Le Chapelier ou encore celle de Lakanal devant l'assemblée étaient la traduction d'un courant de pensée fort de l'époque, partagé par de nombreux auteurs, héritiers de la philosophie jus naturaliste : l'auteur peut se prévaloir d'un droit naturel de propriété sur son œuvre en raison du rôle premier et intime qu'il joue dans sa création. Cette propriété initiale de l'auteur, telle qu'elle est défendue à l'époque, se distingue des monopoles de l'Ancien Régime, en ce qu'elle n'a pas pour vocation exclusive d'organiser un marché, mais cherche un fondement en justice par la consécration du rapport premier de création. Au XIX^e siècle, la relation de l'œuvre à son auteur se précise et conduit le juge à reconnaître le droit moral. La loi de 1957 fait la synthèse de ces deux siècles du droit français d'auteur conçu au regard de l'importance primordiale du rôle du créateur⁵⁰⁴.

251. L'histoire du copyright américain est sensiblement différente ; le contexte des premières lois a peut-être joué : au début des années 1780, les Etats-Unis d'Amérique font face à une crise d'instruction des enfants en raison de manque de manuels scolaires. Le grand lobbyiste de l'époque Noah Webster pensa que cette situation ne pouvait être réglée qu'en consacrant un droit de propriété littéraire et artistique qui inciterait les auteurs à élaborer les manuels. Le copyright américain va dès lors revêtir deux visages : celui du droit naturel de l'auteur sur son œuvre et celui de l'incitation à la diffusion du savoir. La première tendance se réfère au droit français mais, elle a vite perdu toute influence. Les lois des états fédérés de 1783 et 1786 font explicitement référence à l'idée inspirée de John Locke d'une propriété naturelle des fruits de la création. Mais, la constitution des Etats-Unis d'Amérique ainsi que le

La France s'en rapproche pas à pas, sans qu'il faille pour autant caricaturer le mouvement. La vérité, comme toujours, est au milieu : tous les droits subjectifs patrimoniaux ont une fonction économique, mais il faut leur garder leur esprit et leur cohérence – leur clarté – si l'on veut conserver une discipline juridique digne de ce nom. »

⁵⁰³ Idem, p 3-5.

⁵⁰⁴ Idem, P 5-7.

premier *Copyright Act* de 1790 marquent la dimension essentiellement utilitariste du droit consacré. La cour suprême des Etats-Unis d'Amérique confirmera cette position en disant que le copyright ne se présente pas comme un droit naturel ni comme l'impératif résultant de la Common Law ; c'est un monopole légal. C'est une incitation à la création et à la diffusion des œuvres, un monopole subordonné aux fins de progrès des connaissances et de l'instruction publique⁵⁰⁵.

252. Le copyright et le droit d'auteur sont les fruits de deux histoires différentes et de deux cultures différentes ; les pays de Civil Law et de la Common Law n'ont pas la même culture du droit, ni la même façon de penser et de construire la norme juridique, surtout la norme écrite.⁵⁰⁶ Curieusement, une même présomption se retrouve de part et d'autre avec un régime qui ne permet pas d'identifier avec certitude la personne de l'auteur pour l'ensemble des œuvres créées.

⁵⁰⁵ Idem, p 7-9 : arrêt rendu dans l'affaire *Wheaton contre Peters*.

⁵⁰⁶ Idem, p 7-9.

Conclusion du chapitre II.

253. Dans une approche comparative portant sur le système du droit d'auteur et le copyright, on a remarqué une certaine dualité entre les deux conceptions. L'exercice du droit de paternité est soumis à un régime limité dans le copyright du fait de la faculté qu'a l'auteur de pouvoir renoncer même implicitement à sa qualité. Il semble que le régime du droit moral subit par-là l'influence du système de protection de droits d'exploitation de l'œuvre qui, lui, obéit plus à la logique d'organisation du marché de biens culturels. Le droit moral perçu comme un obstacle à la libre circulation des œuvres de l'esprit a tout simplement été réduite à sa plus simple expression. Par ailleurs, alors qu'en principe même au sein du copyright, l'auteur est censé être le créateur de l'œuvre et le titulaire originaire du droit d'auteur, l'examen de cette question a révélé que la qualité d'auteur peut être attribuée même au non créateur de l'œuvre tout comme celui-ci peut se voir reconnaître la titularité originaire du copyright sur une œuvre donnée.

254. La présomption de paternité dans cette conception du droit d'auteur tend plus à identifier le titulaire du droit qu'à déterminer la personne physique de l'auteur-créateur. L'origine de l'œuvre et l'historique de la création de celle-ci importent peu. Ce qui intéresse le copyright c'est d'identifier l'entité qui a actuellement le droit d'autoriser l'exploitation de l'œuvre. La mention du nom sur l'œuvre est un avis au public afin de ne pas tomber dans la contrefaçon. Le dépôt de l'œuvre fixée et l'enregistrement du copyright s'inscrivent également dans cette logique. En revanche, en droit français, le droit de paternité est celui qui établit le lien naturel entre l'auteur et son œuvre ; par conséquent, il est voulu inaliénable et perpétuel.

La jurisprudence qui admet la possibilité de renonciation indique que celle-ci doit être le cas échéant expresse. En outre, ici, l'auteur est le créateur de l'œuvre et la titularité originaire de droits patrimoniaux est accordée à ce dernier, à l'exception de l'œuvre collective et du logiciel réalisé dans le cadre du contrat de travail. De ce point de vue, la conception du droit d'auteur aurait pu être le cadre idéal d'application de la présomption de la qualité d'auteur dans une certaine mesure si la base sur laquelle elle est assise n'était pas aléatoire.

Ainsi, l'application de la présomption de la qualité d'auteur évolue-t-elle à géométrie variable dans les deux systèmes qui sont les conséquences de deux histoires, deux cultures et deux approches différentes du droit et du droit d'auteur.

Conclusion du titre II.

255. La présomption de la qualité d'auteur basée sur la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre se trouve aussi bien dans le système du droit d'auteur que dans le copyright. Cependant, la vision de ces deux systèmes étant différente, il va de soi que les approches probatoires de la qualité d'auteur divergent également. Le droit d'auteur français est tourné vers l'auteur qui est à l'origine de l'œuvre par le biais de la création tandis que le copyright considère l'œuvre déjà créée et s'intéresse plus aux utilisations qui peuvent en être faites depuis la publication. Le copyright a construit son système sur le socle de la publication de l'œuvre puisque l'intérêt de la collectivité est primordial et doit à tout prix être bien protégé. Ici, la maxime selon laquelle « la divulgation vaut titre » trouve tout son sens et la présomption mise en place est une preuve de titularité des droits plutôt que la preuve exclusive de la qualité d'auteur comme tel.

Ainsi, on constate une première inadéquation entre les deux systèmes : alors que le droit d'auteur découle de la création de l'œuvre d'où naissent tous les droits, il est curieux de voir que la preuve de la qualité d'auteur prenne son point de départ à partir de la divulgation de l'œuvre exactement comme le faisait et le fait encore le copyright britannique et américain au lendemain de l'adhésion à la convention de Berne. En effet, avant l'adhésion de ces ténors du copyright à la convention précitée, il était concevable que la présomption d'attribution comme l'ensemble de droits exclusifs procèdent de la publication de l'œuvre ; mais, depuis qu'ils ont adhéré à la convention précitée et qu'ils ont placé les œuvres non publiées sous la protection du droit statutaire, l'approche devait normalement changer. Cela ne semble pas le cas, la preuve de la qualité d'auteur d'une œuvre non publiée paraît relever encore du Common Law ; la mention du nom sur l'œuvre créée s'est avérée une coquille vide en droit britannique tout simplement parce que le droit pour l'auteur de s'identifier en tant que tel n'est applicable qu'aux œuvres publiées. Bien plus, le régime présomptif d'attribution de droits semble dérogatoire et particulier par rapport à celui de dépôt de l'œuvre. Le copyright américain pour sa part ne retient la présomption de paternité qu'à l'égard des œuvres d'art visuel ; il donne à penser qu'il se rabat sur les formalités de dépôt et d'enregistrement pour déterminer la titularité des autres catégories des œuvres. Ce n'est donc pas la preuve exclusive de la qualité d'auteur, le titulaire de droits pouvant être ou non l'auteur de l'œuvre.

256. Il est certes vrai que le copyright considère l'auteur comme étant le créateur de l'œuvre et le titulaire originaire de droits sur l'œuvre. Le droit américain va plus loin s'agissant de l'œuvre d'art visuel et dispose que l'auteur est comme tel, qu'il soit ou non titulaire de droits sur celle-ci. Mais, là où le copyright se réfère à la présomption de paternité ou d'attribution pour déterminer la personne qui a la qualité d'auteur, il institue un régime particulier qui ne permet pas de penser que le but de la démarche consisterait à déterminer la personne du créateur comme auteur de l'œuvre. La titularité exceptionnelle de droits en faveur des non-créateurs comme l'employeur, l'éditeur...l'atteste. La faculté de renonciation de la qualité d'auteur offerte par le droit britannique ou encore la possibilité de déroger à la qualité d'auteur d'une œuvre d'art visuel en droit américain, la limitation de la durée de protection du droit moral de paternité à la vie de l'auteur tout comme la condition de revendication du droit de paternité telle que posée par le copyright britannique illustrent le propos⁵⁰⁷.

L'exercice du droit moral dans le copyright semble s'inscrire dans la logique de l'exercice des droits patrimoniaux⁵⁰⁸ ; il est dit qu'il est inaliénable ou non susceptible de transfert, néanmoins, l'auteur lui-même peut y renoncer parfois même de manière implicite. Cependant, aucun droit exclusif de l'auteur ne peut être cédé de manière implicite tant en droit d'auteur que dans le copyright. Dans tous les cas, sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur, l'entreprise est de plus incertaine.

Les considérations ci-dessus relevées dans le copyright suffisent à démontrer qu'au-delà de la similitude d'approche probatoire de la qualité d'auteur tirée de la présomption de paternité, les contenus divergent fondamentalement selon qu'on est dans le copyright ou dans le système du droit d'auteur sans compter le fait que l'auteur et la qualité d'auteur n'y ont pas toujours la même sémantique.

⁵⁰⁷ Art 11 de la convention interaméricaine sur les droits d'auteur du 22 juin 1946 : « l'auteur conserve, lorsqu'il dispose de ses droits d'auteur par vente, cession ou d'autre manière, la faculté de revendiquer la paternité de son œuvre et de s'opposer à toute modification ou utilisation de celle-ci, qui pourrait être préjudiciable à sa réputation d'auteur, à moins que, par consentement antérieur, contemporain ou postérieur à cette modification, il n'ait cédé cette faculté, ou qu'il n'y ait renoncé. »

⁵⁰⁸ Sur la difficulté historique d'accommoder la conception des intérêts moraux de l'auteur avec la forte orientation économique du système du Common Law à la nature du droit d'auteur, voir S. Ricketson et J-C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*, préc, p 590, n° 10.06.

257. Au niveau international, la dualité de l'approche probatoire de la qualité d'auteur entre le système du droit d'auteur et celui du copyright a bel et bien été perçue. Conscients de la différence d'approches sur l'exercice du droit moral dont relève le droit de mentionner son nom sur l'œuvre en tant qu'auteur pour prouver la paternité, les Etats membres de l'organisation mondiale du commerce ont adopté l'inopposabilité au plan international de l'article 6 bis de la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques⁵⁰⁹. Cet article se rapporte à la protection par les Etats du droit moral. En effet, les membres ne peuvent tirer ni droits ni obligations de cette disposition conventionnelle. En conséquence, la preuve de la qualité d'auteur assise sur l'exercice du droit moral n'est pas opposable ou imposable à une partie qui n'a pas la même approche probatoire dans le cadre d'une négociation internationale ou dans le règlement d'un différend y relatif au niveau des instances compétentes de l'organisation mondiale du commerce.

Cela implique par ailleurs que la question de la qualité d'auteur en général et celle de sa preuve en particulier sont reléguées au niveau des Etats ou des systèmes nationaux. La loi de chaque pays définit qui est l'auteur et comment le déterminer en cas de conflit.

⁵⁰⁹ Article 9 de l'accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC en sigle) entré en vigueur le 15 janvier 1995 : « les membres se conformeront aux dispositions des articles premier à 21 de la convention de Berne (1971) et à l'annexe de ladite convention. Toutefois, les membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre du présent accord en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6 bis de ladite convention ou les droits qui en sont dérivés. »

Conclusion de la première partie

258. La preuve de la qualité d'auteur assise sur la présomption de paternité voulue de portée générale dans le système du droit d'auteur et en droit français en particulier a vu son champ s'amenuiser au fur et à mesure dans le copyright. Elle s'étend en principe à toutes les œuvres en droit d'auteur ; ambition par ailleurs limitée par la réalité des œuvres de l'esprit dont certaines ne portent pas le nom de leurs auteurs en raison des usages auxquels elles obéissent, laquelle situation est susceptible de compromettre l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon, notamment en cas de violation du droit de paternité. La preuve de la qualité d'auteur étant faussée par ladite violation. Le copyright pour sa part exclut simplement certaines catégories d'œuvres du champ d'application de la présomption d'attribution de droits. Le copyright britannique en exclut les œuvres non publiées, les œuvres non originales, les programmes d'ordinateur ou encore les œuvres réalisées dans le cadre du contrat de travail tandis qu'à l'inverse, le copyright américain en exclut toutes les œuvres à l'exception des œuvres d'art visuel.

259. Par ailleurs, de part et d'autre, il est affirmé que l'auteur est le créateur de l'œuvre. Alors que le système du droit d'auteur cherche à travers la présomption de paternité comment identifier le véritable créateur de l'œuvre, le copyright semble admettre que la même présomption identifie plutôt les titulaires de droits sur l'œuvre parmi lesquels se trouve l'auteur-créateur. Celui-ci est ici traité de la même manière que les autres titulaires de droits par le jeu de la renonciation de la qualité d'auteur. C'est une manifestation de la vision diamétralement opposée de deux systèmes ; l'un orienté vers l'auteur et l'autre vers l'œuvre ou sa diffusion au public.

260. Avec le système de dépôt de l'œuvre compatible avec la fixation de celle-ci comme condition de sa protection, la présomption d'attribution est en réalité une solution d'appui. Elle est une ressource de rechange ou un régime probatoire exceptionnel de la qualité de titulaire de droits d'auteur en cas de contestation du titre du demandeur en contrefaçon ou de mise en cause de l'existence du droit d'auteur. Sa genèse en droit britannique l'atteste mais aussi le fait que le nom mentionné sur l'œuvre peut ne pas être celui du créateur. Elle semble devenir indépendante ou en tous cas un régime principal de la preuve de la qualité de titulaire de droits d'auteur dans la version du copyright de 1988 du fait de la marginalisation des

formalités de dépôt de l'œuvre et d'enregistrement de l'œuvre, mieux leur suppression comme condition de protection des œuvres. Mais, la logique d'articulation juridique du dépôt de l'œuvre et de la présomption d'attribution de droits milite en faveur d'une interdépendance entre les deux approches en vue d'une certaine cohérence du système probatoire de la qualité de titulaire de droits. Même dans ces conditions, il n'y a pas de garantie que la personne qui dépose l'œuvre ou enregistre le copyright est réellement le créateur de celle-ci ou que c'est absolument une personne physique.

261. L'étude du contexte d'émergence de la présomption d'attribution de droits a, initialement, révélé de part et d'autre, la domination des imprimeurs ou libraires sur les auteurs, notamment avec le système de privilèges ; puis, sous l'influence des idées de John Locke dont la théorie du droit naturel de propriété, le retour de l'auteur au centre de la scène du droit d'auteur. Si le système du droit d'auteur a tiré toutes les conséquences de cette théorie de Locke au point de mettre en place les attributs du droit moral et de droits patrimoniaux de l'auteur, le copyright, pour sa part, a connu la dialectique des investisseurs qui ont subtilement repris en main les droits des auteurs au point qu'ils sont devenus des prérogatives d'ordre patrimonial.

262. L'introduction du droit moral dans le copyright n'a pas changé grand-chose ; le régime du droit moral dans le copyright est resté bien limité par l'influence de la protection de droits patrimoniaux. Apparemment issue de la même origine formelle, à savoir l'article 15 de la convention internationale de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques, la présomption de paternité comme preuve de la qualité d'auteur ne connaît pas une application identique dans tous les systèmes juridiques en présence. Cette limite spatiale est confirmée par l'accord sur les aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'organisation mondiale du commerce (ADPIC) qui prescrit l'inopposabilité du droit moral dans le règlement de différends internationaux soumis à sa compétence.

263. La disparité entre le droit d'auteur et le copyright sur cette question de la présomption de la qualité d'auteur procède donc de la protection relative du droit moral de paternité sur lequel repose cette dernière. Le système du droit d'auteur considère le droit moral comme un lien naturel entre l'auteur et son œuvre ; de ce fait, il ne peut pas être aliéné ; il est au contraire perpétuel et par conséquent non susceptible de renonciation. Le copyright

en revanche institue un régime légal de renonciation explicite et implicite du droit d'identification de l'auteur, un régime souple compatible avec celui de libre cessibilité de droits patrimoniaux.

Il suit que l'application de la présomption d'attribution de droits comme preuve de la qualité d'auteur entraîne une certaine confusion entre l'auteur-créateur et le titulaire de droits. En effet, conformément à l'objectif consistant à assurer l'intérêt de la collectivité publique qui doit accéder aux manuels pour le progrès de la science et des arts pratiques, la publication de l'œuvre a été préférée à la création comme source de droits d'auteur. C'est ainsi que la volonté de l'auteur exprimée dans le contrat de cession de droits d'auteur va constituer le fondement par lequel naît, par le truchement de la revendication, le droit de paternité de l'auteur sur son œuvre. Une base certes bien fragile qui ne peut assurer la solidité et la certitude de la preuve de la qualité d'auteur qui s'en réfère. Car, à défaut de la revendication du droit de paternité dans le contrat, celui-ci ne peut être opposable aux tiers.

264. De ce fait, il subsiste une certaine incohérence dans tous les systèmes du droit d'auteur et du copyright actuellement dès lors qu'ils y admettent les œuvres non publiées tout en considérant que la preuve de la qualité d'auteur ne peut être administrée que lorsque l'œuvre a été divulguée ou publiée. Pour le copyright, la protection des œuvres non publiées est une des conséquences de la ratification de la convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques qui prône la protection des œuvres dès leur création⁵¹⁰ et ce, avec ou sans exigence de fixation ou de publication préalable⁵¹¹.

265. De surcroît, en son sein, le système du droit d'auteur fondé sur la création est en inadéquation avec l'approche probatoire basée sur la présomption de la paternité. En dépit du lien solide et naturel entre l'auteur et son œuvre que traduit le droit moral de paternité, celui-ci demeure une prérogative qui peut souffrir de violation par des tiers, un droit susceptible de renonciation volontaire ou involontaire par l'auteur ou simplement un droit dont l'exercice peut s'avérer délicat dans certains cas. Cet état de chose est susceptible de faire apparaître le nom des non créateurs sur les œuvres au point même d'entamer l'efficacité voulue de la lutte contre la contrefaçon. Or, l'auteur ici ne peut être qu'une personne physique créatrice de

⁵¹⁰ Art 2, al 1^{er} de la convention de Berne de 1886 sur la protection des œuvres littéraires et artistiques telle que modifiée le 28 septembre 1979.

⁵¹¹ Art 2, al. 2 de la convention de Berne précitée.

l'œuvre. L'auteur doit pourtant être identifié en tant que tel et se singulariser des auxiliaires de la création, personnes physiques ou morales.

DEUXIEME PARTIE

CERTITUDE DE LA PREUVE TIREE DE LA CREATION DE L'OEUVRE.

266. L'acte de création a été disqualifié comme preuve de la qualité d'auteur du fait qu'il est délicat de l'établir et ce, au profit de la présomption de paternité. Celle-ci, comme on l'a vu, s'est fondée sur la mention du nom sur l'œuvre divulguée. Cependant, une inadéquation apparaît parfois entre cette présomption et la création de l'œuvre de laquelle dérive la qualité d'auteur. Il s'avère donc impérieux que la création intellectuelle joue pleinement son rôle probatoire (Titre I). Toutefois, l'entreprise de requalification de l'acte de création en tant que preuve de la qualité d'auteur ne doit pas occulter le caractère strictement personnel dudit acte ainsi que la faiblesse de l'auteur face aux forces économiques en présence dans l'environnement de la création lesquels imposent le recours au titre probatoire formel en vue de la protection de l'auteur (Titre II).

TITRE I. PREUVE PAR L'ETABLISSEMENT DE LA CREATION.

267. Pour démontrer la nécessité de recourir à l'acte de création comme moyen de preuve de la qualité d'auteur, il convient d'en connaître les raisons par rapport au système probatoire mis en place (chapitre I) avant de mettre en exergue ses avantages probatoires et son utilité en droit d'auteur (chapitre II).

Chapitre I. Justification de l'acte de création au titre de preuve.

268. L'analyse de la question de la preuve de la qualité d'auteur révèle que le recours au critère de création a lieu soit en cas d'inapplication de la présomption de paternité en vue de la revendication en justice de la qualité d'auteur⁵¹², soit en confirmation ou en contestation du résultat de ladite présomption⁵¹³. Ces deux hypothèses illustrent en quelque sorte l'éclipse du critère de la création dans la détermination de l'auteur ; il joue un rôle de second plan, de toile de fond omniprésente, de sorte qu'on peut dire qu'il est considéré la plupart de temps comme un moyen de preuve par défaut de la qualité d'auteur. Cela se comprend aisément dans la mesure où la présomption de paternité a longtemps été perçue comme un allègement de la preuve de la qualité d'auteur.

Ainsi, pour justifier le choix opéré en faveur de la preuve de la qualité d'auteur tirée de l'acte de création de l'œuvre de l'esprit, il sied de savoir s'il est possible d'établir la création d'une œuvre et de quelle manière cela peut-il se faire (section I) avant de démontrer que l'acte de création est le moyen de preuve par excellence de la qualité d'auteur face aux exploitants de l'œuvre (section II).

⁵¹² CA Paris, pôle 5, ch. 1^{er}, 27 février 2013, arrêt inédit : le demandeur n'a pas obtenu le retrait de la qualité du coassocié dont le nom était mentionné sur l'œuvre faute d'avoir justifié en quoi le concours de ce dernier n'était pas qualifié de collaboration au sens de l'article 113-2 CPI.

⁵¹³ Cass com, pourvoi n° 06-19.721 du 15 janvier 2008, note T. Lancrenon : le coassocié dont le nom n'a pas été mentionné sur l'œuvre a finalement recouvré sa qualité d'auteur grâce à l'analyse des conditions de création de l'œuvre querellée.

Section I. Possibilité ou impossibilité d'établissement de la création d'une œuvre.

269. On a précédemment vu que la doctrine justifie l'institution de la présomption de paternité en tant que preuve de qualité d'auteur du fait que l'acte de création est délicat à établir voir même impossible. On ne peut dès lors aller plus loin en disant que l'acte de création apporte la preuve de la qualité d'auteur sans pouvoir démontrer la possibilité ou non de l'établissement dudit acte. Mais, pour se situer par rapport à la position doctrinale susmentionnée, il convient de préciser en quoi consiste la création d'une œuvre (§1), quelle est sa place dans la détermination de l'originalité d'une œuvre de l'esprit, condition nécessaire et suffisante de la protection du droit d'auteur (§2) enfin, quelles sont ses modalités d'établissement et d'appropriation (§3).

§1. Création d'une œuvre, quid ?

270. On a déjà vu à maintes reprises que l'apport ou l'effort créatif ou encore l'activité créatrice a finalement été retenu par le juge comme le critère décisif, mieux la condition pour faire jouer la présomption de la qualité d'auteur en tant que preuve⁵¹⁴. D'ailleurs, que la présomption de la qualité d'auteur trouve application sur une œuvre ou non, on constate que l'acte de création est souvent sollicité pour apporter la preuve de la qualité d'auteur. C'est le critère décisif de détermination de la qualité d'auteur en droit d'auteur français⁵¹⁵. Ainsi, bien que la présomption de paternité soit légale, son application oblige souvent le juge à vérifier si la personne dont le nom est mentionné sur l'œuvre est bien le véritable auteur.

271. Pour clarifier notre propos sur le système alternatif de la preuve de la qualité d'auteur, il faut cerner la notion de création. Celle-ci étant polysémique, il sied de l'analyser afin de préciser le sens qu'elle revêt au titre de preuve. Ensuite, il sera question des modalités d'établissement de la création de l'œuvre. Cette hypothèse sera appuyée par le fait que si

⁵¹⁴ CA Versailles, 18 mars 1992, RIDA, 153, juillet 1992, p 180.

⁵¹⁵ Cass Com, n° 06-19.721 du 15 janv. 2008, note T. Lancrenon, N'est pas forcément auteur celui que l'on croit, Petites affiches, 24 juin 2008, n° 126, p 6 : « Attendu qu'en se déterminant par ces motifs, dont il résulte seulement que M. Z était présumé auteur de l'œuvre divulguée sous son nom, mais non point qu'il en soit en réalité l'auteur, et sans examiner les conclusions d'appel faisant valoir que ce dessin avait été créé à partir d'une photographie prise par M. Z, mais que M. X avait eu l'idée de décliner la silhouette trois fois et de modifier les ombres, ainsi que le relief de chacune des silhouettes, et que l'œuvre avait été réalisée à partir de ce cliché, travaillé sur un logiciel de dessin de M. Z, sous les directives de M. X, ce dont il pouvait résulter que ce dernier en était le créateur ou avait participé à la création, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

l'examen de l'originalité d'une œuvre se fonde sur l'acte de création afin de révéler la personnalité de l'auteur, il y a lieu de penser que l'acte de création n'est pas impossible à établir pour prouver la qualité d'auteur.

En dehors du contexte de création de l'œuvre, le droit d'auteur dans son ensemble fait retour à l'époque pré-moderne, d'avant la Révolution française où l'acte légal ou royal ou encore la diffusion de l'œuvre était fondatrice des droits sur l'œuvre reconnus même à des non créateurs des œuvres⁵¹⁶. Il importe donc de savoir en quoi consiste l'acte de création. Cette question mérite une réponse appropriée sinon, la base du système probatoire envisagé de la qualité d'auteur serait hypothétique.

272. La création possède une appartenance plurale, c'est-à-dire qu'elle appartient au vocabulaire juridique, au lexique général et également au lexique propre à certaines disciplines universitaires⁵¹⁷. Chronologiquement, l'étude de la création a d'abord été réalisée par la théologie. Le dogme créationniste considère en effet que Dieu est à l'origine de la création. La conception divine de la création décline dans les sciences humaines à partir du XIXe siècle, notamment sous l'influence du darwinisme et du matérialisme historique. Au-delà de la théologie, l'étude de la création est réalisée par d'autres disciplines. Elle est en particulier étudiée par la philosophie esthétique. Les philosophes de l'antiquité envisagent l'art à travers le beau et le bien. Plus tard, l'esthétique désignera, en philosophie, la science du sensible. Les philosophes modernes inscrivent ensuite durablement l'esthétique en tant que philosophie de l'art. La création et la créativité demeurent aujourd'hui l'objet d'étude de la philosophie. Son étude correspond à l'observation de toutes les formes de création artistique (littérature, arts plastiques, art dramatique, cinéma, musique...). La création est aussi appréhendée par la psychologie et la psychanalyse. Son étude est parfois désignée par le terme « créatique ». Elle correspond à l'analyse des mécanismes intellectuels correspondant à l'acte

⁵¹⁶ E. Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préc., p. 53. A la page 78, le même auteur écrit : « le premier progrès qui fit entrer les droits intellectuels dans leur histoire moderne fut l'expulsion de tout autre sujet de droit que le créateur ou inventeur. Les droits intellectuels devaient dorénavant n'exister qu'au profit du concepteur intellectuel, de celui qui était à l'origine du bien. » ; un peu plus loin à la page 80, elle note dans le même sens ce qui suit : « le premier phénomène fut donc l'identification, par leur génie ou leur inspiration, d'une nouvelle classe de sujet de droit. Ce transfert suivit les critères du génie, de l'effort, du travail, voir du risque, non plus dans l'exploitation du bien, comme dans la propriété éditoriale ou dans une grande partie des privilèges industriels, mais dans sa création : la notion-clef, caractéristique du droit intellectuel moderne, devenait le mérite originel. »

⁵¹⁷ A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, préc., p. 3, n° 8.

de création. Elle est également l'objet des sciences économiques et souvent assimilée à l'invention qui est au cœur de l'économie industrielle. Elle fait également l'objet des recherches sociologiques portant sur la dynamique des groupes d'inventeurs et des créateurs⁵¹⁸.

273. En philosophie, le terme création désigne tantôt le résultat de l'acte par lequel Dieu ou l'Absolu a produit le monde, c'est-à-dire l'univers comme ensemble des êtres créés. Pour la pensée occidentale l'univers a été produit du néant. Tantôt, au plan éthique, la valeur donnée à un objet par un sujet, son auteur ; tantôt enfin, au plan esthétique se rapportant à la création artistique, une activité de type métaphorique. De toutes les significations philosophiques du terme création, c'est le sens de la création artistique qui demeure après la disqualification théorique de la création divine par Emmanuel Kant⁵¹⁹ ainsi que les critiques conjuguées de l'évolutionnisme, du naturalisme et du positivisme⁵²⁰. En esthétique, la création suppose l'existence d'une œuvre sous quelque forme que ce soit ; elle peut être une idée, un style, un effet artistique ou une forme d'art et donc pas nécessairement un objet matériel. La forme s'applique ici à ce qui est fourni par et dans l'activité créatrice de l'auteur, et qu'il appartient à cette activité de fournir par opposition au matériau (papier, étoffe, bois, métal...) et à la matière (de nature immatérielle : signes conventionnels, éléments stylistiques...) qui constituent ce qui est fourni à l'auteur ou les éléments de base de la forme. C'est l'ensemble des modalités particulières sous lesquelles se présente une chose. En esthétique, l'œuvre créée doit avoir une véritable et suffisante nouveauté, être dotée d'une autonomie d'existence par rapport à son agent créateur humain, et véhiculant un au-delà présent⁵²¹.

274. En droit d'auteur, les finalités esthétiques importent peu ; en revanche, la condition du créateur humain est capitale⁵²² dans la mesure où la définition des œuvres de beaux-arts dépend de la marque de sa personnalité⁵²³. Créer, c'est intervenir dans l'univers

⁵¹⁸ Idem.

⁵¹⁹ Encyclopédie philosophique universelle, les notions philosophiques, dictionnaire, tome I, Paris, Puf, p 503.

⁵²⁰ O. Laligant, La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? préc, p 181-182.

⁵²¹ E. Souriau, Vocabulaire d'esthétique, Paris, Puf, 1999, p 523.

⁵²² O. Laligant, La véritable condition d'application du droit d'auteur, préc, p 191, n°230

⁵²³ Cass. Crim., 18 février 1960, annexe I ; en sens contraire, Cass com. 15 juin 2010, société Altona vs Société Dubois Jardins, n° 08-26.999, D. 2011. Pan. 2166, obs. Sirinelli ; propr. Intell. 2011, n° 38, p 82, obs. Bruguière ; CCE 2010, n° 119, comm. Caron : l'empreinte de la personnalité d'une œuvre peut être décelée dans le travail créatif d'une personne morale.

des formes⁵²⁴. La forme quant à elle englobe l'expression ou diverses parties de l'œuvre (formes apparentes de l'œuvre) et la composition ou les enchainements reliant les diverses parties de l'œuvre (formes sous-jacentes de l'œuvre). La création suppose donc la combinaison des formes⁵²⁵. Si ces formes ne sont pas dissociables de l'œuvre, elles ne sont pas, juridiquement parlant, prises en compte dans la notion de création au sens du droit d'auteur⁵²⁶.

275. Dans le langage courant, la création est à la fois une activité et un résultat. Chaque fois, l'accent est mis de manière relative sur l'aspect humain du créateur et sur la spécificité de l'œuvre qui résulte de son action. D'après M. Laligant⁵²⁷, en français, le terme création est ambigu : d'une part, il désigne le résultat du processus par lequel une chose a reçu l'existence (fabricat), et d'autre part, le processus par lequel a été promue à l'existence une chose telle qu'on ne puisse la référer à aucun modèle préexistant. Pour M. Latil⁵²⁸, le mot création possède deux significations. La première désigne l'action de faire ou d'organiser une chose qui n'existait pas encore. La création est d'abord une action possédant des qualités de créativité. Il s'agit en ce sens d'un acte créateur. Les activités créatives s'opposent alors aux activités mécaniques, répétitives, ou sans originalité. Elles désignent la libre production d'une valeur nouvelle. La seconde signification du terme création fait référence à l'ensemble des choses créées. Il ne s'agit plus ici d'une action mais d'une chose créée. Elle s'oppose à la destruction, la copie, l'imitation ou la banalité. Le mot création désigne ainsi en même temps une activité et une chose. En clair, il y a d'une part création entendu au sens de l'acte de la personne humaine et, d'autre part, création prise au sens de l'œuvre. Quel est le sens que le droit d'auteur doit retenir au titre de preuve de la qualité d'auteur ? Si la doctrine se fait parfois l'écho du sens que le langage courant donne au terme création en relevant son ambivalence, le législateur⁵²⁹, quant à lui, retient, comme on l'a dit, le sens technique du terme création, c'est-à-dire celui que lui donne le droit d'auteur.

⁵²⁴ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2016, p 54.

⁵²⁵ A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, préc., p 51-52, n° 107 : « La théorie de l'art pour l'art (Victor Cousin) signifie que le sens de la création réside dans sa forme ».

⁵²⁶ O. Laligant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?* préc., p 256-261.

⁵²⁷ Idem, p 175.

⁵²⁸ A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, Paris, Lextenso, 2014, p 3, n° 7 ; Le petit robert, 2011 ; B Bourgeois, *création*, Encyclopia Universalis, 2002, t 6, p 659 ; A Molhes, *Invention*, Encyclopia Universalis, op cit, t 12, p 350.

⁵²⁹ Art L. 111 al 1 CPI.

276. Pendant les trois premiers quarts du XIX^e siècle, la doctrine et la jurisprudence, lorsque se posait la question de l'application ou de la non application du droit d'auteur, ont raisonné en termes de création. Longtemps avant la loi de 1957, dans la plupart des décisions, le terme création est utilisé au sens d'activité créatrice. C'est ainsi qu'il a été dit que les dispositions de la loi de 1793 ont pour objet de protéger contre les contrefaçons les propriétés de création telles que les poêles à four ; de même, la création est la cause efficiente de la propriété littéraire et artistique de sorte que les annonces commerciales dont les formalités de dépôt n'ont pas été complètes pouvaient prétendre au bénéfice des dispositions de la loi de 1793, notamment celles relatives à la contrefaçon⁵³⁰.

Sous l'empire de la loi de 1957 également, nombre de décisions rappellent que le principe de protection reconnu par la loi repose sur une idée de création. Lorsque le législateur évoque le concept de création, il se réfère non pas à la création comme résultat d'une activité quelconque de l'esprit mais plutôt comme activité elle-même⁵³¹. Il distingue ainsi l'œuvre de l'esprit qui est aussi une création (création-résultat) de l'action qui l'engendre (création-acte) sans pouvoir les définir. La création doit donc être entendue au sens de « l'action de donner l'existence, de tirer du néant ⁵³² ». Il s'agit d'effectuer un acte conscient afin de matérialiser un concept de l'esprit⁵³³. De ce fait, on s'éloigne de l'opinion selon laquelle la démarche du créateur est indifférente en ce qu'il est inutile de chercher à retracer le travail intellectuel ou l'effort individuel et que seul le résultat compte⁵³⁴. Cette thèse dite objective comporte des limites⁵³⁵. D'abord, l'œuvre de l'esprit est le fruit de la participation humaine⁵³⁶. Ensuite, on ne peut pas refuser le bénéfice de la protection du droit d'auteur à une œuvre tout simplement par ce qu'elle est identique à une œuvre antérieure, dès lors qu'il est établi qu'elle est le résultat d'une création indépendante⁵³⁷.

⁵³⁰ O. Laligant, La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? préc., p 176.

⁵³¹ Art L. 111-1 al 1 CPI : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété exclusif et opposable à tous. »

⁵³² Le petit Robert, 1996, p 505.

⁵³³ S. Le Cam, L'auteur professionnel, entre le droit d'auteur et le droit social, thèse, université de Nantes, 2011, p 41 : « si l'œuvre est le résultat d'une mise en œuvre des facultés affectives et intellectuelles, elle implique également une manifestation exprimée de l'esprit qui doit être délibérée. L'œuvre naît d'action créatrice et voulue, elle ne relève pas du fruit du hasard. »

⁵³⁴ F. Dessemontet, Le droit d'auteur, Lausanne, Cedecac, 1999, p 36.

⁵³⁵ A. Lucas, H-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4^e éd., préc., p 63, n° 48.

⁵³⁶ I. Cherpillod, L'objet du droit d'auteur, Lausanne, CEDIDAC, 1985, n° 217.

⁵³⁷ H. Desbois, Le droit d'auteur en France, Paris, Dalloz, 1^{re} édition, n° 51.

Ainsi, prouver la qualité d'auteur revient à démontrer comment on a combiné les formes de l'œuvre soit dans son expression soit dans sa composition mieux, comment on a réalisé une mise en forme personnelle de l'œuvre⁵³⁸.

Il est certes vrai que l'activité créatrice s'apprécie souvent au travers de l'œuvre de l'esprit qui en résulte mais ce sens de la création-résultat n'intéresse la preuve de la qualité d'auteur qu'en considération de ce que l'auteur a positivement accompli pour en arriver là. En ce sens, on peut préciser que pour savoir si l'on est en présence d'une création-résultat au sens du droit d'auteur, il faut qu'en raison de la forme suffisamment personnelle dont son auteur l'a dotée, l'œuvre en cause présente une individualité suffisante pour pouvoir se distinguer des créations de même sorte déjà existantes⁵³⁹ ; ce qui renvoie à la notion de création-acte et se réfère en même temps à celle de l'originalité. Le droit d'auteur a donc fait le choix du sens technique du terme création et ne s'embarrasse pas de l'acception du langage courant.

277. L'importance de la création telle qu'elle a été consacrée par le législateur en 1957 n'avait pas uniquement le sens d'exclure l'intervention du législateur dans la formation du statut de l'auteur⁵⁴⁰ mais aussi celui de générer naturellement les droits d'auteur⁵⁴¹. La création qualifie l'auteur⁵⁴² et engendre automatiquement les droits dont jouit ce dernier. C'est ainsi que le droit d'auteur est qualifié de droit naturel, c'est-à-dire un droit qui procède non pas de la puissance publique mais de la nature des choses, de l'acte de création et du lien de l'auteur avec son œuvre et que le législateur ne fait que reconnaître⁵⁴³.

279. La question de la création n'a guère été approfondie par la doctrine ; néanmoins,

⁵³⁸ F. Dessemontet, *Le droit d'auteur*, Lausanne, Cedicac, 1999, p 41, n° 59 : « la création intellectuelle est un processus de mise en forme ».

⁵³⁹ *Idem*, p 220, n° 274.

⁵⁴⁰ H. Desbois, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris, 1969-1970, p 4.

⁵⁴¹ M. Boutet, *considérations générales*, RIDA, numéro spécial, XIX avril 1958, P 21 : « La création est la seule donnée génératrice des droits. »

⁵⁴² S. Le Cam, *L'auteur professionnel, entre le droit d'auteur et le droit social*, préc., p 41 : « pour être auteur au sens du code de propriété intellectuelle, l'individu doit créer une œuvre de l'esprit. La réalisation d'une œuvre de l'esprit est la principale condition de la qualité d'auteur. » ; à la page 118, le même auteur écrit : « pour endosser la qualité d'auteur en droit d'auteur, le créateur doit avoir conçu et réalisé l'œuvre de l'esprit. » ; P. Gaudrat, *Objet du droit d'auteur, œuvres protégées, notion d'œuvre*, CPI art. L 111-1, L. 112-1, L. 112-2, J-CI propriété littéraire et artistique, fasc. 1134, 2008, n° 8 : « la création n'existe juridiquement que dans la mesure de sa réalisation. » ; J. Fometeu, *L'opposabilité des droits d'auteur*, in *Mélanges à l'honneur du professeur André Lucas*, Paris, NexisLexis, 2014, p 294 : « pour le législateur, le seul fait de la création confère la qualité d'auteur » ; A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, Paris, Lextenso, 2014, p 1.

⁵⁴³ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, 2^e édition, Paris, Economica, 2014, p 51, n° 40-1.

elle reconnaît que c'est elle qui fonde et justifie l'application du droit d'auteur⁵⁴⁴. Gastambide dit que c'est la création et la création seulement qui est la cause efficiente du droit en matière de propriété littéraire comme en matière de propriété artistique. Il poursuit que même dans le langage humain, créer, c'est faire quelque chose qui n'existait pas ; il ajoute que l'imagination la plus féconde ne fait le plus souvent que rassembler et composer d'une manière nouvelle les inspirations que lui donne l'étude de la nature ou celle des ouvrages qui sont sortis de la main des hommes. Créer, dans le langage des lettres, poursuit-il, c'est déposer dans un écrit quelque chose de son intelligence par un choix particulier des phrases et des mots et donner ainsi naissance à une production nouvelle. De manière analogue, dans le langage des arts, créer c'est déposer dans une œuvre quelque chose de sa pensée, quelque chose de nouveau soit par le sujet, soit par la forme, soit par la composition, soit par les accessoires, soit même simplement par le faire. Ainsi, dans les arts comme dans les lettres, ce qui est appelé aux avantages de la propriété, c'est le travail de la pensée donnant pour résultat quelque chose de nouveau et de particulier à son auteur.⁵⁴⁵ L'auteur d'un ouvrage n'est pas toujours et nécessairement celui qui réalise directement l'exécution matérielle de la production. L'auteur d'un ouvrage, c'est celui qui le conçoit, qui le porte pendant un temps plus ou moins long dans son cerveau, qui arrête et qui fixe la forme sensible sous laquelle il est destiné à être distribué et vendu⁵⁴⁶. M. Sirinelli précise que la création suppose, en théorie, une conception et une réalisation, donc deux démarches successives⁵⁴⁷.

280. D'après Desbois, trois étapes sont à distinguer dans le processus de création d'une œuvre : d'abord, la formation de l'œuvre ou le rassemblement des idées, puis la composition de l'œuvre ou l'agencement des idées en considération d'un certain plan et, enfin, le développement des idées et plan selon ce que l'auteur veut exprimer. Par idée, Desbois entend non seulement l'idée abstraite, c'est-à-dire le thème de l'œuvre mais aussi l'idée concrète c'est-à-dire le fait divers qui illustre le thème ; ainsi, il tire la conclusion que des telles composantes de l'œuvre (idées) doivent être écartées du champ du droit d'auteur et rester

⁵⁴⁴ Idem, p 171, n° 193.

⁵⁴⁵ A. Gastambide, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, ou de la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture, dessin, gravure, dessins des manufactures, sculpture industrielles, marques, noms, raisons commerciales, enseignes*, Paris, 1837, p 48 ; A. Latil, *Créations et droits fondamentaux*, préc., p 23 : deux caractéristiques essentielles de l'acte créateur : c'est un acte volontaire qui vise à faire mieux avec l'existant ; l'acte créateur vise l'amélioration. La seconde est qu'il s'agit d'un acte individuel qui a vocation à profiter à la collectivité.

⁵⁴⁶ O. Laligant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?* préc., p 173.

⁵⁴⁷ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2016, p 54.

à la disposition de tout le monde⁵⁴⁸. Françon abonde dans le même sens en disant que la naissance d'une œuvre passe par trois phases. Il y a une première phase dans laquelle une personne a l'idée de réaliser une œuvre. Cette personne va ensuite chercher à creuser cette idée, à l'aménager, va songer au plan qu'elle va donner à son ouvrage : c'est la phase de la composition ou encore celle du développement selon les termes de Desbois. Puis viendra le troisième et dernier stade de l'élaboration de l'œuvre, c'est-à-dire le moment où l'écrivain commencera à écrire, le compositeur de musique à rédiger sa partition, le peintre à prendre ses pinceaux. Ce dernier stade est le stade de l'expression⁵⁴⁹ ou le développement chez Desbois. Il convient de remarquer que le processus créatif élaboré par Desbois ou Françon semble être une projection de la méthode théorique et abstraite d'élaboration d'un travail juridique. L'acte créatif n'est pas un processus linéaire⁵⁵⁰. Pour Onimus⁵⁵¹, toute création, artistique, littéraire ou musicale se fait suivant des processus tout à fait analogues à l'engendrement de l'ordre au sein du désordre, au développement organique de la vie : cela commence par des essais dispersés, des balbutiements, des agglomérations sporadiques. Des brins de hasard se constituent en chaîne ; peu à peu des bribes d'ordre non linéaires apparaissent. On émerge du chaos ; des polarités se fixent ; l'ordre se confirme et, par fragments, se défait pour renaître différent. Les possibilités de changement diminuent au fur et à mesure que les choix exercent leur logique et que des nécessités intérieures s'imposent ; mais jusqu'au dernier moment, l'œuvre reste ouverte, en devenir.

281. Un réel travail de création est à distinguer d'une simple mise en œuvre de connaissance, de savoir-faire⁵⁵² ou de prestations techniques⁵⁵³. Il est l'œuvre d'une personne physique. Cela ressort clairement des termes de l'article L. 113-2 al. 1^{er} CPI : « est dite de

⁵⁴⁸ H. Desbois, Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, préc, p 4.

⁵⁴⁹ A. Françon, La conception traditionnelle du droit d'auteur, in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, sous la direction de I. de Lamberterie, Paris, éditions du CNRS, 1991, p 16 ; C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p 28 : « dans le domaine littéraire, le créateur manie d'abord des idées ; puis il compose son ouvrage, grâce au schéma qu'il a arrêté, et lui donne enfin une certaine expression (...) Dans le domaine musical, (...) il n'y a pas d'idées à proprement parler parce que l'œuvre musicale ne s'adresse pas à l'intelligence, mais aux sens ; le créateur imagine d'abord une mélodie, puis lui applique une harmonie et enfin juxtapose à l'ensemble un certain rythme ; mélodie, harmonie et rythme appliqué à la mélodie tiennent à la fois de la composition et de l'expression ».

⁵⁵⁰ O. Lalignant, La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? préc., p 211.

⁵⁵¹ J. Onimus, *Etrangeté de l'art*, Paris, PUF, 1992, P 145.

⁵⁵² Cass crim., 2 juin 1982 : Bull. crim., n° 138 ; D. 1983, inf. rap. P. 89, obs. Colombet.

⁵⁵³ Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1989 : RIDA 3/1989, p 262.

collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». De ce texte, la jurisprudence a déduit le principe d'application impérative selon lequel la qualité d'auteur est, en définitive, attribuée à ceux qui assurent la création intellectuelle de l'œuvre⁵⁵⁴. En droit français, ce qui importe, c'est la création, écrit M. Sirinelli⁵⁵⁵. Et une personne morale, ajoute la jurisprudence, ne peut être investie à titre originaire des droits de l'auteur que dans le cas où une œuvre collective, créée à son initiative, est divulguée sous son nom⁵⁵⁶.

Le créateur d'une œuvre de l'esprit ne peut être qu'une personne de chair. La doctrine approuve majoritairement cette position. Pour Desbois, « puisque les droits d'auteur naissent dans la personne et dans le patrimoine du créateur, il faut exclure du cercle des auteurs les personnes morales car il est impossible de supposer qu'une société ait imaginé et composé une œuvre de l'esprit. »⁵⁵⁷ MM. Lucas et Mme Lucas-Schloetter, pour leur part, ajoutent que la solution visant à écarter les personnes morales de l'attribution à titre originaire 'coule de source', car, comment une personne morale pourrait-elle exprimer sa personnalité dans une œuvre de l'esprit ?⁵⁵⁸ Ainsi, en droit d'auteur français, seul le créateur de l'œuvre a la qualité d'auteur.

Une position contraire est cependant soutenue par M. Bruguière en s'appuyant pour cela sur une doctrine ancienne selon laquelle une personne morale peut jouir de la qualité d'auteur de la même manière qu'une personne physique⁵⁵⁹. Il cite également la jurisprudence qui associe le processus créatif à la personne morale en relevant 'sa griffe', 'ses codes', ou

⁵⁵⁴ Cass civ., 1^{re}, 28 mai 1991, RIDA, oct. 1991, obs. J Ginsburg et P Sirinelli

⁵⁵⁵ P. Sirinelli, Propriété littéraire et artistique, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2016, p 53.

⁵⁵⁶ Cass civ. 1^{re}, 17 mars 1982, D. 1982.71, note Greffe ; JCP 1983. II. 20054, note Plaisant ; RTD com. 1982.428, obs. Françon.

⁵⁵⁷ H. Desbois, Cours de la propriété littéraire artistique et industrielle, 1960-1961, p 58.

⁵⁵⁸ A. et H-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4^e éd., préc, n° 148.

⁵⁵⁹ J-M. Bruguière, Question de fond : la personne morale auteur ? Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2015, p 273-283 ; Ph Merlin, Recueil alphabétique des questions de droit, 15^e éd., 1819-1820 : « Le mot auteur désigne non seulement ceux qui ont composé par eux-mêmes un ouvrage littéraire, mais encore ceux qui l'ont fait composer par d'autres et qui ont pris la composition à leur compte. » ; E. Pouillet, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, 3^e éd., Marchal et Billard éd., 1908, n° 124 : « Il se peut qu'un artiste travaille sur commande ou même attaché à une maison comme il arrive dans les fabriques de porcelaine, d'orfèvrerie ou de bronzes d'art. a qui, en pareil cas, appartient la propriété du modèle créé par l'artiste ? est-ce à celui sous les ordres et pour le compte duquel il travaille ? est-ce l'artiste ? nul doute que ce soit le fabricant ; c'est lui qui au regard du public, est le véritable auteur ; l'objet paraît sous son nom et, en quelque sorte sous sa responsabilité » ; G. Bry, La propriété industrielle, littéraire et artistique, Sirey, 1911, n° 720 : « il n'y a pas que les simples particuliers qui peuvent jouir de la qualité d'auteur ; les personnes morales, comme les sociétés savantes, les académies, l'Etat, peuvent avoir la propriété des œuvres, qu'elles produisent ou qu'elles publient. »

encore ‘son style’⁵⁶⁰. Il y a lieu de constater ici que le courant qui reconnaît la qualité d’auteur à la personne morale le fait par procuration de la personne physique ; car, chaque fois que la société récupère à son compte la création de ses salariés en faisant composer une œuvre littéraire ou en apparaissant comme auteur aux yeux du public ou en donnant des instructions et en organisant le travail de création d’une œuvre collective ou autre, elle implique toujours et nécessairement l’existence d’une personne physique à la base de l’œuvre. Bien plus, intervenir dans le processus créatif ne signifie pas forcément créer une œuvre ; de même, le style ou la marque de fabrique d’une entreprise n’est pas à confondre avec la personnalité qui renvoie aux caractéristiques d’une personne humaine, comme le corps, les sentiments, une voix...⁵⁶¹

En conséquence, même si la loi ou la jurisprudence accorde à titre originaire les droits d’auteur à une personne morale, celle-ci ne peut pour autant accéder à la qualité d’auteur⁵⁶². M. Vivant reconnaît d’ailleurs que l’idée d’une personne morale auteur ne prospère pas dans la conception personnaliste du droit d’auteur ; ainsi, au lieu de parler de la qualité d’auteur, il suggère qu’on reconnaisse aux personnes morales la qualité de titulaire de droit, sans pour autant les dire auteurs. Il objecte néanmoins qu’il subsistera la question de savoir si la personne morale peut prétendre aux droits moraux⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Cass civ 1^{re}, 19 déc. 2013, Thierry B. vs Van Cleef & Arpels, n° 12-26.409 : CCE 2014, n° 14, comm. Caron ; Propr. Ind. 2013, n° 23, comm. P. Greffe ; Cass com. 15 juin 2010, société Altona vs société Dubois Jardins, n° 08-20.999 : D. 2011. Pan. 2166, obs. Sirinelli ; Propr. Intell. 2011, n° 38, p 82, obs. Bruguière ; CCE 2010, n° 119, comm. Caron : l’originalité des jardinières sur lesquelles le droit d’auteur est revendiqué par la société Altona est caractérisée à partir de la ‘marque’ de l’entreprise ; Cass civ 1^{re}, 22 mars 2012, société SFDA vs Charroy, n° 11-10.132 : Bull. civ. I, n° 70 ; D. 2012. 1246, obs. Daleau, note Latil ; Propr. Intell. 2012, n° 44, p 329, obs. Bruguière ; Propr. Intell. 2012, n° 45, p 455, obs. de Candé ; RLDI mai 2012, n° 2737 ; CCE 2012, n° 61, note Caron ; PIBD 2012. 962, III, 364 ; RTD com. 2012.321, obs. Pollaud-Dulian ; Rev. Soc. 2012, p 496, note Binctin : reconnaissance du droit moral de paternité à la personne morale qui a pris l’initiative de la création d’une œuvre collective et non seulement à la personne physique, créatrice de la contribution exposée sur le site internet.

⁵⁶¹ P. Gaudrat, le point de vue d’un auteur sur la titularité, in *Le droit d’auteur aujourd’hui*, sous la direction de I. de Lamberterie, préc., p 46 : « au sens de la loi de 1957, le créateur ne peut être qu’une personne physique, puisqu’il s’agit ici de la personnalité psychologique et non pas de la personnalité juridique bien qu’elle soit déterminante pour recueillir et exercer les droits. » ; J-M. Bruguière, Question de fond : la personne morale auteur ? *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2è éd., Paris, Dalloz, 2015, p 283.

⁵⁶² Pour plus de détails sur les arguments en faveur de la personne physique auteur, voir A. Lucas, *L’œuvre de l’esprit : création d’une personne physique ou morale ?* A. Bensamoun, F. Labarthe et A. Tricoire, *L’œuvre de l’esprit en question (s), un exercice de qualification*, Actes de colloque, mare & martin, 2015, p 31-42.

⁵⁶³ M Vivant, *L’œuvre de l’esprit : création d’une personne physique ou morale ?* in A. Bensamoun, F. Labarthe et A. Tricoire, *L’œuvre de l’esprit en question (s), un exercice de qualification*, Actes de colloque, mare & martin, 2015, p 56-57.

Encore une fois, le jeu d'attribution ou d'exercice de droits d'auteur tente d'affecter la qualité d'auteur et de semer la confusion dans l'administration de sa preuve. En tant que fiction de l'homme, la personne morale reçoit ce que ce dernier lui donne comme contenu de sorte qu'elle ne l'égale pas au point d'être capable de conception ou d'imagination sans passer par son truchement. L'idée selon laquelle les œuvres naissent aujourd'hui dans les conditions particulières, notamment celles du salariat, ne doit pas occulter le fait que la création est une donnée spécifiquement humaine et que la qualité d'auteur ne suit pas les moyens techniques de la personne morale, quels qu'ils soient.

De ce qui précède, il ressort clairement que c'est l'idée de la création-acte qui concerne la preuve de la qualité d'auteur et non pas celle de création- résultat. Elle consiste à agir dans l'univers des formes. On retiendra également que l'acte de création est le fait d'une personne physique, humaine et non pas d'une personne morale. Si cette clarification vaut la peine d'être faite afin de savoir à quoi se rapporte la preuve de la qualité d'auteur, celle-ci consiste davantage en la manière dont l'acte de création doit être établi. Il faut dès lors passer de l'analyse de la notion d'acte de création aux conditions de son établissement lors de l'examen de l'originalité de l'œuvre.

§ 2. Création, acte qualificatif de l'originalité de l'œuvre.

282. De prime abord, il sied de relever qu'il ne s'agit pas ici de revenir sur la notion d'originalité⁵⁶⁴ comme telle ainsi que la controverse y relative depuis l'arrêt Pachot de la Cour de cassation sur l'originalité du logiciel⁵⁶⁵ ou encore depuis que la cour de justice de l'union européenne l'a érigée en notion autonome ou communautaire⁵⁶⁶. Qu'elle soit l'expression de la personnalité de l'auteur ou celle de la création intellectuelle propre à l'auteur, l'originalité de l'œuvre passe par l'auteur. La préoccupation sera de cerner le lien qui existe entre la preuve de la qualité d'auteur et l'originalité de l'œuvre en tant qu'elle est l'émanation de la personnalité de l'auteur. Autrement dit, peut-on légitimement dire que l'acte de création ne peut pas être établi alors que le bénéfice de la protection du droit d'auteur passe par l'examen de l'originalité de l'œuvre, caractéristique de la création de forme protégeable ?

283. Il convient de noter que la preuve de la qualité d'auteur et la preuve de l'originalité de l'œuvre se recoupent tant à travers l'acte de création que par l'auteur qui est, seul, habilité à les rapporter. D'une part, celui-ci établit que l'acte de création est son propre fait à l'exclusion d'autres personnes et, d'autre part, il le caractérise pour le présenter au juge afin d'obtenir la protection de son œuvre par le droit d'auteur. Compte tenu de l'importance que revêt la question d'originalité qui comporte un double effet portant à la fois sur la preuve de la qualité d'auteur et sur le bénéfice de la protection du droit d'auteur, le fond y relatif a même fait l'objet de l'examen de la Cour de cassation⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ A ce propos, voir C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e édition, Dalloz, Paris, 1999, p 26 : « Soit deux sculpteurs : l'un réalise son œuvre à partir de la pose d'un modèle ; l'autre, élève du premier, crée sa sculpture en copiant l'œuvre de son maître ; la première œuvre est nouvelle et originale ; la seconde est originale mais n'est pas nouvelle ; elles sont toutes deux protégées par le droit d'auteur, **car l'originalité de l'œuvre, qui est l'élément décisif en matière de propriété littéraire et artistique, apparaît dès que l'on y trouve l'empreinte d'une personnalité, dès qu'il y a création.** » souligné par l'auteur ; B. Edelman, *création et banalité*, D 1983, chron 73 ; P-Y. Gautier, *propriété littéraire et artistique*, préc., p 48, n° 34 ; S. Hans, *l'originalité en droit d'auteur : contribution à l'étude de la notion*, thèse, Paris I, 1991, A. Lucas et P. Sirinelli, *l'originalité en droit d'auteur*, JCP, 1993, Ed G, n° 23, p 253 et s ; A. Strowel, *l'œuvre selon le droit d'auteur*, *Droits*, n° 18, 1993, p 79 et s.

⁵⁶⁵ Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, Pachot : *JurisData* n° 1986-000125 ; JCP G 1986, II, 20631, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; D. 1986, jurispr. p. 405, note B. Edelman ; RIDA 3/1986, p. 136, note A. Lucas ; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. A. Françon.

⁵⁶⁶ La doctrine est à ce sujet divisée : les uns pensent qu'elle est une notion objective : Lire A. Lucas, H-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, précité, 4^e éd, 2012, n° 123 ; voir également CJCE, 16 juill. 2009, Aff. C-5/08, *Infopaq international A/S vs Danske Dagblades Forening*, *prop. intell.*, 2009, p 379, obs. V-L. Benabou, tandis que les autres pensent que c'est une notion subjective : voir arrêt *Infopaq*, CCE, 2009, comm. 97, note C. Caron et P. Sirinelli : D. 2011, p 2166.

⁵⁶⁷ Cass, 1^{re} civ, 30 septembre 2015, n° 14-11.944, *Jeff L. vs SAS BMG VM Music France et a.* : *JurisData* n° 2015-021647, CCE, n° 11, nov. 2015, C. Caron.

284. Alors que l'exposé des motifs de la loi du 11 mars 1957 se limite à indiquer que « les articles suivants (8, 9 et 10 du texte initial) apportent des définitions légales que leur caractère spécifique justifie de figurer dans un texte de loi »⁵⁶⁸, la doctrine pour sa part justifie l'existence de la présomption de la qualité d'auteur définie à l'article 8 de ce texte par la difficulté ou la délicatesse voire l'impossibilité d'établir ou de rendre compte de l'acte de création. Cela revient à dire que les rédacteurs de la loi de 1957 sur la propriété littéraire et artistique n'ont pas entendu donner une justification particulière de la présomption de la qualité d'auteur. Pour des raisons de clarté, rappelons que la disposition précédente instaure le système non formaliste de protection du droit d'auteur en posant le principe d'indépendance entre la création de l'œuvre et sa divulgation⁵⁶⁹ et que les articles 9 et 10 susmentionnés se rapportent aux œuvres pseudonymes et anonymes dont les droits sont attribués à une autre personne que l'auteur de l'œuvre. Les rédacteurs du code de la propriété intellectuelle ont placé la disposition relative à la présomption de paternité sous la section qui traite de la titularité de droits. On peut penser que la question de la preuve de la qualité d'auteur n'avait pas encore préoccupé le législateur tellement elle a toujours semblé être une évidence. Mme Marino fait le même constat en ce qui concerne l'originalité qui apparaît comme une évidence la plupart du temps. Cependant, depuis quelques années, chaque fois qu'il y a le moindre doute sur elle, le défendeur en contrefaçon soulève le moyen et de plus en plus souvent des discussions s'engagent sur cette notion⁵⁷⁰ que la doctrine aussi bien que la jurisprudence considèrent comme la condition d'application de la protection du droit d'auteur⁵⁷¹. Il s'avère dès lors difficile à comprendre que l'acte de création soit impossible à établir alors que l'originalité demeure la condition sine qua non d'application du droit d'auteur ; car en effet, c'est justement l'acte de création qui qualifie l'originalité de l'œuvre. M. Pollaud-Dulian a

⁵⁶⁸ Exposé des motifs de la loi du 11 mars 1957, préc., p 4.

⁵⁶⁹ Idem : « l'article 7 (l'œuvre est réputée créée indépendamment de toute divulgation publique...) traduit, en cette matière, la conception française traditionnelle. Il n'y a pas, en effet, chez nous, de formalité comme il en existe par exemple aux Etats-Unis d'Amérique (copyright), qui donne une naissance légale à l'ouvrage. »

⁵⁷⁰ L. Marino, Preuve de l'originalité d'un guide du tarot : rien ne sert d'affirmer, il faut expliciter ! in *Gaz Pal*, n° 308-309, 5 novembre 2015, p 3676, commentaire de l'arrêt CA Paris, pôle 5, ch 2, 29 mai 2015, n° 13/18038, aff. Corinne X vs Claude Y et crts : la cour a estimé qu'il ne lui revient pas de caractériser ce qui relève, dans le style et la composition de l'ouvrage, de son apport créatif et que c'est celui qui se prévaut du monopole du droit d'auteur qui doit expliciter ou démontrer que son étude sur le tarot de Marseille dont l'originalité est contestée exprime sa personnalité.

⁵⁷¹ Cass. Civ., I, 11 février 1997, Haddad vs Monnier, Bull. civ., I, p 35, n° 55 ; CA Paris, 20 mars 2015, n° 14/15400, aff Sté Rouxel Secama vs Sté Equipra : RLDI 2015, p 114 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle*, Le droit d'auteur, 2è éd, Paris, Economica, 2014, p 118-119, n° 123-124.

écrit avec justesse que « le principe, qui constitue l'un des piliers de la conception française du droit d'auteur, c'est que seul le véritable créateur de l'œuvre peut se voir reconnaître la qualité d'auteur. » Il a encore ajouté que dans le système français, c'est l'acte de création qui fonde la protection par le droit d'auteur. Ceci rejoint fort logiquement la définition du critère de l'originalité, qui implique l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre et aussi la reconnaissance du droit moral, droit spécifique destiné à défendre la personnalité de l'auteur à travers sa création⁵⁷². L'originalité d'une œuvre de l'esprit doit être recherchée dans les formes éligibles à la protection du droit d'auteur ; il existe donc un lien étroit, autour de la création, entre la preuve de l'originalité de l'œuvre et la preuve de la qualité d'auteur. Il est quasi impossible d'établir l'originalité de l'œuvre sans identifier l'auteur dont les empreintes sont retracées.

285. Le rattachement de l'originalité à la création de l'œuvre se manifeste même au niveau européen. En effet, l'article 6 de la directive n° 93/98/CEE du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de la protection du droit d'auteur et de certains droits voisins dispose que « les photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création propre à leur auteur sont protégées » et que « aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de la protection ». En se référant à sa jurisprudence⁵⁷³, la cour de justice réitère exactement ce que dit l'article 6 de la directive susvisée, à savoir l'originalité qui s'exprime dans une création propre à son auteur. Alors même que cet article précise qu'aucun autre critère ne s'applique, la cour ajoute pourtant un critère tiré, cette fois, de son arrêt *Premier League* selon lequel la création propre à son auteur doit s'exprimer par des choix libres et créatifs. En d'autres termes, pour que l'œuvre soit protégée, il faut qu'il y ait un minimum de liberté créatrice⁵⁷⁴. La difficulté qui procède de la notion communautaire de l'originalité comme étant la création propre à son auteur est qu'elle a tendance à évoquer beaucoup plus l'apport intellectuel de l'auteur que l'apport sentimental ou psychologique du créateur.

⁵⁷² F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, 2è éd, préc., p 280, n° 323, 281-282, n° 325.

⁵⁷³ CJCE, arrêt *Infopaq*, 16 juill. 2009, Aff. C-5/08 *Infopaq vs Danske Dagblades Forening* : CCE. 2009, comm. 97, note C. Caron, *propr intell.* 2009, p 185, obs. V.-L. Benabou ; JCP G 2009, 272, note L. Marino.

⁵⁷⁴ CJUE, 4 oct. 2011, Aff. C-403/08 et C-429/08, *Football association Premier League* : CCE 2011, comm. 110 ; JCP G 2011, 1296, note F. Buy et J-Ch. Roda ; Europe 2011, comm. 468, note L. Idot.

286. Si l'originalité de l'œuvre, entendue dans son acception objective, est facile à prouver, en revanche, dans sa conception subjective, en tant qu'expression de la personnalité de l'auteur, elle serait quelque peu difficile à cerner avec précision. De sorte qu'il est parfois délicat, en pratique, de déterminer si une œuvre est originale ou non. Cela est vrai en particulier lorsqu'il s'agit d'une création mineure, d'une œuvre des arts appliqués mais aussi dans les beaux-arts. Néanmoins, comme l'artiste, l'amateur ou le critique, le juriste sent ce qu'est l'originalité. Et, malgré cette difficulté, le sacro principe de l'originalité au sens traditionnel de la marque de la personnalité de l'auteur n'a pas pour autant été désavoué⁵⁷⁵.

287. En outre, il convient de remarquer que la démonstration de l'originalité est généralement le fait de l'auteur. Le tribunal de grande instance de Paris a jugé dans ce sens en disant : « il appartient à celui qui se prévaut d'un droit d'auteur dont l'existence est contestée de définir et d'explicitier les contours de l'originalité qu'il allègue. Dans cette optique, plus largement, la preuve de l'originalité incombe au demandeur de l'action en contrefaçon⁵⁷⁶. Si ce dernier n'est pas lui-même le créateur de l'œuvre, il sera néanmoins appelé à l'identifier afin de relever les traits de sa personnalité remarquée dans l'œuvre. Mais en toute rigueur et de manière plus restrictive, seul l'auteur (...) est le plus en mesure d'identifier les éléments traduisant sa personnalité et qui justifient son monopole. »⁵⁷⁷ Cela prouve à suffisance le fait que la démonstration de l'originalité est le fait de l'auteur et constitue en même temps la preuve de sa qualité puisqu'elle est faite grâce aux éléments caractéristiques de la création de l'œuvre. Ces éléments sont fournis au juge pour lui permettre d'apprécier l'originalité de l'œuvre. Si l'auteur peut établir la création pour l'appréciation de l'originalité de son œuvre, on peut aisément conclure qu'il est en mesure de le faire pour prouver sa qualité d'auteur.

Toutefois, la cour d'appel de Paris a estimé qu'il faut faire la part de chose entre la mise en forme qui donne naissance à l'œuvre et l'originalité en tant que condition d'accès à la protection du droit d'auteur. Cette dernière est certes l'œuvre du juge mais, ce dernier tranche en fonction des éléments que l'auteur met à sa disposition⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, 2^e éd, préc., p 165-166, n° 180.

⁵⁷⁶ Cass civ., 1^{re}, 14 nov. 2014, n° 12-20.687, n° 1294, MM Bret et Pelaez vs Sté Microsoft corporation.

⁵⁷⁷ TGI Paris, 21 mai 2015 sté Bowstir Limited, G. M. vs Egotrade sarl, RG n° 14/03863, propr. Intell., juillet 2015, n° 56, p 270, note J.-M. Bruguière.

⁵⁷⁸ CA Paris, pôle 5-2, 29 mai 2015, RG n° 13/18038 sur le tarot de Marseille, note C. Bernault : affirmer n'est pas démontrer et la cour a beau jeu de répliquer que l'auteur ne caractérise pas « de quelle manière se

288. Cette question d'appréciation de l'originalité est tellement fondamentale que la Cour de cassation s'en mêle. Alors que traditionnellement, l'originalité est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond⁵⁷⁹, dans son arrêt du 30 septembre 2015, la Cour de cassation⁵⁸⁰ a exprimé sa volonté de contrôler davantage la caractérisation de l'originalité en sanctionnant les motifs impropres utilisés par les juges du fond pour la caractériser ou la dénier.

289. Par ailleurs, on ne peut pas non plus dire que puisqu'il y a création, l'originalité de l'œuvre est acquise jusqu'à établir une présomption d'originalité⁵⁸¹. Celle-ci est une appréciation extérieure au caractère créatif et un outil de la politique culturelle entre les mains des juges qui décident lesquelles des œuvres sont susceptibles de bénéficier de la protection du droit d'auteur dans un pays donné. D'où le caractère parfois relatif de l'originalité en fonction du temps et surtout des œuvres que l'on juge en mesure d'être accueillies dans le giron du droit d'auteur. A cet égard, il a été jugé que la place des *Terreaux* entièrement repensée, aménagée et transformée par Christian Drevet et Daniel Buren était certes une œuvre portant une empreinte de la personnalité de ses auteurs et donc susceptible d'être protégée par le droit d'auteur mais, étant donné qu'elle est constituée en partie d'un espace public, cela justifie que le droit d'auteur soit inapplicable. Les deux auteurs ont certes été reconnus comme des créateurs mais, la mention de leur nom était considérée comme un geste de courtoisie⁵⁸². Il est évident, comme le notent bien MM. Lucas et Mme Lucas-Schloetter, que la démarche intérieure de l'auteur ne suffit pas à fonder le monopole, lequel ne peut naître que sur une œuvre concrétisée⁵⁸³. Le monopole reconnu à l'auteur procède de l'examen de

manifeste sa personnalité à travers des choix qui lui sont propres » et ne précise pas en quoi cette œuvre révèle, selon les enseignements de la juridiction communautaire, sa touche personnelle.

⁵⁷⁹ Solution constante depuis Cass req, 27 juin 1910, 1, p 296 ; cass 1^{re} civ, 23 mai 1995 : LPA 1996, n° 74, p 11, note C. Caron. Et la Cour de cassation se contentait, sur le fondement de l'article 455 du code de procédure civile, de casser pour contradiction de motifs ou absence de motivation (cass com 26 juin 1984 : Gaz Pal 1984, 2, pan. P 316 ; cass com, 3 mai 1994, n° 91-21.003 : Bull civ 1994, IV, n° 166 ; cass, 1^{re} civ, 6 mars 1979 : RTD com, 1979, p462, obs. A. Françon ; GA propr intell. 2015, comm. 17, note M. Vivant, qui casse un arrêt de cour d'appel qui avait admis une contrefaçon en énonçant qu'elle n'avait pas à porter un jugement de valeur sur les caractères artistiques, originaux et harmonieux de l'œuvre).

⁵⁸⁰ Cass, 1^{re} civ, 30 septembre 2015, n° 14-11.944, Jeff L. vs SAS BMG VM Music France et a. : JurisData n° 2015-021647, CCE, n° 11, nov. 2015, C. Caron.

⁵⁸¹ Cass. Civ, I, 12 juillet 2006, Bull. civ., I, n° 400, p 344, propr intell. 2006, p 443, obs. A. Lucas, RTD com, 2007, p 77, obs. F. Paullaud-Dulian ; Cass civ, I, 5 juillet 2006 (pourvoi n° 05-14730 ; CA Paris, ch. 22, sect. B du 9 juin 2009).

⁵⁸² TGI Lyon, 4 avril 2001, JCP, n° 9, 9 mai 2001, p 916-917 ; CA Lyon, 20 mars 2003, RG n° 2001/03048 ; Cass civ, 1^{ère} ch., 15 mars 2005, RG n° 03-14.820.

⁵⁸³ A. Lucas, H-J Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., préc, p 64, n° 48.

l'originalité de la création-résultat. Si l'œuvre n'est pas originale, il ne sert à rien d'identifier son auteur, du moins en droit d'auteur.

290. De même, l'idée selon laquelle la présomption de l'originalité⁵⁸⁴ découlerait logiquement des présomptions de paternité et de titularité des droits dans le but de protéger respectivement l'auteur et les concessionnaires des droits à l'encontre du contrefacteur ou du soi-disant concessionnaire mérite d'être discutée. D'après cette présomption, il reviendrait à ce dernier de démontrer le défaut d'originalité, exactement comme le fait celui qui conteste la qualité d'auteur ou la titularité des droits dans le régime des présomptions précitées. L'intention est certes louable et sur le plan de la logique, cela peut se comprendre aussi. Mais tel n'est pas l'entendement de la jurisprudence qui a récusé cette tendance⁵⁸⁵ si bien que c'est à celui qui invoque un droit de propriété littéraire ou artistique d'établir l'originalité de l'œuvre qu'il invoque à l'appui de sa demande lorsqu'elle est contestée par le défendeur. M. Pollaud-Dulian estime que cette position jurisprudentielle est conforme aux principes qui gouvernent le droit de la preuve⁵⁸⁶. Au regard des affinités existentielles entre la preuve de la qualité d'auteur et la preuve de l'originalité, il y a lieu de soutenir que la considération de l'acte de création l'emporte sur l'idée des présomptions qui, tout en simplifiant l'action en contrefaçon, la complique sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur, comme on a eu à le démontrer plus haut. La raison en est simple : les deux preuves ont pour dénominateur commun, l'acte de création que l'auteur peut bien établir en cas de besoin.

291. Toujours est-il que les deux démarches sont très liées. A l'occasion du commentaire d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, Mme Bernault avait noté que la preuve de la qualité d'auteur et celle de l'originalité de l'œuvre sont étroitement liées. L'auteur de l'œuvre étant celui qui l'a rendue originale, il lui appartient donc de démontrer non seulement la réalité de cette originalité mais aussi qu'elle lui est « imputable »⁵⁸⁷. Cette démonstration a donc le mérite de prouver la qualité d'auteur attachée à la personne qui a créé l'œuvre et qui l'a ainsi rendue originale. La qualité d'auteur et l'originalité de l'œuvre se prouvent par la démonstration et l'appropriation des actes de création de l'œuvre. Il faut préciser pour plus de clarté que « la création implique, en effet, que l'auteur exprime, à un degré plus ou moins

⁵⁸⁴ Idem, n° 143.

⁵⁸⁵ Cass. Civ, I, 12 juillet 2006, Bull. civ., I, n° 400, p 344, Propr Intell, 2006, p 443, obs. A. Lucas.

⁵⁸⁶ F. Pollaud-Dulian, Le droit d'auteur, 2^{ème} édition, préc., p 167, n°180 in fine.

⁵⁸⁷ Cass. 1^{re} civ, 15 octobre 2015, pourvoi n° 10-12065, propr intell, n° 57, janvier 2015, p 43, note C. Bernault.

élevé, de façon plus ou moins sensible, sa personnalité dans l'œuvre qu'il réalise. La création implique la personnalité de son auteur, ce qui lui confère une certaine originalité par rapport aux autres œuvres du même genre, à celles qui traitent des mêmes thèmes ou développent les mêmes idées, représentent le même sujet ou ornent le même type d'objets⁵⁸⁸ ». M. Lalignant a même affirmé que le terme originalité n'est pas à sa place en tant que condition d'application du droit d'auteur ; seul convient, celui de création entendue comme résultat du processus par lequel a été promue à l'existence une chose telle qu'on ne puisse la référer à aucun modèle préexistant⁵⁸⁹.

292. Le rapport entre la qualité d'auteur et l'originalité de l'œuvre traduit, selon les termes de M. Sirinelli, le caractère circulaire du raisonnement de la discipline du droit d'auteur : l'auteur est la personne qui crée l'œuvre, c'est-à-dire qui a la liberté de faire des choix originaux en lien avec la forme réalisée ; tandis que l'originalité requise est définie comme l'empreinte de la personnalité du créateur⁵⁹⁰. C'est ainsi qu'il a été jugé que le simple fait de présenter les grandes lignes d'une succession d'événement publics ne révèle aucun traitement personnel. Il s'est agi en l'espèce d'un court document de 14 pages d'un texte très aéré, imprimé en gros caractères qui rappelle très sommairement les circonstances de l'attentat sanglant survenu aux jeux olympiques de Munich. L'originalité aurait pu se nicher soit dans les événements narrés, soit dans leur articulation ou combinaison⁵⁹¹. De façon plus explicite, pour une photographie de portrait par exemple, il a été jugé que le demandeur doit expliquer ses choix créatifs à différents moments de la réalisation de la photographie : au moment de la phase préparatoire pour rendre compte de la mise en scène, de la pose, de l'éclairage ; au moment de la prise de vue pour préciser en quoi consistait le cadrage, l'angle de prise de vue ; et enfin au moment du tirage pour dire quelle technique de développement a été privilégiée⁵⁹². En procédant de cette manière, l'auteur présente non seulement les éléments

⁵⁸⁸ F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, 2^e éd, préc., p 157, n° 168.

⁵⁸⁹ O. Lalignant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?* préc, p 388, n° 453 : l'étude menée ici a porté sur la notion de création de forme. Elle a distingué le résultat du processus par lequel une chose reçoit son existence du résultat du processus par lequel a été promue à l'existence une chose telle qu'on ne puisse la référer à aucun modèle préexistant. L'auteur en conclut que l'expression « création originale » est un pléonisme et que le terme création suffit.

⁵⁹⁰ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, 3^e édition, préc., p 54.

⁵⁹¹ Cass. 1^{re} civ, 15 octobre 2015, préc.

⁵⁹² TGI Paris, 21 mai 2015 *sté Bowstir Limited, G. M. vs Egotrade sarl*, RG n ° 14/03863, propr. Intell., juillet 2015, n° 56, p 270, note J-M. Bruguière.

devant justifier l'originalité de l'œuvre aux yeux du juge mais apporte également la preuve de sa qualité. C'est l'effort créatif qui témoigne de la personnalité de l'auteur.

293. Cette preuve de la qualité d'auteur par le biais de la preuve de l'originalité est indirecte en ce qu'elle passe par l'examen des qualités créatives de l'œuvre. Bien plus, la question de l'originalité de l'œuvre ne se pose pas de manière systématique dans tous les litiges portant sur la paternité de l'œuvre. En effet, si aucune contestation de l'originalité de l'œuvre n'est soulevée, le juge n'en exigera pas forcément la preuve. En revanche, pour contourner la difficulté à prouver sa qualité d'auteur, il arrive que le contrefacteur poursuivi pose parfois la question de l'originalité de l'œuvre. C'est ainsi que celui qui revendique la qualité d'auteur doit prouver non seulement celle-ci mais aussi l'originalité de l'œuvre. Cela va de soi dans la mesure où on ne peut prétendre avoir la qualité d'auteur en droit d'auteur sans que l'œuvre réalisée soit originale⁵⁹³. Mais, le plus souvent, la question de la preuve de la qualité d'auteur se pose de manière tout à fait indépendante de celle de l'originalité. Il convient dès lors que la preuve de la qualité d'auteur soit rapportée de manière autonome par rapport à celle de l'originalité, en dépit de leur relation naturellement intime, découlant de leur fondement commun, qu'est la création. Il faut donc que l'auteur soit en mesure d'établir directement et concrètement les actes de création réellement posés tout en se les appropriant.

§3. Modalités d'établissement et d'appropriation de la création

294. Etablir la création d'une œuvre de l'esprit signifie démontrer qu'on l'a mise en forme comme on l'a vu précédemment⁵⁹⁴ ; en revanche, prouver sa qualité d'auteur, c'est s'attribuer cette mise en forme. Ainsi, la preuve de la qualité d'auteur implique une double démarche cumulative consistant respectivement à établir la création par des actes concrets et puis démontrer que lesdits actes lui reviennent en propre et ne sont pas le fait d'une tierce personne. Autrement dit, il ne suffit pas d'établir la création, encore faut-il que celle-ci soit son fait afin de prouver sa qualité d'auteur d'une œuvre. Ainsi, en est-il du photographe de plateau qui revendique la qualité d'auteur des photographies prises lors du tournage du film

⁵⁹³ CA Paris, 4^e ch., 15 novembre 2000, RIDA, 194, octobre 2002, p 300 : « la qualité d'auteur ne peut être reconnue légalement, à titre originaire, qu'à ceux qui sont à l'origine d'une création originale. Une contribution qui ne revêt pas le caractère d'une création originale ne permet pas au contributeur de revendiquer la qualité de coauteur d'une œuvre de collaboration. »

⁵⁹⁴ Voir n° 276.

en produisant les clichés produits par lui et dont le choix du moment et de moyens de réalisation relève de son initiative. En cas de difficulté sur l'origine des clichés, il est admis de recourir au témoignage de la personne photographiée pour attester la matérialité de la photographie et son rattachement à son auteur⁵⁹⁵. La qualité d'auteur du photographe de plateau a été prouvée par l'acte de création et ce, en dépit de la parution de ses photographies dans la revue sous le nom d'un collectionneur. L'insertion du rectificatif du nom avait été accordée par la cour en vertu de son droit de paternité⁵⁹⁶. Aussi, est-il nécessaire de prouver sa qualité d'auteur par la création afin d'exercer légitimement les droits y attachés.

295. Sur ce registre de la preuve de la qualité d'auteur d'un photographe, il arrive très souvent que l'œuvre photographique soit commandée par un tiers qui soumet le photographe à certaines contraintes incontournables et détaillées. A cet égard, il convient de préciser que les instructions ou directives données lors de la commande des clichés ne peuvent conférer la qualité de coauteur au commettant. En effet, il est clair que le commettant qui n'a pas concouru à la composition du sujet photographié, ni au choix des éclairages, cadrages, angles de prise de vue, des effets spéciaux ne peut valablement prouver la qualité de coauteur des photographies. Son concours n'a porté que sur la définition du sujet à photographier et non pas sur la création de l'œuvre photographique qui en a résulté⁵⁹⁷. Les instructions reçues et respectées par l'auteur ne constituent pas des actes de création susceptibles de prouver la qualité d'auteur, à moins que l'auteur ait perdu la maîtrise totale de son art⁵⁹⁸.

296. Dans le cas des œuvres littéraires ou artistiques, l'élaboration du texte par soi-même prouve sa qualité d'auteur. Les scénaristes qui ont revendiqué la qualité de coauteur d'un téléfilm inspiré des dialogues écrits en fonction de leur scénario, alors que le scénariste du téléfilm est une autre personne, ont été déboutés⁵⁹⁹. Toutefois, l'auteur d'une œuvre

⁵⁹⁵ CA Paris, 4^e ch., 3 décembre 1991, Aff. Deleuze vs sté CM conseil- n° RG 89 16726, Chronique de jurisprudence, RIDA, janvier 1994, p 290, note A. Kéréver.

⁵⁹⁶ CA Versailles, ch. 1, 15 mars 1991, RIDA, 151, janvier 1992, p 308-309.

⁵⁹⁷ CA Paris, 4^e ch., 26 mars 1992, RIDA, 156, avril 1993, p 180-181, Aff. P. Zagoras vs sté Atelier Le Roseau et J. Moatti.

⁵⁹⁸ Cass civ., 1^{re} ch., 25 mai 2004, RIDA, 202, octobre 2004, p 278 : les donneurs d'ordre d'une œuvre picturale qui revendiquent la qualité de coauteur ne définissent pas en quoi a consisté leur apport personnel et n'établissent pas avoir donné des directives telles que l'artiste n'aurait pas conservé la maîtrise intégrale de son art. »

⁵⁹⁹ CA Paris, ch. 1, 31 mai 1988, RIDA, 139, janvier 1989, p 189.

audiovisuelle peut valablement prouver sa qualité de scénariste par l'élaboration du scénario et la qualité de réalisateur par la mise en scène du même scénario⁶⁰⁰.

De même, dans une œuvre donnée, il faut distinguer les aspects qui relèvent de la création de ceux qui font partie des prestations techniques. Il a par exemple été jugé que « le procédé de découpage d'une œuvre artistique pour illustrer un texte ne constitue pas une création intellectuelle ; c'est un procédé connu et fréquemment utilisé en matière télévisuelle ou cinématographique. (...) Le cadrage d'un récitant tantôt à droite tantôt à gauche relève de la simple technique. A cet égard, il a été considéré dans une espèce que le tableau choisi de commun accord par Rutman et Pierre Bellemare sur présélection d'un documentaliste sert de toile de fond sans pouvoir constituer une création intellectuelle. L'élément déterminant, essentiel dans cette émission, est le texte et son interprétation par Pierre Bellemare et pas le tableau »⁶⁰¹. Ainsi, on ne peut pas prétendre prouver la qualité d'auteur au moyen d'un acte qui ne concourt pas à la création de l'œuvre considérée. Cette position va dans le même sens que l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris⁶⁰² en confirmation de la sentence arbitrale sur l'attribution de la qualité d'auteur d'une œuvre audiovisuelle lorsqu'elle affirme que le fait que l'œuvre s'inspire de certaines situations vécues par l'acteur principal ne fait pas de ce dernier le coauteur de l'œuvre tant qu'il ne démontre pas qu'il a effectivement participé à l'élaboration des textes du scénario et des dialogues. Le fait d'inspirer une œuvre de l'esprit ne se confond pas avec son élaboration.

297. Par ailleurs, l'élaboration n'est pas non plus à confondre avec la simple transcription d'un récit, un reportage de faits qui n'a impliqué aucun traitement personnel de la part de l'auteur. La cour d'appel de Paris⁶⁰³ a confirmé le jugement rendu par le tribunal de grande instance déboutant le chercheur qui a écrit des ouvrages d'érudition sur la culture cadjine de son action en contrefaçon dirigée contre le romancier dont l'œuvre de fiction illustre une action se situant dans le cadre cadjin en s'appuyant sur le folklore de cette région

⁶⁰⁰ TGI Paris, 3^e ch., 23 mars 1994, RIDA, 164, avril 1995, p 401, Aff. P Schoendoerffer et SADC vs sté Mod Films et sté Mercure Distribution : « l'auteur du scénario d'un film dont il assure la réalisation a la qualité de coauteur du film ».

⁶⁰¹ TGI Paris, 3^e ch., 17 janvier 1985, RIDA, 124, janvier 1985, p 190 ; affaire Rutman c/ SGDL.

⁶⁰² CA Paris, 1^{re} ch., 16 janv. 1992, RIDA, 152, avril 1992, p 171, Aff. Young c/ Laumet.

⁶⁰³ TGI Paris, ch. 1^{re} 16 janvier 1991, RIDA, avril 1991, p 104 et 180 ; CA Paris, ch. 1^{re}, 14 janvier 1992, RIDA, 152, avril 1992, p 171 Aff. Patrick Griolet vs Jean Vautrin et éditions Grasset : « Ne peut se réclamer de la qualité d'auteur, celui qui, ayant transcrit des expressions, phrases ou chansons, a reconnu qu'il n'était pas leur auteur. »

tel que restitué par le demandeur. Il a été allégué à l'encontre du romancier la contrefaçon caractérisée des emprunts. La cour a estimé que les contes appartiennent au folklore cadjin en tant qu'ils racontent une histoire, une intrigue et que le chercheur n'a fait que transcrire fidèlement en quelques lignes des histoires du folklore cadjin sans faire œuvre de création personnelle ; par conséquent, la qualité d'auteur du chercheur n'a pas été reconnue. L'auteur, poursuit-elle, est celui qui crée des formes et non qui rapporte des faits, des informations ou des idées non élaborées. Ainsi, la production des ouvrages rédigés de la main du chercheur n'a pas suffi pour prouver sa qualité d'auteur dès lors qu'ils n'ont pas été élaborés par ce dernier. Cela veut dire qu'à défaut de la création, l'appropriation de l'œuvre ne peut conférer ni prouver la qualité d'auteur. La jurisprudence⁶⁰⁴ qui a refusé la qualité d'auteur à celui qui a créé un fichier au motif que celui-ci est sorti de l'ordinateur d'une tierce personne a, sur le plan de la création, méconnu la séparation qu'il faut faire entre l'œuvre et son support. L'appropriation est relative à l'acte de création et ne se rapporte pas au support de l'œuvre. La création réalisée sur le support d'une autre personne ne signifie pas forcément transfert de la qualité d'auteur en faveur de cette dernière. Mais, dans l'univers numérique, à moins de spécifications particulières du créateur du fichier, la création réalisée dans un ordinateur personnalisé renvoie au propriétaire de celui-ci au point de confondre le créateur avec le propriétaire de la source ou du support de création sur le plan de l'expertise informatique. Enfin, l'appropriation de l'acte de création doit porter sur une œuvre précise. Il a été jugé que la production d'un ouvrage évoquant, d'une manière générale, l'intervention d'un collaborateur pour l'ensemble des œuvres d'un architecte ne rapporte pas la preuve que les œuvres litigieuses sont des œuvres de collaboration⁶⁰⁵.

298. La preuve de la qualité d'auteur suppose donc l'établissement de l'acte de création de l'œuvre protégée ainsi que son appropriation. Dans la même veine que l'hypothèse de transcription d'un récit, la restauration d'une œuvre préexistante ne vaut pas création d'une œuvre nouvelle qui suppose un apport original. En effet, la restauration implique la fidélité la plus stricte à l'image et à l'esprit de l'œuvre d'origine, sa reconstitution.

⁶⁰⁴ CA Versailles 11è ch., 29 juin 2006, RG n° 05/04691.

⁶⁰⁵ TGI Paris, 3è ch., 11 octobre 2000, RIDA, 188, avril 2001, p 387, Aff. Adagp vs sté Editions Alternatives.

Ainsi, l'acte de restauration d'une œuvre d'origine ne peut établir la création et ne peut en conséquence valoir preuve de la qualité d'auteur⁶⁰⁶. Si la fidèle transcription d'un récit et la restauration d'une œuvre d'origine ne sont pas des actes créatifs, les remaniements de la rédaction initiale d'un récit, d'un guide⁶⁰⁷ ou sa mise à jour constituant un travail de refonte⁶⁰⁸...peuvent en revanche établir la création et ainsi constituer la preuve de la qualité d'auteur.

299. Comme on peut s'en rendre compte, la preuve de la qualité d'auteur est positive ; de même qu'en matière de preuve de l'originalité de l'œuvre, il ne suffit pas d'affirmer qu'on a créé une œuvre, il faut le démontrer concrètement⁶⁰⁹. De même, la mention « conçu par le BEAU » apposée sur les annonces publicitaires d'une œuvre architecturale ne peut emporter la conviction sur la qualité d'auteur ; encore faut-il vérifier que la conception des plans de l'ouvrage a effectivement été assurée par ce dernier⁶¹⁰. L'écriture du code source d'un logiciel par son développeur, la mise en image ou le tournage d'un scénario par son réalisateur, la composition d'une chanson par son auteur-compositeur, l'adaptation d'un roman en une pièce théâtrale, la traduction d'un ouvrage dans une autre langue donnée⁶¹¹... peuvent être démontrés. Un peintre a pu ainsi prouver sa qualité de coauteur d'un vitrail en produisant les attestations et d'autres éléments objectifs de faits établissant sa collaboration à la conception et à la réalisation de la maquette de l'œuvre. La décision de la cour d'appel de Paris qui s'est limitée à critiquer les preuves produites sans démontrer en quoi elles n'établissaient pas des actes de création a été jugée sans fondement⁶¹². De même, celui qui a sculpté les moules

⁶⁰⁶ CA Paris, 4^e ch., 5 octobre 1994, RIDA, 166, octobre 1995, p 308.

⁶⁰⁷ CA Paris, 4^e ch., 1^{er} avril 1993, Aff. P Froment vs Editions Euro vacances et P Lebreton, comm A. Kéréver, Chronique de jurisprudence, RIDA, 159, janvier 1994, p 289 : le remanieur a transformé l'édition primitive par une présentation nouvelle des informations regroupées en rubriques distinctes et assorties de commentaires sur les particularités historiques et culturelles des régions.

⁶⁰⁸ Cass civ, I^{re} ch., 24 octobre 1995, RIDA, 168, avril 1996, p 277, Aff. Euro Vacances et P Lebreton vs P Froment.

⁶⁰⁹ CA Paris, p. 5, ch. 2, 29 mai 2015, n° 13/18038, Mme Corinne X c/ M Claude Y et a (confirmation TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 13 juin 2013, n° 11/18096), prop intell. 2015, n° 56, p 272, note C. Bernault, preuve de l'originalité d'un guide tarot : rien ne sert d'affirmer, il faut expliciter

⁶¹⁰ Cass civ, I, du 5 juin 1984, RIDA, n° 123, janv. 1985, p 150-151, Aff. R Maddalena et autres c/ Mme N. Raffin et autres.

⁶¹¹ TGI Paris, « 3^e ch., 5 mai 1999, RIDA, 185, juillet 2000, p 423, Aff. Syndicat national des auteurs et compositeurs vs A. Nadaud et sté Vidéo Adapt : la clause d'un contrat type attribuant la qualité de coauteur à 50% à celui qui révisé (correction formelle et réécriture sans concours à la création de l'œuvre) l'œuvre réalisée par un traducteur a été jugée illicite.

⁶¹² Cass, civ, I, 13 avril 1992, RIDA, 154, octobre 1992, p 149-150 : Le moyen de la cour d'appel tendant à critiquer les motifs ainsi évoqués en relevant l'existence de diverses présomptions en sens contraire a été jugé

servant à la fabrication des marionnettes d'après les dessins d'un tiers a prouvé sa qualité de coauteur d'une œuvre composite mettant en scène des personnages de l'actualité figurés sous forme de marionnettes⁶¹³. Le chef cuisinier a prouvé sa qualité de coauteur par son apport personnel dans l'élaboration d'une œuvre audiovisuelle ; celui-ci a en effet consisté en la réalisation, sur les lieux où il exerce son activité professionnelle, des compositions culinaires que la société Les Muses Production a enregistrées pour constituer l'un des 26 films documentaires de la série télévisuelle « *Travelling Gourmet* »⁶¹⁴. En revanche, le maître d'ouvrage qui n'a pas établi qu'il a personnellement réalisé des plans ou croquis ne prouve pas sa qualité de coauteur avec l'architecte⁶¹⁵.

300. Enfin, il faut dire que comme la qualité d'auteur se prouve valablement et efficacement par les actes de création de l'œuvre, il va de soi que si la qualité d'auteur n'est pas contestée par les parties litigantes et que le juge en exige tout de même la preuve afin de ne pas se fier aux simples affirmations éventuellement fantaisistes, le débiteur de la preuve de la qualité d'auteur peut se contenter de produire tout document pouvant attester celle-ci. Roland Petit, créateur de la chorégraphie du spectacle intitulé « *Hollywood Paradise* », a omis de mentionner dans les affiches destinées à annoncer le spectacle les noms de Cyril Assous et de Pierre Crosz qui ont respectivement composé la musique et les paroles. La qualité d'auteur de ces deux compositeurs a été établie au moyen des documents soumis à l'appréciation des juges du fond, notamment le bulletin de déclaration à la SACEM d'autant que Roland Pierre ne leur a pas contesté ladite qualité. Les juges ont estimé que « la participation de Cyril Assous et de Pierre Crosz à cette création résulte de l'évidence des documents soumis à notre appréciation et des propres déclarations de Roland Petit »⁶¹⁶. Cela revient à dire que si la qualité d'auteur des précités avait été contestée, le bulletin de déclaration à la SACEM soumis à l'appréciation des juges n'aurait pas suffi comme preuve de la qualité d'auteur. A proprement parler, il ne s'agit pas d'une preuve au sens strict puisque l'objet de la preuve

sans fondement (le fait que le projet de souscription publique ne mentionnait que le nom de Lorjou, lequel traitait Lozouet comme une simple élève et signait seul ses maquettes).

⁶¹³ Cass civ., 1re ch., 26 janvier 1994, RIDA, 162, octobre 1994, p 433, Aff. SARL Films Albert Champeaux vs Alain Duverne et autres.

⁶¹⁴ CA Paris, 1re ch., 17 mars 1999, RIDA, 182, octobre 1999, p 203, Aff. Sté Les Muses Production vs J-P Duribreux et sté Le vieux Logis.

⁶¹⁵ CA Paris, 4e ch., 20 novembre 1996, RIDA, 173, juillet 1997, p 321, Aff. B Bourgeois vs R Doueb et sté Paradis SNC.

⁶¹⁶ TGI Paris, référé, 8 mars 1985, affaire Cyril Assous et Pierre Grosz c/ Roland Petit, Antenne 2 et SACEM-SDRM, RIDA, 123, janvier 1985, p 186.

n'est pas remis en cause ; il s'agit en fait d'une base de motivation de la décision du juge compte tenu des évidences de l'espèce. Il ne faut donc pas en faire une généralisation ; elle risque bien d'être abusive.

Comme on le voit, l'établissement de la création intellectuelle est, non seulement, possible, afin d'apporter la preuve de la qualité d'auteur d'une œuvre originale, mais aussi pratique et décisif pour écarter les revendications de cette qualité dans le chef des personnes qui interviennent exclusivement dans la sphère d'exploitation de l'œuvre.

Section II. Création, preuve par excellence face à l'exploitant.

301. Le choix de l'acte de création comme preuve de la qualité d'auteur se justifie du fait qu'il paralyse l'application de la présomption établie en faveur des exploitants (§1) et que dans la phase d'exploitation de l'œuvre, la situation probatoire de l'auteur n'est guère favorable (§2).

§1. Création, paralysie de la présomption de titularité.

302. La revendication de l'auteur dans l'instance en contrefaçon paralyse généralement l'application de la présomption prétorienne de titularité établie en faveur de l'exploitant de l'œuvre de l'esprit⁶¹⁷. Encore faut-il que la revendication de la qualité d'auteur se fasse sur la base de l'acte de création de l'œuvre et non pas en vertu de la présomption de paternité. En effet, une des conditions d'application de la présomption jurisprudentielle de titularité de droits est l'absence de revendication de l'auteur. Cette condition relative à l'absence de l'auteur pour permettre l'application de la présomption de titularité signifie concrètement que l'exploitant d'une œuvre de l'esprit prend momentanément la place de l'auteur pour la défense des droits liés à l'œuvre exploitée. Ainsi, dès que l'auteur se manifeste, la présomption de titularité cesse d'opérer ; cela veut dire également que de manière générale l'exploitant est dépendant du créateur de l'œuvre dont il tient les droits. Il

⁶¹⁷ Voir n°s 132-133 ; Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 11-20.531, Sté Serisud vs Sté Maki et a. : JurisData n° 2012-027762 ; CCE, n° 2 févr. 2013, p 25, comm. C. Caron : « la revendication par M Z devant une juridiction malgache de droits d'auteurs sur ces dessins, est exclusive du bénéfice de la présomption de titularité de droits patrimoniaux dont la société Serisud se prévalait ».

semble que cette condition d'absence de revendication de l'auteur tire son origine dans la jurisprudence ancienne sur l'œuvre collective en ce que cette qualification ne pouvait subsister qu'aussi longtemps qu'il n'y avait pas revendication de la part des personnes physiques ayant concouru à sa création⁶¹⁸. C'est pour cela qu'il paraît justifié que la revendication du droit moral de divulgation appartenant au créateur puisse paralyser la présomption de titularité dans une action en contrefaçon⁶¹⁹. Autrement, ce serait violer simplement une des conditions d'application de cette présomption, en l'occurrence, l'absence de revendication de l'auteur. La décision de la cour de cassation qui a considéré que la revendication du droit moral ne valait pas une intervention de l'auteur susceptible d'entraîner la non application de la présomption de titularité a été sévèrement critiquée et a fini par faire l'objet d'un revirement jurisprudentiel⁶²⁰.

A propos de cette revendication de l'auteur, la Cour de cassation⁶²¹ exige des juges du fond de pouvoir vérifier son bien-fondé, c'est-à-dire la preuve de sa paternité et la date de création de l'œuvre. Cette exigence est de nature à vider de tout intérêt le mécanisme de la présomption de titularité dans la mesure où elle suppose un examen au fond. Cette preuve de paternité peut se faire, comme on l'a vu, par le moyen de la présomption de paternité ou par le moyen tiré de l'acte de création de l'œuvre.

303. Il a été démontré précédemment que l'application de la présomption de paternité ne garantissait pas absolument la preuve de la qualité d'auteur⁶²² ; il existe des hypothèses dans lesquelles la mention du nom de l'auteur s'avère difficile ou encore de cas d'usurpation de l'identité de l'auteur. M. Kéréver⁶²³ n'a-t-il pas affirmé que les dispositions légales de

⁶¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 février 1991, Bull. civ., I, n° 67 (1^{re} esp.) ; D. 1991. IR 75 ; JCP 1991. IV. P 149 ; RDPI oct. 1991, n° 37, p 93 ; Ann. Propr. ind. 1992. 3. P 321 ; crim. 10 juin 1991, RJDA 1991, n° 8-9, p 771 ; Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991, Bull. civ. I, n° 276 ; D. 1993, Somm. 85, obs. C. Colombet ; JCP 1991, IV, p 453 ; RIDA, avr. 1992, n° 152, p 184 ; Ann. Propr. ind. 1992. 3. P 321 ; A. Robin, Question de procédure : une présomption prétorienne, in Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, préc., p 265.

⁶¹⁹ Cass com 20 juin 2006, pourvoi n° 04-20776, propr intell., n° 22, p 81, comm. J-M. Bruguière : il est tout à fait compréhensible que la revendication du droit moral de divulgation ne porte pas atteinte à la présomption de titularité qui peut ne porter que sur les droits patrimoniaux ; la revendication du droit moral peut aller avec la présomption de titularité reconnue aux exploitants.

⁶²⁰ Cass com, 25 avril 2006 ; Cass com, 20 Juin 2006, Propr. Intell., n° 21, p 458, comm. De Haas.

⁶²¹ Cass. Civ. 1^{re}, 15 nov. 2010, n° 09-66.160 : D. 2010. 2835 ; A. Robin, Question de procédure : une présomption prétorienne, in Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, préc., p 269.

⁶²² Voir n°s 96-117.

⁶²³ CA Paris, 4^e ch., 3 décembre 1991, Aff. Deleuze vs sté CM conseil- n° RG 89 16726, note A. Kéréver, Chronique de jurisprudence, RIDA, janvier 1994, p 290.

présomption de la qualité d'auteur ne couvrent pas toutes les hypothèses de contestation de la qualité d'auteur ? Dans cette perspective, la présomption établie par la jurisprudence en faveur de l'exploitant⁶²⁴ et opposable au contrefacteur peut trouver application et prévaloir sur la qualité d'auteur. Mais, dans la mesure où toutes les conditions d'application de la présomption de paternité sont réunies, il est apparu une sorte de confusion sur la preuve de la qualité d'auteur dès lors que cette présomption s'applique à une personne physique n'ayant pas véritablement la qualité d'auteur⁶²⁵ ou ne l'ayant pas tout seul⁶²⁶ ou, dans d'autres cas, lorsqu'elle s'applique à la personne morale⁶²⁷. Et pourtant, c'est uniquement la présomption de titularité établie en faveur des exploitants qui s'étend jusqu'aux personnes morales. La confusion vient du fait que les deux présomptions ont un mode opératoire identique qui relève de l'exploitation de l'œuvre, à savoir, la divulgation de l'œuvre sous un nom donné.

Outre la condition de revendication de l'auteur devant une juridiction française⁶²⁸, la présomption de titularité pourrait également être combattue lorsque le défendeur réunit sur sa tête à la fois la qualité de contrefacteur et celle d'auteur et lorsque l'auteur a revendiqué la titularité des droits sur l'œuvre antérieurement à l'instance⁶²⁹.

304. Si l'auteur présumé peut rencontrer quelques difficultés d'ordre pratique épinglées ci-haut au point de perdre la possibilité de faire reconnaître sa qualité devant l'exploitant de mauvaise foi, il n'en est pas de même de l'auteur qui revendique et prouve sa qualité d'auteur au moyen de l'acte de création réellement posé dans la sphère du droit

⁶²⁴ CA Paris, 7^e ch., 2 octobre 2009, Propr. Intell., n° 34, p 632, comm. Lucas : la présomption de titularité est attachée à la personne morale qui exploite l'œuvre.

⁶²⁵ Cass. Com., 8 oct. 2013, n° 11-27516, in L'essentiel, 15 déc. 2013, n° 11, p 2, note C. Bernault : Florent de Kesaursen, qui a imaginé la Route du rhum, n'a pas eu gain de cause face à la société Promovoile qui l'a divulguée sous son nom alors que Michel Etevenon en est le véritable créateur.

⁶²⁶ Cass com, pourvoi n° 06-19.721 du 15 janvier 2008, Petites affiches, 24 juin 2008, n° 126, p 6, note Th. Lancrenon.

⁶²⁷ La présomption de la qualité d'auteur ne concerne que les personnes physiques ; la jurisprudence qui l'a appliquée sur les personnes morales a été sévèrement critiquée : CA Paris, 4^e ch. A, 27 septembre 2006, RG n° 05/14389 ; CA Paris, 4^e ch. A, 27 septembre 2006, RG n°05/14327, n° 22, p 80, comm. A. Lucas ; CA Lyon 3^e ch., 20 nov. 2003 : Juris-Data, n° 234919 ; CA Paris, 4^e ch., 10 septembre 2004 : propr intell, 2005, n° 14, p 50, 2^e esp, obs. A. Lucas ; TGI de Paris, 3^e ch., 20 mai 2005 ; CCE, juin 2005, comm 100, p 29, note Caron ; CA Paris, 4^e chA, 26 avr. 2006 : juris-data n° 309541 : faisant découler l'application de l'art L 113-1 du CPI de la mention du copyright de la société réalisatrice d'une carte géographique.

⁶²⁸ Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 11-20.531, Sté Serisud vs Sté Maki et a. : JurisData n° 2012-027762 ; CCE, n° 2 févr. 2013, p 25, comm. C. Caron : « la revendication par M Z devant une juridiction malgache de droits d'auteurs sur ces dessins, est exclusive du bénéfice de la présomption de titularité de droits patrimoniaux dont la société Serisud se prévalait ».

⁶²⁹ A. Robin, Question de procédure : une présomption prétorienne, in Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, préc., p 269.

d'auteur. En effet, bien que l'acte de création et la diffusion de l'œuvre au public soient intimement liés pour le commerce juridique, il est tout aussi vrai que la diffusion ou la reproduction, bref, l'exploitation de l'œuvre suppose sa création préalable⁶³⁰.

305. D'ailleurs, face aux dérives constatées consistant, pour les entreprises peu scrupuleuses, à revendiquer les droits sur les œuvres créées à l'étranger et qu'elles n'ont eu qu'à importer, les juridictions ont affiné les critères d'application de la présomption de titularité à savoir, l'identification et la description de la création ainsi que sa commercialisation sous le nom de l'entreprise et non pas sous sa marque. Ainsi, au cas où ces critères ne seraient pas remplis, Mme Courboulay, présidente de la troisième chambre du tribunal de grande instance de Paris,⁶³¹ préconise simplement de revenir à la démonstration de la création et de la titularité des droits. Quant à la doctrine, du reste minoritaire, qui rattache parfois la création de l'œuvre à la personne morale⁶³², elle a été nuancée et a fait précédemment l'objet d'une mise au point⁶³³.

306. Ainsi, il appert que la preuve de la qualité d'auteur tirée de l'acte de création, contrairement à la présomption de paternité, semble s'imposer efficacement sur la présomption de titularité qu'elle peut paralyser et de ce fait, garantir une meilleure sécurité du créateur de l'œuvre de l'esprit. En effet, il ne suffit pas d'intervenir en tant qu'auteur pour neutraliser la présomption de titularité des droits dans une instance de contrefaçon, encore faut-il que la preuve de sa qualité d'auteur soit efficace, à date certaine⁶³⁴. Théoriquement, cette revendication met en échec la présomption de titularité mais, en pratique, cela arrive rarement et chaque fois, les conditions que doit remplir l'auteur sont redoutables⁶³⁵. Cela traduit la situation difficile de l'auteur dans cette phase de l'exploitation de l'œuvre.

⁶³⁰ A. Latil, Créations et droits fondamentaux, préc., p 27 : « l'action de créer n'est pas réductible à la diffusion de la création. Celle-ci nécessite la réalisation préalable d'une chose ».

⁶³¹ M. Courboulay, Il faut revenir à la démonstration de la création et de la titularité des droits, Gazette du palais, 6, nov-déc 2014, P 3513.

⁶³² J-M. Bruguière, Question de fond : la personne morale auteur ? Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, préc., p 273-283.

⁶³³ Voir n° 281.

⁶³⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 31 mars 2010, n° 2010-013011.

⁶³⁵ C. Caron, L'auteur et la présomption de titularité des personnes morales, CCE, n° 2, fév. 2013, p 25.

§2. Ecueils d'identification de l'auteur dans la phase d'exploitation de l'œuvre.

307. L'application de la présomption de paternité comporte le risque de déni de justice, celui d'injustice ou d'inégalité des acteurs, celui d'indécision dans la détermination du véritable auteur de l'œuvre ou celui de présomption de culpabilité dans la caractérisation du délit de contrefaçon. En revanche, l'acte de création est le moyen de preuve de la qualité d'auteur qui offre les garanties de certitude, de justice et d'équité.

Il est certes vrai que lorsqu'on crée une œuvre, il y a une forte propension à la faire connaître aux autres ou au public. On dirait même que c'est la vocation naturelle de toute création. Mais, cela n'est pas une règle obligatoire prescrite quelque part dans la loi sur le droit d'auteur. L'auteur peut bien créer une œuvre et décider de ne pas la divulguer. Il en a bien le droit. Nombreux sont les auteurs, de Gogol à Nicolas de Staël en passant par Aragon qui ont, à un moment ou à un autre, préféré détruire des œuvres plutôt que de les livrer au public⁶³⁶. En revanche, lorsque l'auteur décide de divulguer son œuvre, celle-ci rentre dans le champ d'exploitation contrôlé non seulement par l'auteur mais aussi par d'autres personnes en relation ou non avec ce dernier. La mention du nom sur l'œuvre divulguée peut être le fait de l'auteur-créateur tout comme elle peut être le fait de l'exploitant et parfois, la revendication de paternité de la même œuvre peut avoir lieu entre les protagonistes. La circonstance de la contrefaçon de l'œuvre de l'esprit en est souvent le lieu privilégié.

308. L'analyse de la jurisprudence a révélé des cas où deux personnes revendiquent la paternité d'une œuvre en invoquant chacune la divulgation de celle-ci en son nom : l'une par le dépôt de l'œuvre auprès de l'INPI et l'autre par la commercialisation de la même œuvre en son nom. L'affaire dite « *pertinence summarizer* » qui avait opposé les coassociés qui avaient mis en ligne ledit logiciel illustre le propos. La cour d'appel de Paris⁶³⁷ s'est trouvée dans l'obligation de tenir compte de conditions de réalisation du logiciel pour départager les parties litigantes. La cour a estimé que les nombreux échanges de courriels entre les parties démontrent le travail de collaboration de deux co-auteurs sur un pied d'égalité ; de ce fait, elle a conclu que si le nom d'une personne n'a pas figuré parmi les coauteurs d'une œuvre de

⁶³⁶ T. Lancrenon, Epitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur, RIDA, n° 222, oct. 2009, p 7.

⁶³⁷ CA Paris, pôle 5, ch. 1^{er}, n° 10/22134, 27 février 2013, arrêt inédit.

l'esprit, on ne peut lui dénier cette qualité que dans la mesure où il serait démontré en quoi son concours ne pourrait être qualifié de collaboration au sens de l'article L. 113-2 CPI.

309. La solution consistant à tenir compte du fait que l'une des parties a divulgué l'œuvre avant l'autre⁶³⁸ ne semble pas relever du droit d'auteur. Le critère d'antériorité ne s'accommode pas avec le sacro saint principe de l'originalité de l'œuvre en tant que condition sine qua non de protection d'une œuvre en droit d'auteur⁶³⁹. Il ne serait pas par ailleurs décisoire de se limiter uniquement à la mention du nom pour estimer que l'un et l'autre sont des auteurs de la même œuvre. Cette approche friserait le déni de justice pour le demandeur qui a initié l'action en justice en prétendant être le seul vrai auteur de l'œuvre et en considérant que la partie attraitée devant le juge ne serait qu'un vulgaire contrefacteur. Le juge est tenu de démontrer en quoi tous les deux sont des coauteurs ou en quoi l'un est le seul auteur et l'autre ne l'est pas. Sinon, le véritable auteur risquerait bien de se retrouver en difficulté de prouver autrement sa qualité d'auteur si son nom n'est pas mentionné sur l'œuvre. La meilleure solution semble découler de l'examen des conditions de réalisation de l'œuvre querellée par chacune des parties en cause. Car, en effet, il est fort possible que deux personnes différentes aient en même temps une même inspiration et réalisent ainsi une œuvre toute aussi semblable sans pouvoir se concerter. La Cour de cassation⁶⁴⁰ a estimé, dans un cas d'espèce, qu'il n'y a pas lieu de retenir la contrefaçon si les circonstances démontrent que cela s'est fait de manière fortuite sans la moindre concertation. Cela veut dire que deux personnes différentes peuvent être chacune auteur d'une œuvre identique s'il est prouvé que l'une n'a pas eu connaissance de l'œuvre de l'autre et que la similitude est fortuite. A plus forte raison en serait-il ainsi si les personnes ont pu collaborer à la création d'une même œuvre.

⁶³⁸ T. Lancrenon, N'est pas forcément auteur celui que l'on croit ! commentaire sous Cass. Com, 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-19.721 in propriété intellectuelle, Petites affiches, 24 juin 2008 n° 126, P. 16 : « Si la présomption en vertu de laquelle celui qui divulgue l'œuvre sous son nom en est réputé l'auteur tend à faciliter la preuve de la qualité d'auteur, celui qui s'en prévaut n'est pas pour autant exempté de toute charge de la preuve. Il doit en effet établir non seulement qu'il a divulgué l'œuvre sous son nom, la présomption de l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle ne pouvant « se déduire que de mentions exemptes d'ambiguïté », mais également, bien que l'article L. 113-1 ne le précise pas, que cette divulgation est antérieure à celles qui auraient pu être faites par les tiers. »

⁶³⁹ O. Laligant, La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? Marseille, PUAM, 1999, p 252 : « ...il y a là méprise car ce qu'il faut établir, c'est l'existence d'une création, et non l'absence d'une antériorité. En outre, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, une telle formulation est critiquable pour insuffisance de motif et peut donc être sanctionnée à ce titre. »

⁶⁴⁰ Cass Civ 1^{ère} ch., 2 octobre 2013 commenté par P. Sirinelli, Chronique de jurisprudence : action en contrefaçon, RIDA, n° 239, Janvier 2014, p 441 : si la ressemblance entre les œuvres est une rencontre fortuite ou encore si elle procède des réminiscences issues d'une source d'inspiration commune, il n'y a pas lieu de retenir la contrefaçon.

310. Par ailleurs, le défaut de la mention du nom sur l'œuvre peut également défavoriser le créateur. Le code de la propriété intellectuelle a beau encadrer la cession de droits d'auteur, l'auteur ne sera pas pour autant protégé tant que le créateur ne sera pas en mesure de démontrer le lien qui l'unit à son œuvre. L'acquisition du support matériel de l'œuvre n'est pas une preuve de la qualité d'auteur. Et lorsque le nom de l'auteur n'est pas mentionné, la présomption de paternité n'est pas applicable. En revanche, si la personne morale exploite l'œuvre, elle fera jouer en sa faveur la présomption de titularité à l'égard, bien entendu, des contrefacteurs. Le créateur de l'œuvre qui est incapable de prouver sa qualité risquerait d'être traité comme les contrefacteurs ou de subir le même sort que ceux-ci. M. Sirinelli a écrit :

« Tout auteur qui garderait des créations, encore anonymes, chez lui et qui aurait le tort de les faire parvenir pour avis à une agence ou à un exploitant se retrouve pratiquement démuné en cas de conflit (...) un créateur, personne physique est, à l'occasion d'actions en contrefaçon, dans une position bien moins intéressante qu'une personne morale, non créatrice et peut-être non cessionnaire des droits. Cette dernière dispose d'une présomption de titularité créée de façon prétorienne et reposant sur des actes de possession. On ne peut rien reprocher à la cour de Paris mais seulement regretter que la hardiesse ne soit pas de mise de façon égale. Dans la mise en œuvre du droit, le créateur serait moins bien traité. Avoir à sa disposition un dispositif légal protecteur mais non effectif devient de façon étonnante un handicap »⁶⁴¹.

311. On a déjà vu que le cadre d'application de la présomption de paternité est limité à certaines œuvres encore faut-il qu'elles soient divulguées. Mais, le droit d'auteur français a entendu débarrasser la naissance des droits d'auteur de tout acte formaliste, notamment de toute divulgation publique et a ainsi attaché l'exercice de ceux-ci à la création intellectuelle dès le moment où l'œuvre est ébauchée ou dès qu'elle a un embryon d'existence matérielle⁶⁴².

⁶⁴¹ CA Paris, 4^e ch., 28 mai 2003, Rev. Dr. Propr. Intell., n° 9, p 379, comm. Sirinelli.

⁶⁴² Art. L. 111-2 CPI : « L'œuvre est réputée créée indépendamment de toute divulgation publique du seul fait de sa réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur. » ; H. Desbois, Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Paris, 1969-1970, p 4 ; H. Desbois, Le droit moral, RIDA, numéro spécial, XIX avril 1958, p 125 : « il serait illogique de subordonner la jouissance et l'exercice des droits d'auteur à la publication de l'œuvre, car leur existence ne dépend que d'un acte de création intellectuelle ; une corrélation existe entre l'art 1^{er} et l'art 7, selon lequel : l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur. » ; art 5, La charte du droit d'auteur adoptée par la CISAC au congrès de Hambourg en septembre 1956, RIDA, 16 juillet 1957, p 23 : « Le droit

Il vient d'être démontré également que la divulgation de l'œuvre sous un nom ne garantit pas la qualité d'auteur en tant que créateur de l'œuvre. Plusieurs personnes peuvent prétendre avoir divulgué une même œuvre sous leurs noms respectifs. Dans une telle hypothèse, la présomption de la qualité d'auteur ne sera pas en mesure de déterminer exactement qui est auteur et qui ne l'est pas. C'est là le danger de la présomption fondée sur l'apparence de l'œuvre. En revanche, toute œuvre de l'esprit est le fruit de la création intellectuelle ; le moyen de preuve tiré de la création, valable pour toutes les œuvres sans aucune exclusion, peut déterminer si la création de l'œuvre relève de la collaboration ou non. La Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'appel qui a arrêté que la personne dont le nom figure au générique du film en qualité de réalisateur n'est pas le coauteur d'une œuvre audiovisuelle du fait que la maîtrise du scénario définitif, du découpage, du rythme, du contenu, du commentaire et, en général, tout ce qui marque la liberté créatrice de l'auteur lui échappait et qu'il était rendu simple exécutant de la volonté du producteur⁶⁴³. Même lorsqu'il faut combattre la présomption de la qualité d'auteur, seuls les actes de création sont mieux qualifiés pour prouver la qualité d'auteur. C'est ainsi que vouloir renverser la présomption de la qualité d'auteur en alléguant qu'un des coauteurs présumés est l'employé du producteur est une vaine entreprise⁶⁴⁴. La création de l'œuvre dissipe les incertitudes que soulève la paternité fondée sur la présomption de la qualité d'auteur et se pose comme instance de vérité ou preuve ultime de la qualité d'auteur.

d'auteur se fonde sur l'acte de création intellectuelle. Il a sa source dans la nature même des choses. Il ne saurait donc trouver dans la loi que sa réglementation, son existence ne devant jamais être subordonnée à des formalités d'ordre constitutif. »

⁶⁴³ Cass. Civ., 1^{re} ch., 30 septembre 2003, RIDA, 200, avril 2004, p 277, comm. A. Kéréver.

⁶⁴⁴ CA Paris, 4^e ch., 28 mai 2003, RIDA, 199, Janvier 2004, p 241, comm. A. Kéréver.

Conclusion du chapitre I.

312. La création en tant que combinaison des formes est une donnée constante et spécifique de qualification de l'auteur d'une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur. Si la notion de création n'est pas très explicite tant dans la loi et à travers la doctrine, sa mise en œuvre par la jurisprudence permet d'en circonscrire les contours. La création est une activité spécifique à la personne physique, seule capable de concevoir dans sa pensée et réaliser concrètement une œuvre de l'esprit par les formes personnelles qu'elle lui donne. Ainsi, la démonstration de la mise en forme d'une œuvre est le moyen de preuve par excellence de la qualité d'auteur. Il s'agit pour l'auteur de démontrer que la forme qu'il a donné à son œuvre traduit ses expériences personnelles, de sa vie, de son milieu, de son histoire...

313. Cette preuve a l'avantage d'être de portée générale contrairement à la présomption de paternité qui ne couvre pas l'ensemble du domaine du droit d'auteur. Bien plus, l'exercice du droit de paternité, sur lequel s'appuie la présomption de paternité, peut faire l'objet de renonciation ou de violation possible. La portée limitée de la présomption de paternité apparaît également au plan international dans la mesure où la mention du nom sur l'œuvre n'identifie pas partout et forcément le véritable auteur. En revanche, le critère de création permet de distinguer les entrepreneurs culturels de véritables créateurs des œuvres. Le défaut de la mention du nom de l'auteur sur son œuvre ou encore la divulgation de l'œuvre sous des noms différents n'est pas de nature à protéger l'auteur dans le système probatoire de la présomption de paternité face aux exploitants, tant il est vrai qu'en pratique la revendication de l'auteur peine souvent à s'imposer sur la présomption de titularité. La preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création l'emporte en principe sur la présomption de titularité de droits, en ce que les deux démarches probatoires sont en réalité alternatives ; en outre, elle offre plus de précision quant à la détermination de l'auteur par rapport aux auxiliaires de la création intervenant dans le champ d'exploitation de l'œuvre. Elle définit le périmètre de la liberté probatoire de la qualité d'auteur. Elle présente ainsi des avantages qu'il convient de cerner de près.

314. Il faut aussi relever la parenté existentielle et fonctionnelle qui existe entre la preuve de la qualité d'auteur et la preuve de l'originalité de l'œuvre qui procède de l'empreinte de la personnalité du créateur. Les deux preuves sont rapportées à partir de l'acte

de création de l'œuvre qui est le fait de l'auteur. Ainsi, lorsque l'auteur prouve l'originalité de son œuvre en présentant au juge les éléments qui caractérisent sa personnalité, il prouve par ricochet qu'il en est bien l'auteur. Néanmoins, les deux démarches intimement liées sont entreprises de manière successive, l'originalité devant être établie en priorité. Il appert donc que si l'originalité est une condition inéluctable du bénéfice de la protection du droit d'auteur, on ne peut pas raisonnablement soutenir que l'établissement de l'acte de création qui prouve la qualité d'auteur est une tâche impossible. Il est également évident que lors de l'examen de l'originalité d'une création, la recherche de l'empreinte de la personnalité du créateur s'effectue à travers l'œuvre. Cette recherche remonte jusqu'à la personne du créateur qui se trouve par ricochet identifiée. Le dénominateur commun de la preuve d'originalité de l'œuvre de l'esprit et de la qualité d'auteur est bel et bien l'acte de création de l'œuvre. Mais, lorsque la preuve de l'originalité de l'œuvre n'est pas requise, la preuve de la qualité d'auteur découle directement de l'acte de création de l'œuvre.

315. Ainsi, si la qualité d'auteur en droit d'auteur suppose que l'acte de création soit posé et que l'œuvre qui en résulte soit originale, la preuve de cette qualité implique la démonstration ou l'établissement de l'acte de création ainsi que son appropriation par la personne qui en réclame le bénéfice.

Chapitre II. Avantages probatoires de l'acte de création

316. Alors que la présomption de paternité s'applique lorsque l'œuvre arrive au stade de l'exploitation, ce qui nécessite d'ailleurs la mention du nom, le conflit de paternité que l'on tente d'éviter avec les exploitants ou tout autre usurpateur n'est cependant pas totalement réglé. La mention du nom sur l'œuvre peut faire défaut pour une raison ou une autre et entraîner des difficultés d'identification de l'auteur, sauf à établir l'acte de création de l'œuvre dans le chef des personnes qui revendiquent la qualité d'auteur ou de coauteur⁶⁴⁵. Bien plus, même lorsque les conditions d'application de la présomption de la qualité d'auteur seraient réunies, on recourt tout de même à la création pour confirmer la qualité d'auteur. Il ne faut pas non plus perdre de vue que les droits d'auteur naissent dès la création de l'œuvre et n'attendent pas la divulgation de celle-ci au public et qu'en plus la création n'est pas à confondre avec l'exploitation, tout comme l'œuvre n'est pas à confondre avec son support.

317. La preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création de l'œuvre de l'esprit permet de distinguer le créateur du non-créditeur de l'œuvre (section I) et de garantir l'efficacité de la lutte anti-contrefaçon (section II).

Section I. Distinction entre le créateur et le non-créditeur de l'œuvre.

318. La discrimination qu'opère la preuve de la qualité d'auteur par l'acte de création entre l'auteur et le non-créditeur sera observée tant lors de l'exploitation traditionnelle de l'œuvre, en général (§1) que sous celle numérique, en particulier (§2).

§1. Création et exploitation de l'œuvre en général

319. Lorsque la présomption de paternité évoque la divulgation par l'expression « œuvre divulguée », il s'agit, comme on l'a précédemment dit, du fait que l'œuvre est portée à la connaissance du public. C'est pour cela que le droit de divulgation est à mi-chemin entre le droit moral et les droits patrimoniaux de l'auteur ; il assure le contact de l'œuvre avec le

⁶⁴⁵ Cass civ, Ire ch., 24 novembre 1993, RIDA, 160, avril 1994, p 216-218, Aff. Jacques Dopagne vs Consorts Boris Vian et autres : « par l'effet de l'incorporation de leur scénario à celui des consorts Gast-Sapin-Luska, Boris Vian et M Dopagne avaient, eux aussi, concouru à la création du film réalisé à partir de ce scénario définitif ».

public. Le droit de paternité quant à lui vise à maintenir le lien entre l'auteur et son œuvre par la mention du nom de l'auteur. C'est sur cette base qu'a été bâtie la présomption de paternité. Les deux prérogatives, comme on peut s'en apercevoir, insinuent que l'œuvre sort de la sphère de la création et s'en va au contact du public. La phase de l'exploitation de l'œuvre comprend quantité d'actes possibles. On peut citer à titre d'illustration la divulgation, la distribution, la reproduction, la représentation, l'exposition, la location, la transmission, la commercialisation...

320. Comme on peut le constater, les actes d'exploitation de l'œuvre de l'esprit peuvent être posés soit par l'auteur lui-même soit par d'autres personnes autorisées ou non par ce dernier. Cependant, lorsque l'acte de création est posé, non seulement il intervient en amont de toute exploitation ou, exceptionnellement de manière concomitante en cas d'improvisation, mais aussi et surtout, il est l'œuvre de l'auteur. Ainsi, si l'auteur appelé à apporter la preuve de sa qualité ne produit que les actes d'exploitation de l'œuvre, il peut, en toute rigueur, être considéré comme titulaire des droits patrimoniaux en vertu de la présomption prétorienne de titularité⁶⁴⁶ mais pas comme auteur, faute par lui de démontrer qu'il en est le créateur. Et comme les droits d'auteur naissent par ailleurs du fait de la création, la portée de l'idée selon laquelle l'exploitation de l'œuvre est la notion-cadre du droit d'auteur⁶⁴⁷ mérite d'être nuancée.

321. Aussi, au regard de l'importance de l'investissement généralement consenti pour l'exploitation des œuvres de l'esprit, il a été établi une présomption jurisprudentielle de titularité. Celle-ci ne confère pas la qualité d'auteur. Ici, il convient de préciser que ce n'est pas par ce que l'exploitant d'une œuvre de l'esprit est une personne physique que ladite exploitation conférerait la qualité d'auteur. Pas forcément ; encore faut-il, en cas de litige, qu'elle apporte la preuve de la création de l'œuvre dont elle assure l'exploitation. Ce genre de conflits arrivent souvent dans l'hypothèse de la création salariée. *A fortiori*, si l'auteur est une personne différente de l'exploitant, il a le droit de revendiquer sa qualité et d'en apporter la preuve. Tel a été le cas du photographe salarié Claude G dans l'affaire qui l'a opposé à la

⁶⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, n° 91-16.543 : JurisData n° 1993-000565 ; Bull. civ. 1993, I, n° 126 ; RTD com. 1995, p 418, obs. Françon ; Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-14.201 : JurisData n° 1998-003825 ; Bull. Civ. 1998, I, n° 293 ; Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1999, n° 97-10.963 : JurisData n° 1999-001925 ; Bull. civ. 1999, I, n° 157.

⁶⁴⁷ S. Dussolier, l'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur, in Mélange à l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, Paris, 2014, p 274.

fondation du collectionneur d'œuvres d'art Alain Maeght au sujet de l'offre de vente d'un Cd-rom reprenant sans son autorisation nombre de ses photographies après le décès de son employeur⁶⁴⁸.

322. Même dans les cas spécifiques du logiciel réalisé dans le cadre du contrat de travail et celui de l'œuvre réalisée par un fonctionnaire de l'Etat dans le cadre de la mission du service public et avec les instructions données par la hiérarchie de ce dernier ou encore dans l'hypothèse de la production audiovisuelle, la cession de droits patrimoniaux ne confère nullement la qualité d'auteur à l'exploitant. De même, la dévolution *ab initio* des droits d'auteur (patrimoniaux et moral) ne confère nullement la qualité d'auteur au promoteur des œuvres collectives⁶⁴⁹. Cette dernière ne procède que des actes de création. A cet égard, M. Dessemontet affirme sans ambages ce qui suit : « *l'exigence de création signifie que le copiste, celui qui reproduit une donnée préexistante, ne sera pas protégé. C'est le seul critère relativement sûr en notre domaine, puisqu'il permet de départager le bon grain de l'ivraie en examinant les circonstances de fait dans lesquelles l'œuvre a vu le jour* »⁶⁵⁰. L'acte créatif prime sur le louage d'ouvrage ou de service⁶⁵¹ ; il est au-dessus des directives du maître ou de

⁶⁴⁸ CA Paris, 4 mars 2009, propr intell. n° 33, p 368 ; comm. J-M. Bruguière : le CD-Rom signale dans son générique la liste des photographes dont les œuvres sont reprises sans préciser le crédit de chacun d'entre eux. Partant de cette circonstance qui fait penser que Claude G est, à tout le moins, auteur d'une partie des photographies, lui opposer une fin de non-recevoir pour défaut de qualité serait teinté de mauvaise foi. Néanmoins, cette circonstance n'autorise pas non plus l'auteur à revendiquer sur base de l'article L 113-1 du CPI la paternité des toutes les photographies reprises dans le CD-Rom encore faut-il que l'œuvre soit associée sans ambiguïté à la personne physique sous le nom de laquelle elle a été divulguée. En l'espèce, cette condition n'est pas satisfaite avec un crédit photographique. Toutefois, cela n'exonère pas Claude G de rapporter la preuve de sa qualité d'auteur sur chaque photographie dont il revendique la paternité.

⁶⁴⁹ Sur la proportion de plus en plus grande des œuvres collectives, voir S. Mandel et N. Binctin, Les créations prétoriennes de la cour de cassation en droit de la propriété intellectuelle, CCE., n° 2, fév. 2015, p 15.

⁶⁵⁰ F. Dessemontet, Le droit d'auteur, préc., p 126.

⁶⁵¹ La Cour de cassation rappelle régulièrement que la "simple prestation de service ne traduisant qu'un savoir-faire" ne peut être protégée par le droit d'auteur (V. à propos d'une photographie, Cass. 1re civ., 20 oct. 2011, n° 10-21.251 : LEPI janv. 2012, p. 2, obs. F. Herpe). La Cour de justice de l'Union européenne a consacré ce principe par un arrêt du 1er mars 2012 (CJUE, 1er mars 2012, Aff. C-604/10 : CCE. 2012, comm. 47, C. Caron ; LEPI mai 2012, obs. C. Bernault) dans lequel elle affirme notamment : "le fait que la constitution de la base de données ait requis, indépendamment de la création des données qu'elle contient, un travail et un savoir-faire significatifs de son auteur (...) ne saurait, comme tel, justifier sa protection par le droit d'auteur prévue par la directive 96/9/CE, si ce travail et ce savoir-faire n'expriment aucune originalité dans le choix ou la disposition desdites données" (§ 42 et 46) ; Cass com, 8 oct. 2013, n° 11-27.516, F-D, De Kersauson vs SA Promovoile et a. : JurisData n° 2013-022172, Comm C. Caron, CCE, n° 12, déc. 2013, p 22-24 : les juges du fond avaient constaté que l'expression « route du rhum » était déjà usuelle au moment de son utilisation pour désigner la célèbre course maritime. Or, l'on sait que l'originalité d'un titre s'apprécie au jour de sa première utilisation. La décision est intéressante en qu'elle refuse de conférer la qualité d'auteur à celui qui s'est contenté d'émettre

l'employeur et ne procède pas de la rémunération ni de la mise à disposition des infrastructures techniques nécessaires à la création. C'est ainsi que si la participation à l'élaboration de l'œuvre procède d'une participation à l'acte créatif, on est en présence de co-auteur d'une œuvre de collaboration. En revanche, lorsque la participation à l'élaboration de l'œuvre ne consiste pas dans une collaboration à l'acte créatif, les droits d'auteur ne sont attribués qu'au créateur.⁶⁵²

323. On constate également et de plus en plus la pratique de production des attestations délivrées par les exploitants pour établir la qualité d'auteur. C'est une sorte de témoignage de la part de ces derniers. Bien que la création dont relève la qualité d'auteur soit un fait juridique et donc, susceptible d'être prouvé par tous les moyens, il est aussi admis de manière constante que la qualité d'auteur est du domaine de la loi ; ce qui est de nature à rendre inefficaces les stipulations contractuelles des parties tendant à déterminer la qualité d'auteur. A plus forte raison en sera-t-il ainsi pour une attestation émanant d'une partie, exploitante de l'œuvre dont la paternité est revendiquée ou disputée. Il est vrai aussi que l'exploitant peut être celui qui a commandé la création de l'œuvre ; il est de ce fait mieux placé pour connaître et dire la personne qui en est l'auteur. Il ne reste pas moins évident que c'est le témoignage d'une personne intéressée, partant susceptible de comporter une certaine partialité. En effet, si la paternité de l'œuvre commandée est reconnue à une autre personne que celle qui s'en prévaut, le commanditaire s'en trouvera lésé. On préférera alors le témoignage d'une personne neutre qui n'a aucun intérêt ni sur la création ni sur la qualité de son auteur. Il a d'ailleurs été jugé que les stipulations d'un contrat d'exploitation peuvent certes, fournir des indices mais n'ont rien de décisif car la qualité d'auteur dépend de la loi et non de la convention des parties⁶⁵³. Cela revient à dire que l'attestation dont le contenu se rapporte à l'acte de création de l'œuvre peut néanmoins, effectivement, fournir des indices sérieux sur la détermination de la qualité d'auteur. Car, aux termes de la loi, comme on a eu à le démontrer⁶⁵⁴, seul le créateur de l'œuvre a qualité d'auteur de celle-ci.

de simples idées et d'assurer une assistance technique et administrative. La qualité d'auteur ne peut être attribuée qu'à celui qui réalise personnellement l'œuvre.

⁶⁵² P. Gaudrat, Le point de vue d'un auteur sur la titularité, Le droit d'auteur aujourd'hui, Paris, éditions CNRS, 1991, p 47.

⁶⁵³ Cass civ, I, 7 mars 2006, Sofam vs Edit7, non publié au bulletin, pourvoi n° 03-18360.

⁶⁵⁴ Voir n° 281.

324. Il convient de remarquer aussi que seul l'acte de création est en mesure de mettre fin à la confusion qui existe parfois entre l'auteur présumé de l'œuvre, le titulaire dérivé des droits d'auteur et le promoteur de l'œuvre collective. En réservant la création comme seul moyen de preuve de la qualité d'auteur, la mention du nom sur l'œuvre serait considérée simplement comme une présomption d'attribution des droits d'auteurs aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales ainsi qu'au promoteur de l'œuvre collective. Cette approche a également et en conséquence le mérite de distinguer de manière nette la qualité d'auteur de celle d'agir en contrefaçon dans les circonstances spécifiques d'absence de l'auteur ; il est bien entendu que la qualité d'auteur implique aussi tout naturellement la qualité d'agir en contrefaçon. Mais, toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon n'a pas forcément la qualité d'auteur. L'auteur tout comme l'exploitant cessionnaire, y compris le promoteur de l'œuvre collective, ont tous des droits d'auteur. L'auteur s'en distingue toutefois par le fait qu'il est le créateur de l'œuvre de l'esprit. La preuve de sa qualité devrait normalement rendre compte de la singularité du statut d'auteur. Ce statut peut rencontrer des difficultés particulières en cas d'exploitation numérique de l'œuvre dans la mesure où celle-ci peut se confondre à la création.

§2. Création et exploitation numérique de l'œuvre en particulier.

325. L'exploitation de l'œuvre numérisée n'est pas à confondre avec la création. Il en est de même de l'œuvre créée sur internet. Qu'il s'agisse de l'éditeur d'un site ou d'un blog, qu'il s'agisse de l'internaute qui met les œuvres en ligne, chacun en ce qui le concerne, est sensé identifier l'auteur de l'œuvre afin de lui demander l'autorisation. On sait d'une part que, l'Internet se nourrit de nombreuses créations de l'esprit : sons, images, textes, films, vidéos ; d'autre part, l'Internet lui-même aussi suscite la création de nouvelles œuvres : jeux en ligne, sites internet, dictionnaires collaboratifs. Le site web lui-même peut être protégé par le droit d'auteur de plusieurs manières : son titre peut être protégé dans les mêmes conditions que les titres des autres œuvres. Ensuite, son contenu : le logiciel qui l'anime, les textes, les sons, les images, les bases des données, la page d'accueil et enfin les liens hypertextes susceptibles de porter atteinte au droit d'auteur en permettant des téléchargements indus et d'être à la fois

objets de droits⁶⁵⁵. Les sites sont ainsi qualifiés de « carrefours de droits »⁶⁵⁶ dont le respect s'impose, à commencer par ceux de l'auteur à identifier. Sur Internet, l'œuvre est à la fois le moyen de son action (pas de *Dailymotion* sans films) et l'objet de son activité (*Wikipédia* est bien une œuvre collaborative)⁶⁵⁷. Dans tous ces cas de figure, l'autorisation du créateur identifié est requise en vue de l'exploitation de l'œuvre.

326. Les actes traditionnels de diffusion, soit par représentation, par transmission soit par publication ou ceux de reproduction par impression, par dessin ou par gravure posaient moins de problème que la mise à disposition des œuvres⁶⁵⁸ impliquant la numérisation⁶⁵⁹ et le téléchargement⁶⁶⁰ des œuvres de l'esprit quant à la question de savoir qui en est le véritable auteur⁶⁶¹. Le téléchargement d'une œuvre de l'esprit est une reproduction de celle-ci, tandis

⁶⁵⁵ V. Fauchoux, P. Deprez et J-M. Bruguère, *Le droit et l'internet, Lois, contrats et usages*, CCE, 2^e édition, Paris, LexisNexis, 2013, p 266- 267.

⁶⁵⁶ M. Vivant et J-M. Bruguère, *Le droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, 2^e éd, 2012, n° 204.

⁶⁵⁷ *Idem*, p 265.

⁶⁵⁸ P. Tafforeau, *La musique en ligne et les droits voisins : essai de bilan, une décennie après l'entrée en vigueur de la directive DADVISI du 22 mai 2001*, RIDA, avril 2013, n° 236, p 21-23 : la mise à la disposition est un droit intimement lié au droit de communication au public. La communication au public se fait de deux manières : soit le public est sur le lieu de l'exécution de l'œuvre, la communication est dite directe, soit qu'il est disséminé à travers les pays ou dans le monde entier, elle est dite indirecte (cas de la radio et de la télévision) et de la mise à la disposition du public de la musique via le réseau numérique. Comme on le voit le CPI ne prévoit pas expressément le droit de mise à la disposition en ligne des objets protégés ; il faut donc recourir à l'interprétation au sens large de la communication au public afin de l'y inclure. La directive 2001/29 par contre cite le droit de mise à la disposition du public en son article 3, §1. Il y est exclu la communication de l'œuvre réalisée de manière directe, dans un lieu ouvert au public.

⁶⁵⁹ *Idem*, p 19 : « La numérisation au moyen d'un scanner est une reproduction, tout comme le téléchargement ou Uploading dans la mémoire ou disque dur de l'ordinateur. » ; p 21 : « donne droit de reproduction le téléchargement d'œuvres et autres objets protégés sur des sites web, des blogs ou encore des pages personnelles faisant partie de réseaux sociaux tels que twitter ou Facebook. »

⁶⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 sept 2013, n° 12-17.794, FS-P+B+I, *Spedidam vs SARL iTurnes et a.* : JurisData n° 2013-018957 ; CCE, n° 10, oct. 2013, p25, comm. Ch. Caron : le téléchargement du phonogramme mis en ligne est soumis à l'autorisation de l'auteur. Sa qualification juridique de phonogramme est indépendante de l'existence ou non d'un support tangible.

⁶⁶¹ En sens contraire, I. Kikkis, *Le droit moral de l'auteur dans la société de l'information, étude de droit français, de droit comparé et de droit communautaire*, Thèse, université de Nantes, 2004, p 237 : « le droit à la paternité, mis en difficulté dans la pratique de certains modes d'exploitation traditionnels, sort renforcé de son immersion dans l'environnement numérique. Cette prérogative morale permet à l'auteur d'exiger non seulement d'être reconnu comme le véritable créateur de l'œuvre mais aussi que celle-ci soit diffusée sous son nom. C'est précisément le résultat recherché par la mise au point des techniques de cryptage et de codification qui rendent possible d'associer le nom de l'auteur à chaque exemplaire numérique, quelle que soit l'exploitation qui est faite de l'œuvre. Notamment grâce à la signature numérique, il est possible d'authentifier à la fois le véritable créateur de l'œuvre et son contenu, de sorte que l'effectivité du droit à la paternité se trouve mieux assurée. »

que sa mise en ligne ne signifie pas création mais plutôt une communication au public⁶⁶². Cependant, il sied de noter que les reproductions numériques sont parfois, voire souvent, faites à l'identique de l'original de sorte que, si la personne qui met l'œuvre en ligne ne précise pas qui en est l'auteur⁶⁶³, l'entreprise d'identification du créateur peut s'avérer difficile par la suite. Le droit d'auteur est donc mis à rude épreuve par la technique informatique à la base de la révolution industrielle en vogue. A ce sujet, Mme Viguie écrit que tout tend à être dématérialisé, pouvant ainsi être reproduit à l'identique et dupliqué facilement sans perte avec un coût tendant vers zéro⁶⁶⁴. Elle enchérit encore en disant :

*« L'impression 3D va bouleverser en profondeur le droit de la propriété intellectuelle tel qu'il existe aujourd'hui. Tout est disponible sur internet et ainsi tout peut être dupliqué de chez soi grâce à des outils de productions de plus en plus simples à utiliser et cela, à moindre coût. Ainsi, ce sera non seulement la propriété littéraire et artistique qui s'en verra déstabilisée mais également la propriété industrielle. Chaque personne, qu'elle crée directement ou qu'elle reproduise un objet existant, entrera en concurrence avec les industries. Ces pratiques anodines pour les internautes, peuvent avoir des conséquences sans précédent sur la création et les avancées intellectuelles. »*⁶⁶⁵

327. La difficulté qu'on éprouve à distinguer l'original de la copie d'une œuvre suite à sa numérisation peut entraîner celle de la preuve de la qualité d'auteur fondée sur le critère de la création. La libre reproduction à l'identique des œuvres sur internet et leur diffusion massive peut être à la base de la contrefaçon difficile à établir tant la détermination du véritable auteur, c'est-à-dire, l'auteur de l'original de l'œuvre peut être délicate. Il est d'emblée difficile de savoir qui est le créateur de l'œuvre et qui en est le copiste.

328. L'origine de cette difficulté que l'on peut transposer sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur est décrite par M. Warusfel en ces termes :

⁶⁶² CJUE, 4^e ch., 11 sept.-14, n° C-117/13 Technische Universität Darmstadt vs Eugen Ulmer KG, note L. Marino sur l'exception de mise à disposition des bibliothèques, in Gaz Pal, n°s 63-64, 5 mars 2015, p 16, 215j4, p 1018 : « sans numérisation, pas de communication. »

⁶⁶³ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2014, n° 13-20209, ECLI :FR : CCASS :2014 :C101338, Sté Com'plus vs M Van Roy, pourvoi n° K 13-20.209, note J.-M. Bruguière : M Van Roy a constaté que, sans mention de son nom, la société Com'plus a présenté sur son site internet ses œuvres qu'il a créées alors qu'il était Directeur artistique de cette société.

⁶⁶⁴ C. Viguie, La démocratisation des imprimantes 3D et le droit d'auteur, RIDA, octobre 2014, n° 242, p 55.

⁶⁶⁵ Idem, p 57 ; R. Motte, Impression 3D et exception de copie privée, in Gaz Pal, n° 357-358, 23 décembre 2015, p 4022 : le double visage de création 3D, tantôt œuvre originale, tantôt redoutable outil de contrefaçon.

« Support de créations intellectuelles protégées, comme avant lui le papier ou la pellicule, l'internet présente une particularité liée à sa nature numérique. Par principe un objet numérique peut être reproduit à l'identique par n'importe quel ordinateur, alors que la copie d'une création sur support analogique est essentiellement dégradée par rapport à l'original. Cette différence de qualité entre la copie analogique traditionnelle et la copie numérique peut avoir de grandes conséquences s'agissant des règles juridiques applicables à l'usage des œuvres par leurs utilisateurs finaux. D'une certaine façon, la règle traditionnelle du droit d'auteur selon laquelle l'utilisateur peut procéder librement à des copies destinées à son usage privé découle de ce que ces copies sont restées longtemps bien différenciables de l'original et souvent- du fait de leur moindre qualité- impropres à une commercialisation pouvant concurrencer cet original. En revanche, dès que le support devient numérique et que sa reproduction permet de constituer de nouveaux exemplaires strictement identiques à l'original, le risque de les voir concurrencer les droits du créateur augmente considérablement. C'est la raison pour laquelle notre droit de la propriété intellectuelle a d'ores et déjà refusé l'exception de copie privée s'agissant des logiciels. Mais cette question a pris une acuité nouvelle avec le développement des réseaux numériques. Sur le Net, on cumule les avantages de la copie numérique, ceux de l'accès immédiat aux contenus numérisés et la possibilité de rediffuser soi-même les copies réalisées. Là où un simple utilisateur de logiciel ne pouvait devenir qu'un pirate de petite envergure, puisqu'il ne pouvait copier qu'un petit nombre de logiciels et généralement pas organiser une diffusion à grande échelle, l'internaute peut beaucoup plus facilement devenir un contrefacteur efficace, donc dangereux, puisqu'il peut facilement accéder à un grand nombre d'œuvres ou de logiciels, puis en diffuser les copies⁶⁶⁶. »

329. En visant les activités personnelles et quotidiennes des internautes de type copier/coller/envoyer, on aurait ainsi l'impression que le droit d'auteur est tentaculaire qu'il envahit même la vie privée des internautes. Il n'en est pas question. Il faut exclure de ce champ de reproduction ou de mise à disposition soumise à autorisation de l'auteur, les liens hypertextes qui ne font que renvoyer à une œuvre librement disponible sur un autre site ou accaparant l'œuvre contenue dans un autre site, par exemple, par la transclusion ou le framing ou encore le cadrage⁶⁶⁷. Ces renvois ne posent pas en principe de problème de preuve de la

⁶⁶⁶ B. Warusfel, La propriété intellectuelle et l'internet, Flammarion, Evreux, 2001, p 62.

⁶⁶⁷ CJUE, ord., 9^e ch., 21 oct. 2014, Aff. C-348/13, Best Water International GmbH vs Mebes et potch : JurisData n°2014-027301 ; CCE, n°12, déc. 2014, p 34, comm C. Caron.

qualité d'auteur sauf en cas d'usurpation de nom. En effet, il a été jugé que les copies sur écran et les copies en cache, effectuées par un utilisateur final au cours de la consultation d'un site internet, satisfont aux conditions selon lesquelles ces copies doivent être provisoires, présenter un caractère transitoire ou accessoire et constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, tout en respectant les exigences du triple test⁶⁶⁸. Cette consultation exclut tout téléchargement ou impression de l'œuvre de l'esprit. En dehors de cette hypothèse qui rentre dans les termes de l'exception au droit d'auteur, la question de la preuve de la qualité d'auteur en cas de diffusion ou de reproduction à l'identique de l'œuvre de l'esprit appartenant à autrui demeure.

330. L'expérience concrète démontre que les mesures de verrouillage font souvent l'objet de contre mesure par les techniciens ou les contrefacteurs professionnels afin d'accomplir leurs desseins inavoués⁶⁶⁹. Aussi, l'identité de l'auteur renseigné sur le fichier original peut-elle se trouver trafiquée au profit d'une autre personne qui n'est qu'un copiste ou un diffuseur.

331. Pour régler un tel litige qui opposerait le véritable auteur de l'œuvre reproduite et diffusée sur internet au contrefacteur, il semble que le recours aux actes, au contexte de création et à la date de celle-ci sont des éléments utiles pour départager les protagonistes. C'est ce qui permettra de déterminer lesquels de deux litigants est l'auteur ou le copiste. L'exemple, cité précédemment⁶⁷⁰, des amateurs de l'aéronautique qui avaient mis sur le site web, avec leurs initiales d'identification, les images de concorde, va dans ce sens. Les amateurs de l'aéronautique n'ont pu obtenir le bénéfice sollicité de la présomption de paternité. Les juges ont accordé la paternité de l'œuvre à son créateur et non pas à ceux qui l'ont mise en ligne sur internet. Il convient néanmoins de signaler que l'Internet lui-même aussi suscite la création de nouvelles œuvres : jeux en ligne, sites internet, dictionnaires

⁶⁶⁸ CJUE, 4^e ch., 5 juin 2014, Aff. C-360/13, Public Relations Consultants Association Ltd vs Newspaper Licensing Agency Ltd e.a : JurisData n° 2014-012515 ; CCE, n° 9 septembre 2014, p 27, comm C. Caron.

⁶⁶⁹ C. Nguyen Duc Long, La numérisation des œuvres, Aspects de droits d'auteur et de droits voisins, Paris, Litec, 2001, p 136-137, n°s 236 in fine et 237 : les mesures pédagogiques tendant à rappeler la législation et l'existence des droits privatifs ou celles facilitant l'identification des ayants droit sont vaines pour lutter contre les actes des contrefacteurs organisés. Il en est de même du marquage automatique de la source de reproduction. Les pirates professionnels peuvent numériser à nouveau le tirage papier initial de l'œuvre et, ensuite, effacer numériquement le logo ou même transformer l'œuvre.

⁶⁷⁰ Voir n° 51.

collaboratifs...⁶⁷¹ et qu'une création peut être assistée d'ordinateurs. En effet, si l'activité de création n'est effectuée que par la machine, sans intervention humaine, force est de constater qu'il n'y a pas à proprement parler, de création au sens du droit d'auteur. En revanche, lorsque des choix sont effectués par l'utilisateur du logiciel, il est possible d'envisager l'existence d'une création. Dans cette hypothèse, l'ordinateur remplace le pinceau du peintre ou le stylo de l'écrivain⁶⁷². Telle est la position de la jurisprudence en la matière⁶⁷³. C'est le cas des images satellites qui sont la conséquence de processus automatique sauf si elles ont été ensuite retouchées de façon originale⁶⁷⁴.

Dans ce cas, l'expertise informatique peut permettre de déterminer la date de création et le créateur en tenant compte de certains éléments d'identification comme l'adresse IP si l'auteur a travaillé sur son propre ordinateur, la signature électronique ou l'identifiant numérique, s'il y en a, ou encore d'autres indices d'ordre technique. La tâche d'identification de l'auteur par l'expertise informatique d'une œuvre reproduite paraît plus ou moins aisée en cas de numérisation d'une œuvre, de la mise à disposition ou de téléchargement d'une œuvre autant qu'en cas de création sur internet. En effet, la source primaire de l'œuvre reproduite peut être retracée. De même, si c'est la paternité d'un logiciel lui-même qui est disputée, la preuve de la création relève de l'expertise informatique. L'expertise dans le monde numérique, loin d'être un fleuve tranquille, peut parfois prendre la forme d'un torrent impétueux et imprévisible. C'est un espace créatif et dynamique d'émergence de preuves nouvelles et parfois inattendues. On peut ainsi aller de la recherche d'indices de manipulation à l'examen du code binaire du logiciel utilisé pour l'élaboration de la maquette, le point de départ à considérer pour les investigations étant, bien entendu, la date alléguée de la création du logiciel en cause⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ V. Fauchoux, P. Deprez et J-M. Bruguière, *Le droit et l'internet, Lois, contrats et usages, Communication et commerce électronique*, 2^e édition, Paris, éd. LexisNexis, 2013, p 265 ; T Com Paris, 9 fév. 1998 : RIDA 1998, n° 177, p 292 ; CA Paris, 10 oct. 2003 : CCE 2004, comm 14, note Caron ; CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 6 avril 2012 : JurisData n° 2012-007272.

⁶⁷² C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e édition, Paris, LexisNexis, 2015, p 56, n° 51.

⁶⁷³ TGI Paris, 1^{re} ch., 5. Juill. 2000 : CCE. Mars 2001, comm. 23, obs. C. Caron : l'existence de la création est retenue en tenant compte de l'intervention humaine et des choix de l'auteur ; CA Bordeaux, 31 janv. 2005, CCE 2005, comm 84, obs. C. Caron et RIDA 2005, n° 205, p 299, obs. A. Kéréver ; CA Paris, 3 mai 2006, JCP G 2007, I,101, n° 3, obs. C. Caron.

⁶⁷⁴ CA Rion, ch. com., 14 mai 2003 : CCE. Déc. 2003, comm. 117, obs. C. Caron ; D. 2003, somm., p 2754, obs. P. Sirinelli ; RTD com. 2004, p 308, obs. P. Gaudrat.

⁶⁷⁵ S. Migayron, *Pratique contentieuse. L'expertise en informatique, lieu d'émergence de preuves*, CCE., n° 4, avril 2016, p 47.

Il faut néanmoins reconnaître que la présence ou l'absence d'antécédent n'a pas d'incidence sur la création de l'œuvre et que le travail de l'expert informatique ne dispense nullement l'auteur de l'œuvre d'apporter la preuve de la création proprement dite, c'est-à-dire en quoi il a mis en forme l'œuvre dont la paternité est revendiquée.

332. Il faut toutefois souligner que le régime d'exploitation de l'œuvre soumise à l'autorisation de l'auteur n'est pas exclusif⁶⁷⁶ ; il y a d'autres techniques juridiques d'exploitation des œuvres. Il existe un courant de pensée qui soutient que l'internet véhicule la culture du partage et que les œuvres doivent être de libre accès⁶⁷⁷. Prolongeant ce courant, les *Creatives Commons* suggèrent la mise à profit de la technique contractuelle afin de permettre au créateur de livrer comme bon lui semble ses œuvres au public dans les conditions qu'il détermine librement. Néanmoins, l'exigence de l'identification du véritable auteur ou du créateur de l'œuvre est toujours de mise⁶⁷⁸ afin d'envisager l'exploitation commerciale ou non de l'œuvre ; ce qui revient à poser la question de la preuve de la qualité d'auteur encore une fois.

333. Et puisque l'exploitation de l'œuvre de l'esprit s'effectue souvent au travers de son support, il arrive que le possesseur de celui-ci soit parfois perçu comme l'auteur ; or tel n'est pas justement le cas.

⁶⁷⁶ TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 18 déc. 2009, Aff. Sté Editions du Seuil vs sté Google Inc : JurisData n° 2009-016553 ; CCE n° 5, mai 2010, p 15, comm. F.-M. Piriou.

⁶⁷⁷ A. Bensamoun, Portrait d'un droit d'auteur en crise, RIDA, n° 224, avril 2010, p 11 : « L'air du temps n'est plus au droit d'auteur. Il est à l'utilisation libre des œuvres, à la jouissance sans entrave de tous les produits culturels, au tout voir- tout savoir, rapidement et gratuitement. Le poncif mis à l'honneur est celui du droit d'accès à la connaissance, à la culture et à Internet, l'heure est aux communautés de partage. » ; A. Bertrand, Le droit d'auteur et les droits voisins, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1999, p 859-560 : « la culture numérique nous apprend à avoir une approche différente sur la propriété artistique : aussi bien dans la littérature, dans l'art que dans la musique, de plus en plus d'artistes mettent leurs œuvres à la portée de tout le monde. Ce que la culture RAP nous a légué, réutiliser de l'ancien pour en faire du nouveau, se servir de l'échantillon pour faire de la musique et, étrangeté, cette méthode est parfaitement adaptée à Internet. ».

⁶⁷⁸ M. Dulong de Rosnay et H. le Crosnier, Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation, préc., p 66 : « le devoir de citation du créateur, ou du moins de la source primaire d'une création, est ainsi obligatoire dans les licences Creatives Commons alors que l'attribution ne l'est pas dans le droit américain qui a pourtant inspiré ces licences. »

§3. Création et réalisation du support de l'œuvre

334. Il existe un sacro principe en droit d'auteur selon lequel il faut distinguer l'œuvre de son support, l'objet et le fondement de la propriété de l'un et de l'autre étant fondamentalement différents⁶⁷⁹. La jurisprudence est constante sur la séparation qu'il faut faire entre les deux types de propriété matérielle et immatérielle⁶⁸⁰. La confection du support de l'œuvre est à ne pas confondre avec la création de celle-ci. Seule la création de l'œuvre emporte la qualité d'auteur et en conséquence la prouve. Toutefois, il convient de souligner que le cas des œuvres graphiques et plastiques semble bien délicat puisque celles-ci sont intimement liées aux supports par lesquelles elles s'expriment. Dans ce cas de figure, la création de l'œuvre se confond avec la confection de son support et la preuve de la qualité d'auteur tient compte de cette spécificité. Néanmoins, l'instruction donnée à l'auteur pour la création artistique, l'information ou encore l'assistance technique fournie ne constituent point la preuve de la qualité d'auteur dans la mesure où ils ne relèvent pas de la création personnelle de l'œuvre. Toutefois, si les instructions données sont indispensables à tel point que sans elles l'œuvre ne serait pas créée, le simple exécutant ne saurait se prévaloir de la qualité d'auteur et les actes d'exécution matérielle ne peuvent en conséquence valoir au titre de la preuve de la qualité d'auteur et ne sauraient aucunement caractériser l'originalité de l'œuvre.

335. A cet égard, on doit relever l'existence de la pratique courante de signature des œuvres d'art. Comme la mention du nom, la signature est abordée par le droit d'auteur sous l'angle du droit de paternité et sa dimension identitaire est privilégiée⁶⁸¹. Toutefois, il apparaît que la seule signature ne suffit pas pour attester l'authenticité d'une œuvre. Outre le fait qu'elle varie en fonction des œuvres d'art, elle ne garantit pas que l'œuvre sera toujours attribuée au signataire, tout dépend des conditions d'acquisition de l'œuvre. La signature peut également être imitée notamment lorsque l'œuvre inclut des éléments manufacturés. Ces

⁶⁷⁹ Exposé des motifs de la loi du 11 mars 1957, Assemblée Nationale, 2^e législature, session de 1954, Annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 1954, P 7 : l'article 30 se référant à l'article premier, rappelle que la propriété incorporelle...est indépendante de la propriété de l'objet matériel. C'est là un des principes les plus essentiels en matière de droit d'auteur ; il est à l'origine de la théorie française du droit moral.

⁶⁸⁰ TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, du 13 mars 2015 : les fichiers numérisés des photographies dont l'exploitation a été cédée sont des biens corporels différents des œuvres photographiques. Ils sont la propriété de la société qui a investi pour les numériser. Leur utilisation par le photographe sur sa page Facebook est donc fautive.

⁶⁸¹ Art L. 121-1 CPI : « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité » ; art L. 113-1 CPI : « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée » ; J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Monts, les presses du réel, 2013, p 446.

dispositions particulières relatives à l'authentification de l'œuvre d'art montrent les limites de la fonction probatoire de l'identité de l'auteur tout en soulignant l'importance du témoignage de l'auteur ou de ses ayants droit en vue de l'efficacité de la lutte contre le faux artistique dans le marché de l'art visuel.

Section II. Efficacité de la lutte anti-contrefaçon

336. L'importance de l'acte de création dans le débat tendant à caractériser le délit de contrefaçon (§1) et le fait qu'il est le seul critère qui soit à même de circonscrire la liberté probatoire ainsi que les manœuvres d'usurpation de la qualité d'auteur (§2) participent à l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon.

§ 1. Acte de création, élément-clé pour la caractérisation de la contrefaçon.

337. La tendance jurisprudentielle sur les conditions d'établissement du délit pénal de contrefaçon met en exergue l'importance de la notion d'acte de création. En effet, la jurisprudence française avait dans le passé retenu la présomption de mauvaise foi dans le chef du contrefacteur en ne considérant que le fait matériel de reproduction tirée de la ressemblance des œuvres afin d'établir la contrefaçon, en dispensant de rapporter la preuve de l'élément intentionnel⁶⁸². Dans cette optique, on comprend bien toute l'importance que revêt la notion d'antériorité de la divulgation d'une œuvre par rapport à une autre. La question fondamentale qui se posait était celle de savoir qui avait copié qui. Cette tendance est nuancée pour considérer que la contrefaçon est un délit intentionnel qui exige la preuve de l'élément intentionnel ou celle de la mauvaise foi, s'agissant d'un délit porté devant le juge pénal. A propos de la présomption de la mauvaise foi en matière de contrefaçon, M. Gautier précise sa pensée en écrivant : « la mauvaise foi est bien requise en droit d'auteur, simplement les circonstances peuvent la faire présumer, surtout lorsque c'est un professionnel qui consomme

⁶⁸² P. Miserachs, La procédure pénale en tant qu'arme contre le crime organisé dans le domaine du droit d'auteur, ALAI, La mise en œuvre du droit d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999, p 137 : « la contrefaçon est assortie d'une présomption de mauvaise foi dispensant de rapporter la preuve de l'élément intentionnel. » ; Cass civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, RG n° 96-22399, Gaz Pal., 15 avril 2000, n° 106 : dans l'affaire de la décoratrice qui a réalisé pour le compte d'une société P l'aménagement intérieur d'un hôtel en fournissant des éléments matériels et intellectuels qui ont aboutis à la fabrication de meubles protégés par des droits d'auteurs détenus par des tiers, il a été jugé que la contrefaçon est caractérisée par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de son auteur ; elle existe indépendamment de toute faute, ou de mauvaise foi, du contrefacteur.

le délit »⁶⁸³. Cela revient à dire, qu'en général, si l'intention du contrefacteur n'est pas recherchée, il y a, d'une part, violation du principe de légalité qui impose la réunion des éléments légal, matériel et intentionnel ou moral de l'auteur ; et d'autre part, violation du principe de l'égalité des armes résultant de la notion du procès équitable⁶⁸⁴. Il a été fait ainsi état de la nécessité de vérifier si la ressemblance entre les œuvres n'est pas une rencontre fortuite ou encore si elle procède des réminiscences issues d'une source d'inspiration commune, auquel cas, il n'y a pas lieu de retenir la contrefaçon⁶⁸⁵. Cela revient à se poser la question de savoir comment l'œuvre a été créée par chaque partie afin de déterminer s'il y a contrefaçon ou non. On ne se limite pas seulement à la simple ressemblance des œuvres en cause pour affirmer que celle dont la date de création ou de divulgation est postérieure est une contrefaçon. Il faut que le créateur soit identifié pour répondre à cette préoccupation relative à la création de l'œuvre. Aussi, le critère d'antériorité de l'œuvre est-il ici mis en cause dans l'établissement du délit de contrefaçon au profit des conditions de création de l'œuvre. Celles-ci comportent l'avantage de circonscrire la liberté de preuve de la qualité d'auteur en même temps qu'elles limitent les manœuvres d'usurpation de la qualité d'auteur.

§ 2. Acte de création, limite de la liberté probatoire et de manœuvres d'usurpation.

338. L'acte de création limite le cadre de la liberté probatoire dans l'intérêt tant des juges, des praticiens du droit que des auteurs et auxiliaires de la création.

339. Il a été indiqué précédemment que la liberté de la preuve de la qualité d'auteur entraînait une incertitude du fait de la variété de moyens généralement mis en œuvre à cet effet. Le cas du créateur par rapport à son inspirateur avait été évoqué pour montrer comment la jurisprudence avait évolué. En effet, après avoir considéré que celui qui a fait exécuter une œuvre en donnant des instructions nécessaires et en la faisant réaliser sous son contrôle mérite la qualification d'auteur⁶⁸⁶, la Cour de cassation a par la suite souligné que la qualité d'auteur

⁶⁸³ P-Y Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 10^e édition, Paris, Puf, 2017, p 816, n° 760 in fine.

⁶⁸⁴ P-Y. Gautier, *l'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon*, *Propri. Intell.*, n° 3, avril 2002, p 28 : sauf en cas d'une action en cessation, celle en réparation exige la preuve de l'élément intentionnel ou de la mauvaise foi, s'agissant d'un délit porté devant le juge pénal ou civil soit-il.

⁶⁸⁵ Cass civ., Ire ch., 12 décembre 2000, RIDA, 188, avril 2001, p 347 ; Cass Ire civ, 16 mai 2006, n° 05-11780, CCE, 2006, comm, 104, note C. Caron, (Arrêt Djobi Djoba) ; Cass Civ 1^{ère} ch., 2 octobre 2013 comm. P. Sirinelli, *Chronique de jurisprudence : action en contrefaçon*, RIDA, n° 239, Janvier 2014, p 441 ; n° 12-25941, ECLI :FR : CCASS :2013 :C101085, Gaz. Pal., 2 mars-avril 2014, p 979-980.

⁶⁸⁶ CA Paris, 1^{re} ch. A, 18 oct. 1999, n° 1998/14871 : JurisData n° 1999-100447 ; en l'espèce, a été considéré

d'une œuvre ne peut être attribuée à une personne physique que s'il est établi que cette personne a personnellement réalisé l'œuvre⁶⁸⁷.

Nous avons aussi évoqué et critiqué⁶⁸⁸ l'illustration classique de la liberté de la preuve de la qualité d'auteur généralement reprise dans les manuels de droit d'auteur selon laquelle les juges du fond peuvent tenir compte de toutes les présomptions de fait et notamment s'appuyer sur le constat que celui qui revendique la paternité de l'œuvre a lui-même, pendant une longue période, attribué cette œuvre à un autre auteur⁶⁸⁹. En effet, cet exemple tend à obliger l'auteur à renoncer définitivement à son droit de paternité qui découle de la création. Le cas des titres ou fonctions des différents coauteurs de l'œuvre audiovisuelle avait relevé par ailleurs que cela ressort certes du contexte de la création de l'œuvre mais que la véritable preuve de la qualité d'auteur exige de rattacher chaque titre au travail effectivement effectué dans la réalisation de l'œuvre de l'esprit. On a finalement constaté que l'acte de création était chaque fois en définitive le critère décisif de règlement des litiges sur la qualité d'auteur.

340. On doit également souligner que l'acte de création de l'œuvre varie en fonction du type et de la nature de l'œuvre en cause⁶⁹⁰. En effet, la création d'une œuvre littéraire n'obéit pas aux mêmes règles que celle d'une œuvre artistique ou musicale. L'exemple de l'œuvre photographique dont la réalisation passe par les angles de prise des vues, la position des personnages ou les jeux des lumières, celle d'une composition musicale passant par la mélodie et l'harmonie tandis que celle de la base de données qui considère le choix et la disposition de données constitue autant d'illustration de notre propos. Ainsi, l'acte de création est tributaire de la nature de chaque œuvre ; cette variabilité de l'acte de création en fonction des œuvres est de nature à encadrer la liberté de la preuve de la qualité d'auteur afférente à chaque catégorie d'œuvre.

comme auteur le peintre qui a fait réaliser une de ses œuvres par un enfant de onze ans. - Arrêt cassé par Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 2002, n° 99-21.444 : JurisData n° 2002-012947 ; Bull. civ. 2002, I, n° 46 ; Propr. Intell. 2002, n° 3, p. 51, obs. P. Sirinelli, mais la cassation intervient sur le fondement de l'article 1110 du Code civil et les juges ne se prononcent pas réellement sur la qualité d'auteur.

⁶⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2000, CCE. 2001, comm 98, note C. Caron.

⁶⁸⁸ Voir ns 76 et 85.

⁶⁸⁹ TGI Paris, 28 juin 1978 : RIDA, avril 1979, 200.

⁶⁹⁰ A. Lucas, H-J. Lucas et A. Lucas-Chotter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e édition, préc., p 64, n° 51 sur l'extrême diversité des processus de création.

341. Il ressort de ce qui précède que l'acte de création circonscrit la liberté de la preuve de la qualité d'auteur et, de par ses fonctions probatoires, spécifie la qualité d'auteur-créateur par rapport aux auxiliaires de la création.

342. Il a été par ailleurs indiqué qu'en cas de revendication de la paternité d'une œuvre divulguée sous les noms respectifs des protagonistes, c'est le critère de l'acte de création qui est à même de les départager. Il en est de même du défaut de la mention du nom de l'auteur sur une œuvre donnée. Ainsi, grâce au moyen de preuve de la qualité d'auteur fondée sur l'acte de création, le champ de manœuvre du contrefacteur usurpateur du nom du créateur est bien limité. Ce moyen permettra de déterminer le véritable créateur de l'œuvre et obligera l'exploitant indélicat ou le contrefacteur éventuel à démontrer en quoi il a concouru ou non à la création de l'œuvre. Et s'il s'agit d'un cessionnaire, le contrat à la base de la cession des droits sera exigé.

Conclusion du chapitre II.

343. A la place d'une base probatoire incertaine de la qualité d'auteur formée sur l'exercice d'un droit, il semble justifié de recourir à l'acte qui constitue le fondement du droit d'auteur, à savoir la création. La vertu essentielle de la création en tant que moyen de preuve de la qualité d'auteur repose sur le fait que c'est l'acte qui qualifie l'auteur, lequel consiste à faire le distinguo entre le créateur et le non-créateur d'une œuvre de l'esprit. A l'évidence, l'exploitation numérique peut poser quelque problème d'identification de l'auteur par le critère de la création du fait qu'on peut facilement confondre l'exploitant avec le véritable auteur dans l'univers numérique. Face à la difficulté de distinguer la copie numérique identique à l'œuvre initiale et d'identifier le véritable auteur par rapport au copiste exploitant, l'expertise informatique pourrait aider à déterminer la source de l'œuvre reproduite et éventuellement l'identité numérique de son auteur. Si par l'expertise informatique, la traçabilité de la source primaire peut être effectuée, cela ne constitue pas pour autant la preuve de la qualité d'auteur ; il revient à l'auteur identifié par l'expertise informatique de démontrer concrètement comment il a mis en forme l'œuvre dont la paternité est revendiquée. Une autre particularité mérite d'être indiquée à propos des œuvres graphiques ou plastiques en ce que la confection de leur support emporte leur création. La preuve de la qualité d'auteur de cette catégorie d'œuvres se doit donc de tenir compte de cette réalité. Il existe également ici une expertise scientifique utilisant diverses méthodes de datation et d'authenticité des œuvres plastiques à même de fournir l'indication de l'auteur. De la même manière, l'auteur probable identifié doit par la suite apporter la preuve de sa qualité en démontrant que c'est bien lui qui a créé l'œuvre.

Conclusion du titre I.

344. La preuve de la qualité d'auteur est nécessaire lorsque l'œuvre franchit le stade de l'exploitation. En effet, dans cette phase, l'œuvre est susceptible d'échapper au contrôle de son auteur dans la mesure où cette exploitation peut être cédée ou entreprise par une tierce personne. De ce fait, le recours au droit moral s'avère une démarche naturelle étant donné que celui-ci a justement pour fonction de maintenir le lien de filiation entre l'auteur et son œuvre.

Cependant, après avoir démontré, d'une part, que dans la formulation de la présomption de paternité, la divulgation revêt une moindre importance pratique par rapport à la mention du nom de l'auteur sur son œuvre qui, elle, relève du droit de paternité et, d'autre part, que la preuve de la qualité d'auteur par la mention du nom sur l'œuvre est très critiquable, il est apparu évident que le droit moral n'est pas en mesure de prouver efficacement la qualité d'auteur. La portée limitée de l'application de la présomption de paternité, la possibilité de renonciation à l'exercice du droit de paternité par l'auteur ainsi que le risque de violation dudit droit sont autant de faiblesse de ce critère probatoire.

345. La faiblesse de la présomption de paternité comme moyen de preuve de la qualité d'auteur affecte même l'effectivité du droit d'auteur en ce qu'elle véhicule le germe d'inefficacité dans la lutte contre la contrefaçon. En effet, que représente le nom mentionné sur une œuvre plagiée ou imitée ? En outre, est-il impossible d'imaginer qu'une œuvre soit le produit fortuit de deux personnes physiques différentes sans pour autant qu'il y ait contrefaçon ? Dans ces conditions, le critère de la mention du nom sur l'œuvre divulguée est une source de conflit plutôt qu'une solution sur le plan de la preuve de la qualité d'auteur.

346. Il en est de même des actes d'exploitation de l'œuvre susceptibles d'être posés même par une personne morale. Il en résulte que, sur le plan de la propriété littéraire et artistique et en particulier sous l'angle de la preuve de la qualité d'auteur en droit d'auteur français, la maxime selon laquelle « divulgation vaut titre » mérite d'être récusée tout comme son corollaire qui considère l'exploitation de l'œuvre comme une notion-cadre du droit d'auteur.

347. En revanche, la création de l'œuvre entendue comme la combinaison des formes ou simplement la mise en forme d'une idée, d'un sujet ou d'un thème est une donnée typique de qualification de l'auteur au sens du droit d'auteur. Elle est l'activité propre à la personne physique seule capable de concevoir dans son esprit et de réaliser concrètement une œuvre en lui donnant une forme personnelle. Ainsi, la preuve de la qualité d'auteur fondée sur le critère de la création consiste en la démonstration de la mise en forme d'une pensée par l'auteur. Cette preuve couvre le domaine des œuvres accueillies au bénéfice de la protection du droit d'auteur. Elle a l'avantage de distinguer avec précision le créateur de l'œuvre de son exploitant tout en limitant *ipso facto* le champ de la liberté probatoire de la qualité d'auteur. D'ailleurs, l'analyse du fonctionnement du mode légal de la preuve de la qualité d'auteur révèle que le recours au critère de création est permanent et a lieu soit en cas d'inapplication de la présomption de paternité en vue de la revendication en justice de la qualité d'auteur, soit en confirmation ou en contestation des données issues de l'application de ladite présomption.

348. De surcroît, compte tenu de la base commune de la preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création et de la preuve de l'originalité de l'œuvre, condition essentielle d'application du droit d'auteur, l'établissement de la création est inéluctable au sein de la discipline. Cela revient à dire qu'au lieu de chercher à le contourner par l'application de la présomption de paternité qui « n'éclaire pas sur le contenu de la notion » de la qualité d'auteur, pour reprendre l'expression de M. Sirinelli⁶⁹¹, il vaudra mieux l'affronter comme d'usage lors de la preuve de l'originalité de l'œuvre. L'unité du droit d'auteur ne commande-t-il pas une telle approche courageuse et responsable assise sur le socle même de la discipline ? En effet, bien que fastidieux, l'exercice d'établissement de la création en vue de prouver la qualité d'auteur demeure la voie obligée vers un résultat susceptible de traduire la véritable identité de l'auteur et de mettre fin à la confusion qui existe parfois entre la présomption de la qualité d'auteur et celle de titularité ainsi que la titularité des droits sur l'œuvre collective.

349. En réservant la création comme seul moyen de preuve de la qualité d'auteur, la mention du nom sur l'œuvre serait considérée simplement comme une présomption d'attribution des droits d'auteur aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes

⁶⁹¹ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, 3^e édition, préc., p 53.

morales ainsi qu'au promoteur de l'œuvre collective⁶⁹² dont la mention du nom s'attache à la « propriété » de l'œuvre et non à la qualité d'auteur⁶⁹³. Cette approche a également le mérite de distinguer de manière nette la qualité d'auteur de celle d'agir en contrefaçon, qu'elle englobe tout en la dépassant.

350. Enfin, au plan du droit comparé, la preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création de l'œuvre a l'avantage de connaître une application générale même dans le copyright à l'exception des objets appartenant aux titulaires des droits voisins ainsi qu'aux personnes morales légalement titulaires originaires des droits. Ce moyen de preuve ne connaît donc pas de limitation quant à son application ou opposabilité sur le plan international comme l'est la preuve tirée de la présomption de paternité ainsi qu'on a eu à le relever précédemment dans le cadre de l'organisation du commerce international. Et, en vertu du droit international privé, le moyen de preuve de la qualité d'auteur fondée sur l'acte de création est soumis à la législation du pays de réclamation comme indiqué supra (*Lex protectionis*). C'est ici que les praticiens du droit doivent faire preuve d'expertise pour déterminer la législation la plus avantageuse pour la partie dont ils assurent la défense.

351. Cependant, s'agissant d'une démarche intime entreprise par l'auteur dans un environnement constitué d'intérêts souvent antagonistes, notamment avec les auxiliaires de la création, la véritable protection de l'auteur tant à l'instance qu'en dehors de celle-ci exigera une trace probatoire formelle de la création.

⁶⁹² En ce sens voir, F. De Vischer et B. Michaux, Précis du droit d'auteur et des droits voisins, Bruxelles, Brulant, 2000, p 46-47 : cette présomption est une règle relative à la titularité *ab initio* ; elle profite aux personnes physiques comme aux personnes morales.

⁶⁹³ A. Kéréver, Chronique de jurisprudence, RIDA, 157, juillet 1993, p 282.

TITRE II. POUR L'ADOPTION D'UN FORMALISME PROBATOIRE

352. L'impératif de réalisme commande que l'inéluctable choix de la preuve de la qualité d'auteur par la création tienne compte du fait que l'auteur est le maillon faible de la chaîne de production culturelle. Bien plus, après le décès de l'auteur, la durée de protection du droit d'auteur court pendant l'année civile en cours et va jusqu'à soixante-dix années qui suivent ledit décès⁶⁹⁴. Une trace formelle s'avère indispensable et pratique sans nécessairement qu'elle ait une valeur juridique intrinsèque. Il importe donc qu'une simple déclaration de création soit faite pour servir de trace formelle et que la portée de cette déclaration soit précisée afin d'éviter de tomber dans le formalisme proscrit par le droit d'auteur. Ensuite, il faut envisager la structure de réception de la déclaration de création, laquelle doit en même temps jouer un rôle stratégique de protection du créateur dans la lutte anti-contrefaçon ; il s'agit ici des modalités du formalisme probatoire (chapitre II). Mais avant tout cela, il convient de justifier le fondement de ce formalisme par rapport à l'acte de création qui est considéré comme la preuve par excellence de la qualité d'auteur (chapitre I).

Chapitre I. Fondement du formalisme probatoire.

353. La déclaration de création qui caractérise le formalisme probatoire se justifie non seulement au regard de sa portée d'écrit-témoignage de l'acte intime de création que l'auteur se ménage en sa propre faveur étant donné la possibilité de circulation de l'œuvre partout où son exploitation est requise (section II), mais aussi et surtout, en considération du fait que l'auteur est le maillon faible de la chaîne de production culturelle (section I). De ce fait, l'auteur se doit de prendre les précautions nécessaires pour faciliter la preuve de sa qualité face aux velléités sans cesse récurrentes de sa domination par les auxiliaires de la création.

Section I. Auteur, maillon faible de la chaîne culturelle.

354. En tant que partie économiquement faible de la chaîne de production culturelle, l'auteur doit disposer d'une trace formelle susceptible de rendre compte de l'acte de création de l'œuvre à chaque réquisition de la preuve de sa qualité et ce, même lorsque les contraintes de sa position statutaire ne lui permettent pas de revendiquer sa paternité. Cette précaution

⁶⁹⁴ Art L. 123-1 al 2 CPI.

probatoire de la qualité d'auteur se justifie au regard de l'évolution historique du statut d'auteur par rapport aux entrepreneurs culturels qui se chargent de la communication de l'œuvre au public et à qui on doit opposer très rapidement la preuve de la qualité d'auteur (§1) ; elle considère également le cadre du travail créatif de plus en plus marqué par des rapports de collectivisation lesquels attestent que l'auteur est un acteur fragile (§2) de sorte que la preuve de sa qualité mérite un aménagement particulier de type formaliste.

§1. Menace de la qualité d'auteur à travers l'histoire du droit d'auteur.

355. L'histoire du droit d'auteur est marquée par la quête perpétuelle de reconnaissance de la place centrale et privilégiée de l'auteur par rapport aux diffuseurs de son œuvre. La prise en compte de ce mariage d'intérêts doit continuellement interpellier les esprits dans la conception des règles relatives à la qualité d'auteur, spécialement celles concernant la preuve. Le dispositif probatoire de la qualité d'auteur doit être rigoureux afin de s'inscrire dans cette dynamique de lutte entre les acteurs de la création. Pour ce faire, un bref rappel des grandes étapes du parcours de l'auteur dans l'histoire du droit d'auteur s'avère indispensable.

356. Avant le 18^e siècle, il n'y avait pas à proprement parler de structure corporative en France. En effet, jusqu'à l'apparition de l'imprimerie au 15^e siècle, la question des livres restera marginale ; on interprétait les ouvrages anciens comme la bible, l'histoire, la philosophie, la théologie..., les copies étaient manuscrites et effectuées le plus souvent par les moines. Avec le siècle de Gutenberg, la diffusion de l'écrit, par l'imprimerie, devient massive et la concurrence que se livrent les éditeurs (en même temps imprimeurs et éditeurs) est âpre tant pour la réalisation des ouvrages anciens que pour la publication des nouveaux ; les commerçants vont alors se trouver au premier plan, pas les auteurs⁶⁹⁵.

357. L'auteur apparaît avec le règlement du Conseil du 23 février 1723 portant code de la librairie. Les éditeurs et imprimeurs parisiens s'approchaient cependant du pouvoir des *Stationners* qui, seuls en Angleterre, avaient le monopole d'impression et de publication des livres achetés des auteurs. Le libraire achetait l'ouvrage nouveau et sollicitait, pour son propre compte, l'octroi du privilège. Mais si l'auteur est éminent, il n'est pas rare que le roi lui

⁶⁹⁵ P-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, préc, p 14.

accorde à titre personnel le privilège, qu'il concédera temporairement et contre rétribution à l'éditeur ; ce fut le cas de Ronsard à qui Charles IX octroya un privilège pour ses Odes, élégies. Ainsi, les privilèges littéraires étaient accordés tantôt aux auteurs tantôt aux éditeurs⁶⁹⁶.

358. En 1776, en France, le Ministre Turgot tenta de supprimer les jurandes dans un édit dont le préambule disposait : « nous devons protection à cette classe d'hommes qui, n'ayant de propre que leur travail et leur industrie, ont d'autant plus le besoin et le droit d'employer dans toute leur étendue les seules ressources qu'ils aient pour subsister. Nous avons vu avec peine les atteintes multipliées qu'ont données à ce droit naturel et commun des institutions ...puis le gouvernement s'accoutuma à se faire une ressource de finance des taxes imposées sur ces communautés et de la multiplication de leurs privilèges »⁶⁹⁷.

359. C'est à la suite de l'affaire qui a opposé les libraires parisiens à ceux des provinces que Le Chapelier, avocat parisien, a implicitement reconnu les droits des auteurs : le droit prend source non pas dans la grâce royale mais dans le droit naturel de propriété de l'auteur⁶⁹⁸. Avant cela, « quand les droits étaient reconnus sur des biens intellectuels, ils avaient l'acte étatique pour origine, et non pas l'acte individuel de création, et étaient bien souvent attribués à un autre que le créateur. »⁶⁹⁹

360. A la fin du 18^e siècle, le mouvement devient irrésistible : le Conseil du roi rend des arrêts au bénéfice des héritiers de Fontaine et de Fénelon. Louis XVI rendra en 1777 et 1778 des arrêts résumant la situation, à la veille de la Révolution : le privilège est un monopole temporaire, plus rarement perpétuel, octroyé aux auteurs et subsidiairement à leurs éditeurs, afin que chacun d'eux soit récompensé de son travail.

Pendant la nuit du 4 Août 1789, les révolutionnaires suppriment les privilèges en remettant en cause la situation des auteurs péniblement acquise. Dès lors, les droits des auteurs vont être défendus par les avocats, hauts fonctionnaires, écrivains...Tous s'accordent qu'il faut concéder à l'auteur le minimum car, comme le dit Beaumarchais, pour créer il faut préalablement dîner. Les décrets des 13 et 19 janvier 1791 leur reconnaît un monopole

⁶⁹⁶ P-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, préc, p 14.

⁶⁹⁷ E. Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préc., p 46.

⁶⁹⁸ Idem, p 53.

⁶⁹⁹ Ibidem.

d'exploitation sur la représentation de leurs œuvres durant leur vie et 10 ans après leur mort à leurs héritiers et cessionnaires. Les autres auteurs, peintres, musiciens... attendront plus tard pour obtenir leur monopole d'exploitation dans les mêmes conditions⁷⁰⁰.

361. Le premier progrès qui fit entrer les droits intellectuels dans leur histoire moderne fut l'expulsion de tout autre sujet de droit que le créateur. Les droits intellectuels ne devaient dorénavant exister qu'au profit du concepteur intellectuel, de celui qui était à l'origine du bien⁷⁰¹. Le premier phénomène fut donc l'identification, par leur génie ou leur inspiration, d'une nouvelle classe de sujets de droit. Ce transfert suivit les critères du génie, de l'effort, du travail, voire du risque, non plus dans l'exploitation du bien, comme dans la propriété éditoriale, mais dans sa création : la notion-clef, caractéristique du droit intellectuel moderne, devenait le mérite originel⁷⁰². Dans les textes français, l'auteur devient le titulaire originel du droit au lieu des éditeurs ; ceux-ci ne sont plus que les ayant-droits innommés compris dans le groupe des héritiers et cessionnaires⁷⁰³.

362. Les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957 ont voulu sans nul doute consacrer une place centrale à l'auteur au sein du compromis législatif mis en place. Cela revient à dire qu'ils étaient conscients de l'existence d'autres acteurs dans la chaîne de production culturelle entraînant parfois des intérêts antagonistes. Pour être plus explicite, il faut avouer que les intérêts des personnes qui se chargent de porter les œuvres de l'esprit à la connaissance du public sont certes très proches des intérêts des auteurs sans nécessairement être les mêmes. Historiquement, les auxiliaires de la création ont toujours eu tendance à dominer les auteurs du fait de la plus-value attachée à la communication de l'œuvre au public. Cette perspective n'a pas prévalu en droit d'auteur français quand bien même on assiste actuellement à une montée fulgurante des droits voisins reconnus depuis la loi de 1985 par rapport aux droits d'auteur proprement dits⁷⁰⁴. Ainsi, la preuve de la qualité d'auteur, clé de voûte de l'attribution des droits reconnus au prix d'une lutte menée à travers l'histoire, devrait-elle tenir compte du contexte évolutif du statut d'auteur afin de tirer les leçons qui s'imposent et adopter un dispositif adéquat.

⁷⁰⁰ P-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd, Coll. droit fondamental, Paris, PUF, 2012, p 16.

⁷⁰¹ E. Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préc., p 78.

⁷⁰² Idem, p 80.

⁷⁰³ Art 1^{er} du décret des 19 et 24 juillet 1793 § 97 : les auteurs des écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs, qui feront des tableaux ou dessins, jouiront, durant leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété, en tout ou partie ; art 2 : leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs.

⁷⁰⁴ V. Beaufort, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Paris, Vuibert, 2009, p 117-118.

363. Si à travers le temps, la qualité d'auteur a tout de même évolué de manière progressive, il y a lieu de noter que tel n'est pas le cas dans la dynamique actuelle de l'espace de création.

§2. Menace de la qualité d'auteur liée au cadre de création.

364. A la fois, droit de l'homme et droit économique, le droit d'auteur recherche chaque fois l'équilibre des intérêts des acteurs de la création. En effet, appelé à supplanter le droit brut d'appropriation matérielle, le droit qui régit l'intelligence économique et industrielle, notamment par la protection des logiciels, est indéniablement l'objet d'accaparement de tous.

365. On a déjà évoqué les difficultés liées à l'exercice du droit de paternité afin de faire jouer la présomption de paternité dans le cadre du salariat⁷⁰⁵. Il y a lieu de se demander si les employeurs ne vont pas chercher à peser à leur manière sur la preuve par la création de la qualité d'auteur des salariés. C'est pour cela que la considération du cadre de création dans lequel évolue l'auteur milite en faveur de l'adoption du formalisme appelé à faciliter la preuve de la qualité d'auteur tirée de la création de l'œuvre.

366. Alors que l'auteur était perçu initialement comme un sujet isolé pour recevoir son inspiration des démiurges afin de rendre compte en quelque sorte des idées contemplées à l'instar du philosophe dans l'allégorie de la caverne, actuellement, l'auteur peut créer dans un lien de subordination ou simplement être en collaboration avec d'autres. De nos jours, il est de plus en plus d'auteurs qui se placent dans le rapport de travail et en obtiennent une rémunération. Les auteurs amateurs cohabitent avec des auteurs professionnels. Il s'en suit une sorte de professionnalisation des métiers artistiques ou culturels où les auteurs, comme l'affirme Mme Le Cam, deviennent des professionnels⁷⁰⁶. Ainsi, en dépit des termes de la loi qui disposent que le contrat de travail n'emporte aucune dérogation au droit d'auteur, la preuve de la qualité d'auteur n'en souffre pas moins sur le plan pratique. La tendance

⁷⁰⁵ Voir n° 106-111.

⁷⁰⁶ S. Le Cam, L'auteur professionnel, entre le droit d'auteur et la sécurité sociale, Paris, IRPI, 2015, p 9.

jurisprudentielle constatée dans les affaires *Van Cleef vs Arpels*⁷⁰⁷ et *Lalique*⁷⁰⁸ en faveur de la négation de la qualité d'auteur aux contributeurs de l'œuvre collective au motif tiré de l'absence d'une réelle autonomie créatrice en est une illustration. Pour preuve, souvent, les travailleurs attendent d'être retraités ou d'être au chômage pour intenter des actions en réclamation des droits d'auteur, exception faite, bien entendu, de ceux qui sont dans les entreprises fortement syndicalisées⁷⁰⁹. En effet, pour réclamer les droits d'auteur auprès de l'employeur, le salarié doit prouver sa qualité d'auteur.

367. Par ailleurs, les intermédiaires techniques puissants comme les GAFA (*Google, Amazon, Facebook et Apple*) voient le jour et imposent parfois leurs conditions aux auteurs en contrepartie de la grande audience de leurs canaux de diffusion. En effet, la concentration verticale, qui fait que les entreprises peuvent à la fois proposer des matériels pour les utilisateurs et des produits numériques ou des services, pèse également sur les autres acteurs de la production culturelle. Les entreprises comme *Apple* et *Amazon* peuvent créer un monopole de fait sur les livres numériques adaptés à leurs appareils de lecture (*iTunes Store* pour l'*iPad* ou la librairie d'*Amazon* pour le *Kindle*) se retrouvent en position de contraindre techniquement les auteurs et les éditeurs à accepter leurs conditions. Cette situation s'observe certes sur le plan de l'exploitation des œuvres mais, elle illustre l'ascendance des exploitants techniques sur les auteurs et non pas l'inverse. Ce qui est très exactement la situation de monopole des fabricants sur la culture qui a été à l'origine de la première loi sur le droit d'auteur, le *Statute d'Anne* en Angleterre⁷¹⁰.

368. Il faut néanmoins noter l'évolution nécessaire du statut de l'auteur qui est, au regard des moyens techniques de diffusion directe des œuvres au public, dans un univers dominé par le numérique, payé à l'avance par les institutions publiques pour mener les travaux de recherche. De ce fait, il a le choix de déposer son œuvre en accès ouvert (*Open Access*)⁷¹¹. L'*Open Access* évoque la conception de l'auteur professionnel en ce qu'elle est liée à la rémunération préalable de ce dernier. Bien plus, tout en visant le partage des connaissances, l'*Open Access* facilite la preuve de l'auteur de l'œuvre ainsi diffusée en

⁷⁰⁷ Ça, pôle 5, 2^e ch., 14 septembre 2012, propr. Intell. 2012, p 400, obs. A. Lucas ; RTD com. 2012, p 764, obs. F. Pollaud-Dulian

⁷⁰⁸ Ça, pôle 5, 2^e ch., 22 mars 2013, propr. Intell. 2013, p 288, obs. A. Lucas.

⁷⁰⁹ C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, 4^e édition, préc., p 172.

⁷¹⁰ M. Dulong de Rosnay et H. Le Crosnier, Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation, préc., p 23.

⁷¹¹ C. Bernault, Open Access et droit d'auteur, Bruxelles, Larcier, 2016, p 197.

intégralité ou par métadonnées par le truchement de la base de données des œuvres publiées dans les institutions universitaires, par exemple. De ce point de vue, il contribue effectivement au renforcement du droit d'auteur. Car, il ne faut pas perdre de vue que l'auteur est un être de chair et par définition périssable et que l'exploitation d'une œuvre de l'esprit ne tient pas compte des frontières des Etats.

369. Sur le même registre de l'évolution du statut de l'auteur dans le cadre de la création des œuvres, il sied d'indiquer qu'il existe actuellement des œuvres qualifiées de collaboratives qui sont le fruit des diverses contributions libres sur un thème ou sujet initié par un auteur, sans qu'il n'ait ni concertation ni intimité spirituelle avec les autres participants. Ces œuvres ne sont ni les œuvres de collaboration ni à proprement parler des œuvres collectives faute de direction ou de coordination de l'initiateur. Le statut des auteurs de telles œuvres mérite d'être précisé afin d'éviter les conflits de paternité. Les actes de création sont certes à même de prouver la qualité d'auteur mais, une formalité accomplie auprès d'une structure impartiale donnant acte de la déclaration de création n'est pas superfétatoire.

370. Au sujet de la dilution de la notion d'auteur, Mme Bouchet-Le-Mappian affirme ce qui suit : « De même que la reconnaissance de l'auteur en droit correspondait à l'évolution des pratiques de l'écriture, les techniques actuelles de production culturelle de masse et les structures impersonnelles de l'industrie culturelle inspirent aujourd'hui une réticence nouvelle envers le dogme de l'auteur.⁷¹² » Toutefois, il faut reconnaître avec Bourdieu que l'œuvre de l'esprit ne peut témoigner uniquement la mise en forme imposée par la nécessité sociale sans rendre compte de son existence en tant qu'art, c'est-à-dire signe intentionnel, symptôme de quelque chose d'autre ou l'extrait de l'essence sublimée de l'universel⁷¹³.

La preuve de la qualité d'auteur doit pouvoir survivre au-delà de son décès de la même manière que la protection accordée à ses droits sur sa création. Il est certes vrai qu'on peut évoquer l'existence des héritiers ou des ayants droits légaux capables de restituer le souvenir de la création mais, cette hypothèse ne peut pas se généraliser en ce qu'il est des cas où tout cela peut parfois faire défaut.

⁷¹² E. Bouchet-Le-Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préc, p 81.

⁷¹³ P. Bourdieu, *Les règles de l'art, Genèse et structure du champ littéraire*, Paris, Seuil, 1998, p 16.

371. Dans cette position plus ou moins fragile de l'auteur faite tantôt de subordination, tantôt de contrainte ou de dilution de l'auteur dans la masse indéfinie des contributeurs, quelques précautions d'ordre pratique méritent d'être prises pour la protection efficace de l'auteur appelé à prouver sa qualité par la création, acte du reste strictement personnel. D'où l'idée de la déclaration de création dont il convient de préciser le contenu et les contours par rapport justement à l'acte de création et au principe de protection sans formalité qui régit le droit d'auteur.

Section II. Portée de la déclaration de création.

372. Avant de préciser la valeur juridique et la portée probatoire de la déclaration de création (§2), il sied de retracer le contexte historique de l'interdiction des formalités en droit d'auteur (§1). Cette mise au point permettra de mieux cerner la question et de comprendre en fin de compte les contours et la pertinence du formalisme probatoire que constitue la déclaration de création.

§1. De la protection sans formalité à la déclaration de création.

373. D'après M. Lagarde, le formalisme est « tout comportement extérieur imposé à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique et sans lequel cette manifestation de volonté ne peut se voir attribuer une pleine efficacité »⁷¹⁴. Le petit Robert va dans le même sens lorsqu'il définit le formalisme comme étant le principe par lequel la validité des actes est strictement subordonnée à l'observation de formes, de formalités⁷¹⁵. Le droit français n'a pas fait le choix en faveur des formalités constitutives des droits d'auteur⁷¹⁶. Ce formalisme est donc interdit en droit d'auteur français compte tenu du fait que les droits d'auteur naissent naturellement de l'acte de la création et non pas d'une quelconque formalité ou d'un acte étatique quel qu'il soit.

⁷¹⁴ M. Vivant et J-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, 1^{re} édition, préc, p 479.

⁷¹⁵ Le petit Robert, nouvelle édition, Le Robert, 2012, p 1076.

⁷¹⁶ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, 2^{ème} édition, préc., p 169, n° 184 ; art L 111-1 CPI ; art 5.2 de la convention de Berne du 9 septembre 1886 telle que révisée en 1908 : « la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité (...) ».

Il suit donc qu'il ne faut pas confondre les formalités constitutives des droits d'auteurs, lesquelles sont prosrites en droit d'auteur français, avec d'autres actes formels qu'on pourrait poser et qui n'ont rien à voir avec la preuve de l'existence des droits d'auteur, mieux, leur protection. Ces derniers ne sont pas interdits. Cela revient à dire qu'il faut faire la part des choses entre la preuve de l'existence d'un droit et la preuve formelle de la qualité d'auteur de laquelle découle ledit droit de la même manière qu'on distingue la qualité d'auteur avec la titularité des droits. Cela veut dire que si la preuve de l'existence du droit d'auteur n'est soumise à aucune formalité, le moyen de preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création de l'œuvre peut quant à lui être formel. Ainsi, la personne qui a créé une œuvre et qui veut intervenir en tant qu'auteur dans le commerce juridique peut se voir imposer un certain formalisme à titre purement probatoire. Mais, puisque l'efficacité juridique de la preuve de la qualité d'auteur procède de la création et non pas d'un comportement extérieur quelconque qu'on lui imposerait, on parlera alors en termes de déclaration de création dont l'acte constituera un titre administratif, probatoire et formel renvoyant continuellement à l'acte de création lui-même. C'est le sens qu'il convient de donner dans ce contexte à l'expression « formalisme probatoire ». Il s'agit de la formalisation de la preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création de l'œuvre.

374. En résumé, la protection des droits d'auteur ou leur existence n'est pas subordonnée à une formalité quelconque. Seul l'acte de création est requis pour ce faire. De cet acte naissent les droits d'auteur qui se rattachent à la qualité d'auteur. Cette qualité qui découle de l'acte de création peut se prouver par un acte formel qui n'engendre pas en soi des droits.

375. Il serait intéressant de savoir pourquoi le droit d'auteur français est arrivé à l'interdiction des formalités avant de démontrer qu'un acte formel est nécessaire pour faciliter la preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création. En effet, il conviendra de distinguer le formalisme prosrit du formalisme admis par le droit d'auteur afin de comprendre et de soutenir que la protection du droit d'auteur qui trouve son origine dans la création n'implique pas l'accomplissement de formalités tandis que la preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création peut obéir à un quelconque formalisme. Avant d'en arriver là, il sied de retracer l'historique du formalisme en droit d'auteur.

376. A l'époque des privilèges et de la propriété éditoriale des œuvres littéraires et artistiques, le dépôt de l'œuvre était le moyen de contrôle voire de censure du Roi sur les œuvres devant circuler sur le territoire national. Ce dépôt était effectué en vue de l'octroi ou non d'un privilège ou du monopole d'édition. Les éditeurs étaient étroitement contrôlés par l'autorité royale, municipale ou encore universitaire par ce qu'il ne fallait pas laisser paraître n'importe quoi sous Louis XII ou sous François Ier ; il faut obtenir la permission. Ces permissions vont vite revêtir une autre forme, celle de privilège ; le premier monopole d'exploitation fait son apparition⁷¹⁷. Autrement dit, aucun droit légal d'édition ne pouvait exister sans l'intervention de l'Etat. Comme on l'a dit, les droits sur les biens intellectuels avaient pour origine, à cette époque, l'acte étatique et non pas l'acte individuel de création. Ainsi, la formalité de dépôt était capitale pour l'existence des droits d'auteur. Mais dès l'instant où l'acte de création de l'œuvre avait été reconnu comme l'unique fait générateur des droits d'auteur⁷¹⁸, l'auteur avait été considéré comme le seul sujet légitime de droit⁷¹⁹ et les formalités, tendant à obtenir l'octroi des droits d'auteur d'une tierce personne, ont simplement été jugées sans objet. Et pour éviter de retourner un jour dans ce régime quelque peu rétrograde pour l'auteur qui a reçu ses lettres de noblesse, les formalités ont été interdites.

377. La loi française de 1793 reconnut un droit d'auteur sans formalités. Seul l'exercice du droit était restreint par l'exigence du dépôt légal puisqu'à défaut de celui-ci, l'auteur était irrecevable à agir en contrefaçon⁷²⁰. C'est la loi de 1925 sur le dépôt légal qui a abrogé cette disposition que MM. Vivant et Bruguière qualifient d'absurde⁷²¹. La loi du 11 mars 1957 sur le droit d'auteur va dans le même sens⁷²² lorsqu'elle dispose : « l'œuvre est réputée créée indépendamment de toute divulgation publique du seul fait de la réalisation, même inachevée,

⁷¹⁷ P-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 4^e édition, préc., p 14.

⁷¹⁸ M. Boutet, *considérations générales*, RIDA, numéro spécial, XIX avril 1958, p 21 : « la création est la seule donnée génératrice des droits ».

⁷¹⁹ M. Boutet, *considérations générales*, préc., p 13-15 : « la doctrine française avait dès l'origine à choisir entre deux tendances intellectuelles : l'une qui attribuait la prééminence à la personne de l'auteur et l'autre qui envisageait avant tout la destination de l'œuvre, c'est-à-dire sa communication au public. Nés pendant la révolution qui proclama l'éminente dignité de la personne humaine, les textes de 1791 et 1793 ne pouvaient manquer de donner le pas au créateur. C'est la création, manifestation intellectuelle de la personnalité, qui investit l'auteur d'un ensemble de droits, sans que soit pour autant lésé l'intérêt du public. »

⁷²⁰ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, 2^{ème} édition, préc., p 169, n° 185.

⁷²¹ M. Vivant et J-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, 1^{re} édition, préc., p 159.

⁷²² M. Boutet, *considérations générales*, RIDA, numéro spécial, XIX avril 1958, p 17 : « la législation de 1957 réalise la synthèse des droits de l'auteur et des intérêts du public, dans la prééminence du créateur ».

de la conception de l'auteur »⁷²³. Ce droit, renchérissement les auteurs, n'a pas été remis en cause avec l'introduction du logiciel en droit d'auteur en 1985⁷²⁴. Et, en droit positif français, une œuvre est protégée dès lors que l'on est en présence d'une forme originale sans qu'il ait lieu d'accomplir des démarches administratives ou un dépôt. Le dépôt ne participe en aucune manière de la définition de l'œuvre. *Non jus deficit probatio*. La doctrine ajoute même que ce n'est pas le droit qui est défaillant mais la preuve⁷²⁵. Seule subsiste la pratique du dépôt légal en vertu de la loi du 20 juin 1992, mais sans la moindre incidence sur le droit d'auteur.

Il est à préciser que cette loi du 20 juin 1992 et le décret du 31 décembre 1993 imposent une procédure de dépôt légal pour les ouvrages ou documents imprimés, graphiques ou photographiques y compris des supports informatiques à des fins de conservation du patrimoine culturel⁷²⁶ et que la sanction de cette obligation de dépôt ne consiste jamais en la privation du droit d'auteur. Le dépôt légal prévu par le code du patrimoine vise la conservation du patrimoine culturel.

378. Par ailleurs, on peut déduire de la pratique de dépôt légal qui a existé dans l'histoire du droit d'auteur français (avant 1925) qu'elle était prévue non seulement aux fins de l'information du public mais aussi pour des raisons d'effectivité du droit d'auteur puisqu'à défaut de l'accomplir l'auteur n'était pas reçu devant les tribunaux. De la même manière, le copyright américain, par exemple, a prévu les formalités non pas seulement pour des buts d'information du public mais aussi et surtout pour la protection du droit même⁷²⁷. En effet, le

⁷²³ Art L 111-2 CPI ; voir aussi, Exposé des motifs, Travaux préparatoires de la loi 1957-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, Assemblée Nationale, 2^e législature, session de 1954, Annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 1954, IRPI, 10 juin 2016, P 4 : « l'article 7 (l'œuvre est réputée créée indépendamment de toute divulgation publique...) traduit, en cette matière, la conception française traditionnelle. Il n'y a pas, en effet, chez nous, de formalité comme il en existe par exemple aux Etats-Unis d'Amérique (copyright), qui donne une naissance légale à l'ouvrage. ».

⁷²⁴ M. Vivant et J-M. Bruguière, Droit d'auteur, 1^{re} édition, préc, p 158-159.

⁷²⁵ M. Vivant et JM Bruguière, Droit d'auteur, 1^{re} édition, préc, p 159.

⁷²⁶ Art L. 132-2 du code du patrimoine.

⁷²⁷ A. Serrero, Protection des œuvres littéraires et artistiques des étrangers aux USA : les formalités, Thèse, Paris, LGDJ, 1953, p 8 : Si l'auteur désire publier son œuvre, il devra y apposer une mention de réserve (copyright notice), dont la raison d'être sera d'informer le public que la protection statutaire est réclamée pour cet ouvrage, pendant une durée légale, qui sera comptée à partir de la date de publication indiquée, et au bénéfice du propriétaire de l'œuvre, dont le nom devra également figurer. Ces formalités d'acquisition du droit d'auteur seront suivies par des formalités de dépôt et d'enregistrement, et, le cas échéant, par des formalités de renouvellement et de cession du droit d'auteur, en raison du souci de donner au public un lieu, la bibliothèque du congrès, où il puisse trouver à sa portée tous les documents littéraires et artistiques, et un

Statute d'Anne d'Angleterre de 1710, qui est à la base de la législation anglo-américaine sur le droit d'auteur, subordonnait la protection des œuvres publiées à l'accomplissement des formalités qui consistaient dans l'inscription du titre du livre dans le registre de la compagnie des *Stationners* (papetiers) et dans la remise de neufs exemplaires à diverses bibliothèques⁷²⁸.

379. En Angleterre, la distinction entre les œuvres publiées et les œuvres non publiées a théoriquement perdu toute valeur depuis la loi de 1911 qui a étendu la protection du droit d'auteur à toutes les œuvres publiées ou non⁷²⁹. Aux Etats-Unis d'Amérique, sous l'empire de la loi fédérale de 1790, les œuvres non publiées des auteurs étrangers étaient soumises au droit coutumier d'auteur. Cette protection était assurée sans formalité et du seul fait de la création de l'œuvre. La protection statutaire ou légale était assurée moyennant accomplissement des formalités d'inscription du titre de l'œuvre et le dépôt de deux exemplaires à la bibliothèque du congrès au plus tard le jour de la publication et ce, sous la loi internationale sur le droit d'auteur de 1891. Ce qui est tout à fait logique dans le système du copyright. Mais, à la faveur de la réforme de 1909, la protection statutaire sera également étendue aux œuvres non publiées, jadis objet du droit coutumier, moyennant accomplissement des formalités de dépôt de l'œuvre suivi de la demande de protection et de l'acquittement d'une taxe⁷³⁰.

380. Pour se mettre en conformité avec le principe de la protection sans formalité consacré par la convention de Berne⁷³¹, les Etats-Unis d'Amérique ont atténué la portée de leur système de formalité, sans pour autant le supprimer entièrement : l'enregistrement de l'œuvre au copyright office et le dépôt d'exemplaires ne sont plus une condition d'acquisition du copyright mais continuent à conditionner l'action en contrefaçon, sauf si l'œuvre a pour origine, un autre pays que les Etats-Unis d'Amérique. Mais, quelle que soit l'origine de l'œuvre, l'enregistrement présente des avantages en termes d'indemnisation, qui sont autant d'incitations à utiliser cette faculté, même si l'œuvre a une origine étrangère ; la mention du copyright sur les exemplaires est devenue facultative pour la conservation du droit mais elle

bureau, le copyright office auquel il puisse demander, lorsqu'il désire utiliser, traduire ou adapter une œuvre, qui est l'actuel titulaire du droit d'auteur et si elle se trouve toujours protégée ».

⁷²⁸ E. Bouchet-Le-Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préc, p 12.

⁷²⁹ Ibidem.

⁷³⁰ E. Bouchet-Le-Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préc, p 13.

⁷³¹ Art 5-2 de la convention de Berne.

joue encore un rôle dans l'action en contrefaçon⁷³². A la différence du droit d'auteur français qui reconnaît la protection aux œuvres du seul fait de leur création, la protection des œuvres dans le copyright est demandée.

381. Toutefois, l'intérêt du dépôt se situe au niveau de la preuve ; l'auteur ayant souvent un intérêt à se ménager des éléments de preuve en cas d'un éventuel litige. Il en est de même des autres dépôts effectués auprès des différents organismes de gestion collective des droits d'auteur. MM. Lucas et Mme Lucas-Schloetter reconnaissent que dans la pratique, les créateurs de logiciels, et plus généralement les auteurs d'œuvres de l'esprit protégées, recourent volontiers au dépôt à des fins probatoires⁷³³. Ils déterminent eux-mêmes les modalités d'usage. Cela a lieu, le plus souvent, auprès des organismes de gestion collective des droits⁷³⁴. Le dépôt des œuvres auprès des sociétés d'auteur vise à prouver l'antériorité d'une œuvre par rapport à une autre. Il ne faut pas oublier toutefois que le dépôt peut néanmoins servir d'indice pour déterminer le moment de la publication de certaines œuvres, comme les œuvres anonymes, pseudonymes ou collectives⁷³⁵. Cependant, rien n'interdit d'établir celui-ci par d'autres moyens que cette antériorité est plus ancienne encore⁷³⁶. Il y a aussi à prendre en compte, le dépôt organisé pour les dessins et modèles⁷³⁷. Le système d'enveloppe Soleau aussi rend, dans ce sens, comme on le verra⁷³⁸, des services très appréciables aux créateurs⁷³⁹. Et, on peut signaler pour information que le registre de la cinématographie, pour ce qui concerne les contrats audiovisuels, a été mis en place pour des buts de publicité de ceux-ci⁷⁴⁰.

⁷³² J. Kernochan et J. Ginsburg, Cent deux ans plus tard : les Usa adhèrent à la Convention de Berne, RIDA, juillet 1989, p 57.

⁷³³ Art 1^{er} des statuts de la société des gens de lettres : l'association a pour but, point 5 « de recevoir tout manuscrit, sur quelque support que ce soit, de romans, poèmes, nouvelles, scénarios et autres travaux de l'esprit, aux fins de dépôt pour conférer au déposant une antériorité ».

⁷³⁴ A. Lucas, H-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4^e édition, préc, p 60, n° 43.

⁷³⁵ Art L. 123-4 al 1^{er} CPI dispose : pour les œuvres pseudonymes ou anonymes, ou collectives, la durée du droit exclusif est de 70 années à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle où l'œuvre a été publiée. La date de publication est déterminée par tout mode de preuve de droit commun, et notamment par le dépôt légal ; le dépôt prouve en quelque sorte l'antériorité de la propriété face au second auteur ou contractant indélicat.

⁷³⁶ CA Paris, 28 septembre 1988, cah, dr, auteur, nov. 1988, p 32 ; E. Bouchet-Le-Mappian, Propriété intellectuelle et droit de propriété, préc, p 159.

⁷³⁷ Art L 511-1 et s CPI.

⁷³⁸ Voir n° 397.

⁷³⁹ CA Paris, 1^{re} ch., 21 mai 2002 : CCE 2002, comm. 124, note C. Caron.

⁷⁴⁰ Art L. 111-2 al. 4 et L. 121-1 et du code du cinéma et de l'image animée : « les registres du cinéma et de l'audiovisuel sont destinés à assurer la publicité des actes, conventions et jugements intervenus à l'occasion de

De ce qui précède, il y a lieu de retenir que la pratique de dépôt des œuvres est courante malgré sa récusation par le droit d'auteur français. En effet, la preuve de l'existence d'un droit ne pose généralement aucune difficulté réelle lorsqu'il s'agit d'un droit de propriété industrielle, puisque celui-ci a nécessité un dépôt officiel et se matérialise par un document administratif. Il en va autrement du droit d'auteur, puisqu'il naît sans formalités particulières et que le créateur est parfois seul capable d'attester de sa paternité et de la date de sa création.

382. Du reste, cette règle selon laquelle la protection du droit d'auteur est accordée du seul fait de la création et son corollaire, à savoir, l'interdiction des formalités, font actuellement l'objet de critique dans la doctrine. Elle estime en effet que ces règles ne facilitent pas l'exploitation des créations en contribuant à l'apparition des œuvres dites orphelines du fait justement de la difficulté d'identification des auteurs⁷⁴¹. Et, en pratique, note M. Sirinelli, l'accomplissement de formalités ou d'un dépôt est utile pour se pré-constituer la preuve de l'antériorité de la création. Celle-ci jouera un rôle important lors d'un procès en contrefaçon où on se pose souvent la question suivante : qui a copié qui ?⁷⁴².

383. A cet égard, il existe traditionnellement deux types d'intervenants : d'une part (dans le cas français), les officiers ministériels (notaire, huissiers), qui ont notamment pour mission d'authentifier des actes ou des situations ; d'autre part, certains organismes (sociétés civiles ou associations) regroupant des auteurs en vue de la protection ou de l'exploitation collective de leurs droits et qui offrent la possibilité à leurs adhérents de prendre leurs œuvres en dépôt⁷⁴³. Aussi, selon M. Warusfel, importe-t-il, et tout particulièrement, lorsqu'une diffusion sur l'internet est envisagée, de prendre la précaution d'effectuer, de sa propre initiative et dans un simple but probatoire, le dépôt d'un exemplaire de la création (texte, son, logiciel, fichier...) auprès d'un tiers que sa profession ou son activité met à même de témoigner impartialement en cas de litige sur la paternité ou sur l'antériorité de cette création⁷⁴⁴. Commencent ainsi à apparaître sur l'internet des services de séquestre en ligne de

la production, de la distribution, de la représentation et de l'exploitation en France des œuvres cinématographiques et audiovisuelles. »

⁷⁴¹ C. Bernault, Accès à la connaissance et droit d'auteur, in mélanges à l'honneur du professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014, p 65.

⁷⁴² P. Sirinelli, Propriété littéraire et artistique, 2^e édition, Paris, éd Dalloz, 2004, p 11-12.

⁷⁴³ B. Warusfel, La propriété intellectuelle et l'internet, préc., p 24.

⁷⁴⁴ B. Warusfel, La propriété intellectuelle et l'internet, préc., p 23-24 ; dans le sens favorable au retour des formalités en droit d'auteur dans le cyberspace ; S Van Gompel, Formalities in the digital area : an obstacle or opportunity ? in Global Copyright, Three hundred years since Statute of Ann from 1709 to cybespace, L. Bently, U Suthersanen & P Torremans, Edward Elgar, 2010, p 395-424.

créations numérisées. Ils proposent de transmettre en ligne le fichier d'une œuvre afin que le site l'archive et qu'il retourne au déposant un certificat électronique attestant le dépôt. Il peut se substituer au dépôt physique auprès des organismes traditionnels précités, qui commencent eux-mêmes à proposer de tels services.

384. Il se dégage de ce qui précède l'idée pour l'auteur de laisser une trace, une mémoire de sa création. L'expression « dépôt de l'œuvre » ne paraît pas attrayante au regard de la démarcation nécessaire qu'il faut faire entre l'œuvre et son support. En revanche, les nouveaux services en ligne assurent une fonction probatoire, sans créer, en aucune façon, de nouveaux types de droits mais, leur fiabilité doit être évaluée avec précaution⁷⁴⁵. Car, toute création peut emprunter, volontairement ou non, à une œuvre ou à un droit antérieur. C'est la raison pour laquelle celui qui envisage de diffuser sur l'internet un contenu doit s'assurer autant que possible qu'il n'existe aucune œuvre ou droit antérieur qui pourrait faire de lui un contrefacteur (et ce, même de bonne foi). Les moyens pour s'en assurer varient là aussi.

385. Outre le séquestre en ligne des créations qui renvoie à l'idée du dépôt, il existe, pour les droits de propriété industrielle, des registres qui sont généralement nationaux et d'un usage complexe. Ils sont le plus souvent informatisés et accessibles sous la forme de bases des données en ligne et les conseils en propriété industrielle effectuent et interprètent de telles recherches en matière de brevets, de marques ou des dessins et modèles. S'agissant des contenus relevant du droit d'auteur, la situation est plus délicate, puisqu'à l'exception du registre du cinéma, il n'existe pas de registre des œuvres en général et parce qu'il est de plus en plus aisé avec les moyens modernes de création (notamment les outils multimédias) de réaliser des créations composites à partir d'éléments de toutes origines. De par la numérisation et plus encore du fait de l'internet, qui permet au créateur internaute de collecter de nombreux éléments numériques (dont il ignore souvent la provenance), le risque existe qu'un contenu web ou multimédia réalisé par un créateur puisse reprendre un élément déjà protégé antérieurement (une photo illustrant la page web, un logo, un fond d'écran particulier, un module logiciel exécutable, ou encore quelques notes de musique)⁷⁴⁶. Aussi, la question de la preuve de la qualité d'auteur s'avère-t-elle assez délicate dans le cyberspace en dépit des idées originales de séquestre des œuvres compte tenu du fait qu'il n'y a pas de bases de données des œuvres pour faciliter l'identification des auteurs.

⁷⁴⁵ B. Warusfel, *La propriété intellectuelle et l'internet*, préc., p 24.

⁷⁴⁶ *Idem*, p 25.

386. Dans l'attente de futures bases de données d'œuvres numériques auxquelles réfléchissent justement les associations d'auteurs, il convient donc que le créateur qui se propose de procéder à un séquestre en ligne exerce son discernement pour identifier tous les éléments qu'il intègre et leur provenance afin de se renseigner sur leur possible réutilisation, en obtenant, à la limite, par exemple, une autorisation particulière du créateur originaire, ou en retrouvant une mention de celui-ci indiquant qu'il ne revendique aucun droit ou laisse toute liberté de réutilisation. Dans tous les cas où il aura un doute, il faut qu'il s'abstienne de diffuser ladite création ou qu'il en retire tout élément suspect, pour éviter le risque d'être considéré comme contrefacteur et poursuivi à ce titre⁷⁴⁷. Il faut justement faire en sorte que le doute n'existe pas ou à tout le moins qu'il ne soit pas sérieux afin de permettre une exploitation paisible des œuvres ou encore des emprunts responsables des éléments protégés.

387. Par ailleurs, on peut également évoquer le dispositif interdisant la diffusion et la reproduction non autorisée des œuvres protégées appartenant à autrui, à savoir, les mesures techniques de protection pour limiter l'accès aux œuvres protégées. Ces mesures techniques supposent qu'on ait la preuve de la qualité d'auteur en vue de leur légalité ; car, ne peut interdire la diffusion ou la reproduction d'une œuvre que celui qui en a le droit notamment le créateur lui-même. C'est ainsi qu'à côté de mesures techniques de protection se trouvent les mesures techniques d'information et d'identification relatives notamment à la qualité d'auteur des œuvres numérisées⁷⁴⁸. Est-ce pour autant que ces mesures tiennent lieu de preuves irréfutables de la qualité d'auteur dans le cyberspace ? On dirait, *a priori*, non. Ce n'est pas parce qu'on applique les mesures techniques de sécurité sur une œuvre qui est sur la toile qu'on en devient *ipso facto* l'auteur. Mais, tout de même, il faut reconnaître qu'elles contribuent à donner une orientation pour l'identification de l'auteur. En effet, lorsqu'on n'arrive pas à accéder à un contenu protégé sur le web et que celui-ci comporte une information identitaire, on est porté à prendre contact avec l'intéressé. Pour en avoir une idée claire, quelques questions se posent : de quoi se composent ces moyens techniques ? Quels sont leur intérêt et surtout leur efficacité sur le plan probatoire ?

⁷⁴⁷ Ibidem.

⁷⁴⁸ Art. 331-5 et 331-11 CPI.

388. Le droit d'auteur de certains pays étant limité sur cette question précise de la cybercriminalité, on a fait appel à des nouveaux instruments internationaux et régionaux pour faire face à cette nouvelle problématique de la contrefaçon dans le cyberspace⁷⁴⁹. En effet, le traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur interdit le contournement ou la neutralisation des mesures techniques d'information et de protection des œuvres⁷⁵⁰. La violation des droits en vigueur pouvant être effectuée depuis n'importe quelle région du monde, une volonté d'uniformisation des systèmes juridiques a été développée par l'ensemble des Etats afin de pallier le vide juridique existant⁷⁵¹. La directive européenne 2001/ 29/CE du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information transposée en droit français par la loi DADVSI du 1^{re} août 2006 sur l'harmonisation de certains aspects de droits d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information en est un exemple. A l'évidence, le recours croissant aux moyens de sécurité et de traçabilité paraît une des tendances fortes de l'évolution des pratiques de propriété intellectuelle dans les prochaines années sans pour autant vider la problématique de la preuve de la qualité d'auteur en ligne. Mais ces nouveaux instruments relativement efficaces auront sans doute une influence profonde sur l'équilibre des droits intellectuels dans le nouveau cadre de l'économie numérique.

389. Pour l'essentiel, revenant au questionnement soulevé plus haut, ces moyens de sécurité reposent actuellement sur deux types de technologies : les technologies de cryptographie et les technologies de marquage électronique. La cryptographie ou science des codes secrets permet de rendre inintelligible et infalsifiable un élément numérique et de réserver aux personnes qui possèdent un élément numérique secret (une clé) l'accès à ce qui a été chiffré. Le marquage électronique des contenus numériques est un volet complémentaire de technologies de sécurité. L'objectif n'est pas de marquer le contenu d'une information, mais plutôt de l'accompagner par un élément permettant d'identifier de manière fiable et

⁷⁴⁹P. Tafforeau, La musique en ligne et les droits voisins : essai de bilan, une décennie après l'entrée en vigueur de la directive DADVSI du 22 mai 2001, préc, p 9-11 ; pour l'approche du copyright américain, voir J. Ginsburg, Droits exclusifs, exceptions et respect incertain des normes internationales, chroniques des USA, (traduction française de Margaret Platt-Hommel), in RIDA, n° 241, juillet 2014, p 166 : « Le législateur américain a fait relever, d'une part, du droit de représentation ou d'exécution publique, l'offre et la communication de flux numériques, d'autre part, des droits de reproduction et de distribution, les téléchargements. ».

⁷⁵⁰ Art 11 du traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur : « les parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi » .

⁷⁵¹ C. Viguie, La démocratisation des imprimantes 3D et le droit d'auteur, RIDA, octobre 2014, n° 242, p 55.

irréversible certaines de ses propriétés (par exemple l'origine de cette information, les conditions de sa diffusion et de son utilisation). Ce procédé de chiffrement, non de l'ensemble du document à sécuriser, mais de la seule étiquette électronique qui l'accompagne, est communément appelé 'signature numérique'. D'autres moyens qui peuvent d'ailleurs se combiner avec les techniques de signature numérique, sont utilisés pour marquer (on dit aussi tatouer) électroniquement les contenus. Il peut s'agir notamment d'introduire dans la structure même du code informatique du document des éléments d'information, de manière à les rendre impossibles à isoler et à extraire du document, voire invisibles pour les tiers non avertis. On ne parle plus alors de la cryptographie mais de *stéganographie*, la science de ce qui est invisible. Plusieurs techniques sont aujourd'hui disponibles, dont celles de *Watermarking* qui permettent, en matière d'image numérisée (fixe ou animée), d'insérer dans l'image, au niveau de pixels qui définissent les points constituant l'image, des transformations dont les effets sont indétectables à l'œil nu.

Il peut être très utile d'associer au contenu diffusé, grâce aux techniques de marquage évoquées, un élément indélébile permettant de connaître son origine, l'identité des détenteurs des droits et, le cas échéant, les conditions auxquelles il peut être consulté et reproduit. Une telle pratique permet alors d'informer efficacement l'internaute, qui ne peut plus ignorer la limite de ses droits, mais aussi, en cas de rediffusion illicite, d'établir rapidement l'origine du contenu reproduit.

390. Ce type d'information électronique sur les droits intellectuels a d'ores et déjà reçu sa consécration juridique puisque le traité sur le droit d'auteur signé à l'OMPI, en décembre 1996, impose à tous les états signataires de sanctionner le fait, par tout utilisateur, de « supprimer ou modifier, sans y être habilité, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique. » M. Warusfel⁷⁵² estime que si l'on ajoute au tatouage et à l'authentification des contenus diffusés un mécanisme d'authentification des utilisateurs (en leur imposant pour accéder à certains contenus de produire un certificat électronique établissant leur identité, ou leur coordonnées bancaires), il est alors techniquement possible de concevoir des systèmes très efficace de protection et de surveillance des droits intellectuels sur les réseaux numériques. Les auteurs identifiés et les détenteurs des droits en général seront alors en mesure de connaître l'identité électronique et la localisation de tous ceux qui consultent ou reproduisent leurs contenus et d'organiser éventuellement un système de

⁷⁵² B. Warusfel, La propriété intellectuelle et l'internet, préc, p 79-84

paiement à l'acte, puisque les pages visualisées ou copiées seront identifiées, et que l'on pourra même débiter automatiquement le compte bancaire de l'internaute considéré ou son porte-monnaie électronique. En conséquence, les auteurs peuvent effectuer en toute quiétude leur dépôt en ligne aussi bien à titre probatoire de leur qualité qu'en vue de l'exploitation normale des œuvres. Cependant, les auteurs dont question sont ceux dont les identités sont tatouées sur les œuvres et non pas prouvées en tant que tels.

391. Grâce à ces mesures techniques de sécurité des œuvres sur internet, les diffuseurs de contenus et les industriels commercialisant les matériels et les logiciels de communication peuvent se mettre d'accord et prévoir que certains contenus ne puissent pas être reproduits et rediffusés, ou seulement en nombre limité d'exemplaires. Cela est arrivé sur des marchés particuliers, comme celui des cassettes numériques ou des DVD, des producteurs de lecteurs ont intégré des logiciels de restriction de copie capable de détecter le marquage d'une œuvre et d'en restreindre automatiquement la reproduction au-delà d'un certain nombre de copies, ou encore de dégrader progressivement la qualité technique des copies successives.

Une fois de plus, les nouvelles législations en cours d'adoption vont protéger de tels dispositifs, puisque le même traité de l'OMPI de 1996 impose de sanctionner les actes de 'neutralisation' des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs (...) et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés. Malgré toutes ces jonctions, la question de la preuve de la qualité des auteurs qui ordonnent l'application des mesures techniques demeure entière.

Les fournisseurs de contenus et les industriels de la sécurité de l'information travaillent jusqu'à intégrer tous ces moyens de suivi et de gestion électronique des droits intellectuels dans de véritables systèmes intégrés, appelés en anglais ECMS, *Electronic Copyright Management Systems* ou encore DRM, *Digital Rights Management*. Car, la limite au développement à grande échelle de ces dispositifs de protection électronique des droits intellectuels réside dans la nécessité de les normaliser au niveau international, afin qu'ils soient mis en œuvre et reconnus à tous les niveaux de la chaîne de traitement et de diffusion de l'information : création des contenus, mise en ligne, diffusion et consultation, système de paiement électronique, de contrôle d'accès... Mais, comme souligné *supra*⁷⁵³, l'efficacité d'un tel dispositif technique susceptible de contribuer à la sécurité juridique des acteurs de la

⁷⁵³ Voir n° 387.

création tient à l'identification rigoureuse du créateur de l'œuvre afin d'éviter une certaine anarchie consistant pour n'importe qui à bloquer l'utilisation d'un contenu prétendument protégés parfois même au détriment des ayant droits.

392. Il est certes vrai que la préoccupation principale des sociétés d'auteurs tourne autour des utilisateurs des œuvres protégées sur internet en vue du paiement de droits d'auteurs mais, il faut reconnaître que celle-ci est inséparable de la nécessité d'identifier l'auteur en tant que membre de ces organismes et bénéficiaire des redevances collectées et réparties.

Dans l'environnement numérique, les intermédiaires techniques sont des partenaires incontournables dans l'entreprise de recherche du véritable auteur de l'œuvre. Ainsi, face à la croissance de l'internet et au développement des activités de commerce électronique, la propriété intellectuelle ne reste pas inerte, mais cherche au contraire à s'adapter, tant pour se protéger contre les lacunes éventuelles créées par ce nouvel environnement que pour profiter des nouvelles occasions offertes.

L'enjeu ultime de la confrontation entre propriété intellectuelle et cyberspace est, ni plus ni moins, celui du droit de la propriété et de sa place dans une société en réseau dont la matière première essentielle sera les ressources immatérielles.

393. Au-delà du fait que toutes ces mesures techniques ne constituent pas en réalité des moyens de preuve de la qualité d'auteur, elles peuvent néanmoins aider à l'identification des auteurs des œuvres et jouer un certain rôle probatoire dans l'univers numérique. Mais, comme on l'a dit, qu'il s'agisse du séquestre en ligne ou de toute autre mesure de sécurité ou de traçabilité de reproduction des œuvres, le premier ennemi de la technique, c'est la technique elle-même. En effet, de la même manière qu'elle verrouille l'accès au contenu protégé ou assure la sécurité du dépôt effectué en ligne, elle est capable, dans son élan de progrès sans cesse croissant, de déverrouiller le tout au détriment des auteurs⁷⁵⁴.

⁷⁵⁴ Pétition de Gesac du 13 juillet 2016 adressée à Jean-Claude Juncker, président de la commission européenne fait état du fait que les créateurs du secteur artistique sont lésés par l'utilisation de leurs œuvres sur internet et demandent le transfert de la valeur ou la répartition équitable du gain avec les grands groupes de l'internet : « Aujourd'hui, nos œuvres peuvent rencontrer en une fraction de seconde un public toujours plus loin et plus large grâce à Internet et les consommateurs utilisent de plus en plus exclusivement l'accès en ligne à la musique, aux films, aux séries, photos, etc. L'accès toujours plus facile, grand et rapide à toutes ces œuvres a cru de manière exponentielle, et nous y attachons beaucoup d'importance, pour autant que la rémunération soit juste et équitable. Cependant, les acteurs dominants du marché, comme YouTube, sont des

Aussi, comme il n'existe pas de monde virtuel en soi sans le monde physique, ne fût-ce qu'à travers l'homme qui utilise la machine et exploite les données recueillies par celle-ci, il semble utile d'allier le dispositif sécuritaire informatique au dispositif physique d'identification des auteurs.

Partant des antécédents historiques à la base de la récusation et de l'interdiction des formalités en droit d'auteur, notamment le dépôt de l'œuvre constitutif de droits et, compte tenu de leur importance pratique et leur persistance sur le plan probatoire, il sied de le remplacer par la déclaration de création suivie de l'obtention d'un récépissé de celle-ci.

394. La déclaration de création ne sera nullement une condition d'existence des droits, ni un acte administratif de l'autorité étatique ou encore moins une condition d'exercice de l'action en contrefaçon. A cet égard, elle ne sera pas à confondre avec le titre européen unique du droit d'auteur dont il est question dans le rapport de la députée européenne Mme Reda sur le droit d'auteur⁷⁵⁵. En effet, un tel titre institué comme le brevet unique européen sur la base du traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'union européenne⁷⁵⁶ permettrait la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisé au niveau de l'Union et ce, dans le but de supprimer les obstacles découlant du caractère territorial du droit d'auteur⁷⁵⁷.

Il faut souligner que la proposition tendant à l'introduction du titre européen unique du droit d'auteur a reçu les faveurs des membres éminents du monde universitaire et des associations de gestion du patrimoine culturel consultés à cet effet⁷⁵⁸. On peut bien penser que ce titre attribuera les droits d'auteur comme son nom l'indique et est certes, en même temps, susceptible d'identifier les auteurs mais aussi n'importe quel autre titulaire de droits d'auteurs à moins de distinguer le titre proprement dit du droit d'auteur de la licence d'exploitation de l'œuvre.

plateformes construites sur la base de contenus téléchargés par les utilisateurs ou agrégés qui ne rémunèrent pas ou quasiment pas pour l'exploitation de nos œuvres. »

⁷⁵⁵ Considérant E point 4 du projet de résolution du parlement européen issu du rapport J Reda du 15 janvier 2015 sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 du parlement et du conseil européen sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : le rapport préconise l'introduction d'un titre européen unique du droit d'auteur qui s'appliquerait directement et uniformément dans tous les pays de l'union européenne afin de pallier le manque d'harmonisation résultant de la directive 2001/29/CE précitée.

⁷⁵⁶ Art 118 TFUE.

⁷⁵⁷ § 7 du préambule de la proposition de la résolution du parlement européen précité.

⁷⁵⁸ Idem.

Si la proposition de résolution venait à être adoptée par le parlement européen, le droit d'auteur de l'ensemble de pays de l'Union sera dit formaliste en ce compris le droit d'auteur français. Ce qui ramènera le droit d'auteur au même niveau que la propriété industrielle pour ne pas parler du copyright et, l'acte de création revêtirait l'importance que lui accorde ce système juridique. En clair, on aura beau créer une œuvre, tant qu'on n'aura pas de titre, les droits non plus ne pourront exister. Sur ce plan précis, un tel système serait un recul par rapport au droit non formaliste en vigueur. Toutefois, la preuve de la qualité d'auteur attachée à l'œuvre serait pratiquement sans objet. Il demeurera néanmoins la nécessité de faire la déclaration de création contre réception dudit titre.

395. En attendant ce revirement éventuel qui remettrait le droit d'auteur dans ses origines historiques, la déclaration de création et le récépissé qui en résulte, loin d'attribuer les droits d'auteur, se voudront plutôt une simple formalité probatoire, un référent de l'acte de création de l'œuvre auprès des instances professionnelles de gestion des droits.

Il faut donc absolument bien distinguer les formalités interdites de celles non interdites afin d'éviter l'écueil d'identification des auteurs susceptible de compromettre même l'exploitation normale des œuvres de l'esprit⁷⁵⁹. Il sied de ce fait de bien cerner la valeur juridique de la déclaration de création.

⁷⁵⁹ C. Bernault, Accès à la connaissance et droit d'auteur, in mélanges à l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, 2014, p 65 : « il faut reconnaître que certaines règles relatives au droit d'auteur ont produit des effets inattendus en ne facilitant pas l'exploitation des créations. Ainsi, le principe selon lequel le droit d'auteur naît de la création et l'interdiction de subordonner l'existence de ce droit à des formalités ont contribué à l'apparition des œuvres dites orphelines. Ces créations toujours protégées par le droit d'auteur ne peuvent pas être exploitées et donc diffusées car, les ayants droits sont inconnus et ne peuvent pas être retrouvés. »

§2. Valeur juridique de la déclaration de création.

396. La déclaration de création est faite *a posteriori* par rapport à la mise en forme d'expression de la pensée par l'auteur. Elle tient sa valeur de l'acte fondamental de création de l'œuvre plutôt que de son enregistrement par les instances compétentes. Autrement dit, s'il n'y a pas de création, la déclaration de création est sans objet et par conséquent devra encourir nullité *de plano*. Il suit dès lors qu'en cas de production de deux déclarations de création contraires relatives à une même œuvre, la preuve de la qualité d'auteur se reporte automatiquement au niveau de la création pour savoir qui d'entre les prétendants est le véritable créateur ou, le cas échéant, tous les deux.

397. En outre, elle se distingue de l'enveloppe Soleau qui consiste pour l'auteur à se faire établir un titre sur le double de l'exemplaire. Elle ne reçoit aucune marque d'une autorité ministérielle ou officielle. Elle n'est pas non plus à confondre avec les attestations établies par les exploitants relativement à une création⁷⁶⁰. La qualité d'auteur relevant de la loi, comme on

⁷⁶⁰ CA Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 10 novembre 2010, inédit, Aff. R. Lombroso vs La société Medifirst, SARL : « considérant que pour justifier de cette qualité (auteur), Raoul Lombroso produit (...) des attestations émanant notamment de Frédéric Rimbault, l'un de ses anciens associés dans la société Medifirst, et de la société WMG... » Ce à quoi la cour d'appel de Paris a répondu de la manière suivante : « que l'attestation établie en date du 28 juillet 2008 par Frédéric RIMBAULT, lequel indique qu'il était selon lui indispensable que ce logiciel s'adressant à des médecins exerçant une spécialité très complexe soit conçu et développé par un médecin lui-même expert dans cette discipline *ne contient aucun renseignement propre à justifier d'un apport intellectuel de Raoul LOMBROSO au traitement informatique des données* mais confirme que l'intervention de ce dernier a consisté à transmettre son expertise en matière médicale de manière à ce que le logiciel réponde au mieux aux attentes des professionnels à l'usage desquels il est destiné ; que la dernière attestation de la société WMG, établie le 16 mars 2009, présentée par l'appelant comme la plus sincère, doit être appréciée avec réserve cette société s'étant vue écartée par la société MEDIFIRST lorsque celle-ci a fait le choix de prendre en charge en interne la maintenance et l'évolution fonctionnelle du logiciel MEDIFIRST AMP ; qu'elle se borne en tout état de cause à énoncer sans plus de précisions que les documents qui lui ont été remis par Raoul LOMBROSO lui ont servi comme spécifications d'analyses fonctionnelles pour développer le code source du logiciel MEDIFIRST AMP et ce, jusqu'en juin 2004 et n'apporte aucun élément de nature à conforter les prétentions de l'appelant dès lors que la cour a pu apprécier au vu des documents en question que la contribution de Raoul LOMBROSO a consisté à communiquer sa connaissance de la pratique médicale et à exprimer les besoins générés par cette pratique à une société prestataire apte à formaliser les fonctionnalités attendues du logiciel ; que le rapport de Hubert BITAN décrit ces mêmes documents comme formulant, en réponse aux questions de l'informaticien, des instructions en vue de corriger le logiciel à mesure de l'état d'avancement des travaux sans toutefois démontrer en quoi ils porteraient la marque des choix, des traitements et des solutions mis en œuvre par l'informaticien et constituant selon lui le matériel de conception préparatoire à partir duquel est écrit le code source du logiciel » ; CA Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 27 février 2013, inédit, Aff. P. Bouvet vs Me Gilles Pellegrini et cts : « considérant au demeurant que le rapport du cabinet Breese-Majerowicz du 21 Août 2004 confirme que

l'a vu, il ne revient pas aux parties au contrat de société ou d'exploitation d'une œuvre de l'établir encore moins d'en apporter la preuve. Enfin, elle fait l'objet d'un traitement informatique qui l'insère dans la base des données numériques de manière à dissuader une éventuelle contrefaçon en ligne.

398. Par ailleurs, au nom de l'ordre public économique de protection de l'auteur face à l'évolution de son statut qui va de l'auteur amateur à l'auteur professionnel ou rémunéré, la déclaration de création sera obligatoire en vue de la formalisation de la preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création de l'œuvre. Cette obligation est d'autant plus justifiée que la création est un acte dont l'auteur est conscient du résultat. Elle ne relève pas du hasard pouvant permettre à l'auteur de s'exciper de son obligation. Dès lors, en cas de non-respect de l'obligation de déclaration de création, l'auteur qui a créé une œuvre suscite un doute autour de sa qualité d'auteur et se doit de démontrer directement comment sa pensée, ses sentiments et ses idées ont été mis sous une forme d'expression. De surcroît, le contrat de cession des droits d'auteur ne saura produire ses effets dans la mesure où l'auteur n'aura pas rempli la condition de la déclaration de création, nécessaire pour sa validité. En effet, la mention de la disposition impérative de la déclaration de création devra être prescrite à peine de nullité que toute personne pourra invoquer à l'encontre de la cession des droits d'auteur ou toute licence qu'il serait emmené à octroyer aux tiers.

L'auteur pourra se priver en outre du bénéfice de son droit à rémunération ou encore le droit d'indemnisation dans les hypothèses d'exploitation des œuvres non soumises au régime de droits exclusifs. Il s'agit des cas où l'exploitation de l'œuvre de l'esprit n'est pas subordonnée à l'autorisation de l'auteur mais engendrant néanmoins un droit à rémunération en faveur de celui-ci. Tel est le cas de la rémunération pour copie privée ou de la location des œuvres faite en bibliothèque. En revanche, si l'obligation de déclaration de création est respectée, le « donner acte » ou le récépissé constitue un écrit-témoignage de la qualité de l'auteur de son titulaire par opposition à un « écrit-aveu » ou un « écrit-constitutif », pour emprunter les expressions de M. Girard⁷⁶¹, qui est générateur des droits.

MM Abdelafih Lehman et Philippe Bouvet n'ont pas développé ce logiciel en leur qualité de salariés de la société Pertinence Mining et que celle-ci n'est pas titulaire des droits patrimoniaux. »

⁷⁶¹ F. Girard, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p 515.

399. Il revêt le caractère juridique d'une preuve faite par l'auteur à soi-même ; cela ne pose aucun problème particulier d'autant plus que la jurisprudence a évolué sur cette question précise. En effet, comme on a eu à le dire, la cour de cassation estime que s'agissant de la preuve à soi-même, il faut distinguer la preuve des actes juridiques de celle des faits juridiques. Pour ces derniers, la haute cour a décidé que la preuve faite à soi-même n'est pas proscrite⁷⁶². La déclaration de création est donc un document formel que l'auteur se constitue pour prouver sa qualité, la faire valoir *primo facie* en dehors ou devant la justice en cas de litige, pour faciliter le commerce juridique de son œuvre dans le monde globalisé, pour sécuriser les exploitants qui ne pourront plus prétexter l'ignorer et pour protéger l'auteur contre les velléités de contrefaçon.

En revanche, si une tierce personne fait une fausse déclaration, soit pour attribuer l'œuvre à une autre personne qui n'en est pas l'auteur, soit pour se l'attribuer sans pour autant en être le créateur, le régime juridique de la contrefaçon pourra être sollicité sous la forme des fausses attributions⁷⁶³. Car, pareilles déclarations de création ont, à terme, vocation à violer les droits de l'auteur.

Conclusion du chapitre I.

400. Compte tenu du statut délicat de l'auteur tant dans son évolution historique que dans le contexte actuel de travail, l'acte de création comme moyen de preuve de sa qualité est certes crucial mais en même temps limité. En effet, non seulement, l'auteur peut se trouver handicapé par des contraintes de divers ordres en rapport avec son environnement immédiat mais aussi la circulation rapide de son œuvre à travers le monde globalisé et le décès de ce dernier peut entraver durablement la production des moyens de preuve. Aussi, est-il apparu nécessaire que l'œuvre créée fasse l'objet d'une déclaration de création auprès des instances compétentes pour valoir à toutes fins d'écrit-témoignage.

⁷⁶² Cass. Civ. 1^{re}, 23 juin 1998, Bull. civ., I, n° 220, CCC 1998, n° 141, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1999, 401, obs. J. Mestre.

⁷⁶³ P.-Y. Gautier, propriété littéraire et artistiques, 10^e édition, préc., p 800, n° 746 : « Il faut mentionner les faux artistiques et la loi du 9 février 1895 pour les fausses signatures artistiques. Ce domaine est une part notable du droit de la contrefaçon » Au bas de la page, l'auteur ajoute que certains juges n'hésitent pas à faire jouer les articles L. 335-2 et 1 CPI pour sanctionner les fausses attributions. Dans le même sens, C. Caron, op cit, 4^e édition, p 463, n° 499 écrit que la contrefaçon doit être entendue comme tout acte qui porte atteinte aux droits de l'auteur.

401. Cette formalité non constitutive des droits ne rentre pas dans le cadre du formalisme tel que proscrit à ce jour par le droit d'auteur. A cet égard, le récépissé qui en résulte ne peut guère se confondre avec le titre unique de droit d'auteur en gestation au parlement européen. Cette preuve à soi-même rendue par ce témoignage de l'auteur sur son œuvre n'est pas non plus prohibée dès l'instant où elle porte sur les faits juridiques et non pas sur les actes juridiques.

Elle a donc vocation de supplanter la pratique pourtant courante de dépôt des œuvres auprès des sociétés d'auteur aux fins probatoires qui, juridiquement, ne valent pas grand-chose. Il en est de même des services effectués en ligne comme le séquestre ou encore les mesures techniques de sécurité et d'information identitaire en ce qu'ils sont plus soucieux de l'exploitation économique des œuvres protégées par les internautes que de l'identification irréfutable de leurs créateurs.

402. En revanche, tenant compte des réalités de l'environnement numérique, la déclaration de création devant constituer les bases des données des œuvres se fera tant physiquement que par traitement informatique au sein des organismes compétents dont la structure mérite d'être précisée.

Chapitre II. Modalités du formalisme probatoire.

403. La formalité de la déclaration de création suppose d'abord l'existence de structures d'enregistrement et la définition des modalités et conditions de son accomplissement (section I) ; ensuite, celles-ci doivent être agencées de telle sorte qu'elles soient utiles dans la stratégie de lutte contre la contrefaçon (section II).

Section I. Organismes de réception et modalités de déclarations de création.

404. On va commencer en envisageant la désignation des organismes de réception des déclarations de création (§1) ensuite, suivra la définition des modalités ainsi que les conditions à remplir pour faire la déclaration de création (§2).

§1. Organismes de réception des déclarations de création

405. Comme on l'a dit précédemment, les organismes de gestion collective de droits d'auteur reçoivent ce qu'on appelle couramment le dépôt des œuvres de leurs membres respectifs notamment à titre de preuve de création. C'est donc une pratique courante mais qui ne produit aucun effet juridique au motif que la protection du droit d'auteur est non formaliste.

406. C'est tout simplement faire preuve d'irréalisme que d'ignorer ce qui constitue le quotidien des auteurs et de leurs organismes. Aussi, les organismes appelés à recevoir les déclarations de création ne sont autres que ceux de gestion collective de droits d'auteur⁷⁶⁴ comme cela est d'usage actuellement dans ce secteur d'activité. En outre, on doit également considérer les syndicats des différentes branches professionnelles du travail ayant pour objet la défense des droits d'auteur ou simplement disposant dans leurs organisations des sections des droits d'auteur⁷⁶⁵. La base de données de ces organismes et syndicats va ensuite alimenter le registre à tenir par le ministère de la culture afin de constituer un fichier national des déclarations de création des auteurs et compositeurs. Le ministère de la culture à son tour va créer une synergie avec l'organisme européen pour les mêmes fins.

407. On peut dès lors distinguer, d'une part, les organismes nationaux et le groupement régional d'enregistrement des déclarations de création (A) puis, d'autre part, l'organisme mondial (B).

A- Organismes nationaux et groupement régional

408. On va commencer par l'analyse des organismes nationaux d'enregistrement de déclarations de création (1) avant d'aborder les fonctions de l'organisme régional (2).

⁷⁶⁴ CA Paris, 4^e ch., 12 février 2003, Aff. Arléa vs C. Bourgeyx et SGDL, in Lextenso.fr : la recevabilité de la Société des Gens des Lettres pour agir en contrefaçon n'a pas été contestée en ce qu'elle a pour objet d'assurer la protection des intérêts moraux et matériels de ses membres.

⁷⁶⁵ CA Paris, pôle 5, ch., 2, 2 septembre 2011, n° 09/17372, Aff. Syndicat NOTA BENE (anciennement dénommé syndicat pour une convention collective de l'Écrit et de l'Image et a vs SA Editions Magnard et a : intervention du syndicat en vertu de l'article L. 331-1 al 2 CPI pour la défense des intérêts de la collectivité des auteurs ; CA Paris, 25^e ch., section A, 2 juin 2006, n° 03/08764, aff. SA Calyptus Vs Syndicat national des antiquaires, in Lextenso.fr.

1. Organismes nationaux

409. Au niveau national, on distingue d'abord les syndicats ayant des sections qui s'occupent des questions de droit d'auteur puis le syndicat national des auteurs et compositeurs (SNAC) enfin, les organismes de gestion collective de droits d'auteur. On va présenter dans un premier temps ces organismes et, ensuite le syndicat national des auteurs compositeurs. Ils sont spécifiques au droit d'auteur contrairement aux autres syndicats qui, eux, interviennent incidemment en droit d'auteur lorsque l'œuvre est créée dans le cadre de leurs domaines de compétence.

410. Les principaux organismes de gestion collective des droits d'auteurs sont la SCAM, la SACD, la SACEM, et l'ADAGP. Chacune de ces sociétés a son domaine d'intervention et un répertoire des œuvres qu'elle gère, à savoir : le répertoire des œuvres à caractère documentaire et multimédia (SCAM), le répertoire des œuvres ayant un caractère fictionnel comme le cinéma, les téléfilms, les feuilletons, les captations, les œuvres relevant de la création multimédia... (SACD), les films ayant un sujet exclusivement musical (SACEM), les œuvres graphiques et plastiques (l'ADAGP).

411. A côté des registres des œuvres de chacun des organismes précités, se trouve le registre du cinéma et de l'audiovisuel, tenu par le centre du cinéma et de l'image animée (CNC)⁷⁶⁶. Le producteur y dépose obligatoirement le titre provisoire ou définitif de toute œuvre cinématographique devant être diffusée ou projetée publiquement en France⁷⁶⁷. Ce dépôt est accompagné de la remise d'une copie du contrat ou d'une simple déclaration émanant du titulaire des droits sur la création dont l'œuvre cinématographique a été tirée. C'est pour attester l'autorisation de l'adaptation. Une fois le dépôt effectué, tous les actes concernant l'œuvre cinématographique ou audiovisuelle doivent être enregistrés dans le registre public sous peine d'opposabilité⁷⁶⁸.

412. L'ordonnance du 6 juin 2005 crée un nouveau registre dit « registre des options ». Celui-ci permet de déposer le titre d'une œuvre littéraire et le contrat par lequel l'auteur de cette œuvre a accordé une option à un producteur « pour l'achat des droits d'adaptation et de

⁷⁶⁶ Art. L. 121-1 et s CCIA.

⁷⁶⁷ Art L 122-1 CCIA

⁷⁶⁸ Cass soc. 30 mars 1999, CCE. 1999, comm 1.

réalisation de cette œuvre »⁷⁶⁹ et lorsque le producteur exerce cette option, le titre de l'œuvre cinématographique doit être déposé⁷⁷⁰.

Ce dispositif est aussi applicable aux œuvres audiovisuelles pour lesquelles les formalités de dépôt et d'inscription sont obligatoires si les œuvres bénéficient de l'investissement d'une société de financement de l'industrie cinématographique et de l'audiovisuel (SOFICA) et facultatives pour les autres. Le but de la création de ce registre est d'assurer la publicité des projets d'adaptation cinématographique avant même la réalisation de l'œuvre. Il faut également souligner l'intérêt de ce registre pour identifier les titulaires des droits sur les œuvres cinématographiques. Il est en effet possible de consulter une base des données concernant les œuvres immatriculées dans ce registre sur le site du CNC⁷⁷¹.

413. Il existe aussi le registre national des logiciels⁷⁷², celui des dessins et modèles... de même qu'il y a aussi un service de dépôt d'œuvres au sein du syndicat national des auteurs et compositeurs.

Avant qu'une œuvre ne soit éditée, fixée sur un support, exploitée et qu'elle soit répertoriée par une société d'auteurs (SACEM, SACD, SCAM), un délai peut s'écouler durant lequel ses créateurs vont être amenés à remettre des exemplaires de celle-ci à d'éventuels éditeurs, producteurs ou diffuseurs. Pendant cette période, des difficultés peuvent surgir et les auteurs doivent être en mesure de prouver qu'ils sont bien les créateurs de cette œuvre à une date déterminée. C'est pourquoi le SNAC met à la disposition de tous les auteurs et les compositeurs un service de dépôts.

Il n'est pas nécessaire d'adhérer au SNAC pour y déposer une œuvre. Ce dépôt consiste en la remise de documents, avec l'indication des éléments permettant l'identification de l'œuvre et de ses auteurs. En effectuant un dépôt, on se constitue ainsi une preuve qui sera utile si une contestation s'élève quant à la propriété de cette œuvre ou quant à la qualité de son auteur. Le SNAC ne perçoit pas de droits d'auteur pour le compte des

⁷⁶⁹ Art L. 122-2 CCIA

⁷⁷⁰ Art L. 122-1 CCIA

⁷⁷¹ C. Bernault et J-P. Clavier, Dictionnaire de la propriété intellectuelle, op cit, p 437.

⁷⁷² Sur le dépôt du logiciel à l'APP, voir CA de Versailles, 12^e ch., 7 octobre 1999, RIDA, 187, janvier 2001, p 283 : considérant que M Bakary Gando ayant été reconnu par la société Fiat Auto France propriétaire du logiciel GHA déposé à l'APP, est recevable à agir en contrefaçon à son encontre... ».

déposants. Lorsqu'une œuvre déposée est exploitée, son auteur doit, soit adhérer à la société d'auteurs qui répartira les droits à lui revenir pour l'exploitation de son œuvre, soit négocier un contrat d'auteur pour se voir verser directement ses droits d'auteur.

414. À l'exception des œuvres des arts plastiques ou graphiques, toutes les œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées par la loi du 1^{er} juillet 1992 constituant le Code de la propriété intellectuelle peuvent faire l'objet d'un dépôt au SNAC. Il s'agit des œuvres littéraires, dramatiques ou théâtrales, les projets d'émission, synopsis, scénarios (télévision ou cinéma), numéros de cirque, les méthodes et exercices de musique, de chant ou de relaxation...des compositions musicales et les arrangements de compositions musicales, quels qu'en soient le genre ou la destination : variétés, cinéma, télévision, radio, générique, publicité...

415. De ce qui précède, il sied d'indiquer que la déclaration de création est une pratique omniprésente et réelle dans la vie des auteurs et dans la gestion quotidienne des organismes de gestion collective de droits d'auteur. Toutefois, le terme dépôt des œuvres semble équivoque dans la mesure où, dans la pratique, à défaut de la remise du bulletin de dépôt, il sous-entend également la remise de l'exemplaire d'une œuvre ; ce qui paraît contraire à la volonté du législateur qui n'exige pas que toutes les œuvres soient fixées. De même, à moins qu'il s'agisse du mandat tendant à la défense du droit moral de l'intégrité de l'œuvre, il n'est pas indiqué que les sociétés d'auteurs prétendent assurer aux auteurs une protection spécifique de leurs œuvres, laquelle protection serait limitée dans le temps, grâce au dépôt des exemplaires des œuvres⁷⁷³. Cette pratique ne serait-elle pas une forme de reproduction du copyright au sein du système du droit d'auteur ? Perçue comme telle, cette pratique serait aux antipodes du système de protection non formaliste du droit d'auteur français. De ce fait, la déclaration de création semble en adéquation avec l'esprit de la loi du 11 mars 1957 sur le droit d'auteur dès lors qu'elle n'est pas constitutive de droits d'auteur.

416. Par ailleurs, l'idée selon laquelle la preuve de la qualité d'auteur découlerait de l'antériorité du dépôt effectué de l'œuvre ne correspond pas à l'état actuel du droit d'auteur français même si elle sous-entend l'antériorité de la création. De prime abord, il semble que la

⁷⁷³ www.sdgl.org : en vue de la protection de l'œuvre, l'auteur doit effectuer le dépôt de son œuvre. Ce dépôt a pour but d'assurer la protection de l'œuvre pour une durée de quatre ans renouvelable. www.scam.fr/Déclarer-vos-oeuvres ; www.sadc.fr/protéger-une-oeuvre : le dépôt de toutes les œuvres est reçu afin d'attester l'existence à une date certaine de l'œuvre ainsi que l'identité de l'auteur et ce, pour une durée de cinq ans renouvelable.

liberté de création ne peut se comprendre que si la forme est nouvelle. Dans cette optique, en plus de constituer éventuellement une contrefaçon, une mise en forme qui ne serait pas nouvelle ne serait pas l'expression de la liberté de création...Mais, en tant que composante de la liberté d'expression, l'acte de communication est indifférent à la nouveauté du message. Il suffit qu'il soit original. Par exemple, il est admis qu'une nouvelle publication d'un message illicite demeure illicite. Ainsi, envisagée sous l'angle de la liberté d'expression, la nouveauté du message créatif est indifférente⁷⁷⁴.

417. La nouveauté implique l'examen du fond du message ; ce qui ne relève pas de la création qui est constituée par la forme et non pas le fond. L'activité de création produit un message d'une nature particulière car il s'agit avant tout d'une forme⁷⁷⁵. Il reste tout de même que, selon la logique de choses, la charge de la preuve de la qualité d'auteur incombe plus à l'auteur d'une œuvre dont la date de création serait postérieure. Mais, en droit d'auteur, pareil argument ne saurait prospérer puisque ce dernier peut prouver sa qualité indépendamment de toute autre personne dont la création serait antérieure.

418. Il convient de relever que la déclaration de création auprès d'un organisme de gestion collective des droits d'auteur confère au créateur la qualité de membre de cet organisme ; or, l'adhésion à une société d'auteur n'est pas obligatoire. Cela veut dire qu'il existe des auteurs qui ne sont en réalité membre d'aucune société d'auteur. Ceux-ci pourront néanmoins faire leur déclaration de création directement auprès du syndicat national des auteurs et compositeurs qui n'exige aucune adhésion pour ce faire.

419. Il est souhaitable que le ministère de la culture centralise toutes les déclarations de création faites auprès des organismes de gestion collective des droits d'auteurs et des syndicats afin d'être le seul organisme national compétent pour délivrer le récépissé de celles-ci aux auteurs et pour créer le relais des auteurs avec la synergie qui existe au niveau européen.

420. Il faut aussi relever tout de suite que le choix d'un organisme par rapport à un autre à ce niveau n'est pas définitif mais plutôt suggestif pour des raisons d'inclusivité des auteurs. Il revient au législateur d'opérer le choix définitif après consultation des auteurs et de leurs représentations. Ce qui est le plus important à noter c'est l'idée de la centralisation des

⁷⁷⁴ A. Latil, Créations et droits fondamentaux, préc., p 48.

⁷⁷⁵ Idem, p 47, n° 94.

déclarations de création en vue de la formation d'un fichier national des auteurs et leurs œuvres.

2. GESAC, Organisme européen

421. Au niveau européen, il existe le groupement européen des sociétés des auteurs et compositeurs, le GESAC. Il fonctionne sur la base démocratique avec un mandat de deux ans accordé au directeur général élu par ses pairs dirigeants des organismes de droits d'auteurs de 27 pays membres de l'Union européenne.

Une base de données de déclaration de création consolidée à ce niveau en fonction du fichier national du ministère de la culture serait d'une grande utilité tant pour les auteurs que pour les organismes de gestion collective de droits d'auteurs. En effet, le GESAC fonctionne aussi à certains égards comme un méga organisme de gestion collective de droits d'auteur à l'échelle européenne afin de négocier des accords collectifs en faveur des auteurs et pour la promotion de leurs droits auprès de l'Union européenne.

Evoluant comme une confédération européenne des organismes de gestion collective de droits d'auteur, la base de données du Gesac aurait pu se constituer directement en s'appuyant sur celle des sociétés d'auteurs n'eût été le fait que cette dernière ne comprendra que les déclarations des auteurs membres des sociétés d'auteurs partenaires. Les auteurs n'ayant pas adhéré à une quelconque société d'auteurs ne seraient dès lors pas répertoriés au niveau continental.

422. Il faut reconnaître qu'à ce jour, une base de données des auteurs européens n'existe pas comme telle au sein du GESAC ; elle est plutôt à construire notamment à des fins probatoires et pour servir également de dispositif matériel de lutte contre la contrefaçon. A ce titre, le GESAC serait l'interface valable entre les auteurs européens et l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle dans le cadre de la gestion efficace de droits et de la stratégie globale de lutte contre la contrefaçon.

B- OMPI, organisme mondial

423. Contrairement au système international d'enregistrement des brevets, il n'existe pas encore au sein de l'OMPI pareille initiative pour l'ensemble des œuvres de l'esprit. Néanmoins, on peut noter l'existence du registre international des œuvres audiovisuelles créé par le traité de Genève du 20 avril 1989. Son objectif est de créer un registre international des œuvres audiovisuelles en vue de l'enregistrement d'indications concernant les œuvres audiovisuelles et les droits sur ces œuvres, y compris, en particulier, ceux relatifs à leur exploitation⁷⁷⁶.

424. Il s'agit ainsi de faciliter l'identification des ayants droit et donc de créer une sécurité juridique propre à favoriser la circulation internationale des œuvres audiovisuelles. En effet, « tout Etat contractant s'engage à reconnaître qu'une indication inscrite au registre international est considérée comme exacte jusqu'à preuve du contraire, sauf : i) lorsque l'indication ne peut pas être valable en vertu de la loi sur le droit d'auteur, ou de toute autre loi concernant des droits de propriété intellectuelle afférente aux œuvres audiovisuelles, de cet Etat, ou ; ii) lorsque l'indication est en contradiction avec une autre indication inscrite au registre international »⁷⁷⁷. Il en résulte que le système international d'enregistrement institue une sorte de présomption quant aux indications enregistrées. Cette approche est compréhensible s'agissant des œuvres audiovisuelles dont la preuve de la qualité d'auteur se situe dans la sphère de la création de l'œuvre avec notamment les fonctions des personnes retenues par la loi comme coauteurs. A cet égard, il a toutefois été relevé l'impérieuse nécessité de démontrer le rapport entre la fonction reprise sur le générique et la tâche réellement accomplie dans la réalisation de l'œuvre⁷⁷⁸. Car, il se peut qu'il y ait hiatus entre les mentions du générique de l'œuvre audiovisuelle et la réalité de la création de l'œuvre. Tel n'est pas le cas dans le système de déclaration de création qui, comme on l'a dit, se veut plutôt un écrit-témoignage que l'auteur se constitue en rapport avec la création intellectuelle

⁷⁷⁶ Art 3 du traité sur le registre international des œuvres audiovisuelles.

⁷⁷⁷ Art 4 du traité sur le registre international des œuvres audiovisuelles.

⁷⁷⁸ CA Paris, ch. 1, 31 mai 1988, RIDA, 139, janvier 1989, p 189, affaire Révérend Père Bruckberger c/ Philippe Agostini, Antenne II, SADC, consorts et autres : au sujet du rôle effectivement joué par celui qui réclame la qualité d'auteur, il a été jugé que les réalisateurs d'un scénario dont les dialogues ont été écrits par Georges Bernanos, mis en scène et adaptés par des tierces personnes ne peuvent réclamer la qualité de coauteurs (réalisateurs) du téléfilm inspiré initialement de ce scénario mais réalisé par Pierre Cardinal.

qu'il a réalisée. Néanmoins, en tant que telle, la déclaration de création ou, tout au moins, son récépissé pourra prouver la qualité d'auteur après le décès de ce dernier.

425. La demande d'enregistrement peut être faite par « toute personne physique qui est ressortissante d'un Etat contractant ou qui a son domicile, sa résidence habituelle ou un établissement industriel ou commercial effectif et sérieux dans un tel Etat » mais aussi par « toute personne morale qui est constituée en vertu de la législation d'un Etat contractant ou qui a un établissement industriel ou commercial effectif et sérieux dans un tel Etat »⁷⁷⁹. Une fois l'enregistrement effectué, toute personne physique ou morale peut adresser une demande de modification même si les conditions d'enregistrement ne sont pas réunies. Il s'agit ainsi d'assurer la véracité des informations enregistrées. Ainsi, un service d'enregistrement international a été créé au sein de l'OMPI afin de permettre ces enregistrements⁷⁸⁰.

426. L'application de ce traité a été suspendue le 13 mai 1993 à cause de la faible mobilisation des principaux pays producteurs d'œuvres audiovisuelles, dont l'absence réduit l'intérêt du système et rend le financement du registre extrêmement difficile. A ce jour, on compte seulement 13 parties contractantes, 9 autres (dont les Etats-Unis et le Canada) ayant seulement signé le traité⁷⁸¹. L'alternative de la création d'une base de données globale alimentée par les déclarations de création faite depuis le niveau sectoriel des sociétés d'auteurs puis national et régional jusqu'au plan mondial pourrait avoir le mérite de mobiliser à faible coût toutes les parties contractantes du traité créant l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

427. Comme on peut bien s'en rendre compte, la nécessité de déclarer les créations et de les enregistrer apparaît aussi au niveau international. Le traité sur le registre international des œuvres audiovisuelles en donne la démonstration. Cependant, on ne peut pas se limiter uniquement au niveau des œuvres audiovisuelles quant à ce. Il est certes vrai que celles-ci nécessitent d'importants investissements pour leur réalisation mais, pareille raison ne peut suffire pour établir une discrimination entre les œuvres en droit d'auteur. Il faut donc étendre

⁷⁷⁹ Art 3-5 du traité sur le registre international des œuvres audiovisuelles.

⁷⁸⁰ Art 3 du traité sur le registre international des œuvres audiovisuelles.

⁷⁸¹ Pour plus de détails sur les difficultés rencontrées au sujet de l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles, voir OMPI, Assemblée des Etats membres, 35^e série de réunions, Genève, 25 septembre – 3 octobre 2000, mémorandum au secrétariat, document n° A/35/14 du 18 août 2000, questions concernant le traité sur l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles.

le système de déclaration de création suivi, bien entendu, de l'enregistrement, à toutes les œuvres de l'esprit de façon à constituer une base de données unique au niveau mondial.

§2. Conditions et modalités de la déclaration de création.

428. La déclaration de création n'est pas à proprement parler une totale innovation dans la mesure où elle s'appuie sur le modèle existant qu'est le système de déclaration des œuvres auprès des sociétés d'auteurs. Dans la pratique professionnelle du droit de la propriété industrielle on parle de la déclaration ou de la mémoire d'invention qui consiste pour un travailleur qui réalise une invention à en faire part à son employeur tout en spécifiant si celle-ci est, soit une invention de mission, soit une invention réalisée hors mission mais attribuable à l'employeur soit enfin une invention réalisée hors mission et non attribuable à ce dernier⁷⁸². La mémoire d'invention constitue donc une première étape du processus de protection des résultats de recherches sans pour autant constituer un titre de propriété industrielle générateur des droits. La spécificité de la déclaration de création tient au fait qu'elle formalise en quelque sorte le moyen de preuve de la qualité d'auteur en offrant à l'auteur une attestation formelle de la création entreprise. Bien plus, elle s'éloigne de l'idée du dépôt de l'œuvre qui semble se confondre par moment au dépôt des exemplaires alors que l'obligation de fixation n'est pas générale à toutes les créations intellectuelles et qu'à tout prendre, l'œuvre n'est pas toujours à confondre avec son support. Cela ne veut nullement dire par ailleurs que le dépôt de l'œuvre ou sa reproduction ne peut être joint à la déclaration de création. En effet, dans certains cas où l'auteur estime que la déclaration de création seule ne suffirait pas pour singulariser sa création, il peut décider d'effectuer en même temps le dépôt de l'œuvre ou d'annexer sa reproduction ; c'est le cas par exemple des œuvres d'art appliqué dont la simple description pourrait entraîner des confusions inutiles avec d'autres du même genre.

429. Ainsi, compte tenu du fait que les déclarations de création ont lieu au travers des sociétés d'auteurs ou des syndicats des travailleurs, la condition primordiale pour faire une déclaration de création est d'avoir créé une œuvre de l'esprit. La création confère la qualité d'auteur dont témoigne le récépissé de la déclaration de création. Le fait d'être membre d'une société d'auteur est tout à fait secondaire et ne compte pratiquement pas dans la mesure où cela ne constitue nullement une obligation pour les auteurs. D'ailleurs, dans la plupart de cas,

⁷⁸² Art L. 611-7, al. 3 CPI.

la qualité de membre d'une société d'auteur est subordonnée à la déclaration de création⁷⁸³ ; à défaut de vouloir devenir membre d'une société d'auteur, la déclaration de création obligatoire peut être faite au niveau du syndicat national des auteurs et compositeurs moyennant paiement de frais ou de tout autre syndicat ayant compétence en la matière. En effet, ce dispositif de déclaration de création ne peut produire le résultat escompté qu'à condition que tous les créateurs sans exception y participent en considération de l'intérêt stratégique de protection que cela représente pour eux-mêmes. Cette obligation relève en quelque sorte de l'ordre public de protection⁷⁸⁴ de l'auteur, considéré comme la partie économiquement faible, contre les cessionnaires éventuels de ses droits ou contre lui-même, sur le plan de la preuve de sa qualité. Elle participe ainsi en même temps à l'organisation générale de l'économie de l'immatériel, à l'économie interne du contrat d'exploitation de l'œuvre ainsi qu'à celle des rapports sociaux⁷⁸⁵. C'est pour cela que se justifie la limitation de la liberté de ne pas faire la déclaration de création ou l'obligation d'effectuer cette déclaration. Et si cette obligation de déclaration de création n'est pas respectée, il ne reste plus à l'auteur qu'à démontrer qu'il a réalisé effectivement l'œuvre dès l'instant qu'il n'a pas tiré profit de la preuve *prima facie* qu'il a la latitude de s'octroyer.

430. Une des faiblesses du système probatoire de la présomption de paternité est que la mention du nom peut parfois faire défaut au point de compromettre même l'exploitation normale d'une œuvre par ce que simplement on n'arrive pas à identifier son auteur. Il peut aussi arriver que le nom mentionné sur l'œuvre ne soit pas celui du créateur donnant ainsi une certaine caution à la contrefaçon de l'œuvre. Le moyen de preuve de la qualité d'auteur fondée sur la création vient à bout de cette insécurité juridique tout en plaçant bien haut le

⁷⁸³ www.scam.fr/Déclarer-vos-oeuvres: pour être membre, l'auteur doit faire la déclaration de son œuvre. Le bulletin de déclaration comporte des informations nécessaires pour l'identification de l'œuvre et de son auteur. Art 3 des statuts de la Sgdl et 6, point b du règlement intérieur : tout auteur de l'écrit, français ou de langue française, qui désire faire partie de la société des gens de lettres, en qualité de sociétaire, adhérent ou stagiaire doit fournir la nomenclature de ses œuvres ayant fait l'objet d'un contrat de cession de droits d'exploitation diffusées par quelque procédé que ce soit. www.createurs-editeurs-sacem.fr: pour percevoir ses droits, l'auteur doit être adhérent à la SACEM et s'engager à déclarer toutes ses œuvres présentes et futures qui relèvent de ses répertoires.

⁷⁸⁴ G. Farjat, L'ordre public économique, Paris, LGDJ, 1963, p 118, n°s 155 et 156 : il existe une distinction entre « un ordre public inférieur ou purement prohibitif qui n'a pour but que de protéger les individus, dans leurs intérêts égoïstes, - la limite à la liberté ne vient que de la nécessité de protéger un contractant contre son partenaire, voire contre lui-même -, et un ordre public supérieur qui dépassent les intérêts individuels, sans leur être nécessairement opposés. »

⁷⁸⁵ Idem, p 109 : trois domaines d'intervention de l'ordre public dans le secteur économique : l'organisation économique générale, les rapports sociaux et l'économie interne du contrat.

point de départ de la démarche probatoire. Le dispositif de la déclaration de création, loin d'être un moyen de preuve en soi, séparé de la création, assure le témoignage écrit de la création que se constitue l'auteur. La déclaration de création dépend uniquement de l'auteur.

431. Quant aux modalités de la déclaration de création, il ressort de ce qui précède que la voie du bulletin à remplir par le déclarant, personne physique ou morale, mandataire spécial ou créateur en personne, déclinant l'identité de ce dernier ainsi que la description de l'œuvre créée et éventuellement, les cessionnaires des droits d'exploitation sur celle-ci paraît s'imposer. Il faut aussi préciser que le déclarant peut bien être soit une personne physique, le créateur lui-même ou un tiers mandaté par lui, soit une personne morale. Mais, le créateur déclaré ne peut être qu'une personne physique conformément à la vision du droit d'auteur français⁷⁸⁶. Et, bien entendu, comme on l'a dit plus haut, un récépissé de la déclaration est remis au déclarant pour valoir ce que de droit.

La déclaration de création sera faite de façon à ne pas laisser libre cours à l'imitation servile grâce à une description détaillée de l'œuvre. Quelques caractéristiques essentielles de l'œuvre propres à chaque art seront privilégiées.

432. Hormis le changement de terminologie des termes utilisés pour des raisons évidentes évoquées plus haut, la déclaration de création emprunte le mode usuel de déclaration ou dépôt des œuvres auprès des sociétés d'auteurs ; il en est ainsi, par exemple, à la Sacem où les auteurs compositeurs doivent déposer leurs œuvres en utilisant les bulletins de dépôt ; celui-ci est provisoire si l'œuvre n'est pas encore totalement créée et, définitif si la création de l'œuvre est achevée par un auteur unique ou à plusieurs. Cela peut se faire en ligne ou sur papier⁷⁸⁷.

Il en est de même à la SACD où la déclaration des œuvres en vue de l'attribution des redevances aux auteurs dramatiques et audiovisuels membres⁷⁸⁸ se fait par voie de dépôt soit

⁷⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2015, n° 13-23566, sté Orqual vs sté Tridim, note C. Hugon, une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur ! Gaz Pal, n°s 42-43, 12 février 2015, p 212d6, p 479-481.

⁷⁸⁷ www.createurs-editeurs-sacem.fr

⁷⁸⁸ Art 7 du règlement général des statuts dispose : « Tout associé contracte, par son adhésion, l'obligation de déclarer celles de ses œuvres qui relèvent du répertoire de la Société. La Société n'est pas responsable de l'absence d'attribution des redevances engendrées par une œuvre non déclarée avant la première représentation ou diffusion. Le bulletin de déclaration est déposé à la Société, dûment complété et signé par

en ligne soit physiquement sous une enveloppe spéciale⁷⁸⁹. En revanche, pour l'Adagp, s'agissant des œuvres graphiques et plastiques, les auteurs envoient les fichiers numériques de leurs œuvres avec les informations nécessaires sur un fichier Excel pour la constitution de la banque des images. Les robots intelligents vont ainsi renforcer la surveillance que les yeux humains ne peuvent plus assurer en « traçant » les images dans la toile pour les rattacher à leurs créateurs.

Précisons que la déclaration de création se fera avec ou sans dépôt de l'œuvre proprement dite ou encore sa reproduction. Le dépôt de l'œuvre ou sa reproduction dont il est question dans ce contexte est entrepris exclusivement à des fins probatoires et non pas pour engendrer les droits quelconques. Il peut ainsi venir en appui de la déclaration de création qui est faite dans les conditions susmentionnées.

433. Chaque fois que la déclaration de création sera faite sur papier, un traitement informatique s'en suivra sous une forme technique appropriée sans préjudice de sa saisie dans la base de données établie à cet effet. De même, si la déclaration est faite en ligne, une version papier devra être archivée afin d'authentifier le cas échéant, une prétention ou une revendication de déclaration de création. Car, comme on a eu à le dire plus haut, on ne peut privilégier uniquement la déclaration physique au détriment de celle faite en ligne ; tout comme on ne peut pas non plus retenir uniquement un archivage physique au détriment de la base de données automatique qui est du reste d'accès facile et adaptée aux conditions modernes de travail. C'est ainsi que l'intérêt d'allier l'univers physique au virtuel a été souligné pour assurer une certaine efficacité dans la traçabilité des éléments ou informations déclarés.

tous les collaborateurs de l'œuvre, membres de la Société, accompagné de tous les documents et pièces nécessaires, tels qu'ils résultent des indications figurant sur le bulletin de déclaration. Celui-ci fait mention des collaborateurs de l'œuvre qui n'appartiennent pas à la Société. Le bulletin de déclaration est la propriété exclusive de la Société. »

⁷⁸⁹ www.sadc.fr/protéger-une-oeuvre

Section II. Structure de déclaration de création, enjeu de lutte anti-contrefaçon.

434. Dans cette section, il s'agit d'indiquer l'orientation et le bilan mitigé des moyens jusque-là mis en œuvre dans la lutte contrefaçon (§ 1) et, par la suite, de suggérer une approche stratégique complémentaire de cette lutte fondée sur la prise en compte de l'acte de création pour caractériser ou non la contrefaçon ainsi que la structure d'information y afférent (§2).

§ 1. Orientation de la lutte contre la contrefaçon.

435. Jusque-là, la lutte contre la contrefaçon semble se focaliser plus sur le renforcement de la peine du délit de contrefaçon, les poursuites du contrefacteur et la preuve de la contrefaçon que sur la preuve de la qualité d'auteur, sans laquelle l'action en contrefaçon ne peut aboutir. Un regard attentif doit être porté sur tous les aspects de ce phénomène en vue de l'efficacité de la lutte. Dans cette perspective, la preuve de la qualité d'auteur mérite une attention toute particulière en tant que condition préalable de protection de droits d'auteur par une action en contrefaçon. Car, il ne sert à rien d'initier une action contre une violation de droits de l'auteur si celui-ci ne peut apporter la preuve irréfutable de sa qualité⁷⁹⁰.

436. Le régime de l'action en contrefaçon a été conçu justement pour permettre la défense et la protection des droits de l'auteur. L'auteur demeure la première victime de la contrefaçon. Ainsi, toute violation du droit de l'auteur, moral ou patrimonial peut donner lieu à une action en contrefaçon. Celle-ci affecte la propriété littéraire et artistique recouvrant le droit d'auteurs⁷⁹¹, les droits voisins et les droits des producteurs de base de données⁷⁹² par le biais du téléchargement illégal ou de la piraterie. Il devient un délit organisé à l'égard duquel le droit pénal se montre ferme.

437. Cette rigueur pénale peut être constatée sur le plan du régime de sanction de la contrefaçon qui va toujours croissant, le phénomène de la contrefaçon étant dévastateur surtout dans l'univers numérique où la reproduction des œuvres peut se faire à l'identique.

⁷⁹⁰ CA Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 10 novembre 2010, inédit, Aff. R Lombroso vs La société Medifirst, SARL : « un logiciel est susceptible d'accéder à la protection par le droit d'auteur dès lors qu'il porte l'empreinte de la personnalité de son auteur et revêt par là-même un caractère original ; qu'il n'en demeure pas moins qu'il incombe à celui qui revendique cette protection d'apporter la preuve de sa qualité d'auteur, condition de la recevabilité de son action. »

⁷⁹¹ Art L. 335-2 et 3 CPI.

⁷⁹² Le terme contrefaçon n'apparaît pas directement en matière d'atteintes aux droits voisins visés à l'article L. 335-4 CPI et aux droits du producteur de base de données énoncés à l'article L. 343-1 CPI.

Parlant de la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, M. Yung note que trois points essentiels la caractérisent : il s'agit du renforcement des dédommagements des victimes de la contrefaçon, la facilité de démantèlement des réseaux de contrefaçon et la facilité de l'établissement de la preuve de la contrefaçon. Sur ce dernier point, la loi réforme la procédure de saisie-contrefaçon en permettant à un huissier de justice de procéder à la description détaillée ou à la saisie réelle des produits soupçonnés de constituer des contrefaçons⁷⁹³. Mais, à défaut de la preuve de la qualité d'auteur, la fixation des dommages-et-intérêts en tenant compte notamment du préjudice moral causée à la partie lésée⁷⁹⁴ ne représente presque rien en termes de renforcement de la lutte contre la contrefaçon. Car, parmi les personnes ayant qualité pour agir en contrefaçon et susceptible d'en être victime, il y a aussi l'auteur.

438. De ce qui précède, on s'aperçoit aisément que l'approche pénale de la contrefaçon est orientée dans le sens de la protection de l'œuvre et de la poursuite du contrefacteur à sanctionner. Le législateur ne pense guère à regarder du côté de la qualité d'auteur dont le système de preuve en vigueur comporte quelques faiblesses y compris dans sa structure d'administration. Le fait par exemple pour l'exploitant d'une œuvre de l'esprit d'être revêtu de la qualité d'agir en contrefaçon en l'absence de l'auteur sans qu'il soit requis de la prouver est simplement symptomatique d'une insécurité. Celle-ci est d'autant plus évidente que la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre peut faire défaut et, empêcher le cas échéant, de vérifier et d'établir la qualité réelle de chacun des acteurs. Bien plus, on a vu le sort réservé au conflit opposant les personnes différentes dont les noms sont mentionnés sur une même œuvre. Le déni de justice que recèle le renvoi des parties dos à dos est en l'occurrence un aveu de faiblesse du système présomptif de la qualité d'auteur. C'est pour cette raison que le moyen de preuve de la qualité d'auteur tirée de la création semble parfaitement adapté pour parer à toute éventualité d'identification de l'auteur.

⁷⁹³ R. Yung, Loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, entretien, CCE, n° 4, av 2013, p 7-8.

⁷⁹⁴ Art L 331-1-3 CPI : « pour fixer les dommages-et-intérêts, la juridiction prend en considération distinctement : 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits (...) » ; C. Alleaume, La loi n° 2014 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, RJ Com, n° 54, juillet-Août 2015, p 434.

§2. Approche complémentaire de lutte contre la contrefaçon

439. Rappelons que l'évolution jurisprudentielle actuelle met l'accent sur l'établissement de l'élément moral dans l'examen du contentieux de contrefaçon tout en considérant que celle-ci est un délit intentionnel. Il a été évoqué plus haut⁷⁹⁵, le fait que deux personnes différentes peuvent dorénavant être considérées comme des auteurs s'il est établi que la ressemblance constatée sur les œuvres produites relève d'une rencontre fortuite. Il a été jugé que « La condamnation pour contrefaçon d'une œuvre peut être écartée en cas de rencontre fortuite ou de réminiscences »⁷⁹⁶. Mais c'est au contrefacteur prétendu de prouver l'existence de la rencontre fortuite ou des réminiscences⁷⁹⁷.

La rencontre fortuite tient du hasard ; c'est une coïncidence, un accident. Elle semble pouvoir s'expliquer par des effets de mode, par l'appartenance de deux auteurs à la même génération, abreuvée aux mêmes sources. Pour prouver la rencontre fortuite, le défendeur pourra, par exemple, démontrer qu'il n'a pas pris connaissance de l'œuvre prétendument reproduite lors de la création de la sienne. Les réminiscences s'expliquent par l'inconscient ; elles s'apparentent au *Subconscious Copying* du droit anglais. Le copieur a gardé l'œuvre copiée en mémoire inconsciemment. Pour prouver des réminiscences, il faudra certainement un faisceau d'indices notamment, prouver ou déduire l'existence, de fait, d'un degré de familiarité avec l'œuvre du plaignant⁷⁹⁸.

Bien que cela arrive assez rarement, le fait est révélateur d'une dimension nouvelle qui procède de la création de l'œuvre par chacun des auteurs. Dès lors, on ne peut retenir la contrefaçon dans le chef de l'une ou de l'autre des parties litigantes : dans le cas de la

⁷⁹⁵ Voir n° 337.

⁷⁹⁶ Cass Ire civ, 16 mai 2006, n° 05-11780, CCE, 2006, comm, 104, note C. Caron, (Arrêt Djobi Djoba).

⁷⁹⁷ Cass, Ire civ, 2 oct. 2013, n° 12-25941, ECLI :FR : CCASS :2013 :C101085, Gaz. Pal., 2 mars-avril 2014, p 979-980, Aff. M X c/ sté TF et associés et a (arrêt plus belle la vie) : l'auteur du roman intitulé l'héritage du lobotomisé prétend que des épisodes de la célèbre série télévisée Plus belle la vie contrefont son œuvre : aux articles L 111-1, L 111-2 et L 122-4 CPI s'ajoute l'article 1315 du code civil : ce dernier article est le poteau indicateur de la charge probatoire « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. C'est le jeu de ping-pong classique de la charge de la preuve.

⁷⁹⁸ Idem : Umberto Eco a raconté qu'il lui est arrivé de copier inconsciemment. Des années après avoir écrit *Le nom de la Rose*, il redécouvre un livre dans sa bibliothèque. Il réalise alors qu'il avait inconsciemment « photographié » dans son esprit cette œuvre achetée dans sa jeunesse, avant d'utiliser inconsciemment ses souvenirs pour écrire *Le nom de la rose*. Ce phénomène se nomme cryptomnésie.

rencontre fortuite, la ressemblance des œuvres en question relève du hasard dans la création des œuvres tandis que dans l'hypothèse des réminiscences, elle est le fait de l'inconscience. Dans ces conditions, c'est l'acte de création qui est pris en considération pour prouver la qualité d'auteur des litigants et écarter en conséquence le délit de contrefaçon. Dans des hypothèses pareilles, la preuve de la qualité d'auteur recherchée par le moyen de la divulgation de l'œuvre sous le nom de l'un ou de l'autre aurait abouti à une solution injuste. On ne peut donc plus s'arrêter au niveau de la ressemblance matérielle des œuvres ni de la date de création de l'œuvre pour caractériser la contrefaçon ; il faut aller plus loin jusqu'à considérer le contexte dans lequel l'acte de création a été accompli par chacun des litigants ou simplement, le contexte de création de chaque œuvre en cause⁷⁹⁹.

440. Outre la récusation de la seule ressemblance des œuvres qui insinuerait par ricochet imitation dans l'établissement chronologique de la contrefaçon et, conséquemment, son corollaire qu'est l'examen de l'antériorité de la création, on retient aussi que la mauvaise foi du contrefacteur doit être prouvée. Cela suppose qu'il ait eu connaissance que l'œuvre imitée ou illicitement exploitée appartient à autrui. Ce qui pose la question en quelque sorte de la publicité de l'acte de création, mieux son opposabilité aux tiers.

Dans cette perspective, la preuve de la qualité d'auteur par la création de l'œuvre se trouve au cœur de la nouvelle logique de la lutte contre la contrefaçon. En effet, la preuve de la qualité d'auteur tirée de l'acte de création est administrée par le témoignage de l'auteur de ce qu'il a effectivement réalisé l'œuvre ; il peut alors produire les détails de la réalisation de son œuvre par exemple, les lignes d'écriture du code source du logiciel, tout comme il peut se ménager un témoignage écrit suite à la déclaration de création. Au surplus, la synergie des organismes depuis les organismes de gestion collective de droits d'auteur et les syndicats jusqu'à l'organisme mondial, comme on va le voir, en passant par le niveau régional semble répondre à une double préoccupation : d'abord, disposer d'une base objective de données relatives aux identités d'auteurs ; ensuite, donner aux auteurs enregistrés la possibilité d'opposer *a priori*, à tout exploitant indélicat éventuel, les informations disponibles sur leurs

⁷⁹⁹ Cass civ., Ire ch., 12 décembre 2000, RIDA, 188, avril 2001, p 347 : « action en contrefaçon fondée sur les réminiscences entre deux œuvres musicales. Action rejetée par la cour d'appel au motif que si les œuvres (1) et (2) présentent entre elles des ressemblances, ces ressemblances proviennent des rencontres fortuites et de réminiscences communes avec les œuvres antérieures (...) En se référant à des réminiscences communes avec des œuvres antérieures, la cour n'a pas fondé sa décision sur la notion d'antériorité inopérante en matière de droit d'auteur. »

qualités afin d'établir le cas échéant la mauvaise foi dans l'établissement du délit de contrefaçon. De surcroît, l'agencement de la structure des déclarations de création faites par les auteurs à commencer par les organismes de gestion collective de droits d'auteur et les syndicats jusqu'à l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle en passant par la structure régionale, à l'échelle européenne, permet la vérification des informations sur les créateurs et leurs œuvres.

Conclusion du chapitre II.

441. Au regard de la vitesse vertigineuse avec laquelle les œuvres de l'esprit circulent actuellement à travers le monde, les organismes de gestion collective de droits d'auteur deviennent de plus en plus les interlocuteurs obligés en ce qui concerne la gestion des droits d'auteurs. Les organismes de gestion collective de droits d'auteur se dotent des moyens nécessaires pour assurer le suivi de l'exploitation des œuvres afin de récolter les droits qui reviennent aux auteurs. Ils utilisent les moyens de plus en plus sophistiqués de communication qui existent dans le monde globalisé sans oublier les accords de coopération conclus entre eux afin d'atteindre leurs objectifs.

442. La prise en compte de cette ossature des organismes de gestion collective de droits d'auteur pour recueillir les déclarations de création, exercice qui leur est du reste traditionnel, permet sans doute de disposer d'une base de données fiable des auteurs et de leurs œuvres afin de renforcer et de faciliter sur le plan structurel le système de preuve de la qualité d'auteur par l'acte de création. Les auteurs qui ne s'appuient pas sur la gestion collective des droits seront pris en charge par les sections de droit d'auteur des syndicats existant et particulièrement le syndicat des auteurs et compositeurs qui assure la défense des intérêts de tous les auteurs sans exclusion ni la moindre exigence d'une adhésion formelle. Le ministère de la culture centralisera ensuite les déclarations de créations faites auprès des sociétés d'auteur et des syndicats aux fins de la délivrance des actes ; il assure enfin la synergie nationale avec le GESAC au niveau européen et ainsi de suite jusqu'à l'échelle mondiale.

443. Ce qui change avec la déclaration de création, par rapport à la pratique de dépôt des œuvres existant actuellement dans les sociétés d'auteur, c'est d'abord la terminologie qui

est conforme à l'esprit du droit d'auteur par opposition au copyright ; ensuite, sa finalité orientée vers la preuve de la qualité d'auteur, la constitution d'une base de données des œuvres de l'esprit à la place des répertoires cloisonnés de chaque société pour des fins exclusives de gestion des droits et enfin, la stratégie de lutte contre la contrefaçon sur le plan des usurpations éventuelles des œuvres, laquelle est organisée à travers la structure de réception des déclarations de création mise en place.

En effet, l'architecture organique d'information conçue depuis les organismes de gestion collective de droits d'auteur et les syndicats jusqu'à l'organisation mondiale en passant par le chaînon européen se veut une stratégie de lutte contre la contrefaçon en ce que les auteurs des œuvres auront ainsi constitué une base de données pour faciliter non seulement la consultation en cas de besoin d'exploitation d'une œuvre donnée mais aussi et surtout l'identification des auteurs. Le contrefacteur ne saura plus prétexter l'ignorer en invoquant sa bonne foi et le débat lors des litiges de contrefaçon se focaliseront sur la création de l'œuvre et non pas sur l'antériorité ou la postériorité de la création ou encore sur la mention ou non du nom de l'auteur sur l'œuvre querellée. Telle est, du reste, la tendance actuelle de la jurisprudence en matière de contrefaçon en ce qu'elle admet qu'il n'y a pas lieu de caractériser la contrefaçon lorsqu'une œuvre identique a été réalisée de manière tout à fait fortuite par des personnes différentes. De cette manière, l'effort de pénalisation de plus en plus renforcé du délit de contrefaçon aura un soubassement qui lui permet d'être juste et efficace.

Conclusion du titre II.

444. Le caractère personnel de l'acte de création soulève quelques préoccupations relatives à son opposabilité sous l'angle de la preuve de la qualité d'auteur. L'environnement de l'auteur tout comme ses contraintes y compris son décès sont autant d'éléments à prendre en compte. Ainsi, en tant que seul critère de définition de la qualité d'auteur dans la conception personnaliste du droit d'auteur, l'acte de création est appelé à revêtir la forme objective dans l'intérêt de l'auteur.

445. Et puisque le formalisme non constitutif des droits d'auteur n'est pas interdit en droit d'auteur, la pyramide constituée des sociétés d'auteur et des syndicats à sa base et de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle au sommet offrira, dans l'intérêt probatoire de l'auteur, le relais formel des divers actes caractéristiques de la création de l'œuvre. L'auteur qui crée une œuvre doit faire la déclaration de création auprès de l'organisme compétent qui lui en donne acte. C'est une sorte de preuve à soi-même que l'auteur se ménage pour la défense de sa qualité et qui participe à la stratégie de lutte contre la contrefaçon.

446. La déclaration de création, en tant que témoignage écrit de la réalisation d'une œuvre par le truchement des organismes professionnels impartiaux n'est donc pas en soi un titre de droit d'auteur. Une mention particulière mérite d'être faite sur la nécessité de l'enregistrement physique et informatique des déclarations obligatoires de création afin de tenir compte de l'environnement dans lequel évolue désormais l'œuvre de l'esprit et sur le contenu réel de l'acte de création sans lequel la déclaration de création n'a aucune valeur. Car, on ne l'oubliera pas, c'est la création qui fait l'auteur.

447. La structuration et la synergie des organismes qui constituent la pyramide sus-évoquée permet la consultation de la base de données des œuvres de l'esprit à chaque niveau considéré et de dissuader par ricochet un éventuel contrefacteur. C'est donc un dispositif stratégique de lutte contre la contrefaçon relevant de la nécessité de la preuve de la qualité d'auteur. Il prend en compte les différents circuits et modes d'exploitation de l'œuvre de l'esprit. Intimement attachée à l'acte de création dont elle tire sa substance et sa raison d'être, la déclaration de création formalise ce dernier afin de faciliter et simplifier l'administration de

la preuve de la qualité d'auteur. Cela permet également aux entrepreneurs culturels d'être bien informés sur la qualité d'auteur de l'œuvre dont on veut poursuivre l'exploitation et de conclure, le cas échéant, en bonne et due forme, le contrat de cession des droits qui s'y rapporte.

448. Il est par ailleurs à noter la critique qui s'élève de plus en plus contre le caractère non formaliste du droit d'auteur comme étant un obstacle à l'exploitation normale des œuvres de l'esprit. C'est dans cette optique que s'inscrit le projet du parlement européen sur le titre unique européen du droit d'auteur. Cette initiative, loin de constituer un recul comme tel, rend plutôt compte du sens de réalisme afin de réconcilier finalement le droit d'auteur avec ses origines. Le formalisme probatoire que porte la déclaration de création se situe à mi-chemin entre le non formalisme et le formalisme de protection comme celui du copyright, de la propriété industrielle et celui du droit d'auteur pré-moderne. Aussi, la déclaration de création se trouve-t-elle dans la perspective de l'unification et de l'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle au sein de l'Union européenne.

Conclusion de la seconde partie

449. La preuve de la qualité d'auteur obtenue grâce à l'application de la présomption de paternité laisse subsister des incertitudes sur la personne du créateur de l'œuvre. Non seulement elle est limitée dans son application du fait qu'elle est soumise à l'exercice du droit de paternité, elle est également susceptible de violation par des tiers. Dès lors, elle porte en son sein les germes d'inefficacité dans la lutte contre la contrefaçon. De surcroît, le système probatoire de la qualité d'auteur basé sur la mention du nom sur l'œuvre part de l'idée que l'acte de création est délicat à établir et, de ce fait, il le considère comme étant l'élément inconnu nécessitant le recours à la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre divulguée. La pratique séculaire de la mention du nom de l'auteur sur son œuvre comporte des vertus pragmatiques indéniables. Or, il est apparu dans l'application de cette institution que l'acte de création demeure l'instance ultime de validation de résultat de la preuve. En effet, même lorsque les conditions d'application de la présomption de la qualité d'auteur se trouvent réunies, les juges finissent par vérifier que la mention du nom sur l'œuvre est faite dans le contexte de la création de l'œuvre⁸⁰⁰. Autrement, la présomption de paternité ne trouve pas application. Il appert que cette présomption manque en sus de légitimité dès l'instant où elle recourt à l'élément inconnu dont la délicatesse de caractérisation justifie son existence.

450. En revanche, le processus de génération du système probatoire envisagé remonte de l'acte de création comme moyen de preuve à travers la déclaration de création et, l'inverse quant à son administration. Ainsi, si la déclaration de création ne fait pas foi pour une partie, l'auteur prouvera sa qualité par les actes de création réellement posés. Cette possibilité est exclue dans l'approche probatoire de la présomption de paternité ; en effet, bien qu'elle admette la preuve contraire qui pourrait déboucher sur le récit de l'auteur, le juge qui recourt à l'acte de création, comme cela arrive souvent, contredit la présomption de paternité dans l'essence de son mode opératoire tendant à exonérer l'auteur de la charge de la preuve de sa qualité. En clair, la protection assurée à l'auteur par la présomption de paternité devient sujet à caution étant donné que le juge se réserve toujours le droit de le ramener à produire la preuve tant redoutée de sa qualité. Ainsi, même si la récusation du donner acte de la déclaration de création peut emmener l'auteur à justifier la création de l'œuvre par des actes

⁸⁰⁰ F. Donaud, *Le procès civil en contrefaçon*, thèse, université Paris-Saclay, déc. 2016, P 39, n° 43.

concrets, comme relevé ci-haut, le recours récurrent des juges à la création dans le contexte de la présomption de paternité laisse penser que cette dernière manque en réalité d'objet et donc, de pertinence. De surcroît, au regard des cas de discordances entre la mention du nom et la qualité d'auteur résultant de la violation du droit de paternité, il y a lieu de noter le défaut de lien logique entre la présomption de paternité et la qualité d'auteur qui procède de la création. Or, le système probatoire de la qualité d'auteur tirée de l'acte de création règle définitivement cette question d'autant que la déclaration de création fait corps avec la création elle-même.

451. Est-ce à dire que la déclaration de création ne peut pas faire l'objet d'une usurpation ? Loin s'en faut. Néanmoins, pareille éventualité a l'avantage de ramener le débat de la contrefaçon au cœur de la discipline à savoir, dans la création. L'argument de l'antériorité de la création en elle-même ne prospère plus de manière péremptoire. Il en est de même de la polémique sur la mention du nom d'un tel plutôt qu'un tel autre sur une œuvre donnée. Au contraire, comme pour l'examen de l'originalité d'une œuvre de l'esprit, il faut retourner dans le champ de la création de l'œuvre.

Alors que la présomption de paternité insinue que l'acte de création est délicat, difficile voire impossible à établir, le système probatoire envisagé se situe au centre de la création en rejoignant la preuve de l'originalité de l'œuvre, exercice traditionnel en droit d'auteur et condition même de son bénéfice. C'est de cette manière qu'on peut valablement et efficacement distinguer le créateur du non créateur d'une œuvre de l'esprit. La mention du nom sur l'œuvre voire même son omission pour diverses raisons ne va plus gêner les impératifs de la publicité ou du marketing par exemple ni refléter les rapports de force entre l'auteur et les entrepreneurs culturels, lesquels entraînent des cas de violation du droit de paternité. C'est pour cela que lors de la déclaration de création auprès des organismes compétents, l'auteur doit être la personne physique qui a créé l'œuvre.

452. S'agissant de la protection du droit d'auteur et de son effectivité, l'approche de la preuve de la qualité d'auteur par le moyen de l'acte de création présente des avantages indéniables. L'examen des points de ressemblance des œuvres et celui de l'antériorité de la création consistant en la comparaison des dates avancées par les protagonistes semblent constituer des indications secondaires. Ce qui compte alors c'est la création elle-même dont la démonstration assure la preuve de la qualité d'auteur. Dans cette optique, deux personnes

peuvent réaliser de manière tout à fait fortuite des œuvres à tous points identiques sans qu'il y ait à caractériser la contrefaçon dans le chef de l'une ou de l'autre. En revanche, la démarche fondée sur la mention ou non du nom de l'auteur ou encore celle de l'examen des points de ressemblance et de l'antériorité des œuvres peut se solder par la déclaration de l'auteur qui a postérieurement réalisé son œuvre comme étant le contrefacteur. Cette vision des choses comporte vraisemblablement sans le savoir une certaine injustice qui ne dit pas son nom. Dès lors, le renforcement de la sanction du contrefacteur par le biais des dommages-et-intérêts à infliger ne sert pas la cause de la lutte contre la contrefaçon. En revanche, en prouvant la qualité d'auteur par l'acte de création et en obtenant le témoignage de cela grâce au système de déclaration obligatoire de création, la stratégie globale de lutte contre la contrefaçon en sort bien renforcée et la sanction, le cas échéant, amplement justifiée.

453. Dans cet élan de cohérence retrouvée au sein de la discipline du droit d'auteur, il sied de penser à la place que devrait occuper la présomption de paternité. En effet, l'effort de prouver la qualité d'auteur par la présomption de paternité assise sur le droit moral assurant le lien entre l'auteur et son œuvre a montré ses limites en termes de garanties de certitude de l'identification du créateur de l'œuvre de l'esprit. Ainsi, comme dans ses origines anglo-saxonnes, la présomption de paternité se voudra simplement une présomption d'attribution des droits d'auteur soit au créateur, ce qui relève de la nature des choses, soit à celui à qui ce dernier cède ses droits soit encore au promoteur d'une œuvre collective. Aussi, l'auteur conserve-t-il son droit de paternité qu'il peut exercer pour exiger ou non que son nom soit mentionné sur son œuvre mais, cette mention ne peut véritablement servir de preuve certaine de sa qualité ; celle-ci découle de l'acte de création seul.

CONCLUSION GENERALE

454. La conclusion de la présente étude s'articule autour de trois questions soulevées en vue de la réflexion sur la preuve de la qualité d'auteur en droit d'auteur. Il s'agit de la charge de la preuve de la qualité d'auteur, du moyen le plus adéquat pour arriver à identifier avec certitude l'auteur d'une œuvre de l'esprit ainsi que de la garantie d'efficacité dudit moyen dans la lutte contre la contrefaçon. Ce questionnement, il faut le rappeler, s'inscrit globalement dans la finalité du droit d'auteur consistant en la protection de l'auteur. Celui-ci étant, d'après la conception personnaliste du droit d'auteur, compris au sens d'une personne physique, créatrice de l'œuvre de l'esprit.

Et puisque l'auteur est celui sur la tête de qui naissent les droits sur son œuvre, le niveau de certitude de la preuve de sa qualité doit être suffisamment élevé pour éviter de commettre une erreur sur sa personne. Car, comme l'a écrit Carbonnier, l'exigence de la preuve est fonction de l'intérêt en jeu⁸⁰¹.

455. Le choix opéré par le législateur français dans la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique pour prouver la qualité d'auteur est principalement celui de la présomption de paternité. Cette présomption est ainsi appelée en ce qu'elle repose sur l'exercice du droit de paternité, prérogative qui permet à l'auteur d'exiger ou non la mention de son nom sur son œuvre⁸⁰². Ce dispositif légal de la preuve de la qualité d'auteur a été jugé inefficace et incertain sous le triple angle de l'administration de la preuve, du mécanisme qui sous-tend celle-ci et du point de vue de la lutte contre la contrefaçon.

456. Sur le plan de l'administration de la preuve, le choix opéré par le législateur tend à décharger l'auteur du fardeau probatoire de sa qualité en ce qu'il ne prouve pas sa qualité ; cette charge revient à celui qui la conteste. C'est une forme de protection sur le plan de la preuve puisque, comme le note Carbonnier, « si celui à qui la charge incombe ne parvient pas à prouver, sa prétention sera rejetée ; il perdra le procès, il perdra même son droit (...). La charge de la preuve (*onus probandi*) désigne ainsi le perdant éventuel pour le cas de doute sur

⁸⁰¹ J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, vol I, Paris, Puf, 1956, p 336 : « il pourrait y avoir, semble-t-il, abus de droit à réclamer une preuve, sinon, impossible, du moins disproportionnée à l'intérêt en jeu ».

⁸⁰² Voir n° 47.

le fond du droit ; c'est ce qu'on appelle parfois l'imputation du risque de la preuve. »⁸⁰³

A cet égard, il a été démontré que l'auteur est néanmoins tenu de prouver qu'il a divulgué l'œuvre et ce, en son nom. Si tel n'est pas le cas, la présomption de paternité ne s'applique pas. Bien plus, s'agissant d'une présomption simple, c'est-à-dire admettant la preuve contraire, il n'est pas totalement exclu que l'auteur soit amené à prouver sa qualité. Cela arrive en effet en cas de renversement de la présomption. Entreprise certes délicate, au sens de la preuve négative visant à démontrer que l'auteur présumé n'en est pas un en réalité mais, pas impossible si elle est perçue positivement en démontrant qu'on a effectivement réalisée l'œuvre dont la paternité est en cause. Bref, la présomption de paternité n'est pas une dispense de preuve mais simplement un allègement soumis du reste à l'épreuve de la preuve contraire libre. Il en résulte que la protection qui procède de l'allègement de la charge de preuve n'est pas absolue pour l'auteur.

457. Au surplus, en tant que présomption légale qui est parfois un moyen pour le législateur de camoufler la réalité des choses, la logique aurait voulu alors qu'en tant que telle, la présomption de paternité s'impose comme une règle de droit au juge contraint de l'appliquer tout simplement ; or, ce n'est pas le cas. Lorsqu'un plaideur sollicite le bénéfice de la présomption de la qualité d'auteur, le juge y exerce son office afin d'apprécier les conditions de son application. C'est alors qu'il lui arrive d'exiger même d'office que la personne dont le nom est mentionné sur l'œuvre justifie avoir joué un rôle créatif dans la réalisation de l'œuvre. Si la loi ne fait pas explicitement mention de l'acte de création dans la formulation de la présomption sous examen au point où la doctrine la tient pour une notion dont l'application ne semble pas aisée, la jurisprudence atteste pour sa part le contraire en le considérant comme une donnée fondamentale et incontournable. En pratique, la jurisprudence indique que l'office du juge s'applique sur la présomption de la qualité d'auteur grâce aux ressources du droit processuel et arrive souvent à subordonner son application à la justification du rôle créatif effectivement joué par le requérant alors même que les conditions légales requises sont bien remplies. Il peut disqualifier et requalifier les faits de la cause à cette fin sur requête voire même d'office. Il suit que l'avantage du transfert de la charge probatoire que représente la présomption n'est plus totalement garanti.

⁸⁰³ J. Carbonnier, *Droit civil*, préc., p 336.

458. La question fondamentale qui se dégage de cette juridiction du juge sur l'application de la présomption de paternité à l'égard de la personne physique est celle de savoir si le recours à la condition de création n'est pas de nature à vider la présomption de paternité de son objet, de toute sa substance étant donné que, selon la doctrine, son institution se justifie par le fait que l'établissement de la création s'avère délicat⁸⁰⁴. La présomption de paternité manquerait de ce point de vue d'intérêt compte tenu du fait qu'elle a été conçue pour contourner la difficulté d'établir la création de l'œuvre.

459. De la même manière, lorsqu'on affirme que la preuve contraire de cette présomption est libre, cela n'échappe pas à l'office du juge qui procède à la validation des moyens de preuve apportés à l'instance de telle sorte que la vacillation jurisprudentielle qui en résulte entraîne une certaine insécurité dans le chef de l'auteur appelé à revendiquer sa qualité aussi longtemps qu'il ne s'appuie pas sur l'acte de création de l'œuvre. En effet, mu par la volonté de rechercher la vérité en admettant la preuve contraire libre, le législateur ne précise pas le moyen de preuve à apporter pour renverser ladite présomption. Plutôt que d'être un moyen de protection de l'auteur, cette liberté comporte une certaine incertitude pour le véritable auteur qui tenterait de renverser la présomption de la qualité d'auteur. L'incertitude de l'auteur atteint son paroxysme lorsque le juge arrive à appliquer la présomption de la qualité d'auteur, non pas à la personne physique, conformément à la conception personnaliste du droit d'auteur français, mais également à une personne morale. Le moyen de preuve de la qualité d'auteur est ainsi soumis à la souveraine appréciation du juge qui peut aller dans un sens comme dans l'autre.

460. Du point de vue du moyen de preuve de la qualité d'auteur, par l'option levée en faveur de la présomption de paternité fondée sur la mention du nom de l'auteur sur son œuvre, le législateur a voulu permettre à l'auteur d'avoir la mainmise sur sa création par le truchement de l'exercice du droit moral de paternité. Ce moyen de preuve présente des qualités pratiques indéniables en ce que dans les conditions idéales, le droit pour l'auteur de proclamer sa paternité se relie à la création intellectuelle dont l'honneur doit rejaillir sur le créateur⁸⁰⁵. A cela s'ajoute le caractère inaliénable du droit moral dont Louis Vaunois a, très

⁸⁰⁴ Voir n° 55.

⁸⁰⁵ C. Colombat, op cit, p 133.

tôt après l'adoption de la loi du 11 mars 1957, souligné l'impossibilité d'application parfaite⁸⁰⁶. Dans ce cas, la présomption qui utilise la technique de l'exercice du droit de paternité, va effectivement poser en conséquence la question de son étendue et par ricochet, celle de la certitude dans l'identification de l'auteur au moyen de l'approche probatoire nominale. Sur ce point précis, il s'est avéré que le champ d'application de la présomption de paternité est limité. En effet, il existe des œuvres qui ne portent pas la mention des noms de leurs auteurs conformément aux usages professionnels propres à chaque art. Il en est ainsi des œuvres d'art appliqué et des œuvres d'architecture dont l'exercice du droit de paternité est peu revendiqué. En effet, compte tenu du caractère spécifique des œuvres d'art appliqué découlant de leur fonction utilitaire, la mention du nom des auteurs n'est généralement pas de mise. Les œuvres de commande pour la publicité sont à inclure dans cette énumération. La catégorie des œuvres informatiques, notamment le logiciel, pose à son tour des problèmes particuliers quant à l'exercice du droit de paternité. En effet, les auteurs salariés dont les droits patrimoniaux sont cédés par la force de la loi aux investisseurs, aux employeurs ne manifestent pas assez d'intérêt à revendiquer la mention de leurs noms sur les œuvres⁸⁰⁷.

461. Rendre obligatoire la mention du nom de l'auteur sur son œuvre, comme l'a fait le législateur ivoirien⁸⁰⁸, reviendrait à changer en un devoir la nature du droit, dont l'exercice est discrétionnaire et partant, demeure une faculté. L'indication du nom de l'auteur n'est pas une obligation affirme sans ambages M. Colombet⁸⁰⁹. Il faut également considérer le fait que le droit de paternité est susceptible d'être violé par des tiers usurpateurs, lesquels s'attribuent par leurs signatures les œuvres appartenant à autrui. Ce qui est de nature à fausser la preuve de la qualité d'auteur qui repose sur l'exercice du droit de paternité. En somme, la présomption de la qualité d'auteur se veut une vérité légale apparente et statistique ; puis, son application ne couvre qu'une partie des œuvres et non pas la totalité.

⁸⁰⁶ L. Vaunois, L'évolution du droit moral, in Mélanges Marcel Plaisant, études sur la propriété industrielle littéraire et artistique, Paris, Sirey, 1960, p 295. : « On a beau proclamer que le droit moral est sacré, inviolable, inaliénable, imprescriptible. Beau principe ! Mais on sent bien, en dépit qu'on en ait, que l'application totale de ce principe est impossible ».

⁸⁰⁷ Voir n° 105.

⁸⁰⁸ Voir n°114.

⁸⁰⁹ C. Colombet, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 9 ème édition, Paris, Dalloz, 1999, p 135.

462. On peut alors aller plus loin jusqu'à se poser la question de la rationalité de fonder la preuve de la qualité d'une personne sur l'exercice d'un droit découlant de cette même qualité. Ne serait-il pas judicieux de considérer en l'espèce l'acte-source plutôt que ses conséquences pour plus de certitude ? A notre humble avis, une telle démarche se montre plus réaliste et porteuse des vertus probatoires irréfutables.

463. En droit comparé, on peut noter que la présomption de paternité connaît pratiquement la même situation de limitation du champ d'application dans le copyright où certaines catégories d'œuvres sont exclues du champ d'application de la présomption d'attribution de droits. En effet, le copyright britannique en exclut les œuvres non publiées, les œuvres non originales, les programmes d'ordinateur ou encore les œuvres réalisées dans le cadre du contrat de travail tandis qu'à l'inverse, le copyright américain en exclut toutes les œuvres à l'exception des œuvres d'art visuel.

464. Bien plus, il est du reste curieux de voir que la preuve de la qualité d'auteur prenne son point de départ à partir de la divulgation de l'œuvre exactement comme le faisaient et le font encore le copyright britannique et américain au lendemain de l'adhésion à la convention de Berne. Et pourtant, on sait bien que le copyright a construit son système sur le socle de la publication de l'œuvre puisque l'intérêt de la collectivité est primordial et doit à tout prix être bien protégé. C'est pour cela qu'il considère l'œuvre déjà créée et s'intéresse plus aux utilisations qui peuvent en être faites depuis la publication. Tel n'est pas le cas pour le droit d'auteur français qui, lui, est tourné vers l'auteur qui est à l'origine de l'œuvre par le biais de la création.

465. Par ailleurs, alors que de part et d'autre on affirme que l'auteur est le créateur de l'œuvre, la présomption de paternité ou d'attribution, selon les cas, vise l'identification exclusive du créateur de l'œuvre dans le système du droit d'auteur au moment où le copyright semble admettre que la même présomption identifie les titulaires de droits parmi lesquels se trouve l'auteur-créateur. Celui-ci est dans le copyright traité de la même manière que les autres titulaires de droits notamment par le jeu de la renonciation de la qualité d'auteur. En effet, dès que l'œuvre est divulguée, le copyright britannique ou américain prévoit que le droit moral d'identification peut faire l'objet de renonciation par le créateur ; il suit que celui dont

le nom est mentionné sur l'œuvre n'est pas toujours et forcément le créateur de l'œuvre. C'est une manifestation de la vision diamétralement opposée de deux systèmes ; l'un orienté vers l'auteur tandis que l'autre vers l'œuvre ou sa diffusion au public.

Ainsi, quoiqu'on constate que la présomption de paternité ou d'attribution des droits s'applique un peu partout dans le monde, la portée n'est cependant pas la même dans tous les systèmes juridiques. Alors se pose la question de la justification de l'emprunt de l'institution de la présomption de la qualité d'auteur propre au copyright dans le système du droit d'auteur.

466. Ainsi, bien qu'ayant apparemment la même origine formelle, à savoir l'article 15 de la convention internationale de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques, la présomption de paternité comme preuve de la qualité d'auteur ne connaît pas une application identique dans tous les systèmes juridiques en présence. Cette limite spatiale est confirmée par l'accord sur les aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'organisation mondiale du commerce (ADPIC) qui prescrit l'inopposabilité du droit moral dans le règlement de différends internationaux soumis à sa compétence.

467. Dans cette configuration de limitation du champ d'application de la présomption de paternité ainsi que les disparités qui existent entre le système de droit d'auteur et le copyright, il y a lieu de s'interroger légitimement sur les garanties de certitude de la preuve de la qualité d'auteur dès lors qu'il se dégage une inadéquation manifeste de cette présomption avec la création de l'œuvre. Il est établi, d'une part, qu'aucune œuvre de l'esprit ne peut exister en tant que telle sans être créée par son auteur, et d'autre part, que certaines œuvres peuvent ne pas porter la mention des noms de leurs auteurs ou encore qu'à travers le monde, les noms mentionnés sur les œuvres ne sont pas forcément ceux de leurs auteurs-créateurs. Aussi, découle-t-il que la portée de l'acte de création comme moyen de preuve de la qualité d'auteur est plus grande que celle du système probatoire de la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre.

467. Enfin, sur le plan de la participation de la preuve de la qualité d'auteur à la lutte contre la contrefaçon, il sied de noter d'abord que le système probatoire basé sur la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre comporte le risque de permettre au contrefacteur de semer la confusion sur la qualité d'auteur en cas d'omission de la mention du nom de l'auteur sur

l'œuvre. En effet, chaque fois que l'auteur rencontrera une difficulté dans la mention de son nom, cela peut profiter au contrefacteur de sorte qu'on ne saura pas à proprement parler qui est le véritable auteur de l'œuvre. Bien plus, la présomption de titularité reconnue à l'exploitant pour agir en contrefaçon en l'absence de toute revendication de l'auteur revêt certes un avantage pratique indéniable mais aussi le danger d'opacité dans l'identification de l'auteur de l'œuvre qui peut profiter au contrefacteur. En effet, le fait pour l'exploitant de ne pas prouver sa qualité risque de couvrir des zones d'ombre sur l'identité réelle de l'auteur.

En revanche, l'évolution de la tendance jurisprudentielle sur les conditions d'établissement du délit de contrefaçon met en exergue l'importance de la notion d'acte de création qui retrace le contexte originel des œuvres de l'esprit. En effet, la jurisprudence française avait dans le passé retenu la présomption de mauvaise foi dans le chef du contrefacteur en ne considérant que la ressemblance des œuvres afin d'établir la contrefaçon, en dispensant de rapporter la preuve de l'élément intentionnel⁸¹⁰. Dans cette optique, on comprend bien toute l'importance que revêt la notion d'antériorité de la création d'une œuvre par rapport à une autre⁸¹¹. La question fondamentale qui se pose est celle de savoir qui a copié qui. Cette tendance semble dépassée pour considérer que la contrefaçon est un délit intentionnel qui exige la preuve de l'élément moral ou de la mauvaise foi, s'agissant d'un délit porté devant le juge pénal ou civil ; à défaut, il y a, d'une part, violation du principe de légalité qui impose la réunion des éléments légal, matériel et intentionnel ou moral de l'infraction ; et d'autre part, violation du principe de l'égalité des armes résultant de la notion du procès équitable applicable également dans le procès civil⁸¹². Il a été fait ainsi état de la nécessité de vérifier si la ressemblance entre les œuvres n'est pas une rencontre fortuite ou encore si elle procède des réminiscences issues d'une source d'inspiration commune, auquel cas, il n'y a pas lieu de retenir la contrefaçon⁸¹³. Cela revient à se poser la question de savoir comment l'œuvre a été créée par chaque partie afin de déterminer s'il y a contrefaçon ou non.

⁸¹⁰ Voir n° 337.

⁸¹¹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, 2ème édition, Paris, Economica, 2014, p 209, n° 240 : sauf dans l'hypothèse où on cumule la protection de la propriété industrielle avec celle du droit d'auteur en vertu de l'unité de l'art sur un dessin ou modèle enregistré par exemple, le critère d'antériorité ne peut valoir pour la protection exclusive d'une œuvre au titre du droit d'auteur.

⁸¹² Voir n° 337.

⁸¹³ Voir n° 337.

On ne se limite pas seulement à la simple ressemblance des œuvres en cause pour affirmer que celle dont la date de création est postérieure est une contrefaçon.

468. De ce qui précède, force est de constater que le droit de la preuve de la qualité d'auteur actuellement en vigueur subit dans son application l'influence, d'une part, du droit processuel qui ramène constamment l'auteur à prouver sa qualité, et d'autre part, du droit substantiel qui le focalise sur l'acte de création en tant que véritable fondement de la paternité. Cette double influence positive vise la certitude de l'outil probatoire de la qualité d'auteur.

469. Dans cette quête de la certitude de la preuve de la qualité d'auteur, le législateur a retenu une présomption de type particulier pour les auteurs des œuvres audiovisuelles. A la place de la présomption de paternité comme telle, une liste des coauteurs de cette catégorie d'œuvres a été dressée en raison des fonctions des personnes. Ces fonctions ou titres renvoient en réalité à la création de l'œuvre ou au rôle créatif de chacun dans la réalisation de l'œuvre audiovisuelle. On n'a donc plus uniquement le nom de l'auteur mentionné sur l'œuvre mais aussi la référence au travail créatif accompli par chacun ; ce qui dénote une certaine avancée. Le seul reproche qu'on peut faire à cette évolution positive est que le titre ou la fonction peut ne pas refléter le travail réellement accompli.

470. Il suit que l'acte de création auquel le juge fait constamment recours se veut le moyen qui assure avec certitude la preuve de la qualité d'auteur. C'est l'alternative crédible du système probatoire de la présomption de la qualité d'auteur en vue de tendre toujours et de plus en plus vers l'idéal de la vérité sur la question sous étude. L'orientation législative de la preuve de la qualité de coauteurs des œuvres audiovisuelle tournée vers la création constitue une indication importante.

471. Aussi, la présente étude propose-t-elle au législateur français :

Primo : amender la loi sur la propriété littéraire et artistique afin de consacrer que la qualité d'auteur appartient à la personne physique qui établit la création de l'œuvre de l'esprit. En conséquence, la présomption de paternité sera considérée comme une règle d'attribution des droits patrimoniaux d'auteurs sur une œuvre donnée.

La création est une activité spécifique à la personne physique, seule capable de concevoir dans sa pensée et réaliser concrètement une œuvre de l'esprit par les formes personnelles qu'elle lui donne. Ainsi, la démonstration de la mise en forme d'une œuvre est le moyen de preuve par excellence de la qualité d'auteur. Il s'agit pour l'auteur de démontrer que ce sont ses expériences personnelles, de sa vie, de son milieu, de son histoire qui sont traduites dans la forme qu'il a donnée à l'œuvre.

La vertu essentielle de la création en tant que moyen de preuve de la qualité d'auteur repose sur le fait que c'est l'acte qui qualifie l'auteur, lequel consiste à faire le distinguo entre le créateur et le non-créateur d'une œuvre de l'esprit. Ainsi, partant de la preuve de la qualité d'auteur tirée de l'acte de création de l'œuvre de l'esprit, les manœuvres des contrefacteurs peuvent être limitées, notamment, sur le jeu d'usurpation des œuvres ou encore en cas d'omission de la mention du nom de l'auteur sur son œuvre. De même, s'il s'avère que deux personnes mentionnent leurs noms respectifs sur une création quelconque, la solution quant à savoir qui est contrefacteur et qui ne l'est pas sera à rechercher au niveau de la création ; question que le système présomptif de la qualité d'auteur ne pouvait en lui-même résoudre.

472. Secundo : instituer la formalité probatoire de la déclaration de création pour faciliter la preuve de la qualité d'auteur.

Compte tenu du statut délicat de l'auteur tant dans son évolution historique que dans le contexte actuel de travail, l'acte de création comme moyen de preuve de sa qualité est certes crucial mais en même temps subjectif. En effet, non seulement, l'auteur peut se trouver handicapé par des contraintes de divers ordres en rapport avec son environnement immédiat mais aussi la circulation rapide de son œuvre à travers le monde globalisé ou le décès de ce dernier peut entraver durablement la production des moyens de preuve. Aussi, est-il apparu nécessaire que la création de l'œuvre fasse l'objet d'une déclaration auprès des instances compétentes pour valoir à toutes fins d'écrit-témoignage.

473. Le formalisme probatoire de la preuve de la qualité d'auteur basée sur l'acte de création se situe à mi-chemin entre le formalisme constitutif des droits proscrit par le droit d'auteur et l'absence totale de toute formalité dans la discipline. Il relance ainsi en quelque

sorte la question récurrente du formalisme en droit d'auteur tout en ouvrant le chantier de la réflexion que suggère déjà le projet du parlement européen sur le titre de droit d'auteur.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A. Ouvrages français.

- Aynès A. et Vuitton X., Droit de la preuve. Principes et mise en œuvre processuelle, Droit et professionnels, Paris, LexisNexis, 2013.
- Beaufort V., Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Paris, vuibert, 2009.
- Benhamou F. et Farchy F., Droit d’auteur et copyright, Paris, La découverte, 2009.
- Bensamoun A., Labarthe F. et Tricoire A., L’œuvre de l’esprit en question (s), un exercice de qualification, Actes de colloque, mare & martin, 2015.
- Bernault C. et Clavier J-P., Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle, 2^e édition, Ellipses, 2015.
- Bernault C., La propriété littéraire et artistique appliquée à l’audiovisuel, Paris, LGDJ, 2003.
- Bernault C., Open Access et droit d’auteur, Bruxelles, Larcier, 2016.
- Bertrand A., Le droit d’auteur et les droits voisins, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1999.
- Binctin N., Droit de la propriété intellectuelle, droit d’auteur, brevet, droits voisins, marques, dessins et modèles, 3^e édition, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.
- Bouchet-Le Mappian E., Propriété intellectuelle et droit de propriété, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013.
- Bourdieu P., Les règles de l’art, Genèse et structure du champ littéraire, Paris, Seuil, 1998.
- Bruguière J-M., Droit des propriétés intellectuelles, 2^e édition, éd ellipses, Paris, 2011.
- Bry G., La propriété industrielle, littéraire et artistique, Sirey, 1911.
- Carbonnier J., Droit civil, Introduction, les personnes, la famille, l’enfant, le couple, vol I, Paris, Puf, 1956.
- Caron C., Droit d’auteur et droits voisins, 3^e édition, Paris, LexisNexis, 2014
- Chartier R., Culture écrite et société : l’ordre des livres (XIV-XVIII^e siècle), Albin Michel, 1996.

- Colombet C., Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé, 2^e édition, Litec-UNESCO, 1992.
- Colombet C., Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 9^e édition, Paris, Dalloz, 1999.
- Cornu G., Droit civil, Introduction, les personnes, les biens, 9^{ème} édition, Montchrétien, 1999.
- Desbois H., Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Paris, Litec, 1960-1961.
- Desbois H., Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Paris, 1969-1970.
- Desbois H., La jouissance et l'exercice des droits intellectuels appartenant à des employés et à des fonctionnaires, contributions françaises aux III^{ème} et IV^{ème} congrès internationaux de droit comparé, Sirey, 1959.
- Desbois H., Le droit d'auteur en France, 1^{re} édition, Paris, Dalloz, 1966.
- Desbois H., Le droit d'auteur en France, 3^e édition, Dalloz, 1978.
- Dulong de Rosnay M. et Le Crosnier H., Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation, Paris, éditions CNRS, 2013.
- Dupuis M. et Nowak L., Droit de la propriété littéraire et artistique, droit d'auteur et droits voisins, Lexi Fiche, Enrick B éditions, 2014.
- Fabre G., Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation : les multinationales face à l'économie de la connaissance, publications des universités de Rouen et du Havre, Mont-Saint-Aignan, 2009.
- Farjat G., L'ordre public économique, Paris, LGDJ, 1963.
- Fauchoux V., Deprez P. et Bruguière J-M., Le droit et l'internet, 2^e édition, Paris, éd. LexisNexis, 2013.
- Françon A., La propriété littéraire et artistique, Paris, Puf, 1970.
- Gautier P-Y., Propriété littéraire et artistique, 7^e édition, Paris, PUF, 1991.
- Gautier P-Y., Propriété littéraire et artistique, 8^e édition, Paris, Puf, 2012.
- Gautier P-Y., Propriété littéraire et artistique, 9^e édition, Paris, Puf, 2015.
- Gautier P-Y., Propriété littéraire et artistique, 10^e édition, Paris, Puf, 2017.
- Girard F., Essai sur la preuve dans son environnement culturel, T. I et T. II, Marseille, Presses universitaires de Marseille, 2013.
- Huet M., L'architecte auteur, Éditions Le Moniteur, 2006.

- Hume D., *Treatise of Human Nature*, Paris, Montaigne, 1947.
- Ickowicz J., *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Monts, les presses du réel, 2013.
- Laboulaye E. et Guiffrey G., *La propriété littéraire au XVIIIème siècle*, Paris, 1859.
- Lalignant O., *La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français*, Paris, LGDJ, 1983.
- Lalignant O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?* Presses universitaires d'Aix-Mareilles, 1999.
- Le Cam S., *L'auteur professionnel. Entre droit d'auteur et droit social*, Paris, édition LexisNexis, 2014.
- Leloup J-M., *Le journal, les journalistes et le droit d'auteur*, Litec, 1962.
- Lévy-Bhrul H., *La preuve judiciaire, Essai de sociologie judiciaire*, Paris, éditions Librairie Marcel Rivière et Cie, 1963.
- Lévy-Bruhl H., *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Paris, librairie Marcel Rivière, 1964.
- Lucas A., Lucas H-J. et Lucas-Schloetter A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4è édition, Paris, LexisNexis, 2012.
- Lucas A., *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 2004.
- Lucas-Schloetter A., *Droit moral et droits de la personnalité. Etude de droit comparé français et allemand, tome II*, Aix-En-Provence, PUAM, 2002.
- Nguyen Duc Long C., *La numérisation des œuvres, Aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Paris, Litec, 2001.
- Onimus J., *Etrangeté de l'art*, Paris, PUF, 1992.
- Paullaud-Dulian F., *Droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005.
- Pollaud-Dulian F., *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, 2è édition, Paris, Economica, 2014.
- Rippert G., *Les forces créatrices du droit*, 2è édition, LGDJ, 1955.
- Sirinelli P., *Propriété littéraire et artistique*, 3è édition, Paris, Dalloz, 2016.
- Terré F., *Introduction générale au droit*, 9è édition, Paris, Dalloz, 2012.
- Vessillier-Ressi M., *Le métier d'auteur*, Paris, Dunod, 1982.

- Vivant M. et Bruguière J-M., Droit d’auteur et droits voisins, 3è édition, Paris, Dalloz, 2016.
- Vivant M. et Bruguière J-M., Droit d'auteur, 1ère édition, Paris, Dalloz, 2009.
- Vivant M. et Bruguière J-M., Le droit d'auteur et droits voisins, 2è édition, Paris, Dalloz, 2012.
- Warusfel B., La propriété intellectuelle et l'internet, Evreux, Dominos Flammarion, 2001.

B. Ouvrages étrangers

- Bently L. et Sherman B., Intellectual Property Law, 3è édition, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Berenboom A., Le nouveau droit d’auteur et les droits voisins, 2è édition, Bruxelles, Larcier, 1997.
- Cass R A. et Hylton K N., Laws of Creation, property rights in the world of ideas, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University press, 2013.
- De Visscher F. et Michaux B., Précis du droit d’auteur et des droits voisins, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- Dessemontet F., Le droit d’auteur, Lausanne, Cedicac, 1999. Cherpillod I., L’objet du droit d’auteur, Lausanne, CEDIDAC, 1985.
- Fohrbeck K. et Wiesand A-J., La situation sociale des artistes en République fédérale d’Allemagne, Bonn, Inter Nationes, 1980.
- Goldstein P., International Copyright, Principles, Law and Practice, Oxford University Press, 2001.
- Joyce C., Ochoa T., Carroll M., Leafner M., et Jaszi P., Copyright Law, 10è édition, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2016.
- Kumbu ki Ngimbi, J-M., Droit de la propriété intellectuelle, 2è édition, Kinshasa, Galimage, 2005.
- Lipszyc D., Droit d'auteur et droits voisins, UNESCO, 1997.
- Mukendi Lunguluka J-M., Le droit d’auteur, 1^{re} édition, Kinshasa, Forum pour la diffusion du droit d’auteur, médical et sportif, ASBL, 2007.
- Patterson LR., Copyright in Historical Perspective, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968.

- Rahmatian A., Copyright and Creativity, The Making of Property Rights in Creative works, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- Ricketson S. et Ginsburg J C., International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and beyond, vol 1, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Rosenthal Kwall R., The Attribution Right in the United States : Caught in the crossfire between copyright and section 43(A), Washington Law Review Association, 2002.
- Strowel A. et Derclaye E., Droit d’auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia. Droit belge, européen et comparé, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- Strowel A., Droit d’auteur et copyright, Divergences et convergences. Etude de droit comparé, Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 1993.

II. ARTICLES

- A Bill of encouragement of Learning, and for Securing the Property of Copies of books to the Rightfull Owners thereof in http://www.copyrighthistory.org/record/uk_1710a.
- Bensamoun A., Portrait d’un droit d’auteur en crise, RIDA, n° 224, avril 2010.
- Bernault C., Accès à la connaissance et droit d'auteur, in mélanges à l'honneur du professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014.
- Bernault C., Conditions d’application de la présomption de la qualité d’auteur, in L’essentiel, 15 mars 2013.
- Bernault C., Objet du droit d’auteur- Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2), JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1135, 23 Mars 2012, mise à jour le 15 Sept. 2014.
- Boutet M., Considérations générales, RIDA, numéro spécial, XIX avril 1958.
- Bruguière J-M., Question de fond : la personne morale auteur ? Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, 2è éd., Paris, Dalloz, 2015.
- Caron C., L’auteur et la présomption de titularité des personnes morales, CCE, n° 2, fév. 2013.
- Clegg, Commentaires sur Royal Charter of the Company of Stationers : « The Stationers (...) agreed to act as the willing watchdogs of the press », in http://www.copyrighthistory.org/record/uk_1557.

- Clément-Fontaine M., Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de création, RIDA, n° 235, janvier 2013.
- Desbois H., Le droit moral, RIDA, I/1958.
- Desjeux X., La mise en scène de théâtre est-elle une œuvre de l'esprit ? : RIDA 1/1973.
- Dreyer E., La loi pénale applicable à la contrefaçon littéraire et artistique, in mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, 2014.
- Dussolier S., L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur, in Mélange à l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, Paris, 2014.
- Fometeu J., L'opposabilité des droits d'auteur, in Mélanges à l'honneur du professeur André Lucas, Paris, NexisLexis, 2014.
- Gaudrat P., Le point de vue d'un auteur sur la titularité, in I De Lamberterie, Le droit d'auteur aujourd'hui, éd CNRS, Paris, 1991.
- Gaudrat P., Notion de divulgation, JurisClasseur de propriété littéraire et artistique, fascicule, 1211, n° 2, édition JurisClasseur, mise à jour 3 juillet 2001.
- Gaudrat P., Objet du droit d'auteur, œuvres protégées, notion d'œuvre, CPI art. L 111-1, L. 112-1, L. 112-2, J-Cl propriété littéraire et artistique, fasc. 1134, 2008.
- Gautier P-Y., Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan ; à propos de l'arrêt CA Paris, 12 septembre 2008, LegalNews du 2 décembre 2008 in <http://www.lemendedudroit.fr>;
- Gautier P-Y., l'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon, rev. Dr. Propr. Intell., n° 3.
- Gendreau Y., Synthèse possible ou impossible du droit civil et de la Common Law - l'exemple du Canada, ALAI, La mise en œuvre du droit d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999.
- Ginsburg J., Droits exclusifs, exceptions et respect incertain des normes internationales, chroniques des USA, (traduction française de Margaret Platt-Hommel), in RIDA, n° 241, juillet 2014.
- Kernochan J. et Ginsburg J., Cent deux ans plus tard : les Etats-Unis adhèrent à la Convention de Berne, RIDA, juillet 1989.
- Lancrenon T., Epitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur, RIDA, n° 222, octobre 2009.

- Lancrenon T., N'est pas forcément auteur celui que l'on croit, Petites affiches, n° 126, 24 juin 2008.
- Le Chevalier P., Pour une protection des mises en scène théâtrales par le droit d'auteur : RIDA 4/1990.
- Le Goffic C. et Wagner M., La pénalisation de la contrefaçon, droit pénal, n° 12, décembre 2009.
- Lévy M. et Jouyet J-P., L'économie de l'immatériel : la croissance de demain, www.finances.gouv.fr
- Lucas A. et Sirinelli P., L'originalité en droit d'auteur, JCP, 1993, Ed G, n° 23.
- Lucas A., Droits des auteurs, droit moral, droit à la paternité, in Juris-Cl. Propr Littéraire et artistique, Fasc. 1214, 5 sept. 2014.
- Luther D. et Evans H., Le droit d'auteur et l'intérêt public, bulletin du droit d'auteur de l'Unesco, vol II, n° 1, 1949.
- Mathysens J., Statut des metteurs en scène au regard du droit français de la propriété intellectuelle : Dr. auteur 1987.
- Migayron S., Pratique contentieuse. L'expertise en informatique, lieu d'émergence de preuves, CCE., n° 4, avril 2016.
- Miserachs P., La procédure pénale en tant qu'arme contre le crime organisé dans le domaine du droit d'auteur, ALAI, La mise en œuvre du droit d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999.
- Motte R., Impression 3D et exception de copie privée, in Gaz Pal, n° 357-358, 23 décembre 2015.
- Pollaud-Dulian F., Architecture et droit d'auteur : RD imm. 1990.
- Raynard J., Le tiers au pays du droit d'auteur, JCP, 1999 I 138.
- Robin A., Question de procédure : une présomption prétorienne, in Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, 2è éd., Paris, Dalloz, 2015.
- Royal charter of the Company of Stationers (1557), in http://www.copyrighthistory.org/record/uk_1557;
- Sakata H., La formation du concept de l'auteur dans le copyright britannique, in RIDA, n° 236, avril 2013.
- Sirinelli P., Chronique de jurisprudence : action en contrefaçon, RIDA, n° 239, Janvier 2014.

- Sterling J.A.L., Codification et systématisation du droit d’auteur – L’exemple britannique (la loi de 1988 sur le droit d’auteur, le droit des dessins industriels et le droit des brevets), in ALAI, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999, Munich, 2000.
- Strowel A. et Strowel B., Titularité et règles contractuelles dans le domaine du droit d’auteur, DAIOR, n° 34.
- Tafforeau P., La musique en ligne et les droits voisins : essai de bilan, une décennie après l’entrée en vigueur de la directive DADVSI du 22 mai 2001, RIDA, n° 236, avril 2013.
- Tomas Gomez-Arostegui H., The Untold story of the first Copyright suit under the statute of Anne in 1710, 25 Berkeley technology Law Journal, 1247, (2010) in <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj>.
- Unesco, L’ABC du droit d’auteur, in <http://www.unesco.org/culture/copyright>
- Van Gompel S., Formalities in the digital area : an obstacle or opportunity ? in Global Copyright, Three hundred years since Statute of Ann from 1709 to cybespace, L Bently, U Suthersanen & P Torremans, Edward Elgar, 2010.
- Vaunois L., L’évolution du droit moral, in Mélanges Marcel Plaisant, études sur la propriété industrielle littéraire et artistique, Paris, Sirey, 1960.
- Viguie C., La démocratisation des imprimantes 3D et le droit d’auteur, RIDA, n° 242, octobre 2014.
- Von Lewinski S., Chronique d’Allemagne, 2è partie : évolution du droit d’auteur en Allemagne de mi-2005 à fin 2010, in RIDA, n° 228, avril 2011.
- Zollinger A., Droit d’auteur français et copyright américain : pluralisme et influences des modèles culturels, RIDA, n° 233, juillet 2012.

III. THESES ET MEMOIRE

- Cordier B., La sanction de la contrefaçon, mémoire DEA, université de Nantes, 2010-2011.
- Donaud F., Le procès civil en contrefaçon, thèse, université Paris-Saclay, déc. 2016.
- Françon A., La propriété littéraire et artistique en Grande –Bretagne et aux États-Unis d’Amérique, étude critique, thèse pour le doctorat, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1955.

- Gendreau Y., La protection des photographies en droit d'auteur français, anglais, américain et canadien, Paris, LGDJ, thèse, 1994.
- Haddadin S., Essai sur une théorie générale en droit d'auteur, thèse, université de Poitiers, 2008 in Hal Id : tel-00662382.
- Hans S., L'originalité en droit d'auteur : contribution à l'étude de la notion, thèse, Paris I, 1991.
- Kessler Michel A., Présomptions et droit d'auteur, thèse, Université de Paris sud XI, sous la direction de Pierre Sirinelli, 2001.
- Kikkis I., Le droit moral de l'auteur dans la société de l'information, étude de droit français, de droit comparé et de droit communautaire, Thèse, université de Nantes, 2004.
- Ngombe L-Y., Le droit d'auteur français et le copyright américain. Fondements historiques. Etude comparative, thèse, Université de Nantes, 2000.
- Serrero A., Protection des œuvres littéraires et artistiques des étrangers aux USA : les formalités, Thèse, Paris, LGDJ, 1953.
- Simon A., L'ordre public en droit privé, thèse, université de Rennes, 1941.
- Sirinelli P., Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats, thèse, Paris II, 1985.
- **RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS OFFICIELS, LEGAUX ET CONVENTIONNELS**
- Accord de Bangui, annexe VII in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Beteille L., Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon, document sénat 2007.
- Code de droit d'auteur et des droits voisins (loi n° 45/85 du 17 septembre 1985 telle que modifiée par la loi n° 16/2008 du 1^{re} avril 2008) in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Convention de Berne de 1886 sur la protection des œuvres littéraires et artistiques.
- Convention de Buenos- Aires in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Convention de Havane in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Convention de Mexico, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Convention de Washington, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Copyright Act britannique n° 404 du 8 juillet 1961 telle qu'amendée le 30 avril 2010, in www.wipo.int/wipolex/fr.

- Copyright Act du 12 mai 1961 relative au droit d'auteur sur les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques telle qu'amendé le 22 décembre 2006, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Copyright Act suédois du 5 mars 2013 sur le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Copyright American Law, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Copyright Office, Waiver of Moral rights in Visual Atworks, in <http://copyright.gov/reports/exsum.html>
- L'ordonnance-loi congolaise n° 86-033 du 5 avril 1986 portant protection des droits d'auteurs et droits voisins, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi allemande du 9 septembre 1965 telle que modifiée par la loi du 16 juillet 1998, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi angolaise n° 4/90 du 10 mars 1990, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi belge du 19 avril 2014 portant insertion du livre XI « propriété intellectuelle » dans le code de droit économique, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi britannique n° 64 sur le droit d'auteur du 30 avril 2010, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi de transposition de la directive européenne 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits adoptée par le parlement en date du 7 Juillet 2008.
- Loi fédérale suisse du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins telle que modifiée le 1^{er} janvier 2011, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi fédérale suisse sur le droit d'auteur telle que modifiée le 14 juillet 2014, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi française n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, in IRPI, 10 juin 2016.
- Loi française n°85-660 du 3 juillet 1985 concernant les œuvres de commande pour la publicité, in Code de la propriété intellectuelle, LexisNexis, 2014.
- Loi mauricienne du 21 avril 2014 sur le droit d'auteur, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi n° 043/APN/CP du 9 Août 1980 portant adoption des dispositions relatives aux droits d'auteur et aux droits voisins, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi n° 17.336 sur la propriété intellectuelle du 4 mai 2010, in www.wipo.int/wipolex/fr.

- Loi n° 2005-30 du 5 avril 2006 relative à la protection du droit d’auteur et des droits voisins en République du Benin, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi togolaise n° 91-12 du 10 juin 1991 portant protection du droit d’auteur, du folklore et des droits voisins, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Loi tunisienne n° 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Règlement du copyright Office, in www.wipo.int/wipolex/fr.
- Traité de l’OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d’auteur, in www.wipo.int/wipolex/fr.

IV. SITES WEB

- www.createurs-editeurs-sacem.fr
- www.sadc.fr/protéger-une-oeuvre
- www.scam.fr/Déclarer-vos-oeuvres
- www.sdgl.org

INDEX THEMATIQUE

Les chiffres correspondent aux numéros des paragraphes.

A

Abus : 39

ADPIC : 262

Achèvement : 44

Allègement (preuve) : 62

Ambiguïté : 61

Antériorité : 42, 61

Attestation : 323

B

Base de données : 108, 109, 110

C

Cession (droits patrimoniaux) : 105, 106

Charge (probatoire) : 58, 59, 60

Confection du support : 334

Contrefaçon (lutte contre) :

- Inefficacité : 129, 130, 131, 132, 133
- Efficacité : 337, 339, 340, 341, 342

Contrôle (du juge) : 56

Copyright : 160

Création informatique : 325

Création :

- Création-résultat : 275

- Acte de création ou activité créatrice : 268, 270, 275, 276, 294, 295, 296, 297, 298, 299
- Processus : 280, 281

D

Déclaration de création : 389, 391, 393, 394, 423, 424, 428.

Dépôt : 225, 226, 376, 427.

Dispense (preuve) : 58, 59, 60, 62

Divulgateion : 36, 37, 38, 39, 40, 41, 44, 45

Domination des créateurs : 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 192, 193, 194, 195

Droit d'identification : 178, 179, 180, 181, 186, 187, 188

Droit de paternité : 47.

- Renonciation : 114.
- Violation : 115, 116, 117.

E

Enregistrement : 225, 226, 227, 375

Expertise informatique : 331

Exploitation (œuvre) : 320

F

Facilité (preuve) : 48

Fixation : 43, 222

Formalisme : 353, 373, 375, 381, 382, 383, 384, 387, 396, 401, 425, 428, 429, 431.

H

Hiérarchie (auteurs) : 86, 87, 88, 89

I

Improvisation : 43

Information (public) : 183, 184, 199

Incertitude (preuve) : 71, 72, 73, 74, 75, 76

J

Jurisnaturalisme : 4.

Journalistes : 112

L

Liberté (probatoire) : 63, 66, 67, 69, 76

Logiciel : 106, 107

M

Mention du nom : 47

Marquage : 389.

Mesures techniques de protection : 383.

O

Œuvre audiovisuelle : 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89.

Œuvre collaborative : 369.

Œuvre collective : 39, 281, 322.

Œuvre d'architecture : 101, 102.

Œuvre d'art appliqué : 98, 99, 100.

Œuvre de commande pour la publicité : 103, 104.

Œuvres orphelines : 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128.

Open Access : 368.

Ordre public : 398.

Originalité : 282, 283, 284, 285, 286, 287, 291, 292, 293.

P

Pantomimes : 43

Personne morale (auteur) : 281.

Possession (support) : 334, 335.

Prééminence (droits patrimoniaux) : 247.

Présomption d'attribution : 206, 207, 208, 209, 211, 212, 235, 236, 237, 238, 240, 246, 247.

Présomption de paternité : 29, 31, 32, 34, 54, 56, 240.

Présomption de titularité : 302, 303, 304, 305, 306.

Preuve à soi-même : 65, 399.

Probatio diabolica : 61.

Publication : 173, 174, 175, 176, 177, 196, 197, 213.

R

Registre des logiciels : 413.

Registre du cinéma : 411.

Renversement : 55, 63.

Réserves : 223, 224.

S

Saisine d'office : 55.

Sécurité : 387, 424.

Signature électronique : 389.

T

Tatouage : 389, 390.

Titre (d'auteur) : 394.

Tours de cirque : 43.

U

Usage : 96, 98, 101

Usurpation : 342.

TABLE DE MATIERES

	Page
Dédicace.....	2
Remerciements	3
Principales abréviations utilisées	4
PLAN SOMMAIRE	7
INTRODUCTION.....	8
I. Cadre conceptuel de l'étude et position du problème.....	8
II. Intérêt du sujet et méthodologie d'étude.....	13
III. Problématique et annonce du sujet.....	15
PREMIERE PARTIE :	
INCERTITUDE DE LA PREUVE TIREE DE LA MENTION DU NOM DE L'AUTEUR .	20
Titre I. Champ d'Application de la preuve	22
Chapitre I. Moyens de preuve de la qualité d'auteur.....	23
Section I. Identification du créateur par la présomption de paternité	23
§ 1. « <i>Ratio Legis</i> » de la présomption de paternité	24
§ 2. Principe de divulgation de l'œuvre sous le nom de l'auteur.....	29
A- De la divulgation comme fondement de la paternité	29
B- Mention du nom sur l'œuvre	41

§ 3 Caractère et effets de la présomption de paternité sur l'identification de l'auteur	43
A- Présomption simple : but d'identification du créateur de l'œuvre.....	44
B- Dispense du fardeau probatoire de la qualité d'auteur	51
C- Renversement de la présomption de paternité : liberté probatoire.....	55
1. Principe de la liberté de preuve de la qualité d'auteur.....	57
2. Variété et incertitude des moyens de preuve devant la justice.....	62
Section II. Identification des créateurs des œuvres audiovisuelles	68
§ 1. Liste fermée des coauteurs et liste ouverte des auteurs.....	70
§ 2. Hiérarchie des auteurs de l'œuvre audiovisuelle : deux approches probatoires...	73
Conclusion du chapitre I.....	75
Chapitre II. Limites du champ d'application de la présomption de paternité.....	77
Section I. Difficulté d'identification de l'auteur-créateur	77
§ 1. Catégories des œuvres ne portant pas la mention du nom de l'auteur	77
A- Les œuvres d'art appliqué	77
B- Les œuvres d'architecture	80
C- Les œuvres de commande pour la publicité	81
§ 2. Cas de cession automatiques des droits patrimoniaux aux tiers	83
§ 3. Cas de violation du droit de paternité	90
Section II. Existence des œuvres orphelines et inefficacité de la lutte anti-contrefaçon	91
§ 1. Recherche et identification des auteurs d'œuvres orphelines.....	92
§ 2. Inefficacité de la lutte anti-contrefaçon.....	97
A- Inefficacité de la preuve face au contrefacteur.....	98

B- Impossibilité de la preuve face à la présomption de l'exploitant	99
Conclusion du chapitre II.....	102
Conclusion du titre I.....	104
Titre II. Présomption unique et dualité d'objectifs entre le copyright et le droit d'auteur...	105
Chapitre I. De la qualité d'auteur et son contexte de formation dans le copyright..	109
Section I. Qualité d'auteur et œuvres protégées en droit anglo-saxon.....	109
§ 1. En Grande-Bretagne.....	109
§ 2. Aux Etats-Unis d'Amérique.....	114
Section II. Contexte de formation de la notion d'auteur dans le Common Law.....	115
§ 1. En Grande-Bretagne.....	116
A- Domination des créateurs par les libraires.....	116
B- Publication de l'œuvre, notion-clé du copyright.....	122
C- Mention du nom et information du public.....	128
§2. Aux Etats-Unis d'Amérique.....	134
A- Domination des créateurs par les libraires.....	134
B- Publication de l'œuvre, vestige du copyright américain.....	135
C- Mention du nom, droit non exclusif du créateur.....	136
Conclusion du chapitre I.....	137
Chapitre II. Mention du nom ou preuve de titularité des droits dans le copyright...	139
Section I. Présomption d'attribution et la preuve.....	139
§ 1. En Grande-Bretagne.....	139

A. Les œuvres soumises à la présomption d'attribution.....	139
B. Les œuvres exclues du champ d'application de la présomption d'attribution....	141
§ 2. Aux Etats-Unis d'Amérique.....	143
A- Identification de l'auteur de l'œuvre d'art visuel	143
B- Identification des auteurs d'autres catégories d'œuvres.....	146
1. Fixation de l'œuvre	146
2. Mention de réserve des droits.....	147
3. Dépôt de l'œuvre et enregistrement du copyright.....	148
Section II. Impact du régime de protection de droits patrimoniaux sur la preuve	153
§ 1. Présomption d'attribution, preuve par défaut.....	154
§ 2. Présomption d'attribution soumise à la prééminence des droits patrimoniaux ..	162
Conclusion du chapitre II.....	167
Conclusion du titre II.....	169
Conclusion de la première partie.....	172
DEUXIEME PARTIE :	
CERTITUDE DE LA PREUVE TIREE DE LA CREATION DE L'ŒUVRE	176
Titre I. Preuve par l'établissement de la création.....	178
Chapitre I. Justification de l'acte de création au titre de preuve.....	178
Section I. Possibilité ou impossibilité d'établissement de la création d'une œuvre...	179
§ 1. Création d'une œuvre, quid ?	179
§ 2. Création, acte qualificatif de l'originalité de l'œuvre.....	190

§ 3. Modalités d'établissement et d'appropriation de la création.....	197
Section II. Création, preuve par excellence, face à la présomption de l'exploitant...	203
§ 1. Création, paralysie de la présomption de titularité.....	203
§ 2. Ecueils d'identification de l'auteur dans la phase d'exploitation de l'œuvre....	207
Conclusion du chapitre I.....	211
Chapitre II. Avantages probatoires de l'acte de création.....	213
Section I. Distinction entre le créateur et le non-créateur de l'œuvre.....	213
§ 1. Création et exploitation de l'œuvre en général	213
§ 2. Création et exploitation numérique de l'œuvre en particulier.....	217
§ 3. Création et confection du support de l'œuvre.....	224
Section II. Efficacité de la lutte anti-contrefaçon.....	225
§ 1. Acte de création, élément-clé pour la caractérisation de la contrefaçon.....	225
§2. Acte de création, circonscription de la liberté probatoire & limite des usurpations	226
Conclusion du chapitre II.....	229
Conclusion du titre I.....	230
Titre II. Pour l'adoption d'un formalisme probatoire de la qualité d'auteur... ..	233
Chapitre I. Fondement du formalisme probatoire.	233
Section I. Auteur, maillon faible de la chaîne culturelle.....	233
§ 1. Menace de la qualité d'auteur à travers l'histoire du droit d'auteur.....	234
§ 2. Menace de la qualité d'auteur liée au cadre de création.....	237

Section II. Portée de la déclaration de création	240
§ 1. De la protection sans formalité à la déclaration de création.....	240
§ 2. Valeur juridique de la déclaration de création	255
Conclusion du chapitre I.	257
Chapitre II. Modalités du formalisme probatoire.	258
Section I. Des organismes de réception et les modalités de déclaration de création.....	258
§ 1. Organismes de réception des déclarations de création	259
A- Organismes nationaux et groupement régional	259
1. Organismes nationaux.....	260
2. GESAC, organisme européen	264
B- OMPI, organisme mondial	265
§ 2. Conditions et modalités de la déclaration de création	267
Section II. Structure de déclaration de création, enjeu de lutte anti-contrefaçon.....	271
§ 1. Orientation de la lutte contre la contrefaçon	271
§ 2. Approche complémentaire de lutte contre la contrefaçon	273
Conclusion du chapitre II.	275
Conclusion du titre II.	277
Conclusion de la seconde partie	279
CONCLUSION GENERALE	282
BIBLIOGRAPHIE	292

INDEX THEMATIQUE	303
TABLE DES MATIERES	306

Thèse de Doctorat

Jean-Paul KOSO OMAMBODI

LA PREUVE DE LA QUALITE D'AUTEUR EN
DROIT D'AUTEUR

PROOF OF COPYRIGHT AUTHORITY

RESUME

Le législateur français a choisi la présomption de paternité comme régime probatoire général de la qualité d'auteur. Ce mode de preuve fondé sur l'exercice du droit de paternité a fait montre d'incertitude quant à l'identification de l'auteur-créateur.

Alors que la présomption de paternité était conçue pour simplifier l'action en contrefaçon et dispenser l'auteur de l'établissement délicat de la création, son application effective indique que la charge de la preuve de la qualité d'auteur repose en fin de compte sur l'auteur. La personne dont le nom est mentionné sur l'œuvre se doit de justifier son rôle créatif. Ce qui est de nature à vider la présomption de paternité de tout son intérêt probatoire.

Par l'option levée en faveur de ladite présomption, le législateur a voulu permettre à l'auteur d'avoir la mainmise sur sa création. Ce moyen de preuve comporte certes des qualités pratiques indéniables mais, son champ d'application demeure limité notamment par les usages professionnels propres à certains arts et par des disparités conceptuelles relatives à la notion d'auteur. Et, en cas d'omission de la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre, le contrefacteur risque de semer le doute voire la confusion sur la qualité d'auteur.

La présente étude démontre que l'acte de création constitue le moyen qui assure avec certitude la preuve de la qualité d'auteur. L'acte de création permet de distinguer le créateur du non créateur de l'œuvre et de recentrer la caractérisation de la contrefaçon sur l'activité créatrice. Cette réflexion suggère aussi l'adoption du formalisme probatoire consistant en la déclaration de création pour faciliter le rapport du moyen de preuve retenu.

Mots clés : Présomption- Paternité- Auteur- Création- Déclaration.

Abstract

The choice of the French legislator to prove authorship is mainly that of the presumption of paternity. This presumption based on the exercise of the right to paternity was found to be ineffective and uncertain.

While the presumption of paternity was designed to simplify the infringement action and dispense the author from the delicate establishment of the creation, its effective application indicates that the burden of proof of authorship rests ultimately on the author. The person whose name is mentioned on the work is led to justify his creative role. This is such as to deprive the presumption of paternity of all its probative interest.

By the option raised in favor of the said presumption, the legislator wanted to allow the author to have control over its creation. Although this means of proof does have undeniable practical qualities, its scope of application is limited, in particular, by the specific professional practices of certain arts and by the conceptual disparities of the concept of author. And, if the author's name is omitted from the work, the infringer risks sowing doubt or even confusion over the author's quality.

The present study demonstrates that the act of creation constitutes the means which assures with certainty the proof of authorship. The act of creation makes it possible to distinguish the creator from the non-creator of the work and to refocus the characterization of counterfeiting on the creative activity. This reflection also suggests the adoption of the probative formalism consisting of the declaration of creation in order to simplify the relation of the chosen means of proof.

Keywords: Presumption- Paternity- Author- Creation- Declaration.